

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA EN TIEMPOS DE REFORMAS Y CONTRARREFORMAS DEL PROCESO PENAL

PRETRIAL DETENTION IN LATIN AMERICA IN TIMES OF REFORMS AND COUNTER-REFORMS OF THE CRIMINAL PROCESS

Mayda Goite Pierre
Doctora en Ciencias Jurídicas / Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de La Habana (Cuba)

Dr. Arnel Medina Cuenca
Doctor en Ciencias Jurídicas / Profesor Titular de Derecho penal
Univesidad de La Habana (Cuba)

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2020.

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2020.

RESUMEN

Unos de los problemas que más preocupa a la Comunidad internacional y a las diferentes agencias de las Naciones Unidas, desde las últimas décadas del siglo pasado y las primeras del siglo XXI, son las altas cifras de presos sin condena existentes en América Latina. Con razón se afirma que esta fue la causa principal de la reforma procesal penal, que se inició a principios de los noventa, cuando el hacinamiento carcelario había llegado a límites insostenibles.

El proceso de la reforma y su relación con la violencia y la seguridad ciudadana, se abordan en el artículo, junto a un detallado estudio de la prisión preventiva, sus requisitos y una actualización de las cifras de la mayoría de los países de la región, hasta los últimos años, incluido el 2020, en relación con varios países, considerando los avances y retrocesos, que se han experimentado con posterioridad a la aprobación de las nuevas leyes procesales penales.

ABSTRACT

One of the problems that most worries the international community and the different agencies of the United Nations, since the last decades of the last century and the first decades of the 21st century, are the high numbers of prisoners without conviction in Latin America. It is

rightly stated that this was the main cause of the criminal procedure reforms, which began in the early 1990s, when prison overcrowding had reached unsustainable limits. The reform process and its relationship with violence and citizen security are addressed in the article, together with a detailed study of pretrial detention, its requirements and an update of the figures for most countries in the region. Until recent years, including 2020, in the cases in which it was possible to obtain the information, considering the advances and setbacks, which have been experienced after the approval of the new criminal procedure laws.

PALABRAS CLAVE

Prisión preventiva, presos sin condena y reformas procesales penales.

KEY WORDS

Preventive detention, prisoners without conviction and criminal procedure reforms.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LA SEGURIDAD CIUDADANA. BREVE VALORACIÓN DE SU INCIDENCIA EN LA REGIÓN CON UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO. 3. - LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA. 4.- LA PRISIÓN PREVENTIVA. 4.1. La prisión preventiva y los presos sin condena. 4.2. Los requisitos de la prisión preventiva. 4.3.- Las denominadas contrarreformas en relación con la prisión preventiva y la prohibición de aplicar en determinados casos medidas alternativas. 5.- A MODO DE CONCLUSIONES. 6.- BIBLIOGRAFÍA. 7.- ANEXOS.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2.- CITIZEN SECURITY. BRIEF ASSESSMENT OF ITS INCIDENCE IN THE REGION WITH A CRIMINOLOGICAL APPROACH. 3.- THE CRIMINAL PROCEDURAL REFORM IN LATIN AMERICA. 4.- THE PREVENTIVE PRISON. 4.1. Pretrial detention and prisoners without conviction. 4.2. The requirements of preventive detention. 4.3.- The so-called counter-reforms in relation to preventive detention and the prohibition of applying alternative measures in certain cases. 5.- CONCLUSIONS. 6.- BIBLIOGRAPHY. 7.- EXHIBITS.

“La prisión preventiva es la expresión más clara de represión a la llamada criminalidad convencional, su descarada y hasta expresa función penal punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión”.

(ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Prólogo, Domínguez, Virgolini y Annicchiarico, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Editorial Némesis. Buenos Aires, Argentina, 1984, p. 4.)

1.- INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva o el sometimiento por parte del Estado de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad, suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de bienes jurídicos protegidos mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, de que la investigación se llevará a cabo sin entorpecimientos indebidas y de que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplirán con la pena impuesta¹.

La reforma procesal penal que se desplegó a partir de los años noventa del siglo pasado en Latinoamérica sobre la base del Código procesal penal modelo para Iberoamérica de 1988, elaborado por destacados juristas latinoamericanos, por acuerdo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal², como acertadamente precisa LLOBET RODRÍGUEZ³, pretendía superar los procedimientos inquisitivos y escritos, que posibilitaban la existencia de porcentajes muy altos de presos sin condena, de modo que lo común era la privación de libertad como consecuencia de la prisión preventiva y la excepción que dicha privación lo fuese como resultado de una sentencia condenatoria firme.

¹ DE LA JARA, Ernesto, *et. al*, “La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?”, Instituto de Defensa Legal, 2013, p. 7. Disponible en:

<http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Libro%20Prision%20Preventiva%20Final%202013-09-13.pdf>, consultado el 23/5/2020, a las 20.10.

² Sobre el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, de 1988, *Vid*, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *LA REFORMA PROCESAL PENAL (un análisis comparativo latinoamericano-alemán)*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José de Costa Rica, agosto de 1993, pp. 51 – 57. El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fue fundado en Montevideo, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en 1957, en homenaje a Eduardo J. Couture. Las bases fundamentales para la elaboración del Código procesal penal modelo para Iberoamérica, fueron aprobadas en las "V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en 1970 en Colombia. En las "VII Jornadas", celebradas en 1981 en Guatemala, se sometieron a discusión los dictámenes presentados por Fairén Guillén, Fernando de la Rúa y Julio Maier, la discusión continuó en las Jornadas, efectuadas en 1982 en Ecuador, y en 1988 en Brasil, donde participaron Fernando de la Rúa, Julio B. J. Maier, Ada Pellegrini Grinover y Jaime Bernal Cuéllar.

³ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. N.º 1, 2009, p. 162. Disponible en: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12629/11885>, consultado el 9/5/2020, a las 13.50.

El Código procesal penal modelo para Iberoamérica, en consideración de BINDER⁴, uno de los principales impulsores de la reforma en América Latina, cumplió una función importantísima si bien tenía como base la legislación alemana e italiana, proponía un sistema acusatorio que era el resultado de la evolución de los estudios de una institución que nucleaba a casi todos los procesalistas de la región latinoamericana.

El hecho de que ese modelo haya ido decantando a lo largo de casi cuatro décadas de trabajo en un modelo acusatorio que establecía mixturas entre la tradición anglosajona y la reciente incorporación de ese modelo en la Europa continental (reformas alemana, portuguesa, italiana, etcétera), facilitó la superación de ese debate, a la vez que introducía modelos de legislación no siempre claros acerca de su orientación final, porque como ocurre en toda legislación se produce una mixtura de fuentes producto de la lucha de intereses presente en el proceso legislativo. Es decir, el problema de la legislación importada no pasó de ser un debate marginal, dado que, en la experiencia legislativa concreta, todos los países utilizan el derecho comparado de un modo directo y central⁵.

Sobre el tema de las influencia de ordenamientos e institutos extranjeros, en las reformas latinoamericanas, principalmente provenientes del derecho anglosajón, AMBOS considera que han significado un choque cultural que, a diferencia de la discusión comparada e histórica de otras tradiciones jurídicas, por ejemplo, las europeas (España, frente al derecho alemán, o Alemania frente a EE. UU.), no ha permitido aclimatar de manera racional las reformas judiciales⁶.

Cuba y Puerto Rico, últimas colonias españolas en América, a diferencia del resto de los países de habla hispana del continente, donde los procedimientos inquisitivos y escritos, prevalecieron durante más de un siglo, como refieren MENDOZA DÍAZ y GONZÁLEZ CHAU⁷, fueron destinatarias directas del proceso codificador que tuvo lugar en España en la segunda mitad del siglo XIX, cuyo fruto fue la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del 14 de septiembre de 1882, que se hizo extensiva a Cuba por Real Decreto de 19 de octubre de 1888 y comenzó a regir el 1ro. de enero de 1889⁸.

⁴ BINDER, Alberto M., "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en *La Reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Coordinadora: Carolina VILLADIEGO BURBANO, Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Bogotá, 2016, p. 68.

⁵ *Ídem*.

⁶ AMBOS, Kai, "Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina", *Revista Política Criminal, Volumen 1, Número 2, diciembre de 2006*, Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Talca, p. 5. Disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/0ae0/1ea96f122827ce42093d0949274f9989876c.pdf>, consultada el 8/8/2020, a las 14.26.

⁷ Vid, MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura, GONZÁLEZ CHAU, "La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio en el proceso penal", en *Perspectiva del sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Coordinadores: Gonzalo ARMIENTA HERNÁNDEZ y Mayda GOITE PIERRE, Editorial Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012, p. 109. Sobre el modelo de enjuiciamiento penal, que se instauró en América Latina en los siglos XVIII y XIX, como resultado de la fusión histórica del sistema inquisitivo que durante cinco siglos prevaleció en la Europa Continental y América, y el sistema acusatorio de raigambre grecorromana.

⁸ NA: Cuando en 1994, entró en vigor en Guatemala el Código Procesal Penal de 1992, ya en Cuba y Puerto Rico existía una experiencia de más de 100 años de oralidad en los procesos penales. Por esta razón en los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI, varios países de América Latina recibieron profesores de la Universidad Interamericana de Puerto Rico y de la Universidad de la Habana, para impartir entrenamientos sobre los juicios orales. Los nombres de Mayda Goite Pierre, Juan Mendoza Díaz y Marcelino Díaz Pinillo, de Cuba y Julio Fontanet

Una de las mayores preocupaciones de los autores del Código Modelo para Iberoamérica de 1988, a juicio de LLOBET RODRÍGUEZ⁹, era que la regulación de la prisión preventiva, 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 más de la propuesta del Código Modelo fue en la regulación de la prisión preventiva, ya que en general, como analizaremos *supra*, se llegó a contemplar la causal de peligro de reiteración delictiva, unido a que en algunas legislaciones se mantuvieron las prohibiciones excarcelatorias, reguladas usualmente en leyes especiales, como las relativas al tráfico de estupefacientes y de drogas.

La preocupación sobre la situación de la prisión preventiva en el continente latinoamericano quedó demostrada por el ILANUD en la investigación sobre los presos sin condena realizada en la década de los ochenta del pasado siglo, haciendo conciencia sobre la necesidad de la reforma procesal¹⁰.

Le correspondió a Guatemala, el mérito de haber sido la iniciadora de la reforma procesal penal en Latinoamérica, mediante el Decreto Nro. 51-92, Código Procesal Penal de 1992¹¹, que entró en vigor el primero de julio de 1994, por disposición del artículo 1 del Decreto del Congreso No. 45-93¹² y en materia de medidas cautelares, los artículos 254 al 269 comprenden lo relativo a la coerción personal del imputado, destacándose el carácter cautelar de estas medidas, como refiere BARRIENTOS PELLICER, en la Exposición de Motivos¹³, al no vincularlas a la culpabilidad o inocencia del acusado.

Sin embargo, los avances que se lograron con la nueva legislación procesal, como precisa LLOBET RODRÍGUEZ, en la práctica no se han reflejado como significativos con respecto a los porcentajes de presos sin condena, lo que refleja las dificultades para superar la cultura inquisitiva de los códigos procesales antiguos. Se une a ello que algunos en forma demagógica han atribuido el aumento de la inseguridad ciudadana a la existencia de una legislación con un

Maldonado, Ana Paulina Cruz Vélez, Héctor Quiñones Vargas, de Puerto Rico, son recordados, con agradecimiento, por generaciones de jueces, fiscales y abogados de Bolivia, Guatemala, México, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá, Colombia, Chile, Argentina, Venezuela, Perú y República Dominicana. La Habana fue sede también de varios Congresos Internacionales, donde se intercambiaron experiencias sobre las reformas procesales penales latinoamericanas, con la presencia de destacados juristas como Alberto Binder, Julio Maier, Elías Neuman, Elías Carranza y Javier Llobet, entre otros. En la Universidad Interamericana de Puerto Rico, se realizaron diplomados y cursos para abogados y jueces de Centro y Sur América.

