


Prisión preventiva desde el control de convencionalidad de la corte interamericana de derechos humanos

Preventive detention from the control of conventionality of the Inter-American Court of Human Rights

Richard Ordoñez López¹ 

Juzgado Octavo Penal Municipal de Bucaramanga – Colombia

ACCESO  ABIERTO

Para citaciones: Ordoñez López, R. (2021). Prisión preventiva desde el control de convencionalidad de la corte interamericana de derechos humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 13(25), 50-
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.13-num.25-2021-3613>

Recibido: 03 de octubre de 2020

Aprobado: 10 de diciembre de 2020

Editor: Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2021. Ordoñez López, R. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

La presente reflexión bibliográfica está fundamentada en el objetivo de mostrar, desde la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la temática concerniente a la prisión preventiva, se aborda desde el sistema ideológico liberal hasta el contraste latinoamericano, en efecto de permeabilidad de estos sistemas penales Europeos hacia sus colonias en América. Seguidamente, se hace un análisis de la prisión preventiva desde la perspectiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que un diagnóstico sobre el uso abusivo de la prisión preventiva en el Centro y Sur América, finalizando en las recomendaciones para prevenir el uso indiscriminado de esta práctica mencionada. Así mismo, el presente estudio concluye de manera general que las preocupaciones referente al objeto de investigación; son justificadas y legítimas por lo que las alertas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al advertir el uso desproporcionado de la prisión preventiva en los Estados partes de la OEA, qué al analizarse no deja de evidenciar que su empleo abusivo desconoce la naturaleza cautelar y procesal de la detención preventiva.

Palabras clave: Prisión preventiva; medida cautelar; uso abusivo; derechos humanos.

ABSTRACT

This bibliographic reflection is based on the objective of showing, from the position of the Corte Interamericana de Derechos Humanos, on the issue concerning pretrial detention, it is approached from the liberal ideological system to the Latin American contrast, in effect of permeability of these European penal systems towards their colonies in America. Next, an analysis of pretrial detention is made from the perspective of the Comisión Interamericana de Derechos Humanos, as well as a diagnosis on the abusive use of pretrial detention in Central and South America, ending with recommendations to prevent the indiscriminate use of this mentioned practice. Likewise, the present study concludes in a general way that the concerns regarding the object of

¹ Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Procesal Civil de la Corporación Universitaria de Caribe - CECAR. Especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho de la Universidad de Cartagena. Servidor Judicial y Docente Catedrático. E-mail: richard-orlo@hotmail.com

investigation; are justified and legitimate, for which reason the alerts of the Comisión Interamericana de Derechos Humanos System to warn of the disproportionate use of pretrial detention in the States Parties to the OEA, which, when analyzed, does not cease to show that its abusive use ignores the precautionary and procedural nature of preventive detention.

Keywords: Preventive prison; precautionary measure; abusive use; human rights.

INTRODUCCIÓN

La justificación resignada de la prisión preventiva dentro del sistema ideológico liberal en presencia de las circunstancias que permitían su procedencia, tras el giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal decimonónica, en relación a lo anterior hay autores que resaltan que esto se extendió por los ordenamientos jurídicos europeos:

Haciendo presencia en las constituciones, consolidándose en los códigos y extendiéndose en la práctica hasta alcanzar las dimensiones patológicas actuales, bien conocidas. La perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara, y antes por Pagano, ha sido su transformación, de instrumento exclusivamente procesal dirigido a «estrictas necesidades» sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. Es claro que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; y, al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida procesal o cautelar y en consecuencia, «no penal», en lugar de una ilegítima pena sin juicio (Ferrajoli, 1995, pág. 553).

Pero la prisión provisional o preventiva no solo se extendió al mundo europeo, también por obvias razones a los sistemas penales de los actuales países del continente latinoamericano por haber sido colonias principalmente de España, Francia, Portugal e Inglaterra, variando su aplicación como regla general o excepcional dependiendo el modelo procesal implementado, esto es, inquisitivo, mixto o acusatorio, pero en términos generales bajo la misma lógica de procedencia, es decir ante la gravedad del hecho, riesgo de fuga, peligro para la sociedad o víctima y conservación de la prueba, no obstante, detrás de ella camuflaba bajo el rótulo de la “necesidad” un instrumento en muchos casos de anticipación punitiva, lo que finalmente se traducía en un desconocimiento o desnaturalización de la presunción de inocencia, pasando entonces a imperar, aunque no reconocido abiertamente, un principio o perjuicio de presunción culpabilidad.

