



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Llobet Rodríguez, Javier
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 114-148
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

PREVENTIVE CUSTODY AND THE PRESUMPTION OF INNOCENCE ACCORDING TO HUMAN RIGHTS PROTECTION AGENCIES FROM THE INTER-AMERICAN SYSTEM

Javier Llobet Rodríguez*

RESUMEN

Se aborda el instituto de la prisión provisional a partir de la injerencia que supone en la libertad personal de un individuo que se presume inocente, así como los límites que de acuerdo al derecho constitucional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad y la relación que se debe establecer entre éstos. Asimismo, se hace referencia a los requisitos materiales de la prisión preventiva: la existencia de una causal, el respeto al principio de proporcionalidad y la probabilidad de la responsabilidad del acusado, todo ello basado en un profundo estudio de la jurisprudencia de los organismos interamericanos.

PALABRAS CLAVE: *Proceso penal, reforma procesal, prisión preventiva, presunción de inocencia, prevención penal, régimen cautelar, principio de proporcionalidad, alternativas a la prisión, jurisprudencia interamericana*

ABSTRACT

It addresses the temporary custody Institute starting from the interference that supposes personal freedom of an individual who is presumed innocent, and the limits that according to Constitutional Law and International Human Rights Instruments, draw principles of presumption of innocence and proportionality, and the relationship that must be established between them. Furthermore it refers to the material requirements of preventive custody: the existence of a cause, respecting the principle of proportionality and the likelihood of the defendant's liability, all based on a comprehensive study of the jurisprudence of inter-American organizations.

KEY WORDS: *Criminal procedure, procedural reform, preventive prison, presumption of innocence, criminal prevention, principle of proportionality, alternatives to prison, inter-american jurisprudence*

SUMARIO

1. Antecedentes
 - A) La reforma procesal americana ante el dilema de la prisión preventiva
2. Tendencia actual de la jurisprudencia interamericana
 - A) Prisión preventiva y presunción de inocencia
 - B) Prisión preventiva y pena anticipada
 - C) Prisión provisional y prevención
 - D) Presunción de inocencia y principio de proporcionalidad en la prisión provisional
 - E) Alternativas a la prisión
3. Conclusiones

1. Antecedentes

En 1981 ILANUD publicó una investigación sobre los presos sin condena en la que reveló los altos porcentajes de éstos en Latinoamérica, que hacían que aproximadamente el 65% de los privados de libertad en esta región estuvieran bajo prisión preventiva.¹ Se señaló en dicha investigación que en gran parte ello era consecuencia de la deficiente legislación existente, que facilitaba el dictado de la prisión preventiva, bajo causales como el peligro de reiteración delictiva y la alarma social, lo mismo que establecía un listado de delitos no excarcelables. Todo ello, debe agregarse que se unía a una legislación procesal de caracteres predominantemente inquisitivos, que al no considerar los derechos de los imputados y rebajarlos al carácter de meros objetos, facilitaba que en la práctica judicial se dictara con suma facilidad la prisión preventiva y que cuando se otorgaba la excarcelación se hacía bajo cauciones monetarias muy elevadas, que hacían nugatoria el derecho a la libertad personal.² Además el procedimiento escrito, que ayudaba a la deshumanización de la justicia penal, se volvía interminable, permaneciendo los presos en prisión preventiva muchos años en prisión. Para reflejar la magnitud del problema de la prisión preventiva en Latinoamérica, basta hacer un recuento de los porcentajes de ésta en los diversos países, tomando en cuenta el seguimiento que desde el ILANUD se le dio a la investigación inicial sobre los presos sin condena de 1981. El Salvador tenía un 91.2% de presos sin condena en 1989; Uruguay 91% en 1989; Honduras 88.3% en 1989; República

¹ CARRANZA/HOUED VEGA/MORA MORA/ZAFFARONI, 1988.

² Sobre la legislación que existía en Latinoamérica sobre la prisión preventiva antes de la reforma procesal, ver CARRANZA/HOUED VEGA/MORA MORA/ZAFFARONI, 1988; LLOBET RODRÍGUEZ, 1994, pp. 335-373; LLOBET RODRÍGUEZ, 1994a, pp. 375-382; LLOBET RODRÍGUEZ, 1995a, pp. 97-150.

Dominicana 85% en 1989; Guatemala 73% en 1989; Venezuela 71% en 1988; Ecuador 69.8% en 1988; México 61% en 1988; Colombia 54% en 1989; Chile 53% en 1989; Antillas Holandesas 48% en 1989; Martinica 46% en 1989; Nicaragua 45% en 1990 y Costa Rica 44.3% en 1990.³ Ese panorama en el que la regla era que la privación de libertad fuera bajo prisión preventiva y la excepción que fuera bajo el cumplimiento de una pena privativa de libertad, hizo que Raúl ZAFFARONI llegara a afirmar que en Latinoamérica: “la pena, realmente, es la prisión preventiva, la sentencia condenatoria es el auto por el cual se somete al sujeto a prisión preventiva. La sentencia definitiva es una especie de revisión, conforme a la cual se dice: bueno, soltamos al sujeto o sigue sometido a pena”.⁴ Eso mismo llevó a que Fragozo indicase que la presunción de inocencia no existía en Latinoamérica.⁵

A) La reforma procesal americana ante el dilema de la prisión preventiva

En la década de los noventa del siglo pasado se inició un movimiento de reforma procesal penal en Latinoamérica, sobre la base principalmente del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que pretendía la sustitución de los códigos con una influencia predominantemente inquisitiva que existían en general en los diversos países latinoamericanos, por códigos bajo el sistema mixto, como en general se conoce en Latinoamérica, acusatorio formal, bajo la denominación española, o inquisitivo reformado, según el término alemán, pero con una gran acentuación de rasgos acusatorios. Se pretendía adecuar la legislación a los requerimientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándose que la legislación procesal inquisitiva existente había facilitado las violaciones a los derechos humanos en Latinoamérica. Todo ello se daba también como parte del proceso democratizador, que llevó a la superación de las dictaduras y además en el ámbito centroamericano como consecuencia de los acuerdos de paz.⁶ Una de las mayores preocupaciones en el Código Modelo para Iberoamérica de 1988 era la regulación de la prisión preventiva, que fuera conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad. Sin embargo, debe reconocerse que uno de los aspectos en los que la legislación aprobada se apartó de la propuesta del Código Modelo fue en la regulación de la prisión preventiva, ya que en general se llegó a contemplar la causal de peligro

³ CARRANZA, 1990, pp. 16-17.

⁴ Cf. ZAFFARONI, 1984, p. 40; ZAFFARONI, 1989, p. 32.

⁵ Cf. FRAGOSO, 1984, p. 26.

⁶ Sobre la reforma procesal penal en Latinoamérica, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1992, pp. 33-92; LLOBET RODRÍGUEZ, 1993; LLOBET RODRÍGUEZ, 2005, pp. 549-560; LLOBET RODRÍGUEZ, 2005a, pp. 211-319.

de reiteración delictiva, unido a que en algunas legislaciones se mantuvieron las prohibiciones excarcelatorias, reguladas usualmente en leyes especiales, como las relativas a la sanción del tráfico de estupefacientes y de drogas. Por otro lado, el ámbito valorativo que conceden causales como la de peligro de fuga y de obstaculización, permitió que siguieran en muchos países aplicándose criterios restrictivos para el dictado de la prisión preventiva, siguiéndose al final de cuentas las prácticas que se habían desarrollado bajo los códigos inquisitivos derogados. Por todo ello, según estadísticas de ILANUD en el periodo 2005-2006, Uruguay tuvo un 94% de presos sin condena; Paraguay y Bolivia 73%; Perú 70%; Colombia 65%; México 59%; Argentina 58%; Ecuador y República Dominicana 56% y Venezuela 55%.⁷ Todo ello no debe sino llevar a la afirmación de la actualidad de la discusión de la problemática entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, debiéndose resaltar la falta de concordancia de las legislaciones constitucionales latinoamericanas, que están entre las más garantistas del mundo, con la legislación ordinaria y la práctica judicial.

Latinoamérica actualmente ha visto que se ha agudizado la problemática de la seguridad ciudadana, relacionada con la delincuencia convencional, en particular los delitos violentos y los delitos en contra de la propiedad. La problemática del aumento del crimen y las causas del mismo es difícil de ser esclarecida, debido a su carácter multicausal. Desde la perspectiva neopunitivista se han atribuido en forma demagógica las causas del aumento a la delincuencia violenta y contra la propiedad al exceso de garantismo de los códigos procesales aprobados.⁸ No se analizan los diversos factores que han influido en el aumento de la criminalidad violenta y no se toman en cuenta dentro de éstos los cambios

⁷ Datos suministrados por Elías CARRANZA, Director del ILANUD.

⁸ Se ha podido leer en la prensa costarricense: "¿Tiene derecho siquiera ser llamado humano el individuo que asalta sexualmente a una anciana que ronda los 80 años? ¿Merece un ladrón que irrumpió en la santidad de un hogar y dejó tras de sí un trabajador muerto, una viuda y dos huérfanos, ser amparado por los derechos humanos." CAMBRONERO, 2008. Se ha dicho además: "¿Dónde está la Corte? Seguramente pensando en los derechos humanos de los delinquentes y haciendo cada vez más permisivas las leyes." LARA GAMBOA, F. (2008). Se ha indicado: "Un clima de inseguridad ciudadana causado por la indulgencia irresponsable de una serie de científicos sociales cuyas teorías humanistas y psicológicas nos han sumido en un ciclo vicioso de violencia. Esto ha repercutido en el hecho de que el Estado y su ordenamiento legal funcionan otorgándole una serie de garantías y beneficios a los agresores y criminales, en tanto el ciudadano común, que es quien sufre el azote del hampa, se encuentra indefenso, no porque no haya policía, sino porque se encuentra imposibilitada de actuar. Esto ha hecho al colmo en que un criminal ya no lo es tal, sino es un 'antisocial' y un prisionero es un 'privado de libertad', y la sociedad (léase científicos sociales) se desvive para mejorarle las condiciones de su merecido encierro. ¿Quién llora a las verdaderas víctimas? ¿Quién les da alivio a la desesperación de perder un ser querido o el trabajo de sus vidas en tanto el Estado deja caminar libres o con poca consecuencia a los maleantes?" HEIDENREICH BRENES (2008). Mario UGALDE, subdirector del *Diario Extra* ha indicado: "Uno de los factores que podría ser importante, es la generalizada campaña de algunos 'idiotas', que consideran todo acto de defensa contra los criminales, una violación a los derechos humanos. Me pregunto si estas mentes enfermas y cobardes que se colocan al lado de los criminales, no han pensado en los derechos humanos de los padres, hijos o hermanos que han perdido seres queridos en manos de estos 'diablos'. UGALDE, 2008.

estructurales que se han producido en las últimas décadas, como consecuencia de las políticas neoliberales y el fomento del consumismo, el abandono de los principios de solidaridad y su sustitución por el individualismo, todo lo cual ha provocado grandes cambios en la sociedad, en la familia y en el sistema educativo, llevando a una mayor exclusión social.⁹

En contra de ello, el neopunitivismo parte de una concepción muy arraigada en Latinoamérica de que se puede modificar una realidad social a partir de una reforma que imponga políticas de mano dura.¹⁰ Esta concepción niega las causas sociales de la criminalidad, de modo que ésta se afronta no a través de una buena política social, sino de una mayor represión. Por ello mismo el neopunitivismo critica a los que analizan los factores sociales asociados a la delincuencia, ya que considera que con ello se llegan a justificar los actos criminales. Se critica desde el punto de vista procesal la presunción de inocencia, los límites a las injerencias en la intimidad, las prohibiciones probatorias, el derecho de defensa y en general la garantía del debido proceso. La propuesta estrella del neopunitivismo es la extensión de la prisión preventiva, con la justificación de garantizar la seguridad ciudadana, de modo que dicha medida cautelar no tenga un carácter excepcional.¹¹ Así, se critica que los delincuentes entran por una puerta y salen por otra, esperándose que con la mera denuncia se llegue al dictado de la privación de libertad y a una sentencia condenatoria. Por otro lado, dentro de los eslóganes del neopunitivismo se encuentra la afirmación de que se protegen por la legislación procesal los derechos de los delincuentes, pero no los de las víctimas. No es ajena al neopunitivismo la defensa de la tolerancia cero, que lleve a la detención de los excluidos sociales, por ejemplo las personas catalogadas como vagas, prostitutas, alcohólicos, drogadictos, etc., conforme a criterios propios de un derecho penal de autor. Unido a ello el neopunitivismo se asocia a un derecho penal del enemigo, que desconozca también conforme

⁹ Cf. CASTILLO BARRANTES (2008, pp. 399-414). Sobre el tema de la exclusión social y su relación con las *maras* y pandillas en Centroamérica, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 2007, pp. 193-217.