⁹ 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.*, No. 24, 2009, pp. 116-117, Puebla, México.

¹⁰ Vid, CARRANZA, Elías, Luis Paulino, MORA, Mario HUED, y Eugenio Raúl, ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.

¹¹ FIGUEROA SARTI, Raúl, *Código Procesal Penal*, Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional, Editorial F&G Editores, Decimoquinta edición, actualizada, Guatemala, 2012.

¹² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, “Decreto Número 45-93”, de 9 de diciembre de 1993, que reforma el artículo 555 del Decreto Número 51 - 92, Código Procesal Penal. Disponible en: <http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1993/gtdcx45-1993.pdf>, consultada el 14/5/2020, a las 15.10. El artículo uno modifica el artículo 555 del Código Procesal Penal, estableciendo que el mismo entraría en vigor el primero de julio de 1994.

¹³ Vid, BARRIENTOS PELLICER, César, “Exposición de motivos del Código Procesal Penal”, en FIGUEROA SARTI, Raúl, *Código Procesal Penal*, Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional, F&G Editores, Guatemala, 2012, p. LVII.

“exceso de garantismo” en cuanto a la regulación de la prisión preventiva, lo que ha provocado contrarreformas en diversos países latinoamericanos¹⁴.

Ante este panorama, se impone la necesidad de que, al mismo tiempo que se combate también la delincuencia clásica y sus manifestaciones ligadas al crimen organizado, respetando los derechos de los procesados, que han sido consagrados en numerosos instrumentos jurídicos internacionales y en las constituciones y los códigos penales y procesales, se avance a la vez en la investigación científica de manera que se puedan proyectar estrategias nacionales y locales que incluyan, entre otras, medidas de inclusión social y proyectos comunitarios que sitúen a la prevención del delito en el centro de su actividad¹⁵.

Como se dijo *supra*, cuando se inició la reforma en Guatemala en 1992, Cuba ya tenía más de cien años de experiencia en juicio oral. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, vigente en el país, desde el 1.º de enero de 1889, fue derogada por la Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal. En 1977, y producto de los cambios introducidos en la organización política y territorial del país por la Constitución 1976, el 13 de agosto, de ese año, se aprobó la Ley No. 5, Ley de Procedimiento Penal, actualmente vigente¹⁶.

Tras 44 años de vigencia de la Ley de Procedimiento Penal, con la promulgación, de la nueva Constitución cubana, el 10 de abril de 2019¹⁷, abre un espacio sin precedentes en el panorama normativo cubano porque el texto constitucional define, de manera clara y precisa, las principales garantías del debido proceso penal, y conmina al legislador ordinario a tenerlas en cuenta en la norma procesal que debe aprobarse en los próximos meses. La Constitución pone fin a años de debates en el mundo jurídico sobre los derechos de los imputados en el proceso penal y perfila una firme esperanza en el mejoramiento del modelo procesal penal cubano¹⁸. Por esta razón los autores preferimos, en lugar de comentar una ley, que en los próximos meses será derogada, postergar el análisis de la prisión preventiva en Cuba, para otra publicación sobre el tema, cuando se apruebe la nueva Ley del Proceso Penal¹⁹. Es de destacar que, en Cuba, apenas entre el siete y el nueve por ciento de los reclusos están en prisión provisional", de acuerdo con las últimas cifras divulgadas y que, hasta el día de hoy, 3 de septiembre de 2020, en los

¹⁴ LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad...”, *op. cit.*; p.162.

¹⁵ GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “La prisión preventiva en América Latina, en la era de la globalización y del expansionismo penal”, en *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, Directores: AROCENA, Gustavo A. y SERGIO J. CUAREZMA TERÁN, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, Managua, 2016, p. 194.

¹⁶ MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura, GONZÁLEZ CHAU, *op. cit.*; pp. 109-100.

¹⁷ Gaceta Oficial No. 5, Extraordinaria de 10 de abril de 2019, “Constitución de la República de Cuba proclamada el 10 de abril de 2019”, La Habana, 2019. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/es/constitucion-de-la-republica-de-cuba-proclamada-el-10-de-abril-de-2019>, consultada el 14/8/2020, a las 19.20.

¹⁸ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en Cuba”, en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Directores: Dr. Francisco Lledó Yagüe, Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar y Dr. Juan Mendoza Díaz, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, Edición Impresa por Ediciones ONBC, p. 200.

¹⁹ NA: Sobre las regulaciones de la nueva Constitución cubana que impactan el proceso penal se recomienda: MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano”, *Revista Universidad de La Habana, UH no. 289, enero-junio de 2020*, La Habana, abril de 2020, pp. 163-186. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762020000100163&lng=es&nrm=iso, consultada el 6/8/2020, a las 15.34.

establecimientos penitenciarios cubanos no existen ni brotes ni casos confirmados de la COVID-19²⁰.

2.- LA SEGURIDAD CIUDADANA. BREVE VALORACIÓN DE SU INCIDENCIA EN LA REGIÓN CON UN ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

El delito y la violencia se han convertido en uno de los mayores desafíos para los gobiernos de América Latina. Esta problemática ha adquirido tal escala, complejidad, persistencia y costos económicos que sus consecuencias trascienden a las víctimas y se proyectan negativamente sobre buena parte del entramado social e institucional. Por ello, la naturaleza y fenomenología del problema se encuentran afectando al bienestar social y económico y a la gobernabilidad democrática de muchos de los países de la región²¹.

La seguridad ciudadana, es un tema que preocupa a muchos tomadores de decisión y repercute al calor de las campañas electorales²². No es de extrañar que el tema haya escalado en América Latina hasta convertirse en la principal preocupación pública en muchos países, ya que se refleja en determinados indicadores requeridos para alcanzar el desarrollo humano²³.

El análisis de la inseguridad como estructurante de las nuevas subjetividades sociales y de las reformas de las instituciones del monopolio de la violencia física legítima de los estados latinoamericanos nos remite a la problemática de la hegemonía en los regímenes de derecha e izquierda. La inseguridad es en América Latina no sólo una demanda creciente, cuyas formas pueden llevarse al extremo de la petición de mano dura, a la criminalización de la protesta o a la

²⁰ Vid, ARZUAGA, Rafael e Ismael FRANCISCO, "Disminuye población penal en Cuba. El sistema penitenciario garantiza sus derechos a los reclusos. El bloqueo también afecta a la población penal", *Cubadebate*, La Habana, 9 de abril de 2013. Disponible en: <http://www.cubadebate.cu/noticias/2013/04/09/las-prisiones-cubanas-desde-dentro-fotos/>, consultada el 23/8/2020, a las 22.24. Información brindada por el coronel Osmani, LEYVA ÁVILA, segundo jefe de la dirección general de establecimientos penitenciarios del país, quién precisó también que la población penal de Cuba, considerada en 57 000 al término de mayo en 2012, se redujo de aquella fecha a abril de 2013. La cifra, sujeta siempre a fluctuaciones propias de la dinámica del trabajo correccional, rondaba en esa fecha los 50 000 sancionados con penas que comprenden el internamiento. En otra información brindada por el presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, Otto Molina, al espacio Televisivo Hacemos Cuba, del canal Cubavisión, el jueves 30 de abril de 2020, 6579 personas privadas de libertad fueron liberadas, de los cuales 6158, fueron excarceladas anticipadamente y 421, puestos en libertad tras beneficiarse del cambio de la medida cautelar que les mantenían en prisión. (Vid, EUROPA PRESS, "Cuba libera a 6.579 presos de las cárceles en medio de la pandemia de la Covid-19", 1 de mayo de 2020, p. 1. Disponible en: https://www.expansion.com/agencia/europa_press/2020/05/01/20200501012433.html, consultado el 23/8/2020, a las 22.34). Sobre la información de la no existencia del COVID-19, en las prisiones: Vid, GONZÁLEZ FUENTES, Yisel, "Ni brotes ni casos confirmados de la COVID-19 en centros penitenciarios cubanos", *Periódico Granma*, 23 de abril de 2020, La Habana, p. 1. Disponible en: <http://www.granma.cu/cuba-covid-19/2020-04-23/ni-brotes-ni-casos-confirmados-de-covid-19-en-las-prisiones-de-cuba-confirma-ministerio-de-salud-23-04-2020-11-04-31>, consultada el 23/8/2020, a las 16.26.

²¹ FÖHRIG, Albeto y Diego GORGAL, "Introducción. Seguridad Ciudadana, Estado y Sociedad", en *Seguridad Ciudadana. Lecturas fundamentales*, Serie Estado, Gestión Pública y Desarrollo en América Latina, Editor: CAF, Caracas, 2019, p. 7.

²² PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014*, p. 5. Disponible en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>, consultado el 8/5/2020, a las 13.00.

²³ *Ídem*, p. III.

estigmatización de grupos sociales bajo el principio del retorno de “las clases peligrosas”, también es un núcleo de hegemonía²⁴.

ZVALETA BETANCOURT²⁵, considera que los elementos presentados por los programas de la ONU y de los organismos regionales, sustentan la máxima de que combatir la violencia con más violencia, genera una mayor agresividad, por lo que para lograr una adecuada caracterización de la situación de la seguridad ciudadana en nuestra región, resulta indispensable tener en cuenta no sólo la necesidad de fortalecer a los órganos públicos encargados de hacer cumplir la ley, sino también de capacitarlos y garantizarles las condiciones mínimas para que desarrollen su labor con eficiencia e independencia, requeridas, especialmente de los jueces, que son los encargados de decidir la aplicación de la norma penal, al caso concreto, en condiciones de igualdad e imparcialidad, sin injerencias externas.

Como se destaca en la bibliografía revisada y ampliaremos *infra*, existe un criterio mayoritario en la doctrina, en la apreciación de que con fuerzas policiales y represión solamente no es posible tener éxito en el enfrentamiento a la delincuencia; pero al analizar el tema, es necesario considerar también que los índices de esclarecimiento del delito y la disminución de la impunidad, constituyen también un factor importante en la estrategia de prevención general, porque podremos aprobar muchas leyes, tipificar delitos y agravar sanciones, pero si las fuerzas responsabilizadas con la investigación de los delitos no logran identificar y detener a sus autores, entonces estaremos construyendo un Derecho penal simbólico y los efectos esperados con la prevención general y especial, no se alcanzarán.

ROJAS AVARENA²⁶, afirma que sin atacar los factores que constituyen el contexto y la base de la violencia y el crimen no se lograrán progresos en el desarrollo humano sostenible en América Latina y el Caribe. La inseguridad se transfiere con facilidad. La seguridad es interdependiente, para lo que se recomienda un abordaje comprensivo que dé cuenta de manera simultánea de diferentes políticas públicas tales como las referidas a: reformas de los sistemas de seguridad y defensa; reformulación de las políticas sociales; el desarrollo de políticas que contribuyan a la cohesión e integración social; y un conjunto de iniciativas que permitan mejorar la gobernabilidad democrática.

Por otra parte, el criterio de que entre más delincuentes estén en la cárcel, menos delitos se cometerán en las calles, la denominada prevención especial, desde los últimos años del pasado siglo, perdió vigencia de la mano de las nuevas tecnologías y del desarrollo de las comunicaciones, pues en los tiempos actuales las prisiones de muchos países de nuestra área

²⁴ ZVALETA BETANCOURT, José Alfredo, “Introducción”, en *La inseguridad y la seguridad ciudadana en América Latina*, Primera edición, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2012.