1. Prisión preventiva. Aproximación desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Solo basta analizar el sistema supranacional establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se comprende que si bien en su artículo 7° se establecen un catálogo de derechos con los que se procura salvaguardar o tutelar el derecho a la libertad personal, entre los que se destacan que nadie puede ser privado de la libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas en la leyes o constituciones de los respectivos países miembros, que deba aplicarse un plazo razonable para la duración del encarcelamiento preventivo, que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

La realidad es que la prisión preventiva en la práctica se ha convertido en una medida de anticipación punitiva en muchos casos más extendida que la propia condena impuesta mediante sentencia judicial, con lo que se ha desnaturalizado esa pretendida función procesal y necesaria con los que los juristas clásicos del derecho penal quisieron legitimar el citado instituto, lo que a la postre solo ha significado una tergiversación de la presunción de inocencia. Panorama anterior, que ha llevado a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) se pronuncie en más de una ocasión resaltando que la libertad debe ser la regla general y no así la privación de la libertad, sobre todo cuando esta se efectúa de forma preventiva.

En complemento de lo anterior el caso *Acosta Calderón vs. Ecuador* con sentencia del 25 de junio de 2005, el tribunal fue categórico en señalar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 112, 2004)

En la misma dirección, el Tribunal considera que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Por lo cual, la prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida. Lo anterior, muestra una posición vertical del alto tribunal cuando sin titubeos cataloga de castigo la prisión provisional cuando se aplica sin que se haya constatado la responsabilidad del procesado en la comisión de un delito, pues destaca que tiene un carácter procesal y no así punitivo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 35, 1997)

En relación al caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005), donde se fundamentó la

violación al art. 7.5 de la CADH resaltado en lo fundamental en los siguientes literales:

- g.** La forma en que es computado el tiempo efectivo de privación de libertad para crear una ficción de nueva detención preventiva por razón del nuevo proceso, es arbitrario y vulnera en forma actual y continua la garantía del artículo 7.3 de la Convención Americana. El término de casi catorce años que lleva detenido el señor Urcesino Ramírez Rojas, sin una decisión judicial definitiva, es intrascendente para el Estado peruano, además de resultar de por sí “excesivo, irrazonable y falta de proporcionalidad”.
- h.** Los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena.

Lo anterior, resalta la decisión en la que se destaca que la prisión preventiva en todo caso que se aplique, debe tener un fin procesal y estar siempre delimitada en el tiempo en un plazo razonable, sin que se pueda pasar por alto estos criterios aun con la implementación de nuevos procesos. Sin embargo, en la sentencia del caso de López Álvarez vs. Honduras la postura de la Corte fue más crítica y exigente con la aplicación de la prisión preventiva, argumentando que:

La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria (...) y, consonantemente: (...) Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo deficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva. Se infringe la Convención cuando se priva de libertad durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, págs. 68-80)

En complemento, en la citada sentencia se pone atención en el juicio de proporcionalidad necesario que debe anteceder cualquier intento por parte de la autoridad cuando se busca imponer una medida de aseguramiento privativa de la libertad de forma provisional, destacándose que si tal test no se realiza

la medida deriva en arbitraria e ilegítima, por tanto violatoria de los derechos fúndameles que le asisten al procesado. Además, se expresa que criterios como las condiciones personales del reo o la gravedad del delito que se le imputa no pueden ser valorados como elementos a tener en cuenta cuando se intenta justificar la aplicación de la prisión preventiva, posición de suma relevancia si de lo que se trata es de fortalecer un derecho penal de acto y no así de autor o peligrosista.

Sin embargo, aun cuando son enormes los esfuerzos de todo el Sistema Interamericano de Derechos humanos en enfatizar el papel cautelar procesal y no punitivo de la prisión provisional, en hacer énfasis en que se trata de una medida solo justificada en ciertos eventos, como es el caso de cuando está demostrado el riesgo de no poder desarrollarse con éxito el proceso penal por afectarse la recaudación probatoria, o existan indicios claros de fuga y no así por las condiciones particulares y personales del reo o la gravedad del hecho punible; realidad palpable y medible en los países de las américas indicar lo contrario, esto es, un uso abusivo de la referenciada figura.

2. Comisión Interamericana sobre derechos Humanos: diagnóstico sobre el uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas

En el Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebrado en la ciudad Washington DC, de los Estados Unidos de América; celebrado el 1° de Noviembre de 2012, se concluyó que existía un uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas, demostrado en la siguiente figura:

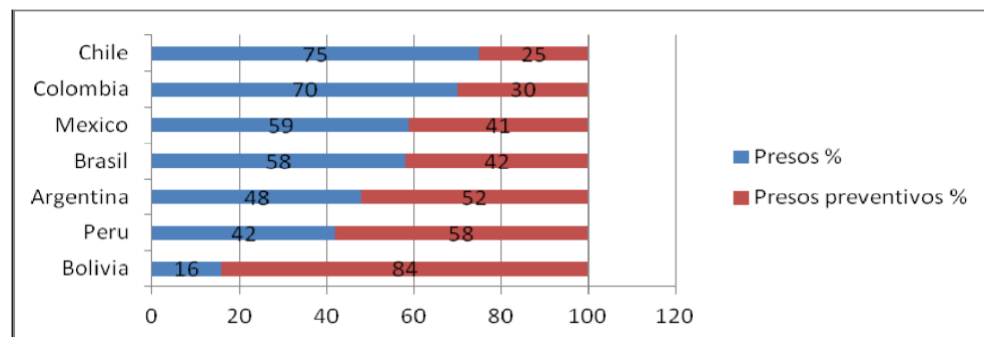


Figura 1. Tomada de la página N° 5 del Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos celebrado en Washington DC

