

## LA PRISION PREVENTIVA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

### THE PREVENTIVE PRISON AND INTERNATIONAL LAW

*Jorge Colunge Villacorta \**

#### RESUMEN

El artículo enfoca el fenómeno del abuso de la prisión preventiva en la Región Latinoamericana a la luz principalmente de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto de la ONU sobre la misma materia, analizando las corrientes jurídicas sobre su aplicación y sus consecuencias en la legislación peruana, concluyendo en la formulación de recomendaciones.

**Palabras clave:** Prisión preventiva, comparecencia, detención domiciliaria, internación preventiva, impedimento de salida, detención excepcional, deudas, reparación, normas y jurisprudencia desafinadas.

#### ABSTRACT

The article focuses on the phenomenon of pre-trial detention abuse in the Latin American Region, mainly in light of the American Convention on Human Rights and the UN Pact on the same subject, analyzing the legal currents on its application and its consequences in the Peruvian legislation, concluding in the formulation of recommendations.

**Keywords:** Preventive imprisonment, appearance, house arrest, preventive internment, impediment to exit, exceptional detention, debts, reparation, detuned rules and jurisprudence.

---

\* El Embajador Jorge Colunge Villacorta, además de diplomático de carrera es abogado formado en la PUCP. Como diplomático ha servido en las Misiones en Ecuador, Brasil, en la OEA como Representante Alterno, en Colombia y Venezuela. Sus últimos cargos fueron Embajador en Holanda y Chile. Participó en numerosas citas internacionales, siendo la última como miembro negociador del diferendo territorial con el Ecuador, que puso fin a la centenaria disputa fronteriza. El Estado Peruano lo ha distinguido con las condecoraciones de “El Sol” en el grado de Gran Cruz y “Al Mérito por Servicios Distinguidos”, en el mismo grado. El Congreso de la República le otorgó “La Medalla de Honor”; también ha sido condecorado por el Brasil con la Orden “Cruzeiro do Sul” y con la Orden “Barón de Río Branco”. Colombia le ha otorgado la condecoración de la Orden de “San Carlos” y Chile le confirió la Gran Cruz de la Orden “Al Mérito por Servicios Distinguidos”, habiendo también recibido de manos de la Reina Beatriz de Holanda, la Gran Cruz de la Orden “Orange Nassau”.

Con el presente artículo, el autor formaliza su incorporación como Miembro Asociado, conforme a lo dispuesto por el Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional, mediante Acta del 13 de diciembre de 2018.

.....

Desde que la temática de los Derechos Humanos fue asimilada por el Derecho Internacional Público, “ab initio” la materia genérica de la prisión preventiva fue de hecho subsumida por esta ciencia, al formar parte de los Derechos Humanos, como también sucedió con otras materias sobre las que el Derecho Internacional las cubre desde el ámbito de sus competencias, puesto que esta ciencia si bien tiene la responsabilidad jurídica de definir y regular las relaciones que mantienen los Estados entre sí, también incide en el tratamiento que las personas deben recibir al interior de cada Estado. Y es así que en la actualidad la competencia del Derecho Internacional se extiende a infinidad de materias que antaño fueron altamente controvertidas en su evolución, como el uso de la fuerza en épocas de guerra, el trato a los prisioneros, las migraciones, los refugiados, los problemas de la nacionalidad y la de los Derechos Humanos.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional positivo, respecto a la materia que nos ocupa, en la práctica, directamente vinculada a ella son tres los tratados o convenios multilaterales aplicables en mayor medida a los Estados Partes, quienes están obligados al fiel cumplimiento de sus disposiciones. Por un lado tenemos el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, en textos oficiales en inglés y francés igualmente válidos, en noviembre de 1950, firmado por los países de la Comunidad Europea; asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y, finalmente, dentro del ámbito de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos, de noviembre de 1969.

De los convenios aludidos, los dos últimos son los que con más énfasis atañen a los países latinoamericanos, sin bien no son ajenas las invocaciones o citas al Pacto europeo que se advierten en la jurisprudencia de la Corte de San José de Costa Rica.

Ahora bien, en la problemática de las detenciones o prisiones preventivas convergen dos intereses que, aparentemente, se muestran divergentes o, por lo menos, en las fundamentaciones extremas de ambos así parecen serlo. De un lado tenemos el interés o la demanda de la sociedad en adquirir una seguridad racional frente a la delincuencia y el deber y la obligación del Estado en proporcionarla; y de otro lado se tienen las libertades fundamentales que posee cada persona que es denunciada, antes de ser juzgada por la comisión de un delito, siendo que entre ambos presupuestos se deben conjugar las medidas razonables para minimizar todos los riesgos de que, un supuesto inocente, pueda ser castigado y condenado de antemano, para lo cual es deber del Estado garantizarle un nivel adecuado de humanidad en el trato que reciba el imputado, antes de ser sentenciado, con prescindencia de la posibilidad de que fuere inocente o culpable.