²⁵ *Vid*, por todos, sobre la violencia y la inseguridad ciudadana en América Latina: GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “La inseguridad ciudadana y los excesos en la utilización del poder punitivo”, en *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos*, en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Coordinador: José María Suarez López Jesús Barquín Sanz Ignacio F. Benítez Ortúzar María José Jiménez Díaz José Eduardo Sainz Cantero Caparrós (Directores), Volumen II, DYKINSON, Madrid, 2018, pp. 2057-2086.

²⁶ ROJAS ARAVENA, Francisco, “Globalización y violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, *Revista Pensamiento Iberoamericano No. 2, 2da. Época, 2008*, p. 4. Disponible en: <http://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2014/07/PensamientoIbero2.pdf>, consultado el 12/4/2020 a las 17.00.

geográfica se han convertido en los centros, desde donde se dirigen operaciones de narcotráfico, secuestros, tráfico y trata de personas y otros delitos graves.

Un hecho que demuestra la difícil situación existente en las cárceles latinoamericanas y los abusos que se comenten contra las personas privadas de libertad, ocurrió en el mes de abril de 2020, en El Salvador, donde las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos parecen no regir, tras la polémica orden del presidente salvadoreño Nayib BUKELE de mezclar en las cárceles a los reos de las maras Salvatrucha (M-13) y 18 (M-18), en plena pandemia del Covid 19, hacinados e incomunicados, para impedir que transmitieran sus desafiantes órdenes criminales al exterior de las prisiones, en un intento de controlar la violencia existente en las calles, con un sangriento cruce de policías y militares, con luz verde para usar la fuerza letal y de maras o pandillas con mortales redes de sicariato controladas desde las prisiones²⁷ (ver anexos I y II).

En Honduras, otro de los países del denominado Triángulo Norte de América Central, desde noviembre de 2019 se han registrado por lo menos 55 muertes violentas dentro de prisiones, según un monitoreo de prensa realizado por InSight Crime. El sistema penitenciario de Honduras tiene una sobrepoblación del 204 por ciento y varios organismos internacionales, como las Naciones Unidas, han manifestado su preocupación por la violencia que se vive dentro de esos espacios²⁸.

Desde la Santa Sede, se escucha la preocupación por los resultados de las medidas extremas que se aplican en muchos países para enfrentar la violencia. En la Comunicación enviada por el Papa Francisco, a los participantes en el XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), el 30 de mayo de 2014, declaró, que en nuestras sociedades tendemos a pensar que los delitos se resuelven cuando se atrapa y condena al delincuente, pasando de largo ante los daños cometidos o sin prestar suficiente atención a la situación en que quedan las víctimas. Pero sería un error identificar la reparación solo con el castigo, confundir la justicia con la venganza, lo que solo contribuiría a incrementar la violencia, aunque esté institucionalizada. La experiencia nos dice que el aumento y endurecimiento de las penas con frecuencia no resuelve los problemas sociales ni logra disminuir los índices de

²⁷ Vid, EL UNIVERSAL, “El Salvador, la crisis de violencia que está detrás de las polémicas fotos”, Ciudad de México, 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/el-salvador-la-crisis-de-violencia-que-esta-detras-de-las-polemicas-fotos>, consultado el 15/8/2020, a las 15.35. El presidente Nayib BUKELE ha sido acusado, por esta decisión de exhibir inquietantes signos de autoritarismo y con viejos escuadrones clandestinos de limpieza social que están expectantes en la sombra. Ver también: GONZÁLEZ DÍAZ, Marcos, “BUKELE contra las maras: las impactantes imágenes con las que El Salvador anunció que juntó a presos de diferentes pandillas en las celdas para combatir la violencia (y qué riesgos conlleva)”, Corresponsal de BBC News Mundo en México y Centroamérica 28 abril 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52450557>, vista el 15/8/2020, a las 22.15. Surgidas en el decenio de 1980 entre migrantes centroamericanos en Estados Unidos, las maras sufrieron deportaciones masivas de esa nación a El Salvador, Guatemala y Honduras y, sin lograr la reinserción socioeconómica en sus países natales, replicaron el modelo criminal de extorsión y muerte creado en California y otros estados del territorio estadounidense.

²⁸ DITTMAR, Victoria, “Honduras, incapaz de parar las masacres en sus cárceles”, INSIGHT CRIME, agosto 20, de 2020, Washington, DC. Disponible en: <https://es.insightcrime.org/>, consultado el 22/8/2020, a las 15.42. Digna Aguilar, portavoz del Instituto Nacional Penitenciario de Honduras, declaró en un comunicado de prensa que las víctimas habían muerto por estrangulamiento y que las autoridades seguían investigando los motivos y a los presuntos autores.

delincuencia. Y, además, se pueden generar graves problemas para las sociedades, como son las cárceles superpobladas o los presos detenidos sin condena... En cuántas ocasiones se ha visto al reo expiar su pena objetivamente, cumpliendo la condena, pero sin cambiar interiormente ni restablecerse de las heridas de su corazón²⁹.

Posteriormente, en la Audiencia que le concedió a varias asociaciones internacionales de juristas, el 23 de octubre de 2014, entre las que se encontraban la AIDP, ALPEC, el Santo Padre, expresó que se ha expandido en las últimas décadas la creencia de que a través de la pena pública pueden resolverse los más diversos problemas sociales, tal como si para las más diversas enfermedades se nos recomendase la misma medicina. No se trata ya de la creencia en algunas de las funciones sociales tradicionalmente atribuidas a la pena pública, sino de la creencia de que con ella pueden obtenerse los beneficios que requerirían la implementación de otro tipo de políticas sociales, económicas y de inclusión social³⁰.

El estudio con un enfoque criminológico y social de los principales factores que generan la violencia requiere explorar elementos tales como la inequidad que provoca la desigual distribución de la riqueza, los elevados índices de pobreza y de falta de oportunidades, especialmente para los jóvenes, el creciente desempleo y las propias debilidades de la institucionalidad democrática.

Tal parece que la vida de nuestros países va a depender de ahora en adelante solo de la aprobación de leyes especiales, nuevas tipicidades delictivas, largas penas privativas de libertad, incremento del rigor penitenciario y sobre todo de la reducción de las garantías penales y procesales que, con rango constitucional y afianzada en el Derecho internacional, constituyen los cimientos del Estado social y democrático de Derecho³¹.

El ranking de las cincuenta ciudades con mayor violencia homicida en el mundo confirma al narcotráfico como su más importante elemento causal. En efecto, en 2010 treinta y cinco de las cincuenta ciudades fueron Latinoamericanas. Esta cifra creció en 2019 a 42 ciudades, las restantes corresponden tres a Estados Unidos, cuatro a Sudáfrica y San Juan de Puerto Rico. Cuarenta y seis ciudades se ubican en el continente americano y 4 en Sudáfrica³².

²⁹ BERGOGLIO, Mario José, “El Papa Francisco y el Derecho Penal”, Comunicación del Santo Padre a los participantes en el XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, Vaticano, 30 de mayo de 2014, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014*, p. 100. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37, consultada el 2/12/2019, a las 14.32.

³⁰ BERGOGLIO, Mario José, “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014*, p. 108. Disponible en: http://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/issue/download/40/37, consultada el 3/12/2019, a las 16.24.

³¹ GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, “La prisión preventiva... *op. cit.*; p. 192.

³² *Vid.* SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2019”, pp. 2-3. Disponible en: <http://seguridadjusticiaypaz.org.mx/sala-de-prensa/1590-boletin-ranking-2019-de-las-50-ciudades-mas-violentas-del-mundo>, consultada el 3/8/2020, a las 15.40. En las ediciones anuales de este ranking, en la mitad (6) la ciudad más violenta del mundo ha sido mexicana (esto es, en los años 2008, 2009, 2010, 2017, 2018 y 2019).

De las 50 ciudades del ranking de 2019, 19 se ubican en México, 10 en Brasil, 6 en Venezuela, 3 en Estados Unidos, 4 en Sudáfrica, 3 en Colombia, 2 en Honduras y hay una de Guatemala, Puerto Rico y Jamaica. Por tercer año consecutivo una ciudad mexicana es la más violenta del mundo y por segunda ocasión consecutiva la ciudad más violenta del mundo es Tijuana con una tasa de 134.24 homicidios por cada 100 mil habitantes. A continuación se ubican Juárez, México, con 104,54, Uruapan, México, con 85,54, Irapuato, México, con 80,74 y Ciudad Obregón, México, con 80,72³³.

Por diferentes razones, incluidas la falta de recursos económicos, la desigual distribución de los existentes y también la poca voluntad política, se continúan postergando las medidas de índole económicas, para la reducción de la pobreza que, junto al crimen organizado y otras causas, tienen una incidencia significativa en los altos índices delictivos existentes en numerosos países de nuestro entorno geográfico. No basta con dotar de sofisticados medios de transporte, comunicaciones y de vigilancia electrónica a las fuerzas encargadas de mantener el orden público, para combatir a la delincuencia, cuando se carece de una estrategia científicamente elaborada, para prevenir el delito y garantizar la tranquilidad de los cientos de millones de hombres y mujeres que, en todo el mundo, sufren a diario los efectos de la violencia.

3.- LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA

La justicia, que cuenta con recursos limitados, debe ser “racionada” y en este contexto, el proceso penal, no ha sido ajeno a las presiones intensas a favor del cambio, en lo que ha incidido también, la necesidad de responder a las exigencias del debido proceso, en el marco de la protección de los derechos humanos. Ahora la preocupación se ha consagrado en los instrumentos básicos para la protección internacional de los derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Muchas constituciones y legislaciones a nivel nacional han seguido esta tendencia, y manifiestan mayor sensibilidad y comprensión que antes por el trato adecuado de los individuos que se encuentran involucrados en un proceso penal³⁴.

Esta herencia histórica no terminó y no podía terminar de la noche a la mañana con la independencia. Antes bien, las nuevas repúblicas o, más exactamente, sus clases dirigentes, en su gran mayoría de descendencia española o portuguesa, seguían usando la ley como instrumento para mantenerse en el poder con sus privilegios de siempre³⁵.

Durante el siglo XX, muchos países de América Latina modificaron sus códigos originales e incluso aprobaron nuevos códigos. Sin embargo, casi ninguno de ellos cambió la estructura procesal penal inquisitiva básica. Pero esta situación cambió en la década de los noventa del pasado siglo y en las primeras del siglo XXI, en los cuales 17 países latinoamericanos y un número

³³ *Ídem*. La lista de las 20 primeras la completan: 6.- Caracas, Venezuela, con 74,65, 7.- Acapulco, México, 71,61, 8.- Cape Town, Sudáfrica, 68,28, 9.- St. Louis, 64,54, Estados Unidos, 10.- Vitória da Conquista, Brasil, 60,01, 11.- Baltimore, Estados Unidos, 58,54, 12.- Guayana, Venezuela, 57,80, 13.- Kingston, Jamaica, 57,59, 14.- Feira da Santana, Brasil, 56,76, 15.- San Pedro Sula, Honduras, 55,21, 16.- San Juan, Puerto Rico, 54,01, 17.- Ensenada, México, 52,12, 18.- Ciudad Bolívar, Venezuela, 51,01, 19.- Cuernavaca, México, 50,91 y 20.- Celaya, México, 49, 87.

³⁴ DAMASKA, Mirjan, “Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal”, p. 12. Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/reformas_1st_publication.pdf, consultado el 26/2/2020, a las 18.40.

³⁵ AMBOS, Kai, *op. cit.*; p. 3.

de jurisdicciones estatales y provinciales latinoamericanas reemplazaron los códigos inquisitivos por códigos más acusatorios³⁶.