¹⁰ En este sentido señala Daniel PASTOR que se concibe al derecho penal "como 'sanatodo' social o 'gestor ordinario de los grandes problemas sociales, en lugar de restringirlo a la tutela de unos pocos derechos fundamentales". Pastor, 2005, p. 78. Sobre el neopunitivismo o populismo penal, ver LARRAURI, 2006, pp. 9-17; ELBERT, 2007, pp. 190-193; CHIRINO, 2008, pp. 17-52; GARCÍA ARÁN, 2008, pp. 85-113.

¹¹ En definitiva la crítica a la falta de dictado de la prisión preventiva o a la concesión de la excarcelación, se traduce en una crítica a la presunción de inocencia. Véase la opinión de E. S. P. en la *Nación* del 3 de febrero de 1995, p. 14A y la del editorial de la *Prensa Libre* del 16 de enero de 1995. Una crítica a la falta de dictado de la prisión preventiva en: MAYORGA, A. (2008). En un sentido similar dice Rodrigo PARÍS STEFFENS: "A quién protege el Código, que permite que reincidentes y delincuentes, atrapados *in fraganti*, sean liberados con medidas cautelares ridículas, como firmar cada quince días, simplemente con probar que tienen arraigo, palabrita mágica que permite contra sentidos legales? PARÍS STEFFENS, 2008. Véase también: MURILLO, Víctor Hugo (2008), quien dice: "Se escucha una y otra vez: 'Ahorita los sueltan'. Muchos ciudadanos están perdiendo la confianza en el sistema judicial en momentos cuando la seguridad se deteriora." En contra: LLOBET RODRÍGUEZ, 2008, pp. 41-57; GARCÍA AGUILAR, 2008, pp. 9-39; MONTERO, 2004, pp. 96-98.

a un derecho penal de autor el carácter de persona a determinados grupos, por ejemplo los reincidentes, los abusadores sexuales, los miembros de la delincuencia organizada y los terroristas. Se pretende una relativización de las garantías, que se reflejaría en particular en lo relativo a la prisión preventiva. En suma, se está dispuesto al sacrificio de las libertades o derechos fundamentales, a cambio de que se garantice una mayor seguridad ciudadana. Todo ello se ha traducido en contrarreformas a la legislación procesal, endureciendo entre otros aspectos la regulación de la prisión preventiva, por ejemplo en El Salvador, Venezuela y Costa Rica, a lo que se suma una presión sobre los jueces para que ordenen la prisión preventiva en asuntos que han causado una gran alarma social. Este recurso a la prisión preventiva, como consecuencia del miedo al crimen y del aumento de la criminalidad fue criticado por Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el voto razonado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Bayarri.¹² El endurecimiento del sistema penal y de la regulación y práctica de la prisión preventiva ha hecho que Julio MAIER haga referencia a “la esquizofrenia del derecho penal” actual, haciendo una serie de consideraciones que recuerdan lo que cita que se hizo antes de Raúl ZAFFARONI. Así, ha indicado: “La ‘expansión hacia atrás’ (de la sentencia) de la fuerza pública, sobre todo en forma de privación de libertad, acerca de cuya aplicación anticipada y preventiva parece existir cada vez mayor consenso mediático y ciudadano, genera en el procedimiento penal un cambio fundamental de único método o instrumento para verificar la culpabilidad de una persona como autor de un hecho punible o participe en él, con el fin de autorizar una pena —o una medida de seguridad—, se convierte, cada vez más rápidamente en un mecanismo de verificación —incoado por el propio Estado— acerca de si existe un eventual yerro estatal en la decisión autorizante de una pena ‘ya aplicada’ y en ejecución.”¹³

Así, a la reforma procesal latinoamericana iniciada en la década de los noventa del siglo pasado, ha seguido poco después una contrarreforma, que ha

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: “8. No obstante los argumentos que campean para la reducción racional de la privación cautelar de la libertad, en diversos lugares se ha observado el empleo creciente, hasta ser desmesurado, de este medio supuestamente precautorio. Esta expansión resulta de lo que he llamado la ‘desesperación y exasperación’ de la sociedad —la opinión pública o las corrientes que la informan y administran— frente al auge de la delincuencia. El temor que ésta impone a la sociedad, ante la impotencia de los instrumentos formales e informales del control social —ineficacia, insuficiencia, indiferencia, colusión—, sugiere al legislador una vía sencilla y expedita, aunque cuestionable y regularmente ineficaz: imponer la prisión preventiva en un creciente número de hipótesis, casi siempre en condiciones que igualan o empeoran las que rigen —constantemente denunciadas en las resoluciones de la Corte Interamericana— en un elevado número de reclusorios, que no hacen honor a su designio como planteles de readaptación, rehabilitación, reeducación, reinserción, etcétera.”

¹³ MAIER, 2008, p. 897. Sobre ello véase además, pp. 875-900 y 931-944.

incluido como aspecto fundamental la extensión del dictado de la prisión preventiva. A ello se ha unido que las prácticas inquisitivas, consecuencia de los códigos derogados, se hayan mantenido bajo la nueva legislación, ello en gran parte por el gran ámbito valorativo que implica la valoración en el caso concreto de los peligros de fuga y de obstaculización, a lo que se une la problemática causal de peligro de reiteración delictiva, lo mismo que la previsión legal o de hecho de la alarma social como justificadora de la prisión preventiva, a lo que se agregan las prohibiciones excarcelatorias con respecto a determinados delitos. A este divorcio entre la normativa constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, con la legislación y práctica judicial latinoamericana, se refirió, por ejemplo, Sergio GARCÍA RAMÍREZ en la sentencia de la CIDH del caso Tibi, llamando a la reforma que se ha dado como de “pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en los congresos, pero sin efectos en la disminución de los presos preventivos.¹⁴

2. Tendencia actual de la jurisprudencia interamericana

Frente a la tendencia actual en Latinoamérica hacia la dureza del sistema penal y hacia una mayor extensión de la prisión preventiva como un mecanismo que se estima esencial para la garantía de la seguridad ciudadana, convirtiéndose incluso la prisión preventiva en el principal instrumento de prevención general y de prevención especial de la criminalidad, es importante rescatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente la sentencia del caso Suárez Rosero,¹⁵ como pionera, y la sentencia del caso Chaparro Álvarez, como la que ha realizado un desarrollo más profundo sobre la prisión preventiva,¹⁶ lo mismo que las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacándose el informe 35-07, relativo al caso de Jorge, José y Dante

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: “62. Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva —que constituiría otra manifestación del carácter ‘mínimo’ del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso—, la realidad ha instalado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal —no, por cierto, una ‘reforma de pizarrón’, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil— debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados —es decir, ‘presuntos inocentes’— que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados.”

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, No. 77. Sobre este caso, ver BOVINO, 2005, pp. 3-54.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, especialmente 93, 101-103, 145-146.

Peirano Basso.¹⁷ Por otro lado, deben resaltarse las consideraciones que sobre la presunción de inocencia y la prisión preventiva hace Sergio GARCÍA RAMÍREZ en los votos razonados de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos Tibi,¹⁸ López Álvarez¹⁹ y Bayarri,²⁰ que desde una redacción más libre que la del pleno de la Corte Interamericana ha hecho mención a los problemas que envuelve la prisión preventiva en Latinoamérica.

A través de estas sentencias de la Corte Interamericana y de los informes de la Comisión Interamericana, puede obtenerse un límite a la demagogia del populismo penal. Es importante tener en cuenta además que de acuerdo con la Convención Americana de Derechos Humanos los fallos dictados en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana son de obligatorio cumplimiento para las partes involucradas,²¹ resultando que en diversos fallos la Corte Interamericana ha ordenado que el Estado responsable reforme su legislación en un plazo razonable y no ha faltado tampoco algún caso en que ha dispuesto directamente la ineficacia de la legislación del Estado cuya responsabilidad se ha declarado.²² Por otro lado, conforme al principio de buena fe en la recepción de los convenios internacionales, se considera que una resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debería ser acatada también por los estados que no participaron en el procedimiento contencioso en que se decretó, ello si no quieren que posteriormente se declare su responsabilidad en un procedimiento contencioso que se les siga. Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado que conforme al principio de buena fe también son de obligatorio cumplimiento los informes de ésta.²³ Con todo, debe reconocerse la siempre precariedad de que goza la ejecución de las resoluciones del sistema de protección de los derechos humanos interamericano, debido a la inexistencia de una fuerza coactiva internacional que las

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, No. 32-35, 61-63.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, No. 18-24.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, No. 3-15.

²¹ Art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 2008a, pp. 259-277.

²² En el caso Barrios Altos la Corte Interamericano declaró directamente la ineficacia de la autoamnistía (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos, sentencia de 30 de noviembre de 2001, No. 42). En otros casos como el de "La última tentación de Cristo" y el de Mauricio Herrera se ordenó al Estado modificar su legislación (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso La última tentación de Cristo, sentencia de 5 de febrero de 2001; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mauricio Herrera, sentencia de 2 de julio de 2004). Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 2008, pp. 268-271.

²³ Sobre ello véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loaiza Tamayo, sentencia de 1 de septiembre de 1997, No. 80. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 2008a, p. 258.

ejecute,²⁴ lo que ha llevado en ocasiones a en diversos momentos, estados como el Perú²⁵ y Venezuela,²⁶ hayan manifestado expresamente su voluntad de desobedecer las resoluciones desfavorables que se dictó en contra de ellos por la Corte Interamericana, o bien otros estados, sin renegar expresamente de lo resuelto por ésta no han tenido la voluntad de cumplir sus resoluciones, especialmente en lo relativo a la obligación de realizar una investigación seria tendiente a establecer los responsables de la violación de los derechos humanos.