Vista esta problemática en términos individualizados, se tiene que, decidida formalmente la prisión preventiva de una persona sospechosa de haber cometido un delito, y arrestada la

misma, se produce de inmediato la privación de su libertad, previa a la comprobación judicial del delito sobre el que recae una sospecha, hecho que en la práctica genera un enfrentamiento entre los dos intereses descritos que tienen por igual alta valoración para la sociedad, a pesar de que la prisión preventiva, desde su dación, se aleja de la defensa del principio de presunción de inocencia, según el cual nadie puede ser considerado, y menos tratado como culpable, hasta que su responsabilidad haya sido comprobada y sancionada en la vía penal. Y en tanto que el segundo interés (que se activa en simultáneo), pone en marcha el deber y obligación estatal de perseguir y punir la comisión de hechos delictivos que violan valores jurídicos que gozan de la debida protección efectiva, y que tiene como fin que el responsable pueda comparecer en el proceso penal que se le va a instaurar, con el objeto de que este proceso resulte garantizado en el cumplimiento de la presumible sanción a ser impuesta.

Apreciada esta situación en términos genéricos, en este aparente conflicto de intereses se presentan diversos elementos, tales como la preocupación de la sociedad por los ataques delincuenciales de los que se siente atemorizada, preocupada o indignada y, por tanto, exige soluciones efectivas en el menor tiempo posible. Y frente a esta carga de presión, la administración de justicia tropieza con una serie de dificultades para actuar de modo que pueda satisfacer en términos de brevedad este contexto situacional, en el que la prensa juega un notorio papel al desarrollar su labor informativa (muchas veces direccionado o enalteciendo ciertos hechos), lo que puede generar influencias en la población, inclinando sus juicios y apreciaciones bajo distintas posturas que, a su vez, pueden afectar la independencia de los operadores de la justicia, ya sea endureciendo o exagerando sus posiciones o fundamentos inquisitivos, o tornándolos laxos o benevolentes. De allí que la aplicación de la prisión preventiva únicamente debe ser procesada, según disposiciones de los organismos internacionales comprometidos en la materia, en casos absolutamente extremos y bajo condiciones altamente objetivas y específicas. En otras palabras, “la detención preventiva se debe usar exclusivamente con un fin cautelar y solamente en ciertos casos taxativos”, conforme así concluye un muy equilibrado estudio de la Universidad Nacional de La Pampa, de Argentina, generando así –en coincidencia con muchos estudiosos de la materia- un marco conceptual genérico de este complejo problema que presenta, para ciertos estudiosos e investigadores, la imposibilidad de una solución, por lo menos a corto plazo.

Sin embargo, como bien coinciden muchos otros autores, lo anterior no significa que estos dos intereses tengan entre sí un conflicto insoluble. Lo que sí quiere decir es que los sistemas del procedimiento penal deben tener normas claras y equitativas que, a través de la razonabilidad, puedan compatibilizar ambos objetivos, pues si se le priva de su libertad o castiga a un ser humano, violando sus derechos humanos, por ejemplo, sometiéndolo a un encarcelamiento prolongado y en condiciones subhumanas, jamás se podrá admitir que se ha procedido de manera justa.

Después de todo, existen otras medidas cautelares eficaces que son menos gravosas, de las que se puede hacer uso y que la mayoría de países las admiten en sus legislaciones internas como medidas alternas.

**Medidas cautelares alternativas.** En la mayoría de los países de la Región, entre ellos en el nuestro, frente a la medida de prisión preventiva, que como medida cautelar y excepcional posee la mayor ratio de severidad sobre la libertad individual de las personas, han previsto en su legislación otras medidas de menor intensidad, que tienen las siguientes notas de interés:

**La comparecencia.** Esta medida que mantiene al imputado en libertad, a su vez, puede darse bajo dos modalidades: la comparecencia simple, que es aplicable a denuncias respecto a delitos leves, o cuando los hechos denunciados no ameriten disponer mayores restricciones; y la comparecencia restrictiva, en la que el denunciado por delitos más graves, mantiene su libertad ambulatoria, pero está sujeto a restricciones que, de no cumplirlas, bien puede estar sujeto a la revocación de la medida y al cambio de la misma por el de la prisión preventiva, la cual prevé en nuestra legislación que el delito imputado tenga una pena de cuatro años como mínimo.

**La detención domiciliaria.** Esta medida cautelar es la única de orden alternativo que, de modo obligatorio, debe ser aplicada por el juez, a condición de que el imputado sea mayor de 65 años, sufra de algún tipo de discapacidad permanente que afecte su desplazamiento, y adolezca de alguna enfermedad grave e incurable. Esta medida puede extenderse a una madre gestante, pero, en todos los casos, debe evaluarse que es posible evitar el peligro de fuga y la obstaculización de la justicia. La medida puede cumplirse no sólo en el domicilio del denunciado, sino en otro designado por el juez.

**Internación preventiva.** Aplicable a personas que sufren de graves alteraciones mentales.

**Impedimento de salida.** Se aplica a personas sobre las que el delito que se les imputa sea superior a los tres años, y la misma no se limita a salir del país, sino también esta restricción puede recaer en el ámbito regional, provincial, distrital o local.

