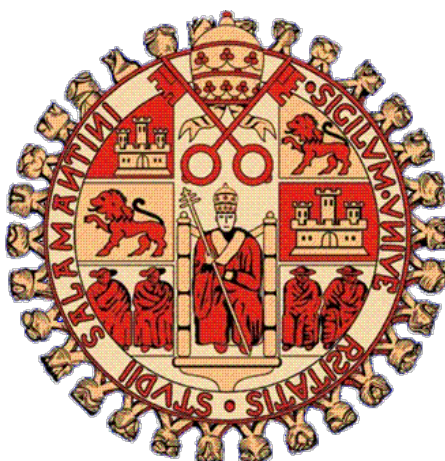


UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL**

ÁREA DE DERECHO PROCESAL



**GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y
PRESUPUESTOS QUE REPERCUTEN EN LA
PRISIÓN PROVISIONAL.
ANÁLISIS DE LAS REALIDADES DEL PRESO SIN
CONDENA EN ESPAÑA Y AMÉRICA CENTRAL.**

**Tesis Doctoral presentada por Doña NADIA NOEMÍ FRANCO BAZÁN
para la obtención del Doctorado en Derecho**

**Dirigida por la Profesora
Dra. Doña MARÍA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS**

Vº Bº

2014

ÍNDICE

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS.....	25
INTRODUCCIÓN.....	27
 PRIMERA PARTE	
ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA.....	33
A. Concepto de prisión provisional.....	33
B. Naturaleza jurídica de la prisión provisional: carácter cautelar y excepcional.....	41
C. Características generales de la prisión provisional....	47
1. Instrumentalidad.....	47
2. Provisionalidad.....	49
3. Jurisdiccionalidad.....	54
D. Procedimiento de la prisión provisional.....	58
1. Competencia.....	58
2. Audiencia previa.....	62
3. Autos.....	67
3.1. Auto que decrete la prisión provisional.....	68
3.2. Auto que acuerde la prolongación de la prisión provisional.....	73
3.3. Auto que decrete la libertad provisional.....	74
4. Recursos.....	77
4.1. Recurso de reforma.....	78
4.2. Recurso de apelación.....	80
E. Clases de prisión provisional.....	85
1. Prisión comunicada.....	86
1.1. Comunicación oral.....	87
1.2. Comunicación escrita.....	91
1.3. Comunicación telefónica.....	94
2. Prisión incomunicada.....	94

3. Prisión atenuada.....	102
F. Duración de la prisión provisional.....	106
1. Limitación temporal.....	106
2. Cálculo de la prisión provisional en el cómputo de la pena.....	115
G. Alternativas a la prisión provisional.....	117
1. Libertad provisional sin fianza.....	118
1.1. Concepto.....	120
1.2. Presupuestos.....	121
1.3. Procedimiento.....	124
2. Libertad provisional con fianza.....	125
2.1. Concepto.....	126
2.2. Presupuestos.....	126
2.3. Ejecución.....	127
3. Arresto domiciliario.....	128
3.1. Concepto y finalidad.....	129
3.2. Efectos.....	133
3.3. Extinción.....	133
4. Otras medidas cautelares relacionadas con la Prisión o libertad provisionales.....	134
4.1. Intervención del vehículo y del permiso de conducir vehículos de motor.....	134
4.2. Prohibición de residir o acudir a deter- minados lugares.....	136
4.3. Suspensión de cargos públicos.....	140
4.4. Suspensión de actividades, cierre de empresas o establecimientos.....	142

SEGUNDA PARTE

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRESUPUESTOS QUE REPERCUTEN EN LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA.....	147
--	-----

CAPÍTULO PRIMERO

Garantías constitucionales que repercuten en la prisión provisional en España.....	147
---	-----