En el caso cubano, aunque Cuba no forma parte de los países suscriptores de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden servirle como auxilio para una eventual reforma procesal penal, encontrándose, al igual que con respecto a diversos países latinoamericanos, problemas en la regulación de la prisión preventiva en Cuba, especialmente en los artículos 252, 253 y 258 de la Ley de Procedimiento Penal.²⁷

A) Prisión preventiva y presunción de inocencia

La coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva no es improblemática, a lo que hizo mención en particular Sergio García Ramírez en el voto razonado de la sentencias de la Corte Interamericana de Derechos

²⁴ Sobre el tema: FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 916.

²⁵ Indica Héctor FAÚNDEZ LEDESMA que en cuanto al incumplimiento de lo resuelto por la Corte Interamericana: "[...] la situación más crítica se produjo cuando, a través de distintos órganos del Estado, incluyendo la Presidencia de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Supremo de Justicia Militar, el Perú declaró 'inejecutables' las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos Loayza Tamayo (reparaciones) y Castillo Petrucci y otros. Luego de la caída del régimen de Fujimori, el nuevo gobierno del Perú rápidamente adoptó las medidas indispensables para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte". FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 913.

²⁶ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en sentencia de 18 de diciembre de 2008 consideró como no ejecutable la orden dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de restituir a tres jueces que habían sido destituidos en 2003. Se consideró que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son de obligatorio cumplimiento cuando violan la Constitución (<http://actualidad.terra.es/nacional/articulo/supremo-cidh-no-reincorporara-magistrados-3002211.htm>). Lo anterior relacionado con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") *vs.* Venezuela, sentencia de 5 de agosto de 2008.

²⁷ He consultado la Ley de Enjuiciamiento Penal cubana en RIVERO GARCÍA, 2008, pp. 144-148. En la conferencia impartida por Danilo RIVERO el día 8 de abril de 2009 en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en La Habana, hizo referencia a la influencia de la Ley de Enjuiciamiento Penal española sobre la legislación cubana. Indicó: "Los presupuestos básicos para la adopción de la prisión provisional en las leyes del periodo revolucionario, son los mismos, que en la derogada LE Crim; a saber: la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y razones bastantes para creer responsable criminalmente al presunto culpable. También se trasladan a estos cuerpos los motivos de aquélla, para no adoptar la decisión de prisión: buenos antecedentes de conducta, inexistencia de indicios sobre evasión de la justicia, y que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio. A las tradicionales medidas de prisión, fianza y obligación *apud* acta de la vieja ley, se suman la fianza moral y la reclusión domiciliaria." RIVERO GARCÍA, 2009.

Humanos en los casos Tibi,²⁸ López Álvarez²⁹ y Bayarri.³⁰ Se resaltó por GARCÍA

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente. 35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado 'como si fuera culpable', que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata 'como si fuera inocente', que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio —juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpaado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad— y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias."

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar —evocando al clásico BECCARIA— que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato pone en guardia frente a la 'justicia' de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpaado. 5. Dificilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida 'justa', aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos —a reserva de hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad— para sustentar la legitimidad de semejante medida. En otros términos, será preciso establecer que la privación cautelar de la libertad es 'necesaria' desde la perspectiva de la justicia misma —en el caso concreto, por supuesto— y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al Estado para restringir derechos de los individuos: no hay derecho absoluto; todo derecho halla su límite en la frontera de los derechos ajenos, el bien común, el interés general, la seguridad de todos, siempre en el marco —estricto y exigente— de la sociedad democrática (artículos 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Cabe formular las mismas consideraciones, por cierto, a propósito de la otra vertiente privativa de la libertad: la prisión punitiva, medida penal en sentido estricto, que debiera reducirse a su expresión indispensable. Pero no es éste el tema del presente voto."

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "4. La prisión preventiva, que precede a la punitiva en la historia de la privación de la libertad vinculada a la sanción actual o futura de los delitos, tropieza con obstáculos éticos y lógicos de primera magnitud. Basta recordar —evocando al clásico BECCARIA— que constituye una pena anticipada a la proclamación oficial de la responsabilidad penal de quien la sufre. Este dato pone en guardia frente a la 'justicia' de una medida que suprime, restringe o limita la libertad (en rigor, varias libertades o manifestaciones de la libertad humana: la ambulatoria, sin duda, pero también otras, irremisiblemente arrastradas por aquélla) aun antes de que el Estado resuelva, por el conducto pertinente, que existe un fundamento cierto y firme para suprimir, restringir o limitar esa libertad. Hay, pues, un juicio adelantado y en este sentido inoportuno, pero no por ello menos efectivo, sobre la responsabilidad penal del inculpaado. 5. Dificilmente se podría sostener, pues, que la prisión preventiva es una medida 'justa', aunque se practique al amparo de la justicia. Si es injusto castigar para saber si se puede castigar, habrá que buscar otros argumentos —a reserva de hallar, mejor aún, medidas sucedáneas de la privación de libertad— para sustentar la legitimidad de semejante medida. En otros términos, será preciso establecer que la privación cautelar de la libertad es 'necesaria' desde la perspectiva de la justicia misma —en el caso concreto, por supuesto— y se halla provista por las razones y consideraciones que facultan al Estado para restringir derechos de los individuos: no hay derecho absoluto; todo derecho halla su límite en la frontera de los derechos ajenos, el bien común, el interés general, la seguridad de todos, siempre en el marco —estricto y exigente— de la sociedad democrática (artículos 30 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

RAMÍREZ en el voto razonado al caso Bayarri el alto grado de afectación que sufre el imputado con el dictado de la prisión preventiva.³¹ Además, en el caso López Álvarez hizo referencia a la dificultad para la diferenciación desde el punto de vista práctico, de la injerencia en los derechos del privado de libertad, entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, resultando que en muchas ocasiones inclusive la primera es de más duración que la segunda.³²

Debido a la problemática que implica que se pueda privar de libertad a una persona que se presume inocente, algunos autores han combatido el reconocimiento de la presunción de inocencia por considerarla incompatible con la prisión preventiva.³³ Otros, por el contrario, han criticado la posibilidad de que se dicte la prisión preventiva, por estimarla un quebranto a la presunción de inocencia.³⁴

Cabe formular las mismas consideraciones, por cierto, a propósito de la otra vertiente privativa de la libertad: la prisión punitiva, medida penal en sentido estricto, que debiera reducirse a su expresión indispensable. Pero no es éste el tema del presente voto". Señala más adelante: "7. No sobra reiterar lo que tanto se ha dicho: existe una tensión casi insoluble entre el gran aporte del liberalismo penal, que rescata los derechos del individuo y acota los poderes de la autoridad: la presunción o principio de inocencia —raíz de múltiples derechos particulares y fundamento de numerosos deberes públicos—, por una parte, y la prisión preventiva, por la otra. La subsistencia de ésta —no se diga su proliferación y agravamiento— militan directamente contra aquel principio: ¿cómo justificar la privación de libertad de quien es presuntamente inocente y debe ser tratado en los términos, tan garantistas, de esa presunción que le favorece? ¿Cómo confinar al inocente, incomunicarlo, restringir el ejercicio de otros derechos inevitablemente afectados, exponerlo a la vista pública como un presunto —o seguro— culpable?"

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "6. La prisión preventiva forma filas entre los medios de que se vale el Estado para asegurar —cautelar o precautoriamente— la buena marcha de la justicia y el eficaz cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales. En este sentido, la preventiva obedece a los mismos factores y debiera atender las mismas reglas que gobiernan otros expedientes cautelares. Todos éstos entrañan cierta anticipación en el juicio, con el propósito de salvar el juicio mismo, si se permite la expresión. Empero, la preventiva es la más intensa y devastadora de esas medidas, incomparablemente más severa que la vigilancia por la autoridad, el aseguramiento de bienes, la prohibición de realizar determinadas operaciones o actividades, la limitación en la libertad de tránsito, etcétera. En realidad, todas las medidas precautorias generan daños difícilmente reparables, aunque compensables; la preventiva causa, por su parte, un daño absolutamente irreparable, como es la pérdida de tiempo de vida, con todo lo que ello significa: de ahí la necesidad de analizarla y adoptarla con infinito cuidado."

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "18. Una vez más nos hallamos ante el problema de la prisión preventiva, es decir, de la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad —aunque ésta tropiece con el tecnicismo— la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. Inclusive, en no pocas ocasiones —el Caso López Álvarez es muestra de ello, ciertamente no única— la reclusión preventiva se prolonga tanto o más que una reclusión punitiva. Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva."

³³ Cf. GAROFALO, 1882, p. 392; GAROFALO, s.f., pp. 452-453, 458-459, 461; MANZINI, T. I, 1954; MANZINI, 1960, pp. 43-44. Sobre ello: LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 48-60; LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 67-106.

³⁴ Cf. PASTOR, 2004, pp. 25-26; FERRAJOLI, 1995, pp. 555-561; LARRAURI, 1991, pp. 57-58; ANITUA, 2003, p. 292. Rectificando

Sin embargo, ambas posiciones son minoritarias, sosteniéndose por la doctrina mayoritaria que la presunción de inocencia no implica que no pueda disponerse la prisión preventiva. Así, cuando los autores latinoamericanos y alemanes se ocupan de la relación de la presunción de inocencia con la prisión preventiva, sostienen que la presunción de inocencia no podría significar que el imputado debiera estar libre de toda medida coercitiva durante el proceso, ya que ello haría que ningún proceso penal pudiera ser realizado.³⁵ Sin embargo, se reconoce a su vez que la presunción de inocencia influye la regulación de la prisión preventiva.

Prueba de la coexistencia de la presunción de inocencia y la prisión preventiva es que los instrumentos internacionales de derechos humanos regulan no solamente la presunción de inocencia, sino también la posibilidad de privar de libertad al imputado durante el proceso. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido, al disponer que toda persona detenida tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable.³⁶ Estos mismos instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen la influencia de la presunción de inocencia sobre la regulación de la prisión preventiva. Así tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen la necesidad de que los detenidos preventivamente estén separados de aquellos que cumplen una pena privativa de libertad.³⁷ Los dos tratados internacionales en dicha regulación enfatizan el trato diferente que debe darse a los detenidos preventivamente, ello partiendo de su condición de personas no condenadas. Esto se encuentra desarrollado en diversas recomendaciones, reglas mínimas y directrices de la ONU, en la que se ha regulado la ejecución de la prisión preventiva, por ejemplo en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.³⁸ Se resalta en dichas normas que debe respetarse la presunción de inocencia de las personas en prisión preventiva, estableciéndose un régimen especial para la ejecución de la privación de libertad. Con respecto a ello Sergio GARCÍA RAMÍREZ en su voto razonado a la sentencia del caso

la posición anterior y en contra de la abolición de la prisión preventiva: PASTOR, 2007, pp. 456-457. Sobre ello: LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 126-132.

³⁵ Cf. BVERFGE 35, 185 (190); BVERFGE 36, 264 (269-270); SAX, 1959, p. 987; LINSS, 1991, p. 53.

³⁶ Art. 7 inciso 5) de la CADH; Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Véase además: Art. 9 inciso 3) del PIDCP. Sobre la temática de la prisión preventiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ver FALCONE, 2004, pp. 179-191.

³⁷ Art. 5 inciso 4) de la CADH; Art. 10 inciso 2) a) del PIDCP.