En la tabla que mostramos a continuación se precisan las reformas y la fecha de entrada en vigor:

País	Referencia normativa y fecha
Argentina ³⁷	Ley Nro.11922 - CPP de la provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998 // Código Procesal Penal de la Nación, Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014
Bolivia	Ley Nro. 1970 - Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigor en el 2000
Chile	Ley Nro. 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000 en el Diario Oficial y vigente desde diciembre del mismo año
Colombia	Ley Nro. 906 - Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005
Costa Rica	Ley Nro. 7594 - Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996, vigente desde el 1ro. de enero de 1998
Ecuador ³⁸	Código de Procedimiento Penal, Ley 000, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 del 13 de enero de 2000, Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000, vigente desde 2001 // Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014, vigente desde el 10 de agosto de 2014
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998
Guatemala	Decreto Nro. 51-92 - Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigor en 1994
Honduras	Decreto Nro. 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999. Entró plenamente en vigencia en 2002
México ³⁹	Reforma Constitucional de 18 de junio 2008 // Código Nacional de Procedimientos Penales, de 5

³⁶ LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*, Centro de Estudios de Justicia, 2007, pp. 16-17. Disponible en: http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/revolucionenprocesopenal_Langer1.pdf, consultado el 20/5/2020, a las 14.00. El trabajo fue originalmente publicado en inglés en la Revista Estadounidense de Derecho Comparado (*American Journal of Comparative Law*), Vol. 55, p. 617, 2007; y ha sido traducido al español (junto con sus citas en inglés) por su autor y publicado en la Revista Estadounidense de Derecho Comparado. Los últimos países que se unieron a la reforma fueron Argentina y México en 2014 y Uruguay en 2015.

³⁷ Desde 2014, Argentina cuenta con un nuevo Código Procesal Penal de la Nación. *Vid*, DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, "Código Procesal Penal de la Nación", Ley No. 27063, de 4 de diciembre de 2014, 1ra. Edición, Buenos Aires, Infojus, 2014. Disponible en: http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Procesal_Penal_de_la_Nacion.pdf, consultado el 26/5/2020, a las 19.15.

³⁸ Desde el 10 de agosto de 2014, rige en la República del Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, que sustituyó la Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000. *Vid*, ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, Suplemento Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014. Disponible en: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_coip_ed_sdn-mjdhc.pdf, consultado el 29/5/2020, a las 13.45.

	de febrero de 2014. Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014
Nicaragua	Ley Nro. 406 - Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002
Panamá	Ley Nro. 63 - Código Procesal Penal de 2 de julio de 2008, que entró en vigor gradual el 1 de septiembre de 2009
Paraguay	Ley Nro.1286/98-Código Procesal Penal
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS, de julio de 2004, que entró en vigor en 2006
República Dominicana	Ley Nro. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002, que entró en vigor en 2004
País	Referencia normativa y fecha
Uruguay	Ley N.º 19.293, Código Del Proceso Penal, Publicada D.O. 09 ene/2015, N.º 29127, vigente desde el 1º de noviembre de 2017
Venezuela ⁴⁰	Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998, vigente desde 1999 // Código Orgánico Procesal Penal de 2 de octubre de 2001 // Código Orgánico Procesal Penal, Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012

Fuente⁴¹

A la reforma inicial del año 1991, en el sistema federal argentino, que ha sido calificada de tímida y más bien frustrada⁴², le siguieron cambios de envergadura en Guatemala⁴³, en 1994,

³⁹ Desde el 5 de febrero de 2014, el Congreso mexicano aprobó un Código Nacional de Procedimientos Penales, que está produciendo una profunda reforma en la justicia penal de ese país y actualmente se aplica un sistema de implementación progresiva, que debe concluir en junio de 2016. *Vid.* CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, “Código Nacional de Procedimientos Penales”, de 5 de febrero de 2014, Diario Oficial, miércoles 5 de marzo de 2014. Disponible en:

<http://www.cofepris.gob.mx/MJ/Documents/Decretos/050314decretocodigonacionalpp.pdf>, consultado el 23/5/2020, a las 13.00.

⁴⁰ Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208, Extraordinario del 23 de enero de 1998. Disponible en: [https://www.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/a1f3d8eb256cf31bc1256a37003faf98/\\$FILE/Codigo%20penal.pdf](https://www.icrc.org/ihl-nat/a24d1cf3344e99934125673e00508142/a1f3d8eb256cf31bc1256a37003faf98/$FILE/Codigo%20penal.pdf), consultado el 24/5/2020 a las 13.10.

Fue sustituido por el Código Orgánico Procesal Penal 2 de octubre de 2001 y por el Código Orgánico Procesal Penal de 12 de junio de 2012:

- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 5558 DEL 14-11-2001 La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela Decreta El siguiente, Código Orgánico Procesal Penal 2 de octubre de 2001. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ven_Cod_Org_Pro_Penal.pdf, consultado el 24/5/2020, a las 13.30.

- Código Orgánico Procesal Penal, Decreto No. 9.042 de 12 de junio de 2012. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ven_cod_org_proc_penal.pdf, consultado el 24/5/2020, a las 14.00.

⁴¹ **Fuente:** DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, “La Reforma Procesal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), abril de 2009, p. 21. Disponible en:

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2578/prisionpreventiva_riego_duce.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultada el 2/5/2020, a las 25.32. Actualizado por los autores en los casos de Argentina, México, Ecuador, Uruguay y Venezuela.

⁴² LANGER, Máximo, *op. cit.*, p. 2.

Costa Rica⁴⁴ y el Salvador⁴⁵ en 1998, Venezuela⁴⁶ en 1999, Chile⁴⁷, Paraguay⁴⁸ y Ecuador⁴⁹, en el 2000, Bolivia⁵⁰, Nicaragua⁵¹, en 2001, Honduras⁵² en 2002, República Dominicana⁵³ y Perú⁵⁴ en 2004, Colombia⁵⁵ en 2005, México⁵⁶ y Argentina⁵⁷ en 2014 y Uruguay en 2015⁵⁸.

⁴³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, “Código Procesal Penal”, Decreto Número 51-92, de 7 de diciembre de 1992. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_gtm_codigo_procesal_penal.pdf, consultado el 24/5/2020, a las 17.00.

⁴⁴ Código Procesal Penal, No.7594. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/cri/sp_ cri-int-text-cpp.pdf, consultado el 20/6/2020, a las 16.30.

⁴⁵ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 904, de 4 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicici4_slv_codigo_procesal.pdf, consultado el 16/6/2020, a las 19.15.

Sustituido por el nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo No. 733 de 22 de octubre de 2008. Disponible en: http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-procesal-penal/archivo_documento_legislativo, consultado el 21/7/2020, a las 19.45.

Reformado por el Decreto 1010, de la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, de 29 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.diariooficial.gob.sv/diarios/do-2012/03-marzo/23-03-2012.pdf>, consultado el 23/5/2020, a las 20.30.

⁴⁶ Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 5.208 Extraordinaria del 23 de enero de 1998, *cit.*

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Código Procesal Penal, Ley 19696, de 20 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>, consultado el 22/5/2020, a las 14.30.

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Código procesal penal de la República del Paraguay, Ley No. 1.286/98, de 26 de mayo de 1998, Concordado, con legislación complementaria e índice alfabético-temático. Disponible en: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomIII.pdf, consultado el 23/5/2020, a las 19.20.

⁴⁹ ASAMBLEA NACIONAL REPÚBLICA DEL ECUADOR, Código Orgánico Integral Penal, *cit.* El Código Orgánico Integral Penal, sustituyó al Código Procesal Penal de 2000. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ ecu-int-text-cpp.pdf, consultado el 28/5/2020, a las 19.10.

⁵⁰ Código de Procedimiento Penal aprobado por la Ley No. 1970 de 25 de marzo de 1999. Disponible en: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf, consultado el 28/5/2020, a las 13.10.

⁵¹ ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA, “Código Procesal Penal de la República de Nicaragua”, Ley No. 406, de 13 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_ nic-int-text-cpp.pdf, consultado el 14/5/2020, a las 23.20.

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, “Nuevo Código Procesal Penal, Decreto No.9-99-E”, de 19 de diciembre de 1999, veinte de febrero del año 2002 (Artículo 447). Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf>, consultado el 14/5/2020, a las 21.25.

⁵³ Código Procesal Penal, promulgado el 19 de julio de 2002, Santo Domingo, República Dominicana. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_cod_pro_pen.pdf, consultado el 25/5/2020, a las 14.20.

⁵⁴ Decreto Legislativo No. 957, Código Procesal Penal de la República del Perú, Promulgado el 22 de julio de 2004. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_procesal.pdf, consultado el 24/5/2020, a las 19.30.

⁵⁵ RED HEMISFÉRICA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PARA LA ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL Y EXTRADICIÓN, “Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia”, Ley No. 96 de 31 de agosto de 2004. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_ col-int-text-cpp-2005.html, consultada el 28/5/2020, a las 17.15.

⁵⁶ CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, “Código Nacional de Procedimientos Penales”, *cit.*

⁵⁷ DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, “Código Procesal Penal de la Nación”, n. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, *cit.*

⁵⁸ SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, “Ley N.º 19.293, Código del Proceso Penal”, Publicada D.O. 09 ene/2015, N.º 29127, vigente desde el 1º de noviembre de 2017. Disponible en:

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), publicó en 2007 un informe de su Proyecto “Seguimiento de las Reformas Procesales Penales en América Latina”⁵⁹, destinado a producir información sobre los procesos de implementación de las mencionadas reformas en la región latinoamericana, en el que se precisan sus principales logros y dificultades y se considera que las dificultades indicadas parecen ser expresivas de una cierta dificultad estructural de nuestros sistemas judiciales en términos de la promoción de la innovación en su interior. En los casos reportados no existen organismos que cumplan de manera sistemática la tarea de monitorear el funcionamiento del sistema y promover mejoras.

Las reformas tienen muchas características en común, incluyendo la introducción de juicios orales y públicos; la introducción y/o el fortalecimiento del ministerio público; y la decisión de separar las funciones de investigar de la de juzgar. Otros cambios incluyen dar más derechos a los imputados frente a la policía y durante la investigación preliminar; introducir el principio de discreción fiscal; permitir mecanismos de negociación y resolución alternativa de conflictos; y expandir el rol y la protección de la víctima en el proceso penal⁶⁰.

4.- LA PRISIÓN PREVENTIVA

La libertad personal no es un derecho absoluto, como ningún otro derecho fundamental puede considerarse ilimitado en su ejercicio. La detención es una de las manifestaciones más claras de la limitación a la libertad personal previstas en los ordenamientos jurídicos, de ahí la necesidad de prestar atención a los posibles puntos vulnerables que sobre ella puedan recaer y que deben ser previstos por la legislación para evitar comprometer la legalidad de proceso. El primer supuesto material de la detención es la sospecha muy fundada o alto grado de probabilidad de que el imputado haya cometido el delito, de ahí que se requieran pruebas suficientes. El segundo supuesto va por la obligada fundamentación de la detención en hechos y en derechos que demuestren la existencia de la conducta y la posible responsabilidad sobre quien recae la detención. El tercer elemento va sobre la pena probable, y el cuarto lo sitúa en el peligro procesal consistente en la previsibilidad de que el imputado por sus antecedentes y otras circunstancias, rehuya el juzgamiento o perturbe la actividad probatoria. Por su parte, el quinto elemento se refiere a la temporalidad de la restricción a la libertad⁶¹.

La prisión preventiva es sin duda la más grave y polémica de las resoluciones que el órgano jurisdiccional puede adoptar en el transcurso del proceso penal. Mediante su adopción se

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/105270/128708/F-1693852474/LEY%2019293%20URUGUAY.pdf>, consultado el 12/8/2020, a las 21.34.