A. El principio de legalidad en la prisión provisional.....	147
1. Finalidad del principio de legalidad.....	152
2. Reserva de ley orgánica.....	156
3. Tipicidad procesal.....	157
4. Irretroactividad de la ley	

procesal penal.....	157
B. El derecho a la libertad personal en la prisión provisional.....	159
1. Excepcionalidad de la prisión provisional.....	160
2. Salvaguarda del derecho a libertad personal.....	163
3. Prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes.....	164
C. La presunción de inocencia en la prisión provisional.....	166
1. Naturaleza jurídica de la presunción de inocencia.....	171
2. Compatibilidad de la presunción de inocencia y la prisión provisional.....	177
3. Presunción de inocencia y culpabilidad.....	181
D. El derecho al debido proceso y las garantías del preso provisional.....	185
1. Debido proceso como garantía contra una pena anticipada.....	191
2. Derecho al juez ordinario predeterminado por ley.....	194
3. Derecho del juez para ordenar prisión provisional.....	196
4. Derecho al contradictorio y a la defensa.....	200
5. Principio acusatorio y prisión provisional.....	200
E. El principio de proporcionalidad en la prisión provisional.....	201
1. Principio de proporcionalidad como límite a la prisión provisional.....	203
2. Exigencias del principio de proporcionalidad.....	207
 CAPÍTULO SEGUNDO	
Presupuestos de la prisión provisional en España.....	209
A. Presupuestos legales atribuibles al carácter	

cautelar de la prisión provisional.....	214
1.1. Fumus boni iuris o apariencia de título	
De buen derecho.....	217
1.2. Periculum in mora o peligro de	
fuga.....	221
B. Presupuestos no atribuibles al carácter	
cautelar de la prisión provisional.....	224
1. Alarma social.....	225
2. Frecuencia.....	233
3. Antecedentes penales.....	234
4. Gravedad del delito.....	235

TERCERA PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO. REALIDADES DEL PRESO	
SIN CONDENA EN ESPAÑA Y AMERICA CENTRAL.....	239

A. Panorama general de las regulaciones legales	
de la prisión provisional en España y América	
Central.....	239
1. Regulación legal en España.....	239
1.1. Sistema procesal.....	239
1.2. Otros aspectos a tener en cuenta sobre	
la prisión provisional en España y sus	
alternativas.....	246
1.2.1. Casos en que la prisión provisional	
puede durar hasta la sentencia	
definitiva.....	246
1.2.2. Límites penales generales	
que permiten la libertad provi-	
sional.....	248
1.2.3. Excepciones dentro de los límites	
generales.....	256
1.2.4. Excepciones fuera de esos	
límites.....	258
1.2.5. Viabilidad de la libertad provisional	
antes de la sentencia de primera	
instancia.....	259
1.2.6. Viabilidad de la libertad provisional	
con sentencia no firme de primera	
instancia.....	265
1.2.7. Formas de caución previstas.....	266
1.2.8. Términos procesales previstos para	
el trámite.....	269
1.2.9. Escalas penales de los delitos que son	

inexcarcelables.....	272
2. Regulaciones legales en América Central.....	314
2.1. Sistema procesal.....	316
2.1.1. Costa Rica.....	316
2.1.1.1. Principio de libertad.....	323
2.1.1.2. Principio de igualdad.....	323
2.1.1.3. Principio de legalidad.....	324
2.1.1.4. Principio de presunción de inocencia.....	325
2.1.1.5. Principio de oportunidad.....	325
2.1.1.6. Derecho a la defensa.....	327
2.1.1.7. Derechos del imputado...	328
2.1.1.8. Medidas cautelares.....	329
2.1.1.9. Prisión provisional.....	330
2.1.2. El Salvador.....	341
2.1.2.1. Principio de libertad.....	333
2.1.2.2. Principio de igualdad.....	334
2.1.2.3. Principio de legalidad.....	337
2.1.2.4. Principio de presunción de inocencia.....	338
2.1.2.5. Derecho a defensa.....	339
2.1.2.6. Derecho a audiencia.....	340
2.1.2.7. Derecho a pronta justicia.....	341
2.1.2.8. Derecho a petición y respuestas.....	341
2.1.2.9. Derecho a no declarar contra sí mismo.....	342
2.1.2.10. Derechos del imputado...	343
2.1.2.11. Detención provisional.....	345
2.1.3. Guatemala.....	345
2.1.3.1. Principio de libertad y principio de igualdad.....	356
2.1.3.2. Principio de legalidad.....	357
2.1.3.3. Principio de presunción de inocencia.....	360
2.1.3.4. Medidas cautelares.....	363
2.1.3.5. Prisión provisional.....	364
2.1.4. Honduras.....	376
2.1.4.1. Principio de libertad.....	382
2.1.4.2. Principio de igualdad.....	384
2.1.4.3. Principio de legalidad.....	384
2.1.4.4. Principio de presunción de inocencia.....	386
2.1.4.5. Principio de proporcionalidad.....	387