³⁸ Véase Art. 84 inciso 2) de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Consúltense también: Arts. 16 y 18 de las reglas de la ONU para la protección de los menores privados de libertad y principios 8 y 36 inciso 1) del catálogo de principios para la protección de los sometidos a cualquier forma de encarcelamiento o prisión penal.

Tibi hizo mención a que la previsión de la presunción de inocencia se encuentra a la cabeza de las regulaciones sobre los procesados privados de libertad.³⁹

Una interpretación histórica lleva a conclusiones similares. Debe tenerse en cuenta que la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las diversas declaraciones y convenciones de derechos humanos tiene sus raíces en la Declaración francesa de Derechos Humanos de 1789. El Art. 9 de la misma indica: "Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable; por ello, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no fuera necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley."

En este artículo se contempló expresamente la presunción de inocencia, pero al mismo tiempo se señaló que no excluía la posibilidad de que al imputado se le privase de la libertad durante el transcurso del proceso. Sin embargo, dicha privación de libertad, como consecuencia de la presunción de inocencia, estaría sometida a limitaciones.

Una de las mayores preocupaciones de los diversos autores que ejercieron una influencia sobre la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración francesa de Derechos Humanos, por ejemplo BECCARIA, fue precisamente la relación entre la presunción de inocencia con respecto a la prisión preventiva.⁴⁰ Así, se reconoció que la presunción de inocencia traza límites a la regulación de la prisión preventiva. Ello hace posible determinar, como la versión moderna de la presun-

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "33. Este principio se localiza a la cabeza de las disposiciones sobre procesados, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955: 'El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia' (regla 84.2). Y el principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988, resuelve: 'Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.'"

⁴⁰ Indica BECCARIA que "La estrechez de la cárcel [prisión preventiva] no puede ser más que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos." BECCARIA, 1988, p. 61 [lo que se encuentra entre corchetes no es del original]. Sobre BECCARIA y la prisión preventiva: LLOBET RODRÍGUEZ, 2004, pp. 290-295. Otros como MARAT y PUFENDORF sólo admitieron el peligro de fuga como causal de prisión preventiva. Cf. MARAT, 1955, p. 148; PUFENDORF, No. 759, 1993 p. 51. Sobre ello véase: LLOBET RODRÍGUEZ, 2006, p. 292. Con todo debe reconocerse que la mayor preocupación de la doctrina ilustrada era la prohibición de la tortura, para lo cual enfatizaba la existencia de una presunción de inocencia. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, p. 71, nota al pie 256. Debido a que en ese entonces la prisión no tenía importancia como pena, la doctrina de la Ilustración no se preocupó mucho por la distinción entre pena privativa de libertad y prisión preventiva, aunque como se dijo, sí señaló qué fines debía perseguir ésta. Sin embargo, como excepción HOBBS (1588-1679), que le asignó a la prisión preventiva una función de simple aseguramiento del imputado, sí trató la distinción entre pena de prisión y prisión preventiva. Dijo: "Prisión existe cuando un hombre queda privado de libertad por la autoridad pública, privación que puede ocurrir de dos diversas maneras; una de ellas consiste en la custodia y vigilancia de un hombre acusado, la otra en infligir una penalidad a un condenado. La primera no es pena, porque nadie se supone que ha de ser castigado antes de ser judicialmente oído y declarado culpable. Por consiguiente, cualquier daño que se cause a un hombre, antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encarcelamiento o privación más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza." HOBBS, 1994, pp. 358-359.

ción de inocencia, que surge de la Declaración francesa de Derechos Humanos,⁴¹ está relacionada con la limitación al dictado de las medidas coercitivas.

Resumiendo, la presunción de inocencia no significa la prohibición de que se ordene la prisión preventiva, pero debe reconocerse que ejerce influencia sobre la regulación de ésta.

b) Prisión preventiva y pena anticipada

En general sostiene la doctrina que la prisión preventiva no puede constituir una pena anticipada.⁴² En ese sentido ha dicho el Tribunal Federal Constitucional alemán que la presunción de inocencia prohíbe que se dispongan medidas en anticipo de la pena, que en sus efectos iguallen a la pena privativa de libertad.⁴³ Así se pronunció la Corte Interamericana en los casos Acosta Calderón⁴⁴ y Chaparro Álvarez,⁴⁵ ello al negar que sea admisible que la prisión preventiva se convierta en una pena anticipada. Sin embargo, cuesta explicar qué puede significar esto, en particular cuando se trata de distinguir entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, ya que ambas privaciones tienen efectos similares para quien las sufre, tal y como lo indicó Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el voto razonado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Álvarez, a lo que se hizo mención antes.⁴⁶ Ello ha llevado a que MÜLLER-DIETZ haya

⁴¹ De acuerdo con KÖSTER con la regulación de la presunción de inocencia en la Declaración francesa de Derechos Humanos y la previsión de ésta en los códigos procesales penales orientados de acuerdo con los principios del estado de derecho, puede considerarse la historia jurídica del desarrollo de la presunción de inocencia por terminado. KÖSTER, 1979, p. 115.

⁴² Cf. MAIER, 1981, pp. 30-31; MAIER, 2002, p. 522; VÉLEZ MARICONDE, 1969, t. I, p. 325; ESER, 1983, p. 160; MÜLLER-DIETZ, 1984, p. 83; VEIT, 1971, p. 22; ZIPF, 1977, p. 121; JOACHIMSKY, 1991, p. 53; KÜHNE, 1993, Parr. 17, No. 136.2; LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 72-77.

⁴³ BVERfGE 19, 347.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos."

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "146. La Corte ha señalado que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, puesto que equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos."

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, No. 18, arriba citado.

dicho que la distinción solamente puede hacerse desde el punto de vista de la finalidad de la privación de libertad.⁴⁷ Se llega a señalar que la prisión preventiva, como consecuencia de la presunción de inocencia, no puede perseguir fines de prevención general ni especial. A esta conclusión tiende un sector de la doctrina alemana⁴⁸ y latinoamericana.⁴⁹ De gran importancia al respecto es el caso Chaparro Álvarez, en el que la Corte Interamericana dijo que la privación de libertad no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales.⁵⁰ En este sentido en forma reiterada la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva, por ejemplo en los casos Suárez Rosero,⁵¹ Acosta Calderón,⁵² López Álvarez,⁵³ García Asto,⁵⁴ Chaparro Álvarez⁵⁵ y Bayarri.⁵⁶

⁴⁷ MÜLLER-DIETZ, 1984, p. 83.

⁴⁸ Cf. ARBEITSKREIS STRAFPROZESSREFORM, 1983, pp. 31-32; FACHAUSSCHUß I "Strafrecht und Strafvollzug" des Bundeszweigsvereins für Straffälligenhilfe, 1983, p. 11; HASSEMER, 1984, pp. 40-41; HASSEMER, 1998, pp. 105-127; HEINZ, 1987, pp. 7-8; JUNG, 1985, p. 33; KRAUSS, 1971, p. 161; LINSS, 1991, p. 43. MÜLLER-DIETZ, 1981, pp. 1268-1269; WOLTER, 1981, p. 454 ss. La prohibición de que la prisión preventiva cumpla funciones de prevención general y especial, es una conclusión a la que tiende la doctrina latinoamericana. Véase al respecto la bibliografía que se cita en: LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, p. 99, nota al pie 15.

⁴⁹ Cf. ABAL OLIÚ, 1986, p. 172; CAFFERATA NORES, 1983, p. 32; CAFFERATA NORES, 1986, pp. 1-13; CLARÍA OLMEDO, 1975, p. 39; CRUZ CASTRO, 1989, pp. 113-120; DE LA RÚA/MAIER, 1982, p. 90; GUARIGLIA, 1993, p. 84; LLOBET RODRÍGUEZ, 1991, pp. 306-307; MAIER, 1978, p. 199; MAIER, T. Ib, 1989, pp. 252-289; MINVILLE, 1988, p. 92; TORRES GUDIÑO, 1973, p. 125; VÉLEZ MARICONDE, 1962, pp. 12-13; VÉLEZ MARICONDE, T. I, 1969, pp. 325, 331-332; VITELE, 1990, pp. 170-171; propuesta No. 9 del III Encuentro de Profesores Argentinos de Derecho Procesal Penal de 1987. En: CAFFERATA NORES, 1991, pp. 68-69. En general la doctrina latinoamericana admite solamente la prevención de la fuga y de la obstaculización, como fines de la prisión preventiva. Se tiende actualmente a exigir que debe darse en concreto el peligro de fuga o de obstaculización, por ejemplo por Julio MAIER, aunque algunos autores, como por ejemplo Alfredo VÉLEZ MARICONDE y Jorge CLARÍA OLMEDO, admiten como legítimas la llamada "presunción de fuga", con base en el monto de la pena prevista para el delito atribuido, no exigiendo con ello el peligro concreto de fuga o de obstaculización. Sin embargo, es discutible que esa presunción de fuga no contenga realmente una consideración de prevención general tras de sí. En este sentido: LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 112-119. Por otro lado, Alberto BOVINO, gran crítico de la prisión preventiva, considera que de acuerdo con el artículo 7, No. 5, de la Convención Americana de Derechos Humanos solamente es admisible la causal de peligro de fuga. Cf. BOVINO, 2005, pp. 40-41.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103 [...] La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia".

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: "77 [...] La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]."

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 75: "[...] el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]."

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "69 [...] La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva [...]."

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: "106 [...] El Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "145 [...] La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "110.

Con todo, se afirma que la prisión preventiva debe cumplir una función procesal, lo que lleva a que se diga que solamente son admisibles las causas de peligro concreto de fuga y de obstaculización, tal y como lo afirmaba BECCARIA.⁵⁷ Ello ha sido afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso Suárez Rosero,⁵⁸ siendo reiterado en diversos fallos posteriores, por ejemplo en los casos Tibi,⁵⁹ Palamara Iribarne,⁶⁰ Acosta Calderón,⁶¹ López Álvarez,⁶² Servellón García,⁶³ Chaparro Álvarez,⁶⁴ Yvon Neptune⁶⁵

Este Tribunal ha establecido que, al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva [...]."

⁵⁷ BECCARIA, 1988, p. 61.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: "77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]."

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 180: "Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: "198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "111. Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva [...]."

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "69. 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 aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros *vs.* Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006: "90 [...] La Corte ha establecido que para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "93 [...] Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia [...]. También: "103 [...] La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia." Además: "145. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune *vs.* Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008: "[...]

y Bayarri.⁶⁶ Es importante tener en cuenta que en esas sentencias se ha exigido por la Corte Interamericana que el peligro de fuga o de obstaculización sea concreto, lo que excluye las llamadas presunciones de fuga con base en el monto de la pena esperada, tan frecuentes antes del proceso de reforma procesal en Latinoamérica y que perduran todavía en algunos países. Lo anterior fue desarrollado especialmente en las sentencias de los casos Chaparro Álvarez⁶⁷ y Bayarri,⁶⁸ en los que se enfatizó el deber de fundamentar el dictado de la prisión preventiva y de analizar el cumplimiento de los diversos requisitos para el dictado de la misma. Por ello mismo se ha resaltado que en cuanto dejen de subsistir las razones que llevaron al dictado de la prisión preventiva, debe dejarse sin efecto la misma, lo que implica la obligación de revisión periódica, lo que se indicó por ejemplo en los casos Chaparro Álvarez⁶⁹ y Bayarri.⁷⁰

Este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "74 [...] Las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia [...]."