⁵⁹ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, IV etapa, 2007, Diseño e impresión: Alfabeta Artes Gráficas, Santiago de Chile, 2007, pp. 15-21.

⁶⁰ LANGER, Máximo, *op. cit.*; pp. 17- 18.

⁶¹ GOITE PIERRE, Mayda, “El habeas corpus en la Constitución Cubana”, en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Directores: Dr. Francisco Lledó Yagüe, Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar y Dr. Juan Mendoza Díaz, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, Edición Impresa por Ediciones ONBC, pp. 228-229.

priva al imputado de su derecho fundamental a la libertad, en un prematuro estadio procesal en el que, por no haber sido todavía condenado, se presume su inocencia⁶².

MORILLAS CUEVA⁶³, precisa que si se estima la prisión preventiva como medida cautelar, que es la naturaleza más apropiada, o se considera como pena anticipada o medida de seguridad, ambas de difícil encaje en la estructura normativa actual, lo que se muestra con nitidez es que se manifiesta como la medida privativa de libertad más importante y gravosa desde el momento en que incide sobre un ciudadano al que simplemente se le presume su culpabilidad como oposición a su presunción de inocencia, sin que todavía haya sido declarado responsable de un delito por sentencia firme.

ERBETTA⁶⁴, al analizar el tema de la compensación, en estos casos, critica que si la prisión preventiva funciona como pena anticipada, cuando el procesado es luego condenado o peor aún como medida de seguridad pre delictual cuando el encerrado es luego sobreseído o absuelto y para colmo en este caso ni siquiera tiene derecho a ser compensado. Resulta paradójico que mientras los códigos penales regulan expresamente la compensación de la prisión preventiva en caso de pena impuesta a un culpable por sentencia condenatoria firme, ninguna previsión considere el caso de quién habiendo sufrido prisión preventiva es confirmado como inocente.

Si se admite el uso de la prisión preventiva para obtener fines distintos a los estrictamente cautelares, como los que se asientan en razones de Derecho penal sustantivo u otros que versen sobre el fondo del hecho investigado, se pervierte su finalidad y naturaleza, por lo que en un Estado democrático de Derecho, no se justifica que sea utilizada para satisfacer demandas sociales de seguridad, mitigar la alarma social, evitar la reiteración delictiva, anticipar los fines de la pena o impulsar el desarrollo de la instrucción. Cualquier función que no sea estrictamente procesal-cautelar es ilegítima⁶⁵.

En América Latina, el proceso de la reforma a la justicia penal estuvo originalmente muy vinculado con el proceso de transición a la democracia, que de manera muy generalizada se dio en nuestra región. En ese contexto, el respeto por los derechos humanos de las personas sometidas al sistema fue probablemente el tema central de las primeras reformas. A su vez, el uso generalizado de la prisión preventiva y su carácter ilimitado en el tiempo fue,

⁶² DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 99. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2008_04.pdf, consultado el 4/5/2020, a las 22.15.

⁶³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "Reflexiones sobre la prisión preventiva", *Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, Vol. 34, Nº 1, 2016, Murcia, 2016, p. 18. Disponible en: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/48564/1/REFLEXIONES%20SOBRE%20LA%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf>, consultada el 15/8/2020, a las 22.15.

⁶⁴ ERBETTA, Daniel, "Prisión y responsabilidad judicial en la pandemia", en *MORIR DE CÁRCEL*, Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo, Coordinador: Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2020, p. 40.

⁶⁵ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, *op. cit.*, p. 99.

probablemente, la principal crítica que se dirigió a los sistemas inquisitivos y una de las razones más poderosas para el cambio⁶⁶.

4.1.- La prisión preventiva y los presos sin condena

Un análisis de la prisión preventiva en América Latina necesariamente debemos vincularlo con el escenario existente en las cárceles donde deben permanecer las personas a las que se le aplica esta medida cautelar y al respecto el Dr. Elías CARRANZA⁶⁷, desde el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), reflexiona que como caracterización general, con diferencias entre países, los sistemas penitenciarios de la región tienen desde hace muchos años graves deficiencias, hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.

Un alto porcentaje al momento de la condena son puestas de inmediato en libertad pues han permanecido en prisión preventiva tanto o más tiempo que el que les corresponde por la sentencia. Se invierten entonces las etapas del proceso, ya que durante la instrucción y el período de presunción de inocencia son encarceladas, y al momento de ser condenadas a prisión son puestas en libertad⁶⁸.

El expansionismo acelerado e irracional del Derecho penal y las largas condenas de prisión, no siempre por violaciones demasiado graves de las normas de convivencia, sin que el hacinamiento carcelario parezca importarles demasiado a los que diseñan y aplican la política criminal, especialmente en América Latina, le dan toda la razón a GALEANO, cuando en una conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996, al referirse a la situación de los presos en América Latina expresó que "...las dictaduras militares ya no están, pero las frágiles democracias latinoamericanas tienen cárceles hinchadas de presos. Los presos son pobres, como es natural, porque solo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimientos. Cárceles inmundas, presos como sardinas en lata, en su gran mayoría presos sin condena. Muchos, sin proceso siquiera, están ahí no se sabe por qué. Si se compara, el infierno de Dante parece cosa de Disney. Continuamente estallan motines en estas cárceles que hierven. Entonces las fuerzas del orden cocinan a tiros a los desordenados y de paso matan a

⁶⁶ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), abril de 2009, p. 9. Disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/3325-prision-preventiva-y-reforma-procesal-penal-en-america-latina-evaluacion-y-perspectiva, consultada el 2/6/2020, a las 13.40.

⁶⁷ CARRANZA, Elías, "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?", *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile, pp. 31-32. Disponible en: <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>, consultado el 28/4/2020, a las 13.00.

⁶⁸ *Ídem*, p. 38.

todos los que pueden, con lo que se alivia la presión de la superpoblación carcelaria hasta el próximo motín”⁶⁹.

Entre 1978 y 1982, el porcentaje promedio de personas presas sin condena en los países de América Latina, como se muestra en la tabla que se muestra a continuación, era de un 94% en Paraguay, 90% en Bolivia, 83% en El Salvador, 80% en República Dominicana, 77% en Uruguay, 74% en Colombia, Venezuela y México y 71% en Perú, por solo señalar los más significativos; mientras que en 2011 y en los años posteriores, varios países de la región, disminuyeron las cifras de presos en prisión preventiva, poniendo en evidencia el impacto de la reforma aunque sin lograr el éxito esperado.

Presos sin condena en América Latina, entre 1978 y 2020: (por ciento de las personas privadas de libertad, que se encontraban en prisión preventiva):

País	Reforma	Vigencia	1978-1982	1999	2000-2002	2005-2006	2011	2012*	Año**	%	Año***	%	> o <
Argentina	2014	2019	51	55	59	58	53* 2010	50,9* 2014	2016	48	2018	45,9	<
Bolivia	1999	2000	90	36	56	73	84	84	2018	70	2018	69,9	<
Brasil (1)	-	-	-	36	34	28	44	37,6	2019	34	2019	32,8	<
Chile	2000	2000	52	51	40	28	20	20,4	2018	33	2019	33,5	>
Colombia	2004	2005	74	42	41	65	28	30,35	2019	32	2020	31,1	>
Costa Rica	1996	1998	47	18	24	20	23	25	2016	13	2016	13,3	<
Ecuador	2000	2001	64	68	70	56	45	49,1 ****	2018	35	2020	37	<
El Salvador	1996	1998	83	76	50	31	29	24 (2013)	2019	31	2019	26,6	>
Guatemala	1992	1994	54	61	58	41	53	50,3	2018	52	2020	46,5	>
Haití	-	-	-	-	-	85**** (2007)	-	89,2 ****	2018	67	2019	75	>
Honduras	1999	2002	58	88	79	64	51	48,9	2017	53	2017	53,1	>
País	Reforma	Vigencia	1978-1982	1999	2000-2002	2005-2006	2011	2012*	Año**	%	Año***	%	> o <

⁶⁹ GALEANO, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, diciembre de 1997, Año 12, No. 14, San José de costa Rica, 2008, pp. 3-7.

México	2014	2016	74	42	42	59	43	39,6 ***** 2016	2018	39	2018	39,2	<
Nicaragua	2001	2002	-	31	-	15	24	12,3	2016	21	2016	21,4	<
Panamá	2008	2009	67	57	58	60	70	65	2018	47	2020	40,7	<
Paraguay	1998	1999- 2003	94	93	-	73	71	73,1	2015	78	2019	77,3	>
Perú	2004	2006	71	63	67	70	-	58,8	2018	39	2019	39,4	<
República Dominicana	2002	2004	80	90	-	56	64	60,2 ***** 2016	2018	60	2019	60	<
Uruguay	2014	2017	77	77	72	94	66	65	2017	70	2020	22,3	<
Venezuela	2012	2013	74	59	-	54	-	52	2017	63	2017	63	>
América A. Latina*****	-	-	-	-	-	-	-	-	2018	42	-	-	-

>o < - Aumenta o disminuye con respecto a 2011.

Fuente: Elaboración propia con información contenida en⁷⁰

⁷⁰ Datos de 1978-2011: CARRANZA, Elías, "Situación penitenciaria en América Latina... *op. cit.*; p. 43.

* Datos de 2012: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas", OEA/Ser., L/V/II, Doc., 46/1330, Washington, D.C., diciembre de 2013, pp. 20-24. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>, consultado el 23/7/2020, a las 13.52. Argentina: p. 24, párrafo: 54.

** - Datos 2016 – 2019: GARCÍA CASTRO, Teresa, "Prisión preventiva en América Latina: el impacto desproporcionado en mujeres privadas de libertad por delitos de drogas", en *De Justicia, Derecho, Justicia y Sociedad*, Informe de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Bogotá, Colombia, junio de 2019, p. 131. Disponible en: http://fileserv.idpc.net/library/Prision-Preventiva-en-America-Latina_Junio-2019.pdf, consultado el 23/7/2020, a las 14.28 y COIMBRA, Luiz Octavio y BRIONES, Álvaro, "Crimen y castigo. Una reflexión desde América Latina", *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad N.º 24, junio-noviembre 2019*, RELASEDOR y FLACSO, Sede Ecuador, p. 34. Disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/download/3779/2622/>, consultada el 23/7/2020, a las 15.23. Los autores de ambos artículos utilizan como fuente los datos de los Gobiernos y órganos carcelarios de los países, disponibles en el sitio web del *World Prison Brief* del *Institute for Criminal Policy Research (ICPR)*, *Birkbeck College, University of London*.

*** – Datos 2019-2020: *INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (ICPR) AT BIRKBECK, UNIVERSITY OF LONDON*, "World Prison Brief", *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, Londres, febrero de 2020, pp. 6-8. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_pre-trial_list_4th_edn_final.pdf, consultada el 23/7/2020, a las 16.08.

**** - Ecuador y Haití: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva... *op. cit.*; p. 29, párrafo 65 (Ecuador) y 67 (Haití), p. 14, párrafo 40 (Haití).

***** *INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (ICPR) AT BIRKBECK, UNIVERSITY OF LONDON*, "World Prison Brief", *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, Londres, noviembre de 2016, p. 5. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wprtil_3rd_edition.pdf, consultada el 23/7/2020, a las 17.33. La tercera edición de la Lista mundial de prisión preventiva muestra el número de presos preventivos recluidos en instituciones penales en 216 sistemas penitenciarios de países independientes y territorios dependientes. La Lista también muestra el porcentaje de presos preventivos dentro de cada población penitenciaria nacional y el número de presos preventivos por cada 100.000 de la población nacional (la tasa de población de prisión preventiva). La información es la disponible a finales de noviembre de 2016.