De acuerdo a la figura anterior, los países con el número más alto de personas encarceladas preventivamente son Argentina, Perú y Bolivia, cuyos números superan en creces al personal preso con condenas definitivas. El que registra la tasa más favorable frente al uso indiscriminado de la prisión preventiva es Chile, seguido de Colombia.

También, el citado informe concluye que la aplicación abusiva de la prisión preventiva está directamente relacionada con su tiempo de duración durante

el proceso, además, por cuanto las cargas procesales son trasladadas al procesado en particular con lo que tiene que ver con las dificultades de los diferentes sistemas de cada país para llevar a cabo la investigación lo que repercute en el tiempo que pasa en prisión provisional sin ser condenados o absueltos.

En contraste, se tiene, que para el año 2012 en México, Chile y Argentina el plazo legal de una medida de aseguramiento privativa de la libertad iba era de dos años. En Perú, el término varía dependiendo la complejidad del caso; partiendo de un mínimo de nueve años hasta dieciocho meses con la posibilidad de prolongar la prisión preventiva por dieciocho meses más, o lo que es lo mismo, tres años como máximo. Por su lado, Bolivia cuenta con el plazo más alto de treinta y seis meses en total y Colombia en vigencia de la Ley 1453 de 2011 los términos máximos eran de sesenta días entre la imputación y el escrito de acusación y noventa días si se presenta concurso de delitos o cuando sea tres o más los imputados y de ciento veinte días entre la acusación y el juicio (Modificada por la Ley 1760 de 2015, art.4°. Modificado por la Ley 1786 de 2016, art. 2).

No obstante, la realidad que no ha cambiado en los quince años anteriores al año 2013, según lo ha sostenido la CIDH en el Informe sobre el uso de la Prisión Preventiva en Las Américas del 30 de diciembre de 2013; registrándose los siguientes datos respecto a estos países:

Tabla 1. Uso De La Prisión Preventiva en Las Américas.

<i>Estado</i>	<i>Número de Personas Privadas de libertad</i>	<i>Número / Porcentaje de procesados</i>	<i>Número / Porcentaje de condenados</i>	<i>Fecha de la información</i>
Bolivia	13.659	11.410 / 84%	2.244 / 16%	31/10/2012
Brasil	549.577	191.024 / 37%	317.333 / 62%	30/06/2012
Chile	53.171	10.823 / 20%	42.348 / 79%	31/07/2012
Colombia	113.884	34.571 / 30%	79.313 / 69%	31/12/2012
Costa Rica	13.017	3.248 / 25%	9.769 / 75%	31/10/2012
El Salvador	26.885	6.459 / 24%	20.424 / 76%	08/10/2013
Ecuador	19.177	9.409 / 24%	9.768 / 51%	01/08/2012
Guatemala	14.655	7.357 / 50%	7.278 / 49%	31/10/2012
Honduras	12.407	6.064 / 48%	6.343 / 51%	30/04/2013
Nicaragua	9.168	1.127 / 12%	8.041 / 87%	31/12/2012
Panamá	14.521	9.433 / 65%	5.078 / 35%	31/10/2012
Paraguay	7.901	5.780 / 75%	2.126 / 27%	23/09/2012
Perú	58.681	34.508 / 58,8%	24.173 / 41.2%	31/07/2012
Uruguay	9.330	6.065 / 65%	3.265 / 35%	31/07/2012
Venezuela	36.236	18.735 / 52%	17.501 / 48%	30/06/2012

Fuente: Uso de la Prisión Preventiva en las Américas

Los datos obtenidos por la Comisión Interamericana a través de un cuestionario enviado a los Estados miembros a efectos de que rindieran un informe detallado relativo al uso de la prisión preventiva en sus respectivas

jurisdicciones, incluyendo datos totales del número del personal recluido en prisiones, así como la disgregación de esas cifras teniendo en cuenta el sexo y el tipo de delito, recaudándose frente a esto último los siguientes resultados:

Tabla 2. Uso De La Prisión Preventiva en Las Américas.