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "107. El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes."

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad [...]."

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "117. La Corte resalta que en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse."

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "76. El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para

c) Prisión provisional y prevención

En forma expresa en el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos negó la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva para evitar que el imputado cometa nuevos hechos delictivos.⁷¹ Con ello se desautorizó el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva, lo mismo que el dictado de la prisión preventiva a los delincuentes habituales o a los reincidentes, causales asociadas a la prevención especial negativa y que en general son autorizadas en la legislación latinoamericana.⁷² En el informe indicado la Comisión Interamericana también desautorizó que se pudiera ordenar la prisión preventiva para tranquilizar al público, debido a la repercusión del hecho.⁷³ Además se pronunció en contra de los delitos no excarcelables,⁷⁴ rechazados por la doctrina latinoamericana, pero tan frecuentes en la legislación de Latinoamérica.⁷⁵ Con esto se ratificó lo indicado en el informe

que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe."

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "84. Como se ha dicho, esta limitación al derecho a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre en favor de la vigencia del derecho; en virtud del principio *pro homine*. Por ello, se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal."

⁷² Sobre el quebranto a la presunción de inocencia por la causal de peligro de reiteración delictiva y las causales relacionadas con ella, por ejemplo la prohibición de prisión preventiva para los delincuentes reincidentes, los habituales y los que tengan otros procesos pendientes, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1992b, pp. 517-527; LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 194-216. Se analizan allí las discusiones que han existido con respecto a la causal de peligro de reiteración delictiva, la que ha sido tratada de justificar con base en la necesidad de protección de la colectividad, utilizando el principio de proporcionalidad en contra del imputado.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay, No. 84. Véase la cita trasanterior.

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "141. En cuanto a este tipo de relación, en ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como 'alarma social', 'repercusión social', 'peligrosidad' o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad."

⁷⁵ La doctrina mayoritaria latinoamericana es contraria a las prohibiciones excarcelatorias que con respecto a deter-

77-02, que tenía como antecedente el 12-96 de la CIDH,⁷⁶ pero que se había contrapuesto al informe 30-97, que había admitido el peligro de reiteración delictiva y la necesidad de tranquilizar al público, aunque rechazó los delitos no excarcelables. Ya las referencias explícitas al rechazo del peligro de reiteración, de la alarma social y de los delitos no excarcelables, se podía deducir de diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; por ejemplo, en el caso López Álvarez, se dijo que las características del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.⁷⁷ Ello fue reiterado en el caso Bayarri.⁷⁸ En el de López Álvarez se hizo mención también a la prohibición de delitos no excarcelables con base en la pena prevista en abstracto. Además se indicó que en ningún caso la aplicación de la prisión preventiva estará determinada por el tipo de delito que se atribuye.⁷⁹ En el caso Palamaca Iribarte la Corte Interamericana se había anticipado a la prohibición de que con base en la pena se establecieran delitos no excarcelables.⁸⁰

minados delitos se establecen en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. Cf. ARIAS, 1990, pp. 61-63; CARRANZA/MORA MORA/HOUED VEGA/ZAFFARONI, 1988, pp. 116-117; CLARÍA OLMEDO, t. v, 1964, p. 318; CLARÍA OLMEDO, 1973, pp. 89-91; CRUZ CASTRO, 1989, p. 116; GUZMÁN, 1973, p. 37; HENDLER, 1984, pp. 729-732; LLOBET RODRÍGUEZ, 1991, p. 319; MAIER, 1981, p. 48; TORRES, 1976, pp. 49-52; VÉLEZ MARICONDE, t. I, 1969, p. 340; VITELE, 1990, p. 474; ZAFFARONI, 1984a, pp. 535-536. En contra: ÁLVAREZ, 1982-1983, pp. 200-202; CHICHIZOLA, 1963, p. 154; HUACUJA BETANCOURT, 1989, pp. 101-102; VELA, 1981, p. 10. Sobre el tema, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 120-123

⁷⁶ Sobre este informe, véase FALCONE, 2004, p. 184.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006. "69. 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 aquél 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 sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva [...]."

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri *vs.* Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008: "74 [...] Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva [...]."

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que '[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente', el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que 'no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años'. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurren en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo."

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: "212. En la jurisdicción militar chilena, al parecer, la prisión preventiva procede como regla y no como excepción. De las normas del Código de Justicia Militar y del Código Procesal Penal aplicado al señor Palamara Iribarne que regulan la prisión preventiva se desprende que al momento de emitir el auto de procesamiento el juez puede conceder la excarcelación al procesado sin caución alguna cuando 'el delito de que se trata está sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio menor en su grado mínimo'. Es decir, la libertad condicional es un 'beneficio' que

Por otro lado, como se dijo antes, en el caso Chaparro Álvarez la Corte Interamericana en forma expresa se pronunció en contra de los fines preventivo-generales y de los fines preventivo-especiales de la prisión preventiva,⁸¹ lo que desautoriza implícitamente causales de prisión preventiva como la alarma social y la flagrancia como supuesto que autoriza dicha prisión, asociada a la necesidad de tranquilizar a la comunidad.⁸² Estas causales tienen relación con la prevención general, lo mismo que la prohibición de excarcelación y la necesidad del dictado de prisión preventiva cuando la pena prevista supera un determinado monto. Por ello mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso García Asto desautorizó que se fundamentara la prisión preventiva solamente en la gravedad del hecho y la pena prevista para el delito que se imputa.⁸³

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Servellón García se pronunció en contra de las detenciones masivas realizadas sin ningún fundamento legal y con base en la apariencia,⁸⁴ lo que, debe decirse, está relacionado con las políticas de tolerancia cero importadas de los Estados Unidos de América.

Debe resaltarse que en todo ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, deben ser elo-

el juez puede otorgar al procesado cuando se reúnen ciertos requisitos exigidos por la ley, partiendo de la premisa de la privación de su libertad como regla."

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103 [...] La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena [...]."

⁸² En el siglo XIX ZUCKER indicó que el encarcelamiento del atrapado *in fraganti* persigue tranquilizar el ánimo de la comunidad. Cf. ZUCKER, III sección, 1879, p. 17. En contra de la prisión preventiva del atrapado *in fraganti*, por el mero hecho de haberlo sido, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 126-128.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: "128. El artículo 135 del Código Procesal Penal establecía que no constituiría 'criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa'. Sin embargo, el Primer Juzgado Especializado presumió que el imputado trataría de eludir la acción de la justicia por 'la gravedad del hecho imputado y las consecuencias jurídicas que acarrearía la probanza de los mismos'. Al respecto, este Tribunal advierte que en el presente caso el Primer Juzgado Especializado Penal en Delito de Terrorismo no presentó motivación suficiente para mantener la detención del señor Wilson García Asto."

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros *vs.* Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006: "93. Por ello, una detención masiva y programada de personas sin causa legal, en la que el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito, constituye una detención ilegal y arbitraria. En concordancia con ello, en el Caso Bulacio la Corte estableció que las *razzias* son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, la presunción de inocencia, la existencia de orden judicial para detener —salvo en hipótesis de flagrancia— y la obligación de notificar a los encargados de los menores de edad." Señaló además: "96. Las detenciones programadas y colectivas, las que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen del control judicial, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna."

giadas, ya que han llegado más lejos que la Corte Europea de derechos, que no ha rechazado la posibilidad del dictado de la prisión preventiva en casos de peligro de reiteración delictiva.⁸⁵ Con todo, no debe dejarse de reconocer la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el tema de la prohibición de que la prisión preventiva supere el plazo razonable, a lo que se hará mención luego.

La función cautelar de la prisión preventiva tiene también importancia con respecto a los fines de la prisión preventiva y las causales de la misma, pero también lo tiene en relación con la ejecución de la prisión preventiva.⁸⁶ La misma Convención Americana de Derechos Humanos señala que los presos preventivos deben ser separados de los condenados y deben ser tratados conforme a su condición. En el caso *Yvon Neptune* se enfatizó por la Corte Interamericana sobre la relación entre la obligación de separación entre separados y condenados, estableciendo la relación de ello con la presunción de inocencia y el trato como inocentes que se le debe dar a los procesados.⁸⁷

⁸⁵ Al analizar la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha controlado si existe peligro de fuga, peligro de obstaculización, peligro de reiteración o la necesidad de mantener el orden público. Por ejemplo, en lo relativo con el peligro de reiteración Cf. caso *Ringeisen* (sentencia del 16-7-1971); caso *Störmüller* (sentencia del 10-11-1969); caso *Clooth* (sentencia del 12-12-91) en: RUDH 1991, 582 (584); caso *Toth* (sentencia del 12-12-91), RUDH 1991, 578 (579). Sobre ello: GRABENWARTER, 2003, Par. 21, No. 8, p. 184; FALCONE, 2004, p. 184; WOISCHNIK, 2003, p. 271, nota al pie 846; LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 215-216. Un argumento que se da en Alemania en favor de la causal de peligro de reiteración, es que de acuerdo con el Art. 5 aparte 1 c) de la Convención Europea de Derechos Humanos dicha causal está autorizada. Cf. *BverfGE* 35, 185 (191); KK-BOUJONG, 1993, Par. 112a, No. 3; DREHER, 1970, p. 967; GNAM, 1972, pp. 249-250; KLEINKNECHT, 1965, p. 116; KLEINKNECHT/MEYER/MEYER-GOSSNER, 1993, Par. 112a, No. 1; R. SCHMITT, 1965, p. 194; SCHORN, 1965, p. 842; SPECK, 1969, p. 181; KÜHNE, 2003, No. 421, p. 225. El principio 2 inciso 2 de la recomendación No. R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva para hechos de gravedad. Se discute, sin embargo, si realmente dicho artículo contempla la causal de prisión preventiva por peligro de reiteración delictiva, pues algún sector minoritario sostiene que se prevé solamente el encarcelamiento hasta la decisión del juez sobre dicha medida preventiva. Cf. KÜHNE, 1993, Par. 24, No. 193, nota al pie 12; TRECHSEL, 1974, p. 228; GRABENWARTER, 2003, Par. 21, No. 8, p. 184; FALCONE, 2004, p. 184; WOISCHNIK, 2003, p. 271, nota al pie 846; LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 215-216.