No obstante las existencia de las medidas alternativas anunciadas, el conflicto de intereses respecto a la prisión preventiva subsiste desde vieja data, conforme lo destaca el investigador y jurista Diego Vecchi, investigador de la Universidad de Génova, quien asevera que “la propia Declaración de derechos del hombre de 1789, estandarte iluminista del cambio de paradigma, admitía la posibilidad de encarcelamiento previo a condena, estableciendo en su artículo 9, luego de consagrar genéricamente la presunción de inocencia, (arguye) que el “arresto” podría efectuarse en casos de *extrema necesidad* al margen de los cuales habría de considerarse ilegítimo”. Sin embargo, el propio Vecchi admite como razonable la dación de la prisión preventiva en tiempos no prolongados y bajo ciertos requisitos; y en unas notas finales de un trabajo de dicho autor se destaca que “la pretensión de legitimidad de la prisión preventiva... cautelarmente concebida no se ve afectada por la crítica que niega la distinción conceptual entre prisión preventiva y pena de prisión. Se ha mostrado además que esa pretensión tampoco se ve afectada por la negación de ser el encarcelamiento empíricamente necesario para el logro de un determinado fin. La pretensión de legitimidad se ve desafiada tan solo afirmando que el encarcelamiento

dispuesto con finalidad cautelar (siendo o no necesario para el fin) constituye una violación no tolerada constitucionalmente a los derechos a la libertad ambulatoria y a ser tratado como inocente hasta la condena. El hecho de que desde los orígenes mismos de la presunción de inocencia y hasta la fecha se haya aceptado a la prisión preventiva como medida cautelar poco dice frente a esta afirmación.”

Desde el punto de vista del Derecho Internacional la escrupulosidad en el respeto de los Derechos Humanos resulta fundamental en todos los casos de aplicación de la prisión preventiva, de allí que propugna un modelo paradigmático a estos efectos, el cual está focalizado en que las normas aplicables deben amparar y coadyuvar en todas las investigaciones que se requieran para conducir a una sanción efectiva del delito, pero que en tal ejercicio debe protegerse a la persona que se encuentra en calidad de sospechoso, al que le asiste Derechos Humanos concretos. Y para ello se recalca el deber del Estado de investigar de modo adecuado y neutral previamente el hecho bajo sospecha, antes de tomarse la decisión de someter al individuo en una detención provisional, y que para ello debe proveer los recursos económicos y materiales necesarios a los funcionarios envueltos en la dirección del proceso, a fin de que se pueda cumplir a cabalidad la misión de administrar justicia.

En contraposición a estos fundamentos hay quienes plantean un hecho que muchas veces resulta real, y es que el Estado puede carecer de las posibilidades de satisfacer esta demanda económica, o simplemente no tiene la voluntad política de cubrir tal necesidad, situación que impulsa la creación del modelo denominado alternativo.

El modelo alternativo responde a la necesidad de satisfacer una presión social vinculada con la seguridad, en la que la detención del investigado se constituye como el principal faro de acción, sin importar que el detenido sea culpable o no lo sea. Así siendo, este modelo es ampliamente cuestionado por no estar apegado a un auténtico estado de derecho, pues la detención constituida puede traducirse en un encarcelamiento por meses y años, sin cualquier instauración de un juicio acusatorio, espacios de tiempo en el que un debido proceso legal es inexistente y en el que el sospechoso resulta castigado, aún sin una acusación formal antes de la iniciación de su juicio. De este modo este modelo, en el que no se respetan los Derechos Humanos resulta siendo un modelo indigno de la humanidad.

Sin embargo, si uno revisa exhaustivamente las opiniones de juristas notables frente a las oposiciones entre el modelo paradigmático y el alternativo, podrá hallar también posturas o ejemplos en la jurisprudencia que rescatan la razonabilidad de fórmulas que justifican que, el principio de la presunción de inocencia, puede flexibilizarse al punto de anteponer otros elementos que hagan viable y positivo la aplicación de la prisión preventiva en oposición al principio indicado. Así, por ejemplo, es posible hallar tal perspectiva en un estudio preparado por la universidad mexicana de la UNAM, denominado “Los motivos que justifican la prisión preventiva en la jurisprudencia extranjera”, del cual iremos a extraer algunas notas de interés:

En el documento mencionado, por ejemplo, se destaca que ciertos tribunales extranjeros han dado paso preferente a la afirmación de que es procedente la “justificación de la prisión preventiva en función de la posible reiteración delictiva por parte del acusado en vez de los peligros procesales, motivación que ha sido mencionada por los tribunales internacionales.”

También en esta elaboración se analiza un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se “justifica la prisión provisoria en función de la peligrosidad del imputado, porque permite analizar la postura de la doctrina y jurisprudencia nacional, que cree que la prisión preventiva puede justificarse en virtud de la personalidad peligrosa de la persona”.

En el comentario a esta decisión consignada en una sentencia materia del análisis, se realiza la postura del voto mayoritario del colegiado, en el que se argumenta la constitucionalidad de esta decisión ya que entiende que una detención preventiva no es una pena anticipada por no tener un contenido punitivo, sino más bien es parte de una regulación que tiene vinculación directa con sus fines, cual es el interés de proteger a la sociedad y a las personas de sujetos que son “potencialmente peligrosos”, reiterando el “interés del gobierno en preservar la seguridad de las personas”, hecho que puede limitar el derecho del imputado a permanecer en libertad. “Y por tanto la ley aplicada no puede ser inconstitucional”.

Desde otro punto de vista el estudio se refirió a una opinión de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos contenida en el Informe 2/07, en el que se puntualizó “que el riesgo de comisión de nuevos delitos justifica la detención en el proceso cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido.” Y otro argumento que destaca dicho informe es el de la preservación del orden público como sustento en circunstancias muy excepcionales y a partir “de la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo, para justificar la detención ante la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Este criterio fue evaluado como válido por el Tribunal Europeo en el fallo “Letelier”, en el cual se consideró “que el homicidio cometido constituye un atentado contra la persona humana y perturba el orden público, al ser la vida un valor esencial.”