<i>Estado</i>	<i>Información por sexo y tipo de delito</i>
Bolivia	<p>Del total de 13,654 personas privadas de libertad: 11,930 son varones (87%) y 1,724 son mujeres (13%). En los varones los delitos predominantes son: robo (25%), delitos de drogas (24%) y violación (19%); en las mujeres los delitos predominantes son los siguientes: delitos de drogas (48%) y robo (15%).</p>
Brasil	<p>Del total de 549,577 personas privadas de libertad en todo el país, hay 513,538 varones (93.4%) y 36,039 mujeres (6.6%), y del total de 191,024 personas en prisión preventiva en custodia del Sistema Penitenciario, hay 180,038 varones (94.25%) y 10,986 mujeres (5.75%). Los delitos de mayor incidencia, en la población penal en general de acuerdo al número de condenas son:</p> <ol style="list-style-type: none"> Tráfico de estupefacientes (no internacional): 127,149 (hombres 110,965 / mujeres 16,184). Robo calificado: 94,447 (hombres 92,602 / mujeres 1,845). Robo simple: 48,216 (hombres 47,216 / mujeres 1,000). Hurto simple: 35,769 (hombres 34,526 / mujeres 1,243). Hurto calificado: 36,671 (hombres 35,608 / mujeres 1,063). Homicidio calificado: 34,463 (hombres 33,536 / mujeres 927).
Chile	<p>De los 10,781 reclusos en prisión preventiva, al 31.07.12, unos 9,464 son varones (87.8%) y 1,317 (12.2%) mujeres. De acuerdo con datos actualizados al 30.06.012, los principales delitos por los que hay personas en prisión preventiva son robos (35.4%) y delitos de drogas (31.4%). En el caso de los varones la proporción de estos delitos es de (38% robos/26.7% drogas), mientras que en las mujeres esta relación es de (14.5% robos/68.8% drogas). El Estado informó además que el promedio de permanencia en prisión preventiva es de 145.3 días; en el caso de las mujeres es de 120 días y en el de los hombres 170.5 días.</p>
Colombia	<p>Del total de 113,884 personas privadas de libertad al 31.12.12: 105,387 son hombres (92.54%) y 8,497 mujeres (7.46%), y del total de 34,571 sindicados: 32,114 son hombres (92.9%) y 2,457 mujeres (7.1%). Los delitos de mayor incidencia, en la población penal de personas sindicadas son:</p> <ol style="list-style-type: none"> Hurto: hombres 8,397 (95%)/ mujeres 445 (5%), total 8,842. Tráfico o porte de armas de fuego o municiones: hombres 7,114. (96%) / mujeres 271 (4%), total 7,385. Homicidio: hombres 6,140 (96%) / mujeres 253 (4%), total 6,393. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes: hombres 4,961 (82%) / mujeres 1,046 (18%), total 6,027.

Del total de 3,248 personas en prisión preventiva, a octubre de 2012, 3,087 (93.5%) son hombres y 211 (6.5%) mujeres. La información desagregada de ese total de personas “indiciadas” respecto de las cuatro modalidades delictivas más comunes son las siguientes:

- Costa Rica
- a. Delitos contra la propiedad: hombres 1,191 (96.8%)/ mujeres 39 (3.2%), total 1,230.
 - b. Delitos de drogas: hombres 884 (87.5%)/ mujeres 126 (12.5%), total 1,010.
 - c. Contra la vida: hombres 435 (95%)/ mujeres 23 (5%), total 458.

Ecuador

Del total de 19,177 personas privadas de libertad en centros penales a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos al 01.08.12: 17,615 (91.8%) son hombres y 1,562 (8.2%) mujeres.

Guatemala

Del total de 14,635 personas privadas de libertad en los 22 centros de detención de Guatemala en octubre de 2012: 13,415 (91.7%) son hombres y 1,220 (8.3%) mujeres.

Honduras

Del total de 12,407 personas privadas de libertad en abril de 2013: 11,950 (96%) son hombres y 457 (4%) mujeres.

Nicaragua

Del total de 9,186 personas privadas de libertad al 31.12.12: 8,718 (95%) son hombres y 450 (5%) mujeres. A partir de ahí, del total de 1,127 acusados: 1,096 son hombres (97.2%) y 31 mujeres (2.8%).

Panamá

Del total de 14,521 personas privadas de libertad a octubre de 2012: 13,500 son hombre (93%) y 1,021 mujeres (7%); y del total de 9,443 presos sin condena: 8,745 son hombres (93%) y 698 mujeres (7%).

Paraguay

Del total de 7,901 personas privadas de libertad al 23.09.12: 7,374 (93.3%) son hombres y 528 (6.7%) mujeres; y del total de 5,780 procesados: 5,379 (93.1%) son varones y 401 (6.9%) mujeres.