***** COIMBRA, Luiz Octavio y BRIONES, Álvaro, *op. cit.*; p. 34.

En los últimos años, como se aprecia en la tabla anterior, existen avances en países como Costa Rica, que reporta un 13,3% de presos sin condena, Nicaragua, con 21,4, Uruguay, 22,3, El Salvador, 26,6, Colombia 31,1, Brasil 32,8, Chile, 33,5, Ecuador, 37, México 39,2 y Perú, 39,4; mientras que en otros países las cifras continúan siendo muy altas, Paraguay, 77,3, Haití, 65, Bolivia, 69,9, Venezuela 63, República Dominicana, 60 y Honduras 53,1. Entre los 19 países analizados el índice, en 2018, fue del 42⁷¹.

Al concluir la segunda década del siglo XXI, se considera que estamos ante avances muy discretos y también de algunos retrocesos, en el propósito de disminuir las cifras de presos sin condena en la región, por lo que se necesita de nuevas iniciativas, que puedan contribuir al logro de mayores índices de aplicación de alternativas a la prisión provisional y a disminuir, en la medida de lo posible, los obstáculos que impiden su consideración por los jueces, a través de leyes especiales y de modificaciones a las leyes de procedimiento penal, que como se analizará *infra*, están provocando un retorno a los métodos inquisitivos del pasado.

4.2.- Los requisitos de la prisión preventiva

Cuando nos referimos a que la prisión preventiva debe estar regida por una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena⁷².

El dilema fundamental del régimen cautelar estriba en que se adoptarán medidas restrictivas de derechos que no se apoyan en un título, piedra angular de cualquier tipo de ejecución forzada. Por esta razón se hace necesaria la definición de unos mínimos que deben darse para que se justifique la intervención coactiva del tribunal. A estos mínimos la doctrina los denomina “presupuestos de las medidas cautelares” y son universalmente conocidos por sus términos latinos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*⁷³.

MENDOZA DÍAZ y GOITE PIERRE, resumen el contenido esencial de los dos requisitos exigidos por la doctrina mayoritaria, para la imposición de una medida cautelar, el *fumus boni iuris*, que es la existencia de elementos de culpabilidad que hagan presumir que la persona sobre la cual recaerá la medida es el autor del delito, o sea, que exista una sospecha fundada de la participación del imputado en el hecho punible y por su parte el *periculum in mora*, que es la posibilidad real de que el imputado podrá evadir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. Cualquier otra circunstancia que se quiera introducir, como el peligro de reiteración, la gravedad del delito u otra, se apartan del espíritu de lo cautelar y contraviene el principio de legalidad en ese ámbito⁷⁴.

⁷¹ COIMBRA, Luiz Octavio y BRIONES, Álvaro, *op. cit.*; p. 34.

⁷² Vid, DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁷³ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en el modelo constitucional...”, *op. cit.*; p. 169.

⁷⁴ MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, “El debido proceso penal...”, *op. cit.*; p. 188.

Respondiendo a las categorías tradicionales del Derecho procesal, precisa DUCE⁷⁵, los sistemas reformados, en el marco de la reforma procesal penal en América Latina, exigen para la imposición de la prisión preventiva el supuesto material o *fumus bonis iure* (aparición de buen derecho). Es decir, exigían que primero se entregara un mínimo de antecedentes respecto de la existencia de un delito y la participación del imputado en él. La idea que se encuentra detrás de este requisito es consistente con el objetivo de cautelar la realización del juicio. Antes de decidir si de alguna forma se limitarán los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable y/o probable de que el proceso penal se realizará y sólo en ese supuesto hay una expectativa a proteger.

MAIER refiriéndose al *periculum in mora*, considera que el peligro de fuga supone, en términos positivos, el aseguramiento de la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal⁷⁶, mientras que ASENCIO MELLADO, señala que el presupuesto de impedimento de fuga se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso, fundamentalmente en el juicio oral y el sometimiento del inculcado a la ejecución de la presumible pena a imponer⁷⁷.

Para PÉREZ LÓPEZ, la principal condicionante de la viabilidad de un proceso la conforma normalmente la garantía de comparecencia del imputado, pues su fuga o falta de comparecencia impediría la realización del juicio y contribuiría además a elevar la presión hacia el uso de la prisión preventiva como anticipación de la pena. Es por esta razón que desde la primera comparecencia los jueces deben, a petición de los fiscales, prestar mucha atención al modo de como garantizarán la comparecencia futura del imputado⁷⁸.

En consideración de DUCE, en la causal de peligro de fuga, el objetivo a proteger es la expectativa, por parte del sistema procesal, de juzgar al imputado. En caso de fuga, el proceso penal sólo podría continuar hasta el juicio oral. Incluso en aquellos países en donde puede juzgarse en rebeldía, la sentencia no podrá ser ejecutada. En el caso del peligro para la investigación o su obstaculización, la idea es similar. El proceso penal peligra porque la investigación de los hechos se verá alterada por acciones del imputado que mermarán su efectividad y por ende las expectativas de la sociedad de lograr hacerlo responsable se verán afectadas⁷⁹.

Con acierto ROXIN considera que el peligro de fuga no puede ser apreciado esquemáticamente, según criterios abstractos, sino con arreglo al claro texto de la ley, sólo debido a las circunstancias del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada, según el caso, no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que deben ser considerados también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así

⁷⁵ DUCE, Mauricio, "Capítulo I: Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados", en *Prisión preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile, 2013, pp. 26-27.

⁷⁶ Vid, MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal argentino*, Vol. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 279.

⁷⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 104.

⁷⁸ PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva", *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 11, Nº. 36, 2014; Lima, Perú, p. 9. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5472565.pdf>, consultado el 23/7/2020, a las 14.24.

⁷⁹ DUCE, Mauricio, "Capítulo I: Visión panorámica... op. cit; p. 28.

como su personalidad y su situación particular; asimismo, el hecho de que el imputado tenga un domicilio fijo no es suficiente, de ningún modo, para negar el peligro de fuga⁸⁰.

Constituye también un requerimiento importante de la imposición o no, de la prisión preventiva, su carácter excepcional, refrendada por los principales Instrumentos jurídicos internacionales, en los que se aprecia una tendencia a comprometer a los Estados Parte, a regular en su derecho interno, la aplicación de la prisión provisional, con carácter excepcional y por causales bien definidas, como regula el apartado 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al definir qué: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”⁸¹, mientras que en el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), se precisa que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho, dentro de un plazo razonable o a ser juzgada o puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”⁸².

Muy precisa y con mayor objetividad, nos parece la redacción de la regla número 6, inciso 1, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que establecen que: “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima”⁸³.

Hoy por hoy, a casi tres décadas de iniciadas las reformas penales y procesales en América Latina, la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional continúa generando fuertes tensiones, que han dado cabida a la discusión en torno a una aparente incompatibilidad entre la aplicación de los principios del Estado democrático y constitucional de Derecho, tales como la presunción de inocencia, plazo razonable del juicio, privación de la libertad como última *ratio* del sistema penal, y la necesidad de contar con políticas eficaces de seguridad ciudadana y sanción del delito⁸⁴.

⁸⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 260.

⁸¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 1966, en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, 1999, p. 82-83.

⁸² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, 1999, Artículo 7, inciso 5, pp. 41-42.

⁸³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, p. 2. Disponible en:

http://www2.ohchr.org/spanish/law/reglas_tokio.htm, consultadas el 24/4/2020, a las 19.40.

⁸⁴ SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, Presentación del Libro: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso. DLPF. 2013. Washington, D.C. 20036, p. 1.

Más que una antesala de la condena, estamos ante el anuncio de que la pena aplicable será privativa de libertad, en una época en la que como ha expresado MORILLAS CUEVA⁸⁵, la pena, y dentro de ella la de prisión, ha sido y es el instrumento más demandado dentro del sistema penal, y uno de los más visibles del ordenamiento jurídico en general, y, a la vez, el más utilizado por una sociedad donde parece crecer la sensación de peligro, en bastantes ocasiones de manera no constatada, hasta convertirse en una hipotética sociedad de riesgo⁸⁶ en la que se dan impulsivas reacciones a convicciones allanadas por influencias mediáticas y por determinadas ideologías que conducen al incremento de la alarma social y la permanente exigencia de un endurecimiento de los medios de reacción penal.

4.3.- Las denominadas contrarreformas en relación con la prisión preventiva y la prohibición de aplicar en determinados casos medidas alternativas

La entrada en vigor de los diversos códigos procesales reformados en América Latina se produjo en un ambiente en el que existían altas expectativas respecto de su funcionamiento. Dentro de los elementos que permitieron generar consenso político por el cambio, no sólo estuvo presente la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, sino también de producir una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema. A su vez, esto generó expectativas de los ciudadanos con respecto a sus resultados. En relación con esto, es necesario indicar que desde finales de los años ochenta del siglo pasado, la región se ha visto afectada por las percepciones generalizadas de que las tasas de criminalidad han sufrido un aumento sostenido en el tiempo y de que el sistema de justicia criminal no ha entregado respuestas apropiadas⁸⁷.

En criterio de Alberto BINDER⁸⁸, uno de los principales líderes de la reforma, al analizar las causas de los retrocesos valora que las organizaciones judiciales, en algún punto principales responsables de la puesta en marcha, carecían de las herramientas para gestionar ese cambio y no estaban acostumbradas a liderar procesos de ese tipo. En aquellos países donde los grupos reformistas o un grupo de personas en particular (o incluso una sola de ellas) lograba mantener un liderazgo activo, los problemas se podían encarar con mayor soltura, pese a la dificultad. En otros, donde ello no existía y, por tanto, se debían encargar las instituciones y autoridades formales, la tendencia a que el proceso de implementación se paralizara (aun en las etapas de diseño) mostró una nueva dificultad, que hasta el presente no se ha podido resolver.

Por otra parte, en la medida que los procesos se proyectaban por años o se lentificaban, en su ejecución comenzó a plantearse el problema de los retrocesos, la desaparición de la energía política o el cambio de rumbo de esa misma voluntad. La idea que el proceso de cambio

⁸⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, "La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. Universidad de Almería, España, 2014, pp. 9-10. Disponible en: https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investidura.pdf, consultado el 5/4/2020, a las 13.40.

⁸⁶ El término sociedad de riesgo, fue acuñado Ulrich Beck, sociólogo alemán, profesor de la Universidad de Munich. Vid, ESCOBAR, Modesto, Reseña del Libro: *Ulrich Bech, La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2002. Disponible en: http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_101_131166619689246.pdf, consultado el 21/8/2020, a las 19.42.

⁸⁷ DUCE, Mauricio, "Capítulo I: "Visión panorámica... op. cit; pp. 64-65.

⁸⁸ BINDER, Alberto M., "La reforma de la justicia penal... op. cit; pp. 70-71.

tenía que administrar avances y retrocesos en un contexto político cambiante constituye una novedad para la escasa capacidad y cultura de la planificación en el mundo de las reformas judiciales. Pese a que ello ha sido objeto de seminarios, talleres, estudios, etcétera, en el presente sigue siendo un problema difícil de manejar⁸⁹.

En este contexto, los sistemas procesales reformados se han visto sujetos a un escrutinio público intenso respecto de su capacidad para responder a la percepción generalizada del aumento de los delitos, tradicionalmente exigiendo al sistema una “mano dura” contra la delincuencia. Los medios de comunicación han reflejado y masificado esta percepción de que no sólo sigue aumentando la tasa de delitos, sino que los mismos sistemas reformados, cuya gran promesa era terminar con este problema, se han visto incapaces de lograrlo. Se suele argumentar que el aumento de los derechos de los imputados ha facilitado la comisión de delitos. A ello se suma el surgimiento del movimiento de víctimas, quienes han demandado una mayor protección por parte del sistema de justicia criminal, pero también una mayor intervención en éste⁹⁰.