Lamentablemente el modelo alternativo resulta ser el preponderante en su aplicación dentro de los países de América Latina, respecto a muchos de los cuales se han consignado las siguientes estadísticas:

Según las investigaciones realizadas el 2013 por Richard Aborn y Ashley D. Cannon, entre el 10 al 40% de toda la población que purga prisión carcelaria en América Latina, en promedio se encuentra en esta situación sin que sobre ella pese condena alguna. La proporción más alta de detenidos en espera de juicio entre esta población total de presos la tiene Bolivia (83.6 por ciento), seguida por Paraguay (71.2 por ciento), Haití (67.7 por ciento), Venezuela (66.2 por ciento), República Dominicana (64.7 por ciento), Uruguay (64.6 por ciento), Panamá (60.8 por ciento), Perú (58.6 por ciento), Guatemala (54.4 por ciento), Argentina (52.6 por ciento) y Honduras (50.1 por ciento).

Por su lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicó un informe el 2017 sobre el uso y abuso de la prisión preventiva en la región latinoamericana, a la que en términos globales le asignó el 36% de la población tras las rejas lo estaba bajo la condición de prisión preventiva, pero hizo hincapié que en algunos países el índice superaba el 60%. Y refiriéndose a nuestro país consignó que el año 2013 se tenía a 36,670 personas en prisión preventiva, “habiéndose incrementado en el 2015 a un total de 39,439”.

En cuanto a las referencias al abuso de la prisión preventiva en la Región, el organismo internacional mencionado manifiesta su preocupación sobre una puntual acción legislativa adoptada por nuestro país como coadyuvante a la práctica del abuso en la concesión de la prisión preventiva. En efecto, la CIDH expresa claramente su preocupación por el incremento en la duración de la prisión preventiva, sancionada en el Decreto Legislativo N° 1307 de enero de 2017, que para ciertos delitos incrementó el plazo límite de la prisión preventiva que fue extendida a 36 meses, prorrogable hasta por 12 meses.

Sobre esta atingencia la CIDH expresa que “la referida modificación se diferencia de lo estipulado anteriormente en el Código Procesal Penal, que únicamente establecía un plazo máximo de 18 meses en casos de procesos complejos, que podía ser prolongado por un plazo adicional de 18 meses”. Asimismo, la CIDH afirma que **“esta modificación resulta contraria a aquellas acciones que buscan racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales en la materia**, y como parte de un abordaje comprehensivo de los aspectos técnicos de la problemática delictiva y de la aplicación eficaz del sistema criminal”.

Frente a este panorama resulta recomendable identificar y analizar los elementos que sustentan esta carencia de conciliación que separa los intereses que se oponen entre sí: de un lado, como ya se anotó, la aparente confrontación entre la demanda de la sociedad por su seguridad ante la delincuencia y el deber del Estado en proporcionarla; y de otro lado, los derechos humanos y libertades fundamentales que posee el acusado antes de ser juzgado. Y ante este paralelismo de necesidades, el origen de la gestación y posicionamiento tanto en su desarrollo conceptual como práctico de dos modelos esgrimidos en abierta confrontación: el paradigmático y el alternativo.

Analizar y comentar acerca de los elementos en los que se fundan estos pilares de confrontación, parecería que podría constituirse en los componentes adecuados para mejor advertir los puntos de vista u ópticas prevalentes para abordar esta cuestión, y así formarse una opinión acerca de la compleja problemática que representa la ejecución de la prisión preventiva, tarea que se pretende exponer a continuación.

Pero antes de ingresar al análisis propuesto, en primer lugar, bien podríamos señalar que prácticamente hay una uniformidad en el articulado respecto a los derechos afectados en la prisión preventiva que contienen el Pacto de las Naciones Unidas (Art. 9) y el de la Convención Americana (Art 7). Es más, en diversas expresiones aparecen hasta casi de modo idéntico frases y oraciones completas. Sin embargo, existen dos claras diferencias a las que el autor no les asigna mayores efectos. Y es que el Pacto de la ONU, de manera

expresa, consigna que la prisión preventiva nunca debe ser aplicada como una regla general, sino únicamente de modo excepcional. Además, el mismo cuerpo jurídico estatuye la existencia de la reparación en favor de una persona que haya sido ilegalmente detenida. Mientras que la Convención Americana no contiene o aborda expresamente ninguna de las dos materias.

Las diferencias anotadas, si bien son subrayadas por algunos autores, creo que carecen de mayores efectos, puesto que la Convención Americana, en el articulado relativo a las llamadas "Normas de Interpretación", dice lo siguiente:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... "b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."

A mayor abundamiento, este artículo fue objeto de la Opinión Consultiva OC-5/85, que en el párrafo 52, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos consignó que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana."

Esclarecido el punto anterior, y siguiendo con este cometido, resulta altamente de interés consignar la opinión vertida por el jurista Dr. Douglas Cassel, Director del Centro Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Northwestern, de Chicago, quien en una ponencia ampliamente difundida, consigna doce requisitos, fruto de sus reflexiones, acerca de los derechos recogidos en ambos pactos, los cuales en su criterio debieran ser guías para los tribunales que deban decidir las problemáticas concretas de los casos que envuelvan las prisiones preventivas. Citaremos y comentaremos de modo breve los mismos:

**Garantizar Libertad.** "Toda persona tiene derecho a la libertad (CA 7.1, ONU 9.1). Cuando se lee en combinación con el deber positivo del Estado, según el Artículo 1.1 de la Convención Americana, de "garantizar" el goce efectivo de los derechos, esta primera disposición va mucho más allá de lo retórico. El Artículo 1.1 establece que, los "Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona..."