Perú

Del total de 58,681 personas privadas de libertad al 31.07.12: 54,962 (93.7%) son hombres y 3,719 (6.3%) mujeres; y del total de 34,508 procesados: 32,190 (93.3%) son hombres y 2,318 (6.7%) mujeres. Los delitos de mayor incidencia, en la población penal en general (procesados y condenados) son:

- a. Robo agravado: 16,391 (27.9%)
- b. Tráfico ilícito de drogas: 8,818 (15%)
- c. Violación sexual: 5,049 (8.6%)

Fuente: Uso de la Prisión Preventiva en las Américas

Un análisis de la tabla anterior nos permite inferir que en el caso específico de Colombia, el número de personas privadas de la libertad para el 31 de diciembre de 2012 era el segundo más alto de la región después de Brasil con 113.884, de los cuales 34.571 (30.35%) eran sindicados con medidas de aseguramiento privativas de la libertad y 79.313 (69.65%) con condenas; datos que si bien ubican al estado colombiano dentro de los menos abusivos respecto a la prisión provisional de la libertad, sigue siendo preocupante en

cuanto a los criterios utilizados para permitir su procedencia según así lo dejó sentado la CIDH “indica que esa es la principal razón por la que los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia para sacar adelante el proceso” (Due Process, 2006, pág. 98).

Por tanto, se presenta de esta forma un empleo abusivo de la prisión preventiva, con lo que se tergiversa o pasa por alto su naturaleza cautelar y excepcional, dicho con palabras de CIDH (2013) afirmando que tales circunstancias se presentan al constatare “en un contexto en el que existen importantes presiones sociales, mediáticas e incluso provenientes de las propias autoridades públicas en torno a la efectividad de la represión penal, frente a la delincuencia y la impunidad” (pág. 28).

En complemento a lo anterior y atendiendo los preocupantes hallazgos sobre la prisión preventiva en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que su uso ha sido generalizado y no excepcional atendiendo a su naturaleza procesal cautelar y no punitiva; por lo que constituye uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad.

Para ir un poco más lejos, es posible señalar que el empleo abusivo de la prisión preventiva es un reflejo del fracaso del sistema de administración de justicia y con ello, se pone en evidencia una falla estructural e inadmisibles en sociedades democráticas que deben entrar a respetar la presunción de inocencia, así mismo, el uso excesivo de la prisión preventiva constituye uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de administración de justicia, y constituye un problema estructural inaceptable en una sociedad democrática que respeta el derecho de toda persona a la presunción de inocencia.

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: recomendaciones para prevenir el uso indiscriminado de la prisión preventiva

La CIDH en procura de que los Estados partes de la OEA encaminara esfuerzos a reducir el uso abusivo de la prisión preventiva y resolvieran asumir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos; el 3 de julio del año 2017 expidió el informe sobre Medidas Dirigidas a Reducir el uso de la Prisión Preventiva en las Américas. En dicho informe, la Comisión resalta las razones por las cuales en la región se ha vuelto especialmente complejo la erradicación abusiva y extendida en los sistemas penales procesales de la detención preventiva, pues aun cuando destaca los esfuerzos que se han venido realizando por parte de los Estados miembros, la CIDH (2017) concluye que su empleo indiscriminado obedece principalmente a las siguientes situaciones:

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

En contraste, en el caso particular de Colombia se presentan y se pueden evidenciar dentro de la política criminal adoptada por los gobiernos y el legislador desde la expedición de la Ley 599 de 2000. En tal sentido, un caso notable es el aumento considerable de las penas de los delitos sexuales abusivos con menores de 14 años, en los que con la expedición del Código Penal se partía de una pena para el punible de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (art.208) de cuarenta y ocho (48) meses a noventa y seis (96) meses, pero con la modificación de la Ley 890 de 2004 pasó de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, quedando finalmente con una pena prisión mínima de ciento cuarenta y cuatro (144) meses a doscientos cuarenta (240) meses de prisión con la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008.

En la misma dirección, aconteció con el Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años (art.209) que en el texto original de la Ley 599 de 2000 que tenía una pena de prisión que iba de treinta y seis (36) meses a sesenta (60) meses, pero con la Ley 890 de 2004 subió de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses, para quedar actualmente con una pena de prisión que va de ciento ocho (108) meses a ciento cincuenta y seis (156) meses.

Incrementos punitivos que se dieron para el caso de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual también en los punibles de Proxenetismo con menor de edad (art.213A), Estimulo a la Prostitución de Menores (art.217), Demanda de Explotación sexual comercial de personas menores de 18 años de edad (art.217A), Pornografía con personas menores de 18 años (art.218), Turismo Sexual (art.219), Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (art.218A) entre otros.