A modo de ejemplos, se señalan algunas de las modificaciones legislativas, aprobadas con posterioridad a las reformas, que por lo general tienen el propósito de restringir las posibilidades de los jueces de aplicar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

En Honduras, se han realizado modificaciones al Título VI, Capítulo II, del Código Procesal Penal de 1999, vigente desde 2002⁹¹, sobre la prisión preventiva, tales como la precisión de los casos en que podrá ser sustituida por arresto domiciliario o internamiento en un centro médico (Decreto de fecha 20 de enero de 2005) y la disposición de que en ningún caso procederá la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en los delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas (reformado por Decreto de fecha 20 de enero de 2005) y la que restringe sustancialmente la facultad del juez de aplicar, en lugar de la prisión preventiva⁹², una (1) o más de las medidas comprendidas en los numerales 4), 5), 6), 7), 8), 9) y 10) del Artículo 173 del Código Procesal Penal, añadiéndole una larga lista de 21 delitos en los que no procede la imposición de medidas sustitutivas de la prisión preventiva, lo que constituye un retroceso significativo en la reforma procesal penal aprobada en 1999⁹³.

En Guatemala, de las diversas reformas que han afectado al Código Procesal Penal, el artículo 264 establece una prohibición general de sustituir la prisión preventiva respecto de juicios en contra de reincidentes o delincuentes habituales. Asimismo, establece prohibición de determinados tipos penales, en total 10 delitos respecto de los cuales no es posible revocar prisión preventiva y cambiarla por otra medida cautelar diferente⁹⁴.

⁸⁹ *Ídem*, p. 71.

⁹⁰ *Ídem*, pp. 65-66.

⁹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, “Nuevo Código Procesal Penal... *cit.*”

⁹² LA GACETA, “Decreto No. 56 de 2013”, publicado el 17 de mayo de 2013, Tegucigalpa, No. 33, 126, pp. 1-2. Disponible en:

[http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/diariooficiallagaceta/Documents/Decreto%2056%202013%20Reforma%20al%20Codigo%20Procesal%20Penal%20\(Medidas%20sustitutivas\).pdf](http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/diariooficiallagaceta/Documents/Decreto%2056%202013%20Reforma%20al%20Codigo%20Procesal%20Penal%20(Medidas%20sustitutivas).pdf), consultado el 21/7/2020, a las 15.56.

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS, “Nuevo Código Procesal Penal...”, *cit.*; p. 56, Artículo 84.

⁹⁴ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal*, *op. cit.*; p. 65. “No podrá concederse ninguna -de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación

En Colombia, los artículos N.º 310, 313 y 314 de la Ley Nro. 906, Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005⁹⁵, fueron modificados por la Ley N.º 1142, del año 2007⁹⁶, de forma significativa, con la precisión de que no procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los delitos de tráfico de migrantes, acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir, violencia intrafamiliar, hurto calificado, hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15), estafa agravada, uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal y otros nueve delitos previstos y sancionados por el Código Penal de la República de Colombia⁹⁷.

La Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-318 de 2008, declaró inconstitucional este párrafo, estableciendo que la determinación de la necesidad y gradualidad de la medida, en los eventos previstos en los numerales 2, 3, 4, y 5, exige valoraciones que entrañan la consideración de múltiples elementos empíricos y probatorios que por ende no pueden ser suministrados *a priori* por el legislador. Por lo tanto, las exigencias de igualdad material imponen que el examen sobre el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento, su necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad se efectúe en concreto. Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con estos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables⁹⁸. No obstante, la declaración de inconstitucionalidad es parcial porque la sentencia deja vigente la prohibición de sustitución respecto del numeral 1, del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007⁹⁹.

En el caso de El Salvador el artículo 294 ha sido modificado en al menos 4 ocasiones, en el año 1999, en el 2001, en el 2004 y finalmente en el 2007. En este se incorporaron a la prohibición de sustituir la prisión preventiva los delitos regulados en la ley de lavado de activos y delitos relacionados con drogas. Los delitos que no permiten la sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas han ido aumentando por medio de diversas modificaciones legales, son similares a los de Colombia, señalados *supra*, primordialmente delitos contra la vida

calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado, al reincidente de los delitos de portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas; tenencia o portación de arma de fuego con n número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM" (CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, "Decreto Número 6-2013", de 10 de septiembre de 2013, Reforma el Artículo 264 del Código Procesal Penal, Decreto Número 51-92, publicado en el Diario de Centroamérica de 13 de septiembre de 2013, p. 1. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10466.pdf>, consultado el 23/8/2020, a las 14.54)

⁹⁵ RED HEMISFÉRICA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PARA LA ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL Y EXTRADICIÓN, "Código de Procedimiento Penal de la República de Colombia" ..., *cit.*

⁹⁶ SISTEMA ÚNICO DE INFORMACIÓN NORMATIVA, Ley 1142 de junio de 2007, DIARIO OFICIAL, AÑO CXLIII, N. 46673., 28, JUNIO, 2007, p. 6. Artículos 25 y 26. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1674732>, consultado el 21/8/2020, a las 18.31.

⁹⁷ CONGRESO DE COLOMBIA, "Código Penal, Ley 599 de 24 de julio de 2000", Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf, consultado el 6/8/2020, a las 17.32.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, "Sentencia C-318 de 2008", párrafo 6.5.5. Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-318-08.htm>, consultad el 2/8/2020, a las 13.54.

⁹⁹ *Ídem.*

e integridad, probidad de funcionarios públicos y delitos contra la propiedad en sus versiones violentas; en total el artículo 294 prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en 13 tipos penales¹⁰⁰.

En Paraguay, la Ley N.º 2493 de 2004¹⁰¹, modificó el artículo N.º 245 del Código Procesal Penal¹⁰², y estableció que no eran procedentes las medidas alternativas a la prisión preventiva “cuando el hecho sea tipificado como crimen que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa”, así como cuando el imputado se encuentre en la hipótesis del artículo 75 N.º 3 del Código Penal¹⁰³, esto es cuando “atendiendo a su personalidad y a las circunstancias del hecho, manifieste una tendencia a realizar hechos punibles de importancia, que conlleven para la víctima graves daños síquicos, físicos o económicos”.

Sobre el contenido de esta ley DUCE, llama la atención respecto a que la disposición es manifiesta en indicar que no sólo no puede sustituirse la prisión preventiva, sino que además debe necesariamente decretarse la medida cautelar respecto de los delitos antes mencionados. La fórmula utilizada por el legislador en esta norma es bastante amplia ya que no sólo limita su procedencia respecto del homicidio en sus diversas posibilidades, sino que también se refiere a conductas que hayan vulnerado la integridad de una persona por conductas dolosas¹⁰⁴.

En la República Oriental del Uruguay, donde se produjo la última de las reformas procesales penales latinoamericanas, con la aprobación de la Ley N.º 19.293, de 2014¹⁰⁵, vigente desde el 1º de febrero de 2017, muy pronto se aprobaron modificaciones a la nueva ley. Como se manifiesta en el Informe anual 2018, sobre los antecedentes y el marco normativo del nuevo Código del Proceso Penal, frente a los inconvenientes alegados sobre todo por el Poder Ejecutivo, el Nuevo CPP recibió diversas modificaciones a través de varias leyes, entre las que se destacan por su contenido, las N.º 19.436, 19.474, 19.510, 19.511, 19.544 y 19.549, que en muchos casos implicaron una marcha atrás en algunos de los pilares más importantes del sistema acusatorio¹⁰⁶.

La Ley N.º 19.653, de 17 de agosto de 2018¹⁰⁷, eliminó la referencia de la versión original del artículo 223 del CPP, a que la prisión preventiva en ningún caso sería preceptiva y a su vez, en la nueva redacción del artículo 224.2 del CPP, se prevé una presunción (simple o relativa) respecto del riesgo de fuga, el ocultamiento, el entorpecimiento de la investigación, el riesgo

¹⁰⁰ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal*, op. cit; p. 65.

¹⁰¹ CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, “Ley N.º 2493 de 29 de julio de 2004, p. 2. Disponible en: <http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/7423.pdf>, consultada el 6/8/2020, a las 14.41.

¹⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Código procesal penal de la República del Paraguay...”, cit.

¹⁰³ CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA, “Código Penal de Paraguay, Ley N.º. 1.160/97”, Asunción 26 de noviembre de 1997. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf, consultada el 9/8/2020, a las 13.11

¹⁰⁴ DUCE, Mauricio, “Capítulo I: “Visión panorámica... op. cit; p. 75.

¹⁰⁵ SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, “Ley N.º 19.293, Código del Proceso Penal” ..., cit.

¹⁰⁶ OBSERVATORIO JUSTICIA Y LEGISLACIÓN, “Informe anual 2018. Antecedentes y marco normativo del nuevo Código del Proceso Penal”, Universidad de la República Facultad de Derecho, Redactado por: Lucía Giudice, Florencio Macedo, Santiago Garderes y Gabriel Valentín, Montevideo, 2018, p. 14.

¹⁰⁷ SENADO Y CÁMARA DE REPRESENTANTES DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, “Ley N.º 19.653, de 17 de agosto de 2018”, Modificativa del Código Procesal Penal, Ley N.º 19.293, publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 2018, N.º 30014, p. 2, artículos 7 y 8. Disponible en:

<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/docu8938306420190.htm>, consultado el 19/8/2020, a las 21.32.

para la seguridad de la sociedad o para la víctima, cuando el imputado posea la calidad de reiterante o reincidente y el Ministerio Público imputare alguno de los delitos señalados expresamente en una lista de nueve delitos, más los previstos en las Leyes N.º 18.026, de 13 de septiembre de 2006, sobre los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, homicidio político, desaparición forzada de personas, tortura, privación grave de libertad y otros, N.º 14.294, de 23 de octubre de 1974, sobre los delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y la Ley N.º 19.574, de 20 de diciembre de 2017, sobre el lavado de activos.

La selección de tipos penales respecto de los que se ha prohibido la sustitución de la prisión preventiva se ha guiado por dos criterios. Por un lado, se refiere a tipos que tienen una alta penalidad, por ejemplo, si se revisan las legislaciones reseñadas encontramos que la prohibición incluye a delitos como homicidio, violación, entre otros. Por otro, se ha establecido la prohibición de figuras delictivas que no cuentan con una penalidad significativa, pero que sí son de ocurrencia común y por ende tienen alto impacto en la percepción de la población, como por ejemplo la receptación reiterada¹⁰⁸.

En cuanto al criterio de reincidencia, en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2013¹⁰⁹, se estima que el mismo pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector de su aplicación, por ejemplo, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configura el riesgo procesal, ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. Además, en ningún caso podrá considerarse la reincidencia en función de registros policiales u otra base documental distinta de sentencias ejecutoriadas emitidas por los tribunales competentes.

Finalmente se destaca el hecho de que en la mayoría de los Códigos analizados, el legislador no incluyó entre los requisitos de la prisión preventiva su carácter excepcional, lo que nos indica que el propósito de la Comunidad internacional, enunciado en la Reglas de Tokio, desde la última década del pasado siglo, como apuntamos *supra*, de que en el procedimiento penal sólo se recurra a la prisión preventiva como último recurso, no ha logrado su inclusión en las legislaciones nacionales de nuestros países, por la influencia de otros factores como el incremento de la violencia, la inseguridad ciudadana, el auge del crimen organizado y la tendencia existente al expansionismo irracional del Derecho penal. Tal parece que, sobre todo en las denominadas contrarreformas, lo verdaderamente excepcional son las medidas alternativas a la prisión provisional.