Esto implica que el Estado tiene el deber no solamente de no violar ("respetar") los derechos, sino tomar medidas positivas para protegerlos ("garantizar").

**Causas.** Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo por las causas fijadas por las Constituciones y las leyes dictadas conforme a ellas (CA 7.2, ONU 9.1).

**Condiciones y Procedimientos.** "Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo en las condiciones (CA 7.2) y con arreglo al procedimiento (ONU 9.1) establecidos por las mismas Constituciones y leyes. Con respecto a este requisito y el anterior, la Corte

Interamericana se pronunció en su sentencia en el caso Gangaram Panday (1994). En este caso, la Corte falló que una detención efectuada por agentes del Estado de Surinam fue ilegal, por violar las propias leyes de Surinam, y ordenó el pago de una indemnización compensatoria de \$10,000 a los familiares. En el párrafo 47 de la sentencia, la Corte explicó que estas prohibiciones de detención ilegal, en el Artículo 7.2 de la Convención Americana, significan que "nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)."

Estas disposiciones elevan que cualquier violación de ley nacional sobre detención preventiva -sea elemento formal o material- al nivel de una violación internacional.

**Arbitrariedad.** Nadie puede ser sometido a una detención preventiva arbitraria (CA 7.0, ONU, 9.1). No basta, pues, que la detención cumpla con las leyes nacionales, sino que también tiene que cumplir con el criterio internacional de que no sea arbitraria.

**Informe de Razones.** La persona detenida tiene derecho de ser informada (CA 7.4), hasta en el momento de su detención (ONU 9.2), de las razones de la misma.

**Informe de Cargos.** "Además, tiene derecho de ser notificada, sin demora, del cargo formulado en su contra."

**Del Juez.** "Y tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (CA 7.5, ONU 9.3).

En su Observación General No. 8,1° el Comité de la ONU opina que esta demora no debe de exceder "unos pocos días." El Comité resolvió, en el caso Terán Jijón v. Ecuador (1992)," que una demora de 5 días de detención incomunicada fue violatoria de este requisito, y en el caso de Fillastre v. Bolivia (1991), que una demora de 10 días fue violatoria."

**Juicio Pronto.** La persona detenida preventivamente también tiene "derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (ONU 9.3), sin perjuicio de que continúe el proceso (CA 7.5). La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión de la duración permisible de un plazo "razonable."

Comentario: Lamentablemente esta posible evasión para pronunciarse en términos cronológicos o bajo un concepto que se ajuste a marcar los linderos de algún espacio de tiempo o de circunstancias, facilita la exageración en la imposición de las prisiones preventivas, así como la falta de un control exhaustivo sobre los tiempos que el Poder Judicial determina para cada caso que se sanciona con esta medida procesal, que es únicamente de orden cautelar.

En cuanto a esta materia habría que comentar que en 1968 la Corte Europea se pronunció sobre la imposibilidad de traducir el concepto de plazo razonable en un número fijo de días,

semanas, meses o años, estableciendo en su lugar la necesidad de ponderar la duración del encarcelamiento con un criterio casuístico, es decir, “caso a caso”.

Pero paradójicamente, según el jurista mencionado, “la jurisprudencia local ha invocado esa misma jurisprudencia de la CtEDH, pero no como justificación para ponderar si en el caso concreto el plazo de detención fue razonable (o no) sino, por el contrario, para postular la *desaplicación* de la garantía. En este sentido, se sostuvo que al no ser posible fijar un plazo en abstracto y no haberse dictado una ley que lo establezca con carácter general, la garantía no podría ser aplicada.”

**Detención Excepcional.** “De todos modos, la detención no debe de ser la regla general (ONU 9.3), sino la excepción. Según datos recientes, el cumplimiento con este requisito es dudoso en varios países del continente, por ejemplo, Uruguay, donde 85% de los presos no han sido condenados, tanto como Honduras (83%), Panamá (79%), El Salvador (77%), Ecuador (67%), Perú (67%), Argentina (Prov. de Buenos Aires) (66%), Chile (59%), entre otros.”

**Recurso.** “Toda persona detenida tiene el derecho adicional de recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin demora (CA 7.6), y a la brevedad posible (ONU 9.4), sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si fuera ilegal”.

**Deudas.** “Nadie puede ser detenido por deudas (CA 7.7) (con excepción no relevante). De este principio podrían surgir un argumento de que mantenerle detenido preventivamente a una persona porque no tiene con qué pagar una fianza violará la Convención Americana.