Por lo anterior, el aumento considerable de las penas que tuvo un impacto directo en la procedencia de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad atendiendo lo establecido tanto en el numeral 1° del artículo 357 de la Ley 600 de 2000 como en el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, para cuyos efectos se exige como requisito objetivo para que proceda la detención preventiva que los delitos tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Aunado, a que con el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098, 2006, art. 199) se estableció en relación a los beneficios y mecanismos sustitutivos que cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, que se si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión, excluyéndose la aplicación para los citados delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b, y 315 de la Ley 906 de 2004, además, que no se reconocerá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

En la misma vía, lo anterior también aplica para los procedimientos seguidos bajo la ritualidad de lo estipulado por el Congreso de Colombia el 24 de Julio del 2000 (Ley 600, 2000, art. 7), pues transitoriamente se señaló que los beneficios de libertad provisional garantizada por caución y la suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración. Lo que en la práctica se traduce en tratándose de los citados delitos, que la detención preventiva o imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad es la regla general y no así la excepción como lo ha venido recomendado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el mismo sentido, otro ejemplo palpable del aumento considerable de la punición es el caso del delito de Violencia Intrafamiliar (art.229), el cual en la redacción original del Código Penal contaba con una pena de prisión que iba de doce (12) meses a treinta y seis (36) meses, para luego pasar de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses con la Ley 890 de 2004, para quedar en estos momentos con la modificación de la Ley 1142 de 2007 con una pena que oscila de un mínimo de cuarenta y ocho (48) meses a noventa y seis (96) meses de prisión, luego de lo cual pasó de ser un delito querellable a uno de investigación oficiosa en virtud de lo establecido por el Congreso de Colombia en Julio de 2012 (Ley 1542, 2012, art. 2), por lo que al presentar un aumento punitivo en su pena mínima igual a cuarenta y ocho meses o lo que es lo mismo de 4 años, se convirtió de esta forma en una conducta punible

sobre la cual procede la medida de aseguramiento privativa de la libertad atendiendo lo establecido en la Ley 906, 2004, art. 313.

En contraste, la política criminal de aumento de penas como lo denuncia la CIDH ha ido de la mano de un discurso político reaccionario que pregona como solución al crimen, sobre todo en tratándose de delitos contra menores de edad, el endurecimiento de las penas e incluso el planteamiento de implementarse en Colombia la cadena perpetua, los muros de la infamia y la castración química. Por lo cual, una iniciativa impulsada por la ciudadana en el año 2009, el Congreso de la República aprobó la Ley 1327, 2009, por medio de la cual se convocaba a un referendo constitucional para ser sometido a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional encaminado a complementar el artículo 34 de la Constitución Política, agregando un tercer inciso que quedaría así:

En relación con los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de 14 años y menores de edad con discapacidad física y/o mental, se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley. Empero, tal iniciativa fue declarada inexecutable al advertirse vicios de trámite de carácter insubsanable. (Corte Constitucional, Sala de Casación Penal, C-397, 2010)

De igual manera, el Congreso de Colombia ordenaba al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) a través de la Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006, art. 48, publicar las fotos y datos de los condenados en el último mes por delitos sexuales cometidos contra menores de edad, lo que llevó en el caso específico del Concejo de Bogotá a que se profiriera el Acuerdo 280 del 2007, que permitía dichas publicaciones en la capital colombiana en los llamados “muros de la infamia”, no obstante, en virtud de la intervención nuevamente de la Corte Constitucional, esta vez resolviendo en sede de revisión la acción de tutela N° 1073 del 2007, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla, se ordenó al alcalde de la época abstenerse de aplicar la disposición del Cabildo Distrital por cuanto la medida cuestionada conculcaba los derechos fundamentales del agresor, de su familia y de las víctimas, además, por cuanto para fines prácticos no se demostró que la publicación en los denominados “muros de la infamia” iban a tener efecto preventivo por encima de la divulgación ordinaria de la identidad de los agresores sexuales de menores.

Así mismo, la Corte Constitucional, (30 de Enero de 2008) Sentencia C-061. MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla, declara la inexecutable el inciso 2° del artículo 48 del Código de la Infancia y la Adolescencia, plateando que no era clara y evidenciable la capacidad que la medida estudiada podría tener respecto a la protección de la niñez, pues por el contrario, se estimó que si eran precisos los peligros y afectaciones que dichas publicaciones iban a tener en relación no solo frente al penalmente responsable por delitos sexuales

contra menores, sino contra sus familiares e incluso las propias víctimas y sus parientes.

Sin embargo, a pesar de los anteriores intentos por implementarse en los delitos referenciados la cadena perpetua y como parte de la sanción la publicación de los datos de los agresores sexuales donde figuran como víctimas menores de edad, que han sido frenados por la Corte Constitucional, lo cierto es que aun hoy por parte de la ciudadanía y algunos políticos se sigue insistiendo en el endurecimiento de las penas llegándose a proponer en la actualidad la castración química.