⁸⁶ Cf. ARBEITSKREIS STRAFPROZESSREFORM, 1983, p. 54; BAUMANN, 1990, pp. 10, 12; HABERSTROH, 1984, pp. 232-233; ISOLA, 1987, p. 33; SEEBODE, 1988, p. 45; MÜLLER-DIETZ, 1991, p. 227; WINKELMANN/ENGSTERHOLD, 1993, pp. 113-114. § 2 (1) del proyecto de una ley de ejecución penal, presentado por la comunidad de trabajo de juristas socialdemócratas en 1986 indica: "En la ejecución de la prisión preventiva debe considerarse que el preso vale como inocente hasta que no haya sido condenado por sentencia firme." El Par. 3 inciso 2) del proyecto de ejecución de la prisión preventiva presentado por BAUMANN prevé: "Toda apariencia a una pena así como toda presunción de culpabilidad es inadmisibles. El tratamiento de los presos debe tener en cuenta esto." BAUMANN, 1981, p. 10. Se critica por la doctrina que aunque teóricamente la situación de los presos preventivos debería ser mejor que aquella de los que cumplen pena privativa de libertad, en la práctica impera lo contrario. Cf. ISOLA, 1987, p. 32; PREUSKER, 1981, p. 136; SEEBODE, 1991, p. 183.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yvon Neptune vs. Haití*, sentencia de 6 de mayo de 2008: "145. El Comité de Derechos Humanos ha señalado, en su Observación general No. 21 sobre el trato humano de las personas privadas de libertad, que la separación entre procesados y condenados establecida en el artículo 10.2. a) del Pacto es 'necesaria para recalcar su condición de personas no condenadas; que están también protegidas por la presunción de inocencia establecida en el párrafo 2 del artículo 14 del Pacto'. Además, el Comité señaló que '[l]os Estados Partes

La CIDH en otras sentencias ya había hecho referencia a esta separación entre procesados y condenados, pero sin hacer un mayor desarrollo al respecto; por ejemplo, en el caso del Instituto de Reeducación del Menor, se hizo mención a la necesidad de distinción en el trato de los procesados y los condenados.⁸⁸ En el caso Tibi la Corte Interamericana se refirió también a la división entre presos preventivos y condenados, aunque no hizo mención a la diferenciación de tratamiento, sino al sometimiento de los presos preventivos a una mayor situación de violencia cuando no se les separa de los condenados.⁸⁹

De acuerdo con mi criterio, la limitación de la prisión preventiva a fines procesales y no los propios de la pena, es insuficiente, ya que la prisión preventiva supone una injerencia de gran gravedad a la libertad personal, que debe ser tolerada por una persona que se presume inocente. Ello debe llevar a considerarlo como un sacrificio especial indemnizable, conforme a la reglas de responsabilidad civil estatal por conducta lícita,⁹⁰ tanto si luego es condenado, como si es absuelto, solamente que en el caso de la condena la reparación considerará la deducción que debe hacerse de la pena de prisión que deba cumplirse, del periodo cumplido en prisión preventiva.⁹¹ De este criterio

deben indicar [...] en sus informes las modalidades de separación de los procesados y los condenados y precisar las diferencias entre los regímenes que se aplican a unos y otros'. 146. Esta Corte ha considerado que el artículo 5.4 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de establecer un sistema de clasificación de los reclusos en los centros penitenciarios, de manera que se garantice que los procesados sean separados de los condenados y que reciban un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenada. Estas garantías pueden ser entendidas como corolario del derecho de una persona procesada a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, el cual está reconocido en el artículo 8.2 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar la existencia y funcionamiento de un sistema de clasificación que respete las garantías establecidas en el artículo 5.4 de la Convención, así como la existencia de circunstancias excepcionales en caso de no separar los procesados de los condenados. 147. La Corte estima que la separación de los procesados y de los condenados requiere no solamente mantenerlos en diferentes celdas, sino también que estas celdas estén ubicadas en diferentes secciones dentro de un determinado centro de detención, o en diferentes establecimientos si resultara posible."

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: "169. Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna [...]."

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004: "169. Además, ha quedado establecido que los internos del Instituto procesados sin sentencia no estaban separados de los condenados y, por tanto, todos los internos eran sometidos al mismo trato sin distinción alguna (supra párrs. 134.20 y 134.21). Esta situación coadyuvó a que en el Instituto existiera un clima de inseguridad, tensión y violencia. El propio Estado ha reconocido la falta de separación entre procesados y condenados y ha señalado que ésta existía en el Instituto por 'la falta de disponibilidad de medios' [...]."

⁹⁰ Sobre el preso preventivo como sacrificio especial, ver DENCKER, 1971, p. 627; SEEBODE, 1985, pp. 136-141; VEDEL, 1980, p. 352. A pesar de la falta de reconocimiento en general del preso preventivo como un sacrificio especial en la legislación latinoamericana, existe una tendencia de la doctrina a admitir dicha indemnización. Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 1990, pp. 23-26; LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 76-77; ZAFFARONI, 1986, p. 95 y ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, 1980, p. 250; MINVIELLE, 1988, p. 111; MUÑOZ QUESADA, 1980, p. 47; PIZA ROCAFORT, 1989, pp. 163-181; CAFFERATA, 1984, p. 74 y ss.

⁹¹ Cf. DENCKER, 1971, p. 627; DREHER, 1970, p. 968. Un resumen de las posiciones de la doctrina con respecto al principio del cómputo del Par. 51 del Código Penal alemán, en BURMANN, 1984, pp. 17-18. Por ello no es acertada la afirmación

partía el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, aunque las legislaciones aprobadas han tendido a no seguirlo. Debe reconocerse que la Convención Americana de Derechos Humanos no reconoce ese derecho, ni ha sido admitido tampoco por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque debería deducirse de la presunción de inocencia, establecida en la Convención Americana.

d) Presunción de inocencia y principio de proporcionalidad en la prisión provisional

Desde la perspectiva de un estado de derecho la grave injerencia a la libertad personal que implica la prisión preventiva, debe darse dentro de ciertos límites. Dos principios son los que ejercen una influencia fundamental en la determinación de los límites de la prisión preventiva: la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad.⁹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones ha hecho mención a la presunción de inocencia y al principio de proporcionalidad, mencionándolos como dos principios diferentes. Así ha dicho, por ejemplo en los casos Acosta Calderón,⁹³ Tibi,⁹⁴ Instituto de Reeduación del Menor,⁹⁵ García Asto⁹⁶

del argentino ZAFFARONI, en el sentido de que el cómputo de la prisión preventiva, prueba que ésta significa siempre una violación de la presunción de inocencia. ZAFFARONI, 1992, pp. 39-40. Un criterio paralelo al de ZAFFARONI se encuentra en la concepción defendida por un sector de la doctrina alemana, que entiende que la prisión preventiva es una pena anticipada, debido al cómputo de la prisión preventiva cumplida. Cf. GLASER, t. II, 1885, p. 298. Acerca del reconocimiento legislativo de la similitud entre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, como consecuencia del cómputo de la prisión preventiva cumplida, ver AMELUNG, 1987, p. 742; TIEDEMANN, 1991, p. 17. Al contrario de lo indicado por ZAFFARONI, el cómputo de la prisión preventiva es una consecuencia de la presunción de inocencia.

⁹² Sobre la relación entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad como límites de la prisión preventiva, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 2005b, pp. 355-372; LLOBET RODRÍGUEZ, 2008b, pp. 325-360.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 74: "La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática."

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 107: "106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...]."

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeduación del Menor" *vs.* Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: "228. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática."

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005: "106. El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede

y López Álvarez,⁹⁷ que la prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad.

La Comisión Interamericana en el informe 35-07 ha retomado esa distinción, pero en forma confusa ha indicado que la proporcionalidad se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar, con lo que no es clara la relación que se establece entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad.⁹⁸ Sin embargo, se pretendía aparentemente referir al principio de proporcionalidad en sentido estricto o de prohibición del exceso y al balance entre la afectación producida por la medida cautelar al imputado y el fin perseguido a través de esa medida, todo de acuerdo con un principio de justicia al caso concreto.

Hoy día debe reconocerse que uno de los reclamos que se pretende realizar por el neopunitivismo, como bien lo ha criticado Winfried HASSEMER, es la relativización de las garantías propias de un estado de derecho, entre ellas la presunción de inocencia, utilizando el principio de proporcionalidad, no como protector del administrativo,⁹⁹ sino en sentido inverso, como reductor de los derechos del administrado,¹⁰⁰ a lo que se expresa cuando se trata de justificar la prisión preventiva debido al interés de la colectividad, ello debido al peligro de reiteración delictiva o la alarma social, tal y como es propuesto por el neopunitivismo, causales desautorizadas por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tal y como se dijo con anterioridad.

aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal ha señalado que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva."

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "67. La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática [...]."

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza."

⁹⁹ Sobre la función protectora del imputado que cumple el principio de proporcionalidad: KLEINKNECHT, 1966, pp. 1539-1540; SCHÜTZ, 1969, pp. 100-101.

¹⁰⁰ Una crítica a esta tendencia en ALBRECHT, 1993, pp. 163-164; ALBRECHT, 1994, pp. 269-270; HASSEMER, 2001, pp. 129-147; HASSEMER, 2000, pp. 87-108; RIEHLE, 1980, pp. 316-324. De acuerdo con Jürgen WOLTER la presunción de inocencia no puede ser relativizada por el principio de proporcionalidad. Cf. WOLTER, 1990, p. 514. Winfried HASSEMER considera que la presunción de inocencia es un principio indisponible. Cf. HASSEMER, 2000, p. 107. En Latinoamérica Hernando LONDOÑO defiende la concepción de que las reglas del debido proceso (por ejemplo la presunción de inocencia) no pueden ser relativizadas conforme al interés de la colectividad. Cf. LONDOÑO JIMÉNEZ, 1992, pp. 463-469.

El fraccionamiento del principio de proporcionalidad en los subprincipios de: a) necesidad, b) idoneidad y c) proporcionalidad en sentido estricto, hecho en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán,¹⁰¹ constituye hoy día una afirmación repetida por los diversos contralores de constitucionalidad, entre ellos los latinoamericanos.¹⁰²

En lo relativo al reconocimiento del principio de proporcionalidad como límite para el dictado de la prisión preventiva, asociándolo a la prohibición de la privación de libertad arbitraria, debe resaltarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Chaparro Álvarez.¹⁰³ Con respecto a esa resolución es importante tener en cuenta que trata en un mismo párrafo aspectos relacionados con los fines legítimos de la prisión preventiva y otros atinentes al principio de proporcionalidad, todo lo cual lo hace para mencionar cuándo una prisión preventiva es arbitraria, por no cumplir con esos fines o bien no ser necesaria, idónea o ser desproporcionada. De acuerdo con mi criterio los fines legítimos de la prisión preventiva tienen una relación con la presunción de inocencia, como se hace mención en forma expresa en otros apartados de la resolución. En lo relativo al principio de proporcionalidad se hace mención en definitiva a los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. A ello se hizo referencia también en el caso Yvon Neptune.¹⁰⁴

¹⁰¹ Cf. BVERFGE 30, 392 (316); BVERFGE 77, 84 (107 ss.); DEGENER, 1985, pp. 25-42; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 25; KATZ, 1992, pp. 99-100; PEDRAZ PENALVA, 1990, pp. 292-293; FALCONE, 2004, p. 185; LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 220-221; IPSEN, 2007, No. 169-172, 633-642, pp. 45-47, 170-172.

¹⁰² En este sentido ha dicho la Sala Constitucional de Costa Rica: "Siguiendo la doctrina alemana, esta Sala Constitucional ha considerado que los componentes básicos de la proporcionalidad lo son la legitimidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto." Sala Constitucional, voto 10730-08 del 26 de julio de 2008. Véase también: Sala Constitucional de Costa Rica, voto 11932-2008 del 30 de julio de 2008. Sobre la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán en la aceptación del principio de proporcionalidad: SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, 2007, pp. 255-256.

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención."

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune *vs.* Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008: "98.