**Reparación.** Finalmente, “toda persona detenida ilegalmente tiene derecho efectivo a obtener reparación (ONU 9.5)”.

Y señalados estos requisitos, el autor citado precisa que cabe recordar que los mismos “que se consagran en los Artículos de los Pactos sobre el Derecho de libertad personal, no son los únicos derechos que pueden aplicarse a la situación de personas que se encuentran en detención preventiva. Están fuera del alcance de este breve análisis, por ejemplo, los derechos de los procesados de estar separados de los condenados y de recibir un tratamiento distinto y adecuado a su condición de no ser condenados (CA 5.4, Pacto ONU 10.2.a); de no ser sujetos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (CA 5.1 Pacto ONU 7); de beneficiarse de la presunción de inocencia (CA 8.2, Pacto ONU 14.2); y de ser juzgados sin dilaciones indebidas (Pacto ONU 4.3.c).”(Fin de las citas)

**Normas y jurisprudencia desafinadas.** También una de las razones para que se extreme la aplicación de las prisiones preventivas, con total prescindencia del principio de la presunción de inocencia, radica en que existe en su aplicación una notoria falta de afinamiento entre la interpretación de ciertas normas vigentes en juego y la jurisprudencia internacional, principalmente proveniente de los organismos internacionales especializados, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y tal situación se advierte, por ejemplo, según la interpretación de ciertos autores, en el caso de nuestro país, en el que la

Corte Suprema, a través de su Acuerdo Plenario Nro. 01-2019/CIJ-116, en alusión a los peligros procesales que se deben observar para la determinación de la prisión preventiva, estableció que no se requería la simultaneidad o conjunción entre los requisitos o presupuestos advertidos como el peligro de fuga y la obstrucción de la justicia, sino que bastaba la presencia predominante de uno de estos elementos, mas no la concurrencia de ambos, posición que fue respaldada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar los artículos pertinentes de la Convención (7.3 y 8.2), en varios casos ha establecido precisamente lo contrario, en opinión de algunos tratadistas, es decir, que no basta la presencia de uno de estos supuestos, sino que ambos deben ser concurrentes para que una persona fuera privada de su libertad, entendiéndose por tanto que en caso de no ser observado este requisito, la prisión que sea decretada por lo menos será considerada como arbitraria.

La posición de la Corte Interamericana, bien puede apreciarse en diferentes fallos, tomados como ejemplos por quienes sostienen dicha tesis, entre los que destacan las siguientes expresiones:

Caso Suarez Resero vs, Ecuador, en el que se señala:

"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**".

Caso López Álvarez vs. Honduras, en el que se precisa:

"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 si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena".

Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, donde se lee:

"311. La Corte ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana.

... c) Está sujeta a revisión periódica: La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También 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, la cual, **para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo 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.** La Corte resalta, además, que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como 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".

En el resumen del Informe del organismo citado, el lector podrá advertir también ciertos detalles por los que, los operadores de justicia, pueden resaltar en alto grado ciertos hechos o circunstancias con alta carga de subjetividad, prerrogativa o licencia que puede facilitar una exagerada configuración circunstancial para precipitar la dación de la prisión preventiva, los cuales destaca la CIDH en un extenso Informe preparado el 2014 y cuyo resumen fue publicado para su debida divulgación, el que reproducimos a continuación:

#### **Prisión preventiva: un informe exhaustivo de la CIDH (marzo de 2014).**

Desde el reconocimiento de que “uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de la región es el uso excesivo de la detención preventiva”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer... su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Es un documento enterado y sólido, durante cuya preparación se recabó información actualizada y se consultó diversas fuentes. El resultado es un volumen que resulta de consulta obligada sobre el tema.

La Comisión considera que “el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras.” (párrafo 8). Sostiene que “el incremento del uso de la prisión preventiva y de las penas privativas de la libertad en general no son la vía idónea para el cumplimiento de los fines de la seguridad ciudadana. La Comisión Interamericana no ha encontrado información empírica alguna que demuestre que un incremento en el uso de la prisión preventiva contribuya a disminuir los niveles de delincuencia o de violencia.” (párrafo 19).

El informe argumenta que “el estar en libertad mientras dure el proceso penal, es un derecho del acusado, y como tal sólo puede ser restringido de manera excepcional y con

estricto apego a las normas establecidas en los instrumentos internacionales que lo establecen” y precisa que, en consecuencia, “No se trata pues de una prerrogativa o un beneficio, sino de un derecho establecido para proteger bienes jurídicos tan fundamentales como la libertad, e incluso, la integridad personal.” (párrafo 20).

Recuerda que, de acuerdo al derecho internacional, “La prisión preventiva sólo tiene como fines legítimos el prevenir la fuga del acusado o que éste interfiera con el desarrollo apropiado del proceso” (párrafo 25) y puntualiza que “los jueces tienen el deber de considerar la aplicación” de las medidas alternativas a la de prisión preventiva “y en su caso explicar por qué éstas no serían suficientes para mitigar los posibles riesgos procesales.” (párrafo 26).

Después de presentar un análisis pormenorizado de los factores intervinientes en el problema, el texto concluye en que el uso “excesivo o abusivo” de la prisión preventiva “es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia.” (párrafo 317).

Del conjunto de recomendaciones formuladas, en primer lugar, se destacan dos, relativas a la “independencia de los operadores de justicia”, que son de especial relevancia:

**“Los funcionarios de los poderes del Estado deberán abstenerse de emitir públicamente opiniones que directamente descalifiquen a fiscales, jueces o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva [...] Asimismo, deberán abstenerse de promover un uso generalizado, o la aplicación selectiva (en determinados casos específicos) de la prisión preventiva.”**

**“Los procesos de control disciplinario, tendrán como objetivo valorar la conducta y el desempeño del juez como funcionario público. En este sentido, se deberá establecer de forma clara y detallada las conductas susceptibles de sanciones disciplinarias, las cuales deberán ser proporcionales a la infracción cometida.** Asimismo, las decisiones por medio de las cuales se impongan sanciones disciplinarias deberán ser motivadas, públicas, susceptibles de revisión y con observancia del debido proceso. La información sobre los procesos disciplinarios debe ser accesible y sujeta al principio de transparencia.”