2.1.4.6. Derecho a defensa.....	388
2.1.4.7. Derecho del imputado.....	390
2.1.4.8. Medidas cautelares.....	498
2.1.4.9. Aprehensión preventiva y detención preventiva.....	403
2.1.4.10. Prisión preventiva.....	411
2.1.5. Nicaragua.....	418
2.1.5.1. Principio de libertad.....	424
2.1.5.2. Principio de igualdad.....	425
2.1.5.3. Principio de legalidad.....	426
2.1.5.4. Principio de presunción de inocencia.....	430
2.1.5.5. Principio de proporcionalidad.....	431
2.1.5.6. Principio de oportunidad.....	433
2.1.5.7. Derecho a defensa.....	434
2.1.5.8. Derecho del imputado.....	437
2.1.5.9. Derecho a juez natural....	444
2.1.5.10. Medidas cautelares.....	445
2.1.5.11. Detención provisional....	448
2.1.5.12. Prisión provisional.....	441
2.1.6. Panamá.....	448
2.1.6.1. Principio de libertad.....	466
2.1.6.2. Principio de igualdad.....	469
2.1.6.3. Principio de legalidad.....	471
2.1.6.4. Principio de presunción de inocencia.....	473
2.1.6.5. Principio de proporcionalidad.....	476
2.1.6.6. Principio de oportunidad.....	477
2.1.6.7. Derecho a defensa.....	477
2.1.6.8. Derecho del imputado....	480
2.1.6.9. Derecho a no declarar contra sí mismo.....	482
2.1.6.10. Derecho a juez natural..	483
2.1.6.11. Medidas cautelares.....	484
2.1.6.12. Aprehensión preventiva.....	487
2.1.6.13. Detención provisional...	489
2.2. Casos en que la prisión provisional puede durar hasta la sentencia definitiva.....	494
2.2.1. Costa Rica.....	494
2.2.2. El Salvador.....	496
2.2.3. Guatemala.....	497

2.2.4. Honduras.....	498
2.2.5. Nicaragua.....	501
2.2.6. Panamá.....	502
2.3. Límites penales generales que permiten la libertad provisoria.....	504
2.3.1. Costa Rica.....	504
2.3.2. El Salvador.....	508
2.3.3. Guatemala.....	511
2.3.4. Honduras.....	515
2.3.5. Nicaragua.....	518
2.3.6. Panamá.....	520
2.4. Excepciones dentro de los límites generales.....	527
2.4.1. Costa Rica.....	527
2.4.2. El Salvador.....	528
2.4.3. Guatemala.....	530
2.4.4. Honduras.....	532
2.4.5. Nicaragua.....	535
2.4.6. Panamá.....	536
2.5. Excepciones fuera de esos límites.....	538
2.5.1. Costa Rica.....	538
2.5.2. El Salvador.....	540
2.5.3. Guatemala.....	541
2.5.4. Honduras.....	542
2.5.5. Nicaragua.....	544
2.5.6. Panamá.....	548
2.6. Viabilidad de la libertad provisoria antes de la sentencia de primera instancia.....	551
2.6.1. Costa Rica.....	551
2.6.2. El Salvador.....	553
2.6.3. Guatemala.....	555
2.6.4. Honduras.....	557
2.6.5. Nicaragua.....	559
2.6.6. Panamá.....	562
2.7. Viabilidad de la libertad provisoria con sentencia no firme de primera instancia.....	565
2.7.1. Costa Rica.....	565
2.7.2. El Salvador.....	566
2.7.3. Guatemala.....	567
2.7.4. Honduras.....	570
2.7.5. Nicaragua.....	574
2.7.6. Panamá.....	576