Es importante considerar que el principio de proporcionalidad es de justicia al caso concreto, de modo que se afirma que implica un criterio de justicia material,¹⁰⁵ que opera como correctivo frente a la aplicación estricta de la ley. Traza los límites de lo que, aun siendo formalmente legal, no puede obligarse a un administrado que tolere. Este criterio se encuentra expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Álvarez*, en cuanto se dijo que la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de aplicar la ley en ciertas hipótesis generales, sino además de realizar en el caso concreto un juicio de proporcionalidad.¹⁰⁶ A manera de ejemplo, el principio de proporcionalidad lleva a que no se pueda dictar la prisión preventiva en asuntos de poca gravedad, o bien cuando la privación de libertad suponga para el imputado una carga insostenible, por ejemplo debido a su edad o a una enfermedad grave que padece y que no puede tratarse adecuadamente en prisión preventiva. Igualmente debería desautorizar la prisión preventiva cuando no pueda esperarse que el imputado sobreviva a la realización del proceso, por ejemplo: padece de una enfermedad terminal que lo llevará a morir antes de la realización del juicio oral y público.

Precisamente allí está la relación que debemos establecer entre la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. Este último indica cuándo una prisión que sea conforme a la presunción de inocencia, por tener un carácter meramente cautelar, no es tolerable, por injusta, porque la privación

En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención, es decir, que respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención."

¹⁰⁵ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 220, 225, 230-231. En este sentido AMENDT indica que el principio de proporcionalidad puede ser catalogado como expresión del concepto material de estado de derecho. AMENDT, 1986, pp. 85-86. Carlos BERNAL PULIDO critica, sin embargo, que la fundamentación del principio de proporcionalidad en el valor justicia es etérea y abstracta, pudiendo simplemente tal vez afirmar que el principio de proporcionalidad es uno de los elementos que componen el valor justicia. Cf. PULIDO, 2007, pp. 605-606.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006: "68. La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria."

de la libertad de la envergadura de la prisión preventiva o la prolongación de la misma, excede de lo que pueda exigirse a un administrado, por sus graves consecuencias.

Requisitos materiales de la prisión preventiva

Cuando se habla de los requisitos materiales de la prisión preventiva, en general se tiende a mencionar tres: a) probabilidad de la responsabilidad del imputado, b) existencia de una causal de prisión preventiva y c) respeto al principio de proporcionalidad.¹⁰⁷

Ya se hizo referencia a las causales de prisión preventiva y la influencia que sobre las mismas ejerce la presunción de inocencia. Igualmente se ha hecho mención al principio de proporcionalidad, aunque la referencia al respecto ha sido general y no propiamente a los límites que de dicho principio puede extraerse. En cuanto a la probabilidad de la responsabilidad de la responsabilidad penal del imputado es importante determinar si tiene relación con la presunción de inocencia o con el principio de proporcionalidad.

Uno de los aspectos que siempre ha ocupado a la doctrina es la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito material para el dictado de la prisión preventiva. Precisamente en ello se han basado las críticas a la presunción de inocencia como un principio absurdo, formuladas por GAROFALO¹⁰⁸ y por MANZINI.¹⁰⁹ A esa problemática hizo mención Sergio GARCÍA RAMÍREZ en el voto razonado a la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Tibi.¹¹⁰

La concepción psicológica de la presunción de inocencia

Ya FERRI había propuesto una relativización de la presunción de inocencia como consecuencia del aumento del grado de sospecha existente, de modo que la presunción de inocencia se fuera diluyendo conforme existiera más prueba incriminatoria, reduciéndose con respecto al atrapado *in fraganti*, al

¹⁰⁷ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 147-250.

¹⁰⁸ Cf. GAROFALO, 1882, p. 392; GAROFALO, s.f., pp. 452-453, 458-459, 461. Sobre ello, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 70-76.

¹⁰⁹ MANZINI, t. I, 1954; MANZINI, 1960, pp. 43-44. Sobre ello, ver LLOBET RODRÍGUEZ, 1999, pp. 80-83.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado de Sergio GARCÍA RAMÍREZ: "34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente."

reincidente, o bien a aquel con respecto al cual se hubiera ordenado enviarlo a juicio oral y público por haber prueba suficiente.¹¹¹ Ello constituye lo que SAX ha defendido como la concepción psicológica de la presunción de inocencia,¹¹² habiendo encontrado eco en un sector importante de la doctrina latinoamericana, especialmente la colombiana, la que ha considerado que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado como requisito de la prisión preventiva, es consecuencia de la presunción de inocencia.¹¹³ La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha estado exenta de asumir una concepción psicológica de la presunción de inocencia. Así en el caso Palamaca Iribarne consideró la falta de acreditación no solamente del peligro de fuga y de obstaculización, sino también de la sospecha suficiente de culpabilidad, como una violación a la presunción de inocencia, señalando que el Estado no desvirtuó con prueba suficiente la presunción de inocencia.¹¹⁴ Por otro lado, en el caso Acosta Calderón, al hacer mención a la flagrancia y a la falta de necesidad de que se comunique la razón de la detención,¹¹⁵ aparentemente se siguió una concepción psicológica, al establecer menos derechos al atrapado *in fraganti* y partir en apariencia de la evidencia de su conocimiento de los motivos de la detención, debido al hecho que habría estado cometiendo, lo que fue rectificado posteriormente en el caso López Álvarez.¹¹⁶

¹¹¹ FERRI, t. II, 1908, p. 194. Cf. FERRI, 1887, pp. 308-309; FERRI, 1896, pp. 362-363. En este sentido, GUARNIERI, 1952, p. 303; LONGHI, 1911, pp. 522-523; MORTARA/ALOISI, t. II, 1920, pp. 7-8.

¹¹² SAX, 1959, p. 987. Véase también: SCHROEDER, 2007, No. 367, p. 241. En el sentido de un concepto psicológico de la presunción de inocencia debe entenderse lo indicado por KÜHNE, al decir que al valorarse la sospecha de culpabilidad se hace un balance entre la culpabilidad y la presunción de inocencia. Cf. KÜHNE, 1979, p. 622; KÜHNE, 1993, Par. 23, No. 183; KÜHNE, 2003, No. 337, p. 182.

¹¹³ Cf. LONDOÑO JIMÉNEZ, 1983, p. 30; LONDOÑO JIMÉNEZ, 1981, pp. 289-295; TOCORA, 1990, p. 101; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1987, pp. 28-29. Un concepto psicológico de la presunción de inocencia puede encontrarse en las "bases o principios para un código tipo de derecho procesal penal en los países iberoamericanos", elaboradas por el profesor español Víctor FAIRÉN GUILLÉN. Cf. FAIRÉN GUILLÉN, 1990, p. 16; FAIRÉN GUILLÉN, 1992, p. 405. Sobre el tema, véase en particular: LLOBET RODRÍGUEZ, 1995, pp. 83-87.

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005: "198. En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención."

¹¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "73. La Corte no considera que exista una violación del artículo 7.4 de la Convención en virtud de que la detención de la presunta víctima fue hecha con fundamento en que supuestamente se trataba de un flagrante delito. En dicha circunstancia, cabía suponer que el señor Acosta Calderón conocía que la razón de su detención era por el supuesto tráfico de drogas."

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez *vs.* Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006: "83. El derecho de la persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y notificada, sin

El informe de la Comisión Interamericana 35-07 no es claro al respecto, pero aparentemente no sigue una concepción psicológica, al afirmar en forma confusa que la existencia de elementos de prueba serios que vinculen al imputado, es una exigencia ineludible, que distingue al imputado, inocente, contra el que se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna, igualmente inocentes.¹¹⁷

La concepción normativa de la presunción de inocencia

Frente a la concepción psicológica, KRAUSS ha defendido una concepción normativa de la presunción de inocencia, la que se mantiene constante durante el proceso hasta que exista sentencia condenatoria firme.¹¹⁸ Esta posición, puede ser considerada como mayoritaria y es acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos y fue sostenida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Canese, en el que dijo la presunción de inocencia acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede

demora, de los cargos formulados en su contra está consagrado en el artículo 7.4 de la Convención Americana, que no distingue entre la detención efectuada por orden judicial y la que se practica *in flagranti*. Por ello se puede concluir que el arrestado en flagrante delito conserva aquel derecho. 84. Tomando en cuenta que esa información permite el adecuado derecho de defensa, es posible sostener que la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención y acerca de sus derechos no admite excepciones y debe ser observado independientemente de la forma en que ocurra la detención. 85. El artículo 84 de la Constitución de Honduras también dispone tal garantía al establecer con respecto a cualquier forma de privación de libertad, incluida la que ocurre por flagrancia, que 'el arrestado o detenido debe ser informado en el acto y con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputan; y además, la autoridad debe permitirle comunicar su detención a un pariente o persona de su elección'. 86. En el caso *sub judice* quedó demostrado que las autoridades estatales que detuvieron al señor Alfredo López Álvarez no le notificaron las razones de su detención ni los cargos formulados en su contra (*supra* párr. 54.11). En tal virtud, el Estado violó el artículo 7.4 de la Convención, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez." En el voto razonado a esa sentencia de parte de Sergio GARCÍA RAMÍREZ dijo: "14. Esta decisión de la Corte significa un cambio de criterio con respecto al sustentado en la Sentencia del Caso Acosta Calderón (Sentencia del 24 de junio de 2005, Serie c, No. 129, párr. 73), en la que este Tribunal sostuvo que cuando hay flagrancia no es necesario informar al detenido sobre las razones de su detención. Celebro este cambio de criterio por parte de la Corte. Lo celebro por partida doble: porque estimo que un tribunal debe ser sensible a la necesidad de modificar sus opiniones cuando considera que existe fundamento para ello, y porque en la especie creo plenamente justificada esa modificación. Por lo demás, en este caso no se planteó siquiera —que sería un planteamiento válido, para motivar la reflexión— que hubiese razones extraordinarias para que los agentes que practicaron la detención se abstuvieran de dar al detenido la información que ordena el artículo 7.4 del Pacto."

¹¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay. Se dice: "77. Como presupuesto para disponer la privación de libertad de una persona en el marco de un proceso penal deben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado —inocente— contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna —igualmente inocentes."

¹¹⁸ KRAUSS, 1971, p. 158. En este sentido también: BURMANN, 1984, p. 22; GROPP, 1991, pp. 805-806; LINSS, 1991, p. 40.

firme.¹¹⁹ Conforme a esta concepción no puede explicarse la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Si se tratara de hacerlo se caería en la concepción psicológica de la misma. Más bien debe estimarse que dicho requisito es una consecuencia del principio de proporcionalidad, apreciándose aquí con claridad la interacción entre los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad como límites a la prisión preventiva. Así como no es posible dictar una prisión preventiva cuando no puede esperarse que se dicte una sentencia condenatoria que ordene la prisión efectiva del imputado, ya que ello iría en contra del principio de proporcionalidad, como principio de justicia material, tampoco podría dictarse una prisión preventiva cuando ni siquiera pueda esperarse con un grado de probabilidad que se llegue posteriormente a dictar una sentencia condenatoria. Éste parece haber sido el criterio sostenido por la Corte Interamericana en el caso Tibi, ya que consideró que el hecho de que se dispusiera la prisión preventiva sin que existieran indicios suficientes de que el imputado fuera responsable de algún delito hace que la detención o encarcelamiento sea arbitrario, no fundamentando con ello el quebranto a la Convención Americana de Derechos Humanos en la presunción de inocencia.¹²⁰ Por otro lado, en el caso Chaparro Álvarez la Corte Interamericana partió que el quebranto a la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, como requisito para el dictado de la prisión preventiva, hace que la misma sea arbitraria,¹²¹ no acudiendo para ello a afirmar que se quebrantó la presunción de inocencia. En ese voto se señaló que la exigencia de la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado no es suficiente para el dictado de la prisión preventiva, sino se requiere que exista además

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004: "154. La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa."