Entre otras recomendaciones de importancia para lograr que la aplicación apropiada de la prisión preventiva encuentre una atmósfera institucional adecuada, el informe de la CIDH recomienda: “capacitar a los operadores de justicia para desempeñarse en situaciones de alta controversia social en las que será objeto de presiones antes de decidir, y de críticas y cuestionamientos, después de haber decidido.” Asimismo, “Con respecto a las relaciones entre el sistema de justicia y los medios de comunicación se recomienda:

- a) diseñar una política de comunicación en cada institución del sistema de justicia, que incluya la adopción de medidas destinadas a compartir información de forma accesible;

- b) crear o reformular mecanismos de enlace (oficinas de prensa por ejemplo) entre el Poder Judicial y los medios de comunicación que proporcionen la información objetiva y no reservada sobre el desarrollo o el desenlace de procesos judiciales; y
- c) gestionar espacios públicos para difundir el funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva.” (Fin de la cita).

Uno de los aspectos más preocupantes en los comentarios y análisis respecto a la aplicación de la prisión preventiva en la Región, en el que está incluido nuestro país, es naturalmente la calificación de “abuso” con la que ella es destacada por la mayoría de estudios y por los mismos organismos internacionales que velan por su aplicación, acorde con el Estado de Derecho en el que pretendemos vivir. Y escarbando en las causas de este fenómeno bien podemos concentrar nuestra mayor atención en la cuestión de las garantías procesales: el peligro de fuga y la obstrucción de la justicia, respecto a los cuales la propia CIDH en su Informe Nro. 35 los ha constreñido como los “únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial... Por ello se deben desechar los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho... porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva”. Y en otro Informe posterior (86/09) precisa aún más lo anteriormente expuesto al indicar que “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”.

Nuestro Código de Procedimientos Penales, en términos generales, en su Artículo 269, burla o se escabulle del criterio de la CIDH, al agregar mayores elementos que posibilitan una calificación subjetiva, con lo cual se puede facilitar la dación de una prisión preventiva. Dice su contenido:

"Artículo 269°. - Peligro de Fuga. Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta: 1.- El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. En caso de miembros en actividad de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas, que se les impute delitos por causa del ejercicio de sus deberes de función, los presupuestos procesales de arraigo laboral y domiciliario se tendrán por cumplidos, por este solo hecho, salvo prueba en contrario de su propia institución. 2.- La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento; 3.- La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él; 4.- El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal".

Y si bien es cierto que la CIDH constriñe los elementos a ser evaluados en la prisión preventiva, en mayor medida que la norma peruana, también es destacable la opinión razonada de ciertos juristas que preconizan una postura aún más comprimida sobre la evaluación de elementos para tales efectos.

Así, por ejemplo, respecto al elemento de la obstaculización de la justicia, el jurista Alberto Binder se pronuncia en los siguientes términos: "el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia". Y en abono a esta posición también se ha señalado que: "El principio general es que el imputado es un sujeto autónomo, que no está obligado a colaborar en la persecución, salvo las cargas que de modo preciso le impone la ley, y sólo tiene un deber de lealtad en la litigación equivalente al de cualquier otro actor en un proceso. Las medidas cautelares, entonces, se vinculan con este deber que lo obliga a no atentar contra la posibilidad de que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectar sus facultades defensivas que suponen su derecho a guardar silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a comportarse conforme a ella."

En cuanto al peligro de fuga, la Corte Suprema ha establecido nuevos parámetros respecto a la interpretación con la que debe entenderse la norma procesal transcrita, y en ella se remarca los siguientes puntos de interés:

"Para que una persona pueda acreditar su arraigo laboral, y así oponerse al requerimiento fiscal de prisión preventiva, no se le puede exigir que demuestre tener un trabajo dependiente y formal, un contrato de trabajo permanente o una línea de vida laboral en una empresa o institución... Solo basta que el encausado demuestre que realiza labores concretas y percibe ingresos..."

“Asimismo, el hecho de que una persona tenga pasaporte y registre viajes al extranjero (de los que volvió), no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás puede evitarse con impedimento de salida del país.”

Y si bien estos puntos aclaratorios detiene en algo la facilidad a la inclinación de la prisión preventiva, no es menos cierto que **para que un proceso de prisión preventiva se ajuste a un debido proceso en materia de los riesgos procesales, aquello que determina con mayor sustento es el peligro de fuga, “porque esto manifiesta la rebeldía o la no sujeción del procesado al proceso que se le sigue,”** según el Prof. Jhon Eber Cusi, aunque se debe reconocer también un ligero avance para oponerse al abuso de la prisión preventiva, el hecho de que en el último pleno casatorio se ha establecido que ya no se requiere una sospecha “grave y fundada”, sino que debe plantearse una sospecha “fuerte” que pueda demostrar que la posibilidad de haberse cometido el delito que se imputa sea realmente muy alta.