5.- A MODO DE CONCLUSIONES

1.- En la era de la globalización, al aumentar la brecha entre ricos y pobres se incrementa la conflictividad social, disminuyen las posibilidades de empleo y en general de la satisfacción de las necesidades en los habitantes de los territorios menos favorecidos por el desarrollo económico, generando un incremento significativo de los niveles de violencia e inseguridad ciudadana, que es necesario enfrentar, aplicando medidas preventivas, desde el Estado, con la participación de la sociedad civil y otros factores sociales, priorizando las de inclusión social de

¹⁰⁸ RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal*, op. cit; p. 65.

¹⁰⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Informe sobre el uso de la prisión preventiva...", op. cit; párrafo 167, p. 55.

los excluidos de siempre y de los que se les han ido incorporando como resultado de las frecuentes crisis económicas.

2.- La política de mano dura contra la delincuencia, no es la vía idónea para enfrentar la violencia y la inseguridad ciudadana, a partir del hecho de que las mismas se han caracterizado por la creación constante de nuevas figuras delictivas, la promulgación de leyes especiales y sobre todo, por la disminución de los índices de aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva, que lejos de disminuir los niveles de la delincuencia, lo que han logrado es incrementar significativamente su grado de violencia y agresividad.

3.- La reforma procesal penal, para instituir el debido proceso no siempre estuvo motivada por la toma de conciencia por parte de los gobiernos nacionales de la necesidad de modernizar los procesos penales y de llevar a cabo un cambio real en la práctica procesal, sino que, en muchos casos, el verdadero motivo fue evitar conflictos con los estándares legales internacionales.

4.- La situación de las personas privadas de libertad que se encuentran teóricamente amparadas por el principio de inocencia, los denominados presos sin condena, constituye una asignatura pendiente en la mayoría de los países de América Latina, ya que no obstante las reformas procesales, por lo general suelen permanecer en prisión durante muchos años y en muchos casos, luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan sobreesídas o absueltas.

5.- En la realidad de muchos países Latinoamericanos, en la segunda década del siglo XXI, se mantiene la situación denunciada por el profesor de ZAFFARONI, que el auto de prisión preventiva es en realidad la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumple el papel de un recurso de revisión.

6.-BIBLIOGRAFÍA

A.- Obras Generales:

1. BINDER, Alberto M., "La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo", en *La Reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Coordinadora: Carolina VILLADIEGO BURBANO, Programa de Cooperación en Seguridad Regional, Bogotá, 2016, pp. 54-103.
2. CARRANZA, Elías, Luis Paulino, MORA, Mario HUED, y Eugenio Raúl, ZAFFARONI, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1988.
3. DAMASKA, Mirjan, "Aspectos globales de la Reforma del Proceso Penal", p. 12-21.
4. DE LA JARA, Ernesto, *et al*, "La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?", Primera edición, Instituto de Defensa Legal, Lima, septiembre 2013, pp. 7-13.
5. DUCE, Mauricio, Claudio, FUENTES y Cristián, RIEGO, "La Reforma Procesal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva", en *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), abril de 2009, p. 13-72.

6. DUCE, Mauricio, "Capítulo I: Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados", en *Prisión preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile, 2013, pp. 13-92.
7. ERBETTA, Daniel, "Prisión y responsabilidad judicial en la pandemia", en *MORIR DE CÁRCEL, Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*, Coordinador: Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, Buenos Aires, 2020, pp. 36-46.
8. FÖHRIG, Albet y Diego GORGAL, "Introducción. Seguridad Ciudadana, Estado y Sociedad", en *Seguridad Ciudadana. Lecturas fundamentales*, Serie Estado, Gestión Pública y Desarrollo en América Latina, Editor: CAF, Caracas, 2019.
9. GOITE PIERRE, Mayda, "El habeas corpus en la Constitución Cubana", en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Directores: Dr. Francisco Lledó Yagüe, Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar y Dr. Juan Mendoza Díaz, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, Edición Impresa por Ediciones ONBC, pp. 227-242.
10. GARCÍA CASTRO, Teresa, "Prisión preventiva en América Latina: el impacto desproporcionado en mujeres privadas de libertad por delitos de drogas", en *De Justicia, Derecho, Justicia y Sociedad*, Informe de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Bogotá, Colombia, junio de 2019, p. 1-21.
11. GOITE PIERRE, Mayda y Arnel, MEDINA CUENCA, "La inseguridad ciudadana y los excesos en la utilización del poder punitivo", en *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos*, en homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva, Coordinador: José María Suarez López Jesús Barquín Sanz Ignacio F. Benítez Ortúzar María José Jiménez Díaz José Eduardo Sainz Cantero Caparrós (Directores), Volumen II, DYKINSON, Madrid, 2018, pp. 2057-2086.
12. ____ "La prisión preventiva en América Latina, en la era de la globalización y del expansionismo penal", en *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, Directores: AROCENA, Gustavo A. y SERGIO J. CUAREZMA TERÁN, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, Managua, 2016, p. 191-230.
13. LANGER, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*, Centro de Estudios de Justicia, 2007.
14. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *LA REFORMA PROCESAL PENAL (un análisis comparativo latinoamericano-alemán)*, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José de Costa Rica, agosto de 1993.
15. MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal argentino, Vol. 2*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
16. ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 104.
17. MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, "El debido proceso penal el Cuba", en *Garantías de los derechos en el nuevo panorama constitucional cubano*. Directores: Dr. Francisco Lledó Yagüe, Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar y Dr. Juan Mendoza Díaz, Dykinson, S.L., Madrid y La Habana, 2020, Edición Impresa por Ediciones ONBC, p. 181-202.

18. MENDOZA DÍAZ, Juan y Laura, GONZÁLEZ CHAU, “La audiencia preliminar, una efectiva contribución al principio acusatorio en el proceso penal”, en *Perspectiva del sistema penal acusatorio en Europa y Latinoamérica*, Coordinadores: Gonzalo ARMIENTA HERNÁNDEZ y Mayda GOITE PIERRE, Editorial Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 2012, p. 109-126.
19. ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. de la 25va. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.
20. RIEGO, Cristián y Mauricio, DUCE, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA), abril de 2009.
21. SALAZAR, Katya y ARTEAGA, Leonor, Presentación del Libro: *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Fundación para el debido proceso. DLPF. 2013. Washington, D.C. 20036.
22. ZAVALA BETANCOURT, José Alfredo, “Introducción”, en *La inseguridad y la seguridad ciudadana en América Latina*, Primera edición, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2012.

B.- Publicaciones periódicas:

1. AMBOS, Kai, “Breves comentarios sobre la reforma judicial en América Latina”, *Revista Política Criminal, Volumen 1, Número 2, diciembre de 2006*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, pp. 1-8.
2. ARZUAGA, Rafael e Ismael FRANCISCO, “Disminuye población penal en Cuba. El sistema penitenciario garantiza sus derechos a los reclusos. El bloqueo también afecta a la población penal”, *Cubadebate*, La Habana, 9 de abril de 2013.
3. BERGOGLIO, Mario José, “El Papa Francisco y el Derecho Penal”, Comunicación del Santo Padre a los participantes en el XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, Vaticano, 30 de mayo de 2014, Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014, p. 99-107.
4. ____ “Discurso del Santo Padre: *cautela in poenam et primatus principii pro homine*”, pronunciado el día 23 de octubre de 2014, *Cuadernos de Derecho Penal, Revista de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, No. 12, julio-diciembre de 2014*, p. 107-117.
5. CARRANZA, Elías, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?”, *Anuario de Derechos Humanos 2012*, Universidad de Chile, pp. 31-66.
6. COIMBRA, Luiz Octavio y BRIONES, Álvaro, “Crimen y castigo. Una reflexión desde América Latina”, *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad N.º 24, junio-noviembre 2019*, RELASEDOR y FLACSO, Sede Ecuador, p. 26-41.
7. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo, “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Penal, 2008*, Universidad de Freiburg, Alemania, p. 97-121.

8. EUROPA PRESS, “Cuba libera a 6.579 presos de las cárceles en medio de la pandemia de la Covid-19”, 1 de mayo de 2000.
9. GALEANO, Eduardo, “El sacrificio de la justicia en los altares del orden”, Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el día 21 de junio de 1996), *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, diciembre de 1997, Año 12, No. 14, San José de costa Rica, 2008, pp. 3-21.
10. GONZÁLEZ FUENTES, Yisel, “Ni brotes ni casos confirmados de la COVID-19 en centros penitenciarios cubanos”, Periódico Granma, 23 de abril de 2020, La Habana.
11. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, “Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia y Proporcionalidad en el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. N.º 1, 2009*, pp. 161-220.
12. MENDOZA DÍAZ, Juan y Mayda, GOITE PIERRE, “El debido proceso penal en el modelo constitucional cubano”, *Revista Universidad de La Habana, UH no. 289, enero-junio de 2020*, La Habana, abril de 2020, pp. 163-186.
13. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Revista Anales de Derecho, Universidad de Murcia, Vol. 34, Nº 1, 2016*, Murcia, 2016, p. 1-38.
14. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia. Universidad de Almería, España, 2014*, pp. 1-26.
15. PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Revista Derecho y Cambio Social, Año 11, N.º. 36, 2014*; Lima, Perú, pp. 1-37.
16. ROJAS ARAVENA, Francisco, “Globalización y violencia en América Latina. Debilidad estatal, inequidad y crimen organizado inhiben el desarrollo humano”, *Revista Pensamiento Iberoamericano No. 2, 2da. Época, 2008*, p. 3-36.

C.- Informes y Documentos de Organismos Internacionales y Regionales:

1. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, IV etapa, 2007, Diseño e impresión: Alfabetas Artes Gráficas, Santiago de Chile, 2007.
2. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas”, OEA/Ser., L/V/II, Doc., 46/1330, Washington, D.C., diciembre de 2013.
3. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013-2014.

D.- Otros Informes y Documentos:

1. INSTITUTE FOR CRIMINAL POLICY RESEARCH (ICPR) AT BIRKBECK, UNIVERSITY OF LONDON, “World Prison Brief”, *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*, Londres, febrero de 2020, pp. 1-16.
2. SEGURIDAD, JUSTICIA Y PAZ, Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal, A. C. “Listado de las 50 ciudades más violentas del mundo en 2019”.

E.- Instrumentos Jurídicos Internacionales:

1. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en *Instrumentos Generales de Derechos Humanos*, junio de 2005, San José de Costa Rica, 1999, pp. 73-102.
2. _____ “Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica”, 1969, pp. 33-72.
3. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)”, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

F.- Instrumentos Jurídicos Nacionales:

1. Gaceta Oficial No. 5, Extraordinaria de 10 de abril de 2019, “Constitución de la República de Cuba proclamada el 10 de abril de 2019”, La Habana, 2019.

7.- ANEXOS:

Anexo I:

EL UNIVERSAL, “El Salvador, la crisis de violencia que está detrás de las polémicas fotos”, Ciudad de México, 29 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/mundo/el-salvador-la-crisis-de-violencia-que-esta-detras-de-las-polemicas-fotos>, consultado el 15/8/2020, a las 15.35.



Anexo II:

GONZÁLEZ DÍAZ, Marcos, **Bukele contra las maras: las impactantes imágenes con las que El Salvador anunció que juntó a presos de diferentes pandillas en las celdas para combatir la violencia (y qué riesgos conlleva)**, Corresponsal de BBC News Mundo en México y Centroamérica 28 abril 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52450557>, vista el 15/8/2020, a las 22.15.