En comunicado de prensa del 25 de abril de 2018, el Senado de la República expresó que fue aprobado en segundo debate por la plenaria de esa corporación el proyecto de ley que crea los tipos penales de acceso carnal violento sobre menor de edad y acto sexual violento sobre menor de edad como delitos autónomos, estableciéndose el tratamiento voluntario de inhibición hormonal del deseo sexual, acumulado con el proyecto que modifica el artículo 208 del Código Penal para la protección de las víctimas de delitos sexuales en Colombia, en especial de menores de 14 años. (Senado de Colombia, 2018)

Por lo anterior, parecería indicar que el endurecimiento de las penas y la aplicación generalizada de la detención preventiva han sido utilizados como caballitos de batalla que se emplean como bandera publicitaria para lograr réditos electorales y políticos al tener gran impacto en los medios de comunicación al ser atractivos para el público, tal como afirma Jordi Nieva Fenoll (2016), “en nuestras sociedades impera en vez del principio de presunción de inocencia, el de culpabilidad” (pág. 87).

Por otro lado, el escenario general de propuestas como la implementación de la pena de muerte, la cadena perpetua y la castración química responden al exaltación de los acontecimientos sin consultar la realidad constitucional del país y sin tener la suficiente coherencia e impulso en el Congreso, por lo que languidecen tan pronto el impacto mediático muda hacia otros hechos (Ámbito Jurídico, 2016). Las citadas circunstancias conllevan al uso generalizado de la detención preventiva, pasando de ser una medida cautelar personal a una donde existe una anticipación punitiva por la duración excesiva de las mismas.

Por lo anterior, la CIDH (2017), con preocupación señala que las reformas legales que plantean el encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana, vienen acompañadas de un fuerte mensaje mediático y político que cuentan con un gran respaldo de la opinión pública, para ello se promete un aumento considerable de los términos de duración de la prisión preventiva y la ampliación de su procedencia respecto a un mayor número

de delitos, resaltando la Comisión el caso de los punibles relacionados con el consumo y posesión de drogas.

Por el contexto mencionado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), se planteó recomendar a los Estados partes de la OEA a adoptar varias medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva, para lo cual destacamos las que consideramos son más idóneas y útiles para el Estado Colombiano, a saber:

- a. “Medidas generales relativas a las políticas de Estado: entre las que se sugiere por parte de la CIDH la adopción de reformas legislativas y judiciales encaminadas a racionalizar la implementación de la prisión preventiva, específicamente en lo que tiene que ver con el plazo máximo de duración y que para su imposición se atiendan criterios relacionados especialmente con el género, raza, etnia, edad, orientación sexual, interculturalidad y condiciones de discapacidad y la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, págs. 156-158).
- b. “Erradicación de la prisión preventiva como pena anticipada: que mediante reformas legales se garantice que la aplicación de la detención preventiva tenga realmente un carácter excepcional, para cuyos efectos se debe limitar por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, por ende, se demanda de los Estados miembros que con carácter prioridad implementen en armonía con las ramas del poder público un uso racional del encarcelamiento y de la prisión preventiva” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, págs. 159-161).
- c. “Defensa pública: que, al estar a cargo de los Estados, se hace necesario que se amplíe su cobertura y calidad, a efectos de que se preste un servicio oportuno, efectivo y dirigido a la protección de los derechos fundamentales de los individuos imputados de haber cometido un delito, para lo cual la CIDH expresa que la defensoría pública debe contar con los recursos suficientes que garanticen una actuación eficiente y en igualdad de armas con el órgano acusador” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 68).
- d. “Independencia de los operadores de justicia: encaminada a que los jueces y fiscales que se encarguen de resolver y solicitar la adopción de la detención preventiva ejerzan sus labores libres de cualquier tipo de injerencias, por lo que se recomienda que los demás funcionarios del Estado se abstengan de pronunciar juicios en relación a la imposición o no de una medida de aseguramiento privativa en casos particulares” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 162).

Por lo cual, la CIDH exhorta a los Estados a crear un plan dirigido a capacitar a los funcionarios judiciales en relación a la relevancia de la independencia y autonomía en su actuar, con el objetivo de que aplique la prisión preventiva de manera excepcional y en procura que se empleen medidas alternativas, por lo que sustenta:

Medidas alternativas a la prisión preventiva: en los casos específicos de asegurar la comparecencia del imputado al proceso o evitar el entorpecimiento de su normal desarrollo, la CIDH insta a los Estados a considerar como medidas opcionales a la detención preventiva, que el imputado prometa someterse al procedimiento y no intentar entorpecerlo, viéndose obligado a acceder a la vigilancia de una persona o institución determinada, comprometiéndose a comparecer ante las autoridades cuando sea necesario, que se contemple la prohibición de abandonar la zona territorial que se fije, cambiar de domicilio cuando en el mismo habite la presunta víctima, la prestación de una caución dineraria o que la medida se cumpla en el domicilio. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pág. 162)

En razón a ello, se invita a los jueces para que en los casos que deba decidir la imposición de una medida de aseguramiento, se incline siempre por la menos gravosa atendiendo siempre una perspectiva de género y el interés superior de los niño, niñas y adolescentes y la afectación que se pudiera derivar en contra de otras personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, por lo que los procesos de justicia restaurativa en materia penal; que se promuevan para los delitos menores y que no impliquen violencia, métodos alternativos de solución de conflictos, siempre y cuando participen en ello la víctima y el procesado.