En cuanto al peligro de fuga se ha distinguido en el mismo el llamado “peligro presunto” en contraposición al “peligro real”. Según el citado jurista nuestra normatividad apunta al “peligro presunto” (Art. 269 Inc. 2 del CPP) cuando en su texto señala como determinante “la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”, con cuya literalidad ya “el titular de la acción penal incrementa el poder punitivo traducido en la mayor cantidad de años como probable pena a imponerse al acusado. Entonces, si la eventual pena es de cadena perpetua, (en estos casos) aparentemente cumpliría con el tenor legal apuntado y se dará por sentado el acatamiento del presupuesto y por tanto cubierto el peligro procesal de fuga”, con lo cual el encausado podrá ser tratado como delincuente responsable, asegurándose que se escapará y no asumirá su responsabilidad.

En atención a lo sostenido en el presente escrito no cabe duda de que la prisión preventiva sea la última medida en ser aplicada, pero si ella es determinada bajo la concepción de un “peligro de fuga presunto”, pierde objetividad el análisis del juez, ya que elimina la presencia del **principio de excepcionalidad** en las reflexiones de orden procesal. En tal virtud, también concordamos con Jhon Eber Cusi en el sentido de derogar el Inc. 2 del Art. 269 del CPP. Y es aun mayor sustento de esta afirmación lo siguiente:

La conducta del imputado sólo debe traducirse en hechos objetivos producidos por el sospechoso. Y son estos los únicos que pueden originar efectos jurídicos, pues son ellos los que de modo exclusivo serán materia de probanza en un juicio que aún no se ha producido. De allí que los hechos objetivos reales son siempre valorados como parte de una sentencia, y las presunciones son dejadas de lado, descartadas o desterradas; siendo que las presunciones, además, son elementos que por lo general abren la puerta de la arbitrariedad. Y esto es también aplicable a la figura del arraigo, que tiene su base fundamental en la situación personal del sospechoso (domicilio y vinculación familiar, fuente de ingresos, etc.), materias que no pueden ser consideradas con criterios subjetivos o abstractos, sino por evidencias concretas y reales.

Ahora bien, examinada toda la información precedente, iremos a formular nuestra opinión sobre la prisión preventiva:

- En primer lugar, consideramos que sí es factible conciliar tanto los objetivos relativos a la demanda de la sociedad en adquirir una seguridad frente a la delincuencia y, de otro lado, el objetivo de asegurar la aplicación de las libertades fundamentales que posee cada persona que es denunciada.
- Que para alcanzar tal conciliación se hace necesario modificaciones y/o precisiones dentro de la legislación positiva, de modo tal que se destierre en ella conceptos que faciliten la presunción de hechos como parte de los fundamentos para decretar la prisión preventiva.
- En atención al punto anterior, somos del parecer que en el inc. 2 del Art. 269 del CPP, precisamente, se enaltece una condición presunta para la determinación del peligro de fuga, por lo que opinamos que este inciso debe ser derogado, ya que además atenta contra el principio de la excepcionalidad.
- Igualmente, coincidimos con la preocupación de la CIDH respecto al Decreto Legislativo N° 1307 de enero de 2017, el cual incrementó el plazo de la prisión preventiva a 36 meses, decisión que resulta contraria a buscar **“racionalizar el uso de la prisión preventiva de conformidad con estándares internacionales”**. Y en tal virtud somos del parecer que esta norma debe ser derogada y repuesto el dispositivo anterior que normaba esta materia.
- En cuanto a la discordia sobre la interpretación de la jurisprudencia de la CIDH respecto a si, para decretar la prisión preventiva, los requisitos de peligro de fuga y obstrucción de la justicia deben o no cumplir la condición de simultaneidad, o si basta la inclusión de uno de ellos, somos del parecer que sobre tal diferencia debería promoverse la dación de una opinión consultiva al órgano responsable de la jurisprudencia. Y conforme a ella se precise bajo una enmienda aditiva el convenio matriz del organismo y se adecúe la legislación positiva nacional, si fuera pertinente.
- Establecida por el Pacto de la ONU la reparación (por parte del Estado) a quien ilegalmente haya sufrido prisión preventiva, poco o nada se comenta respecto a la responsabilidad que tuvieron sobre este abuso los operadores de justicia, ni a las sanciones penales, civiles o administrativas que pudieren merecer, materia sobre la que se recomienda sea legislada en términos precisos, siendo que las investigaciones del caso se produzcan de oficio, a pedido de parte o bajo la intervención de la Defensoría del Pueblo.
- Asimismo, se sugiere, dentro de la línea recomendada por la CIDH, la adopción de normas puntuales, a ser aplicadas en términos perentorios, sobre las sanciones a los funcionarios del Estado **“que directamente descalifiquen a fiscales, jueces o defensores públicos por una decisión adoptada relativa a la aplicación, o no, de la prisión preventiva”**.
- Finalmente, se recomienda un estricto control al seguimiento de las prisiones preventivas que hayan sido sancionadas, y a tales efectos deberían emitirse las normas pertinentes para evitar que los sancionados por esta circunstancia, sean mezclados con delincuentes con

sentencias dentro de las prisiones; y que los fiscales puedan presentar ante el juez, con notificación a la Defensoría del Pueblo, para los fines que le incumben, un calendario de las diligencias que pretenden cubrir durante el lapso de la prisión preventiva, la que únicamente podrá ser ampliada por motivos excepcionales. La carga de trabajo no es motivo de excepcionalidad.