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004: "107. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención."

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez *vs.* Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "101. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga. 102. En el mismo sentido, la Corte Europea ha señalado que 'la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias', añadiendo que '[la existencia] de sospechas razonables presupone la [...] de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado puede haber cometido una infracción.'"

peligro de fuga o de obstaculización.¹²² Con ello se rechaza una concepción psicológica de la presunción de inocencia, conforme a la cual la probabilidad de la responsabilidad penal del imputado sería suficiente para el dictado de la prisión preventiva, por haberse producido una disminución o eliminación de la presunción de inocencia.

Es importante tener en cuenta que la distinción entre la concepción psicológica y la normativa tiene gran relevancia, ya que, como dice Veit, precisamente aquel contra el que existe razonablemente prueba incriminatoria es quien necesita de la protección de la presunción de inocencia,¹²³ de modo que se le dé un trato como inocente, mientras que en general aquel contra el que no existe mayor prueba incriminatoria no necesitara de dicha protección. Por otro lado, la concepción psicológica de la presunción de inocencia, formulada por FERRI al final de cuentas no es muy lejana de la negativa de la presunción de inocencia hecha por GAROFALO,¹²⁴ el que habla de la existencia más bien de una precondena, cuando el juez hace un análisis provisional de la responsabilidad del imputado, por ejemplo al determinar si procede enviar el asunto a juicio, afirmando la existencia de elementos suficientes en su contra. La concepción psicológica de la presunción de inocencia hace que en diversos países se considere suficiente para el dictado de la prisión preventiva la existencia de un juicio de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, no requiriendo propiamente la existencia de una causal de prisión preventiva, de modo que sea luego que se discuta si procede la excarcelación del imputado, lo que se ve entonces como una excepción a ese dictado de la prisión preventiva. Por otro lado, la concepción psicológica de la prisión preventiva lleva también en ocasiones a que se considere que procede la misma cuando el imputado es atrapado *in flagranti*, lo que precisamente era parte de las exigencias de FERRI¹²⁵ y GAROFALO.¹²⁶ Además, una concepción psicológica podría llevar a interpretar que la presunción de inocencia no rige luego del dictado de la sentencia condenatoria no firme.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007: "103. Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (supra párr. 93), en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia."

¹²³ Cf. VEIT, 1971, p. 21.

¹²⁴ Sobre ello, ver LOBET RODRÍGUEZ, 1999, p. 79.

¹²⁵ FERRI, 1908, t. II, p. 194.

¹²⁶ GAROFALO, s. f., pp. 452-453.

Es también el principio de proporcionalidad el que explica, lo que critica FRISTER en Alemania; esto es por qué a pesar de que el peligro de obstaculización pueda existir no solamente de parte del imputado, sino también de testigos y peritos, solamente puede ordenarse la prisión preventiva en contra del primero. Sería desproporcionado ordenar una medida del grado de injerencia de la prisión preventiva en contra de un testigo.¹²⁷

E) Alternativas a la prisión

Uno de los problemas que existían en Latinoamérica cuando se hizo la investigación del ILANUD de 1981 era la ausencia de alternativas a la prisión preventiva, salvo la caución monetaria, lo que dificultaba la excarcelación, debido a que las dificultades económicas que presentaban las personas que eran privadas de su libertad, las que correspondían a los sectores más desfavorecidos socialmente.¹²⁸ A ello se sumaba los altos montos que se fijaba a la excarcelación, que hacían nugatoria la misma.¹²⁹ Frente a ello la reforma procesal penal que se ha dado en Latinoamérica a partir de la década de los noventa del siglo pasado, ha tendido a regular una extensa lista de alternativas a la prisión preventiva, ello sobre la base de lo establecido en el Código Procesal Penal para Iberoamérica de 1988. La idea es que cuando se pueda combatir razonablemente el peligro procesal existente, por ejemplo el peligro de fuga o el peligro de obstaculización a través de una medida coercitiva menos gravosa, sea preferible ésta. Esto es aplicable también para las causales problemáticas con la presunción de inocencia, como el peligro de reiteración delictiva. Ello es una derivación del principio de proporcionalidad, cuyo subprincipio de proporcionalidad lleva a la exigencia de la menor afectación posible para el administrado. Además el subprincipio de idoneidad o adecuación, lleva a que la medida menos gravosa que se disponga debe tener relación con el peligro que se trata de combatir. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos ha enfatizado el carácter excepcional que tiene la prisión preventiva, pero ha desarrollado poco la temática de la preferencia de las alternativas a la prisión preventiva. A esas alternativas se refirió en particular en el caso Instituto de Reeducción del Menor, en el que simplemente enfatizó la rigurosidad con que debe aplicarse

¹²⁷ FRISTER considera que la causal de prisión preventiva por peligro de obstaculización debería ya sea ser derogada o al menos ampliarse también para no sospechosos en caso de existencia de concretos actos preparatorios de obstaculización. De lo contrario, estima, se quebranta la presunción de inocencia. Cf. FRISTER, 1988, pp. 118-119. KULEMANN a principios del siglo xx llegó a pedir que se autorizara la prisión preventiva incluso con respecto a terceros. Cf. KULEMANN, 1904, p. 706.

¹²⁸ Sobre ello, véase LLOBET RODRÍGUEZ, 1994, pp. 347-351.

¹²⁹ Cf. CARRANZA/HOUED/MORA/ZAFFARONI, 1988, p. 119; LLOBET RODRÍGUEZ, 1994, p. 350.

la prisión preventiva, de modo que la preferencia la deben tener las medidas coercitivas alternativas.¹³⁰

Uno de los grandes problemas en Latinoamérica es no solamente la facilidad con que se dicta la prisión preventiva, sino también la larga duración de la misma.¹³¹

La Corte Interamericana en diversos fallos, como el Suárez Rosero¹³² y Acosta Calderón,¹³³ ha establecido parámetros para la determinación de la prohibición de que la prisión preventiva exceda el plazo de lo razonable, tal y como lo contempla la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo cual ha seguido lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el plazo razonable.

Es importante la exigencia de que el proceso sea realizado en un plazo razonable y que la duración de la prisión preventiva no pueda exceder el plazo razonable, de modo que cuando se excede el imputado debe ser liberado. Como concretización de ello se ha tendido a prever límites absolutos a la duración, no siempre respetados, que se agregan a los límites adicionales que implica el análisis del caso concreto. A esos límites absolutos de duración de la prisión preventiva hizo referencia el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mencionado, indicando que a través de los mismos el Estado decide autolimitarse en el ejercicio del poder cautelar, pero no puede sostenerse que autoricen a privar de libertad durante todo el lapso previsto, ya que por debajo del límite debe analizarse si subsisten los motivos que dieron lugar a la prisión preventiva,¹³⁴ además de que debe

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducción del Menor" *vs.* Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004: "230. En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva [...]."

¹³¹ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, 1994, pp. 352-353.

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997: "72. Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (Cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie c No. 30, párr 77; y Eur. COURT, H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. COURT, H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)."

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón *vs.* Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005: "105. Para examinar la razonabilidad de este proceso según los términos del artículo 8.1 de la Convención, la Corte toma en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales."

¹³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay. "138. En este sentido, cuando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que superado ese límite temporal, el Estado se habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de

analizarse la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva en el caso concreto.¹³⁵

Ningún imputado puede ser tratado peor que una persona condenada. Se ha tendido a establecer en Latinoamérica, bajo la influencia del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, que deben regularse no solamente límites temporales a la prisión preventiva, sino debe establecerse además que no puede limitarse la libertad por un plazo mayor que la privación de libertad efectiva que se espera se podría dictar en caso de sentencia condenatoria. Ello es, por un lado, problemático ya que supone partir de un prejuicio que se hace cuando se tiene que hacer una prognosis del monto esperado de la sentencia condenatoria. Se agrega a ello, por otro lado, que se queda corto, debido a que el principio de proporcionalidad se mira desde una perspectiva muy limitada cuando simplemente se exige que no se trate al preso preventivo peor que al condenado. Por ello es que la Comisión Interamericana en su informe 35-07, ha requerido que para el límite de la pena esperada se parta del mínimo legal, además de que no se supere dos tercios de ese mínimo.¹³⁶ Esto lejos de alejarse

su poder de policía. 139. Sin embargo, la existencia de un plazo legal no otorga una facultad al Estado de privar de la libertad a un imputado por ese lapso. Ese plazo es un límite máximo. Por encima de ese término, la detención es ilegítima, siempre. Debajo de él, habrá que analizar, en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención. Es decir, el no cumplimiento del plazo, no hace presumir que la detención es legítima".

¹³⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "135. El 'plazo razonable' no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso (41). En consecuencia, su fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención. Las particularidades de cada caso determinarán cuándo ese plazo se habrá cumplido, sin perjuicio de lo legalmente establecido."

¹³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/07, caso 12.553, caso de Jorge, José, Dante Periano Basso contra la República Oriental de Uruguay: "109. Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena en cantidad ni en calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza. 110. En ese sentido, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar en abstracto, si de haber mediado condena los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada. 111. A estos fines, como derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración 'en abstracto' de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre de la imposición del 'mínimo' legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial." Agregó más adelante: "136 [...] La Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario *sensu* en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que

del concepto de prohibición del exceso, como lo sostienen BIGLIANI y Bovino, más bien debe ser considerado como una expresión de ese principio, que no es sino el de proporcionalidad.¹³⁷ Conforme a la prohibición del exceso, a un preso preventivo se le puede obligar a tolerar mucho menos que a un condenado, de modo que la prohibición del exceso o principio de proporcionalidad, no puede simplemente partir de que al preso preventivo no se le puede obligar más que al condenado.

3. Conclusiones

La prisión preventiva es un instituto problemático por el grado de injerencia en la libertad personal que implica a una persona que se presume inocente. Por ello tienen gran importancia los límites que de acuerdo al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos trazan los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad.

Desde el caso Suárez Rosero han existido una serie de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han enfatizado los límites que debe tener la prisión preventiva. Debe destacarse en particular lo resuelto en el caso Chaparro Álvarez y además el informe 35-07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, la legislación ordinaria y la práctica judicial latinoamericana siguen resistiéndose al cambio al respecto y más bien se han endurecido con los reclamos de ley y orden.

Frente a una realidad negativa, lo que se nos exige a nosotros no es resignarnos. Nuestra labor es luchar, desde las diversas posiciones que ocupamos, como profesores, jueces, fiscales, abogados defensores, ciudadanos, por que el tema de la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad dejen de tener un carácter teórico, cuyo desarrollo nos entusiasma en las clases y en los seminarios y jornadas, tal y como lo ha dicho Sergio GARCÍA RAMÍREZ, y lleguen a tener una realidad. ■

el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente."

¹³⁷ BIGLIANI/BOVINO, 2008, pp. 51-54. Sobre ello véase además: BOVINO, 2005, pp. 42-48.