4. Conclusiones

En primera medida, se concluye que son justificadas y legítimas las alertas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al advertir el uso desproporcionado de la prisión preventiva en los Estados partes de la OEA, lo cual al analizarse no deja de evidenciar que su empleo abusivo desconoce la naturaleza cautelar y procesal de la detención preventiva. Por tanto, el empleo desmedido de esta institución, revela que aun hoy para muchos Estados la naturaleza real que en la práctica se muestra de la detención preventiva es que con ella se agota un fin punitivo, con lo cual se genera un estado de cosas vulnerador de derechos fundamentales como lo son la libertad personal y la presunción de inocencia.

Por otro lado, resulta motivante los datos que muestran que en Colombia el uso de la prisión preventiva ha ido disminuyendo sobre todo desde la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio y la implementación de los jueces de control de garantías, quienes en esa noble labor ha ido reconociendo en dicho instituto una figura de imposición excepcional clave en la protección del

proceso y de las víctimas, mas no así en un martillo que se acciona al vaivén de las presiones mediáticas aun cuando este riesgo aún existe y es posible que no cese, no obstante, precisamente para ello se destaca su papel constitucional como veedores de los derechos fundamentales de los asociados en la génesis de todo proceso penal.

En cuanto a la prisión o detención preventiva, vista así como medida cautelar personal mediante la cual es posible restringir la libertad de un individuo debe con el tiempo, traducirse en una herramienta cada vez más excepcional en contraste con el respeto de la presunción de inocencia, permitiéndose su empleo solo de forma necesaria y provisional bajo criterios racionales y procesales como cuando se verifique la existencia de que el procesado está en condiciones de obstruir el debido ejercicio de la justicia o que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia, siempre y cuando se opte primero por una medida más proporcional y menos drástica que la limitante de la libertad.

Finalmente, Salgado, Luna y Ordoñez (2020), señalan que “bajo esta perspectiva la prisión preventiva si bien es restrictiva de la libertad debe tener un carácter cautelar, excepcional y siempre limitado en el tiempo, que se impone con el fin de asegurar los fines de la actuación penal, es decir, proteger a la víctima del delito, a la sociedad y cuando sea el caso hacer cumplir la eventual sentencia condenatoria” (pág. 8)

Referencias

- Ámbito Jurídico. (9 de Diciembre de 2016). <https://www.ambitojuridico.com>
Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/pena-de-muerte-cadena-perpetua-castracion>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva*. Washington, D.C: <http://www.cidh.org>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Hacia la garantía efectiva de los derechos niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*. Whashintong, D.C: OEA/Ser.L/V/II. Doc.206/17.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington D.C: OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105.
- Congreso de Colombia. (2000, art. 7). *Ley 600*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional.
- Congreso de Colombia. (2006, art. 48). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional.
- Congreso de Colombia. (2009). *Ley 1327*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional.

- Congreso de Colombia. (2012, art. 2). *Ley 1542*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-061*. Bogotá, D.C: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm#:~:text=C%2D061%2D08%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Existe%20un%20alto%20grado%20de,el%20que%20presumiblemente%20fue%20establecida>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Garcia Asto y Ramirez Rojas Vs. Perú*. Washington, DC: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Washington, DC: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 112. (2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Washington, D.C: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 35. (1997). *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Washington, D.C: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- Due Process. (2006). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington, D.C: www.dplf.org
- Ferrajoli, L. (1995). El derecho penal mínimo. *ConoSur LTDA*.
- Juan Carlos Henao Pérez. (2010). *Corte Constitucional, Sala de Casación Penal, C-397*. Juan Carlos Henao Pérez.
- Ministerio de la Protección Social. (2006, art. 199). *Ley 1098*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional de Colombia.
- Nieva Fernol, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *Revista para el análisis de Derecho*, 76-93.
- Organización de Estados Americanos (OEA). (7 de Septiembre de 2017). <https://www.oas.org> Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/136.asp>
- Ordoñez López, R. (2019). De la libertad y el derecho penal: un abordaje dogmático. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 11(21), 41–55. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2498>
- Poder Público Rama Legislativa. (2004, art. 313). *Ley 906*. Bogotá, D.C: Imprenta Nacional.

Salgado, Luna, & Ordoñez. (2020). Prisión provisional: una aproximación dogmática y procesal desde una perspectiva colombiana. *Revista Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*. Vol. 15, 1-19. DOI: 10.5281/zenodo.3972453

Senado de Colombia. (25 de Abril de 2018). www.senado.gov.co. Obtenido de <http://www.senado.gov.co/noticiero-del-senado/item/27949-avanza-proyecto-de-ley-queaplicara-a-abusadores-y-violadores-de-menores-la-castracion-quimica>