2.8. Formas de caución previstas.....	578
2.8.1. Costa Rica.....	578
2.8.2. El Salvador.....	580
2.8.3. Guatemala.....	583
2.8.4. Honduras.....	586
2.8.5. Nicaragua.....	589
2.8.6. Panamá.....	594
2.9. Términos procesales previstos para el trámite.....	506
2.9.1. Costa Rica.....	596
2.9.2. El Salvador.....	605
2.9.3. Guatemala.....	619
2.9.4. Honduras.....	629
2.9.5. Nicaragua.....	642
2.9.6. Panamá.....	652
2.10. Escalas penales de los delitos que son inexcusables.....	665
2.10.1. Costa Rica.....	665
2.10.2. El Salvador.....	679
2.10.3. Guatemala.....	689
2.10.4. Honduras.....	698
2.10.5. Nicaragua.....	705
2.10.6. Panamá.....	712
B. Sobrepoblación de las cárceles centroamericanas.....	720
1. Preso sin condena y derechos humanos.....	720
1.1. Costa Rica.....	723
1.2. El Salvador.....	726
1.3. Guatemala.....	727
1.4. Honduras.....	728
1.5. Nicaragua.....	729
1.6. Panamá.....	734
2. Magnitud de la sobrepoblación de las cárceles centroamericanas.....	737
2.1. Costa Rica.....	745
2.2. El Salvador.....	750
2.3. Guatemala.....	753
2.4. Honduras.....	756
2.5. Nicaragua.....	758
2.6. Panamá.....	761
CRÍTICAS Y CONCLUSIONES.....	767

BIBLIOGRAFÍA.....	779
ÍNDICE DE CUADROS.....	851

INTRODUCCIÓN

La finalidad de esta Tesis Doctoral es la de desarrollar el tema de *Garantías Constitucionales y Presupuestos que repercuten en la Prisión Provisional. Análisis de la realidad del preso sin condena en España y América Latina*, bajo la dirección de la Profa. Dra. Doña María Inmaculada Sánchez Barrios.

Cabe subrayar que este trabajo cuenta con tres partes. La **PRIMERA PARTE** de la tesis doctoral se denomina “*ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA*”. En este primer bloque se incluye el concepto, la naturaleza jurídica, las características generales, los presupuestos, el procedimiento, las clases, la duración y las alternativas a la prisión provisional.

Obviamos los antecedentes históricos, a cuyo estudio hemos dedicado una parte de la Tesis. Éstos nos han servido para comprender mejor la institución de la prisión provisional, pero, para no hacer excesivamente extenso este trabajo de investigación, no los recogemos en el mismo. Así, en este primer apartado partimos del análisis del concepto de la prisión provisional, así como de la naturaleza jurídica de la misma, vista por diversos autores y por nosotros mismos. Se estudian igualmente las características más relevantes de la prisión provisional como son la instrumentalidad, la provisionalidad y la jurisdiccionalidad.

Igualmente en esta primera parte estudiamos su procedimiento, dónde nos detenemos en aspectos tan trascendentales como el análisis del órgano competente para decretar o levantar la misma, la preceptiva audiencia previa, las resoluciones sobre la prisión provisional, que siempre deben adoptar forma de auto o los recursos que caben frente a las mismas. Se dedica también parte de este capítulo al análisis de las diversas clases de prisión provisional (comunicada, incomunicada, atenuada...), la duración de ésta y su cálculo en el cómputo de la pena y las diversas alternativas a la misma recogidas por el ordenamiento español, como son, en términos generales: libertad provisional sin fianza, libertad provisional con fianza, arresto domiciliario, privación del permiso de conducir vehículos a motor, prohibición de residir o acudir a

determinados lugares, suspensión de cargos públicos y suspensión de diversas actividades.

La **SEGUNDA PARTE** se refiere a “*LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRESUPUESTOS QUE REPERCUTEN EN LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA*”. Se divide en dos Capítulos: el CAPÍTULO PRIMERO se dedica al estudio de “*Las garantías constitucionales que repercuten en la prisión provisional en España*” y el CAPÍTULO SEGUNDO viene referido a los “*Presupuestos de la prisión provisional en España*”.

El Capítulo Primero desarrolla el principio de legalidad, el derecho a la libertad personal, la presunción de inocencia, el derecho al debido proceso y el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la prisión provisional. Aspecto central en el que se pone de manifiesto que las garantías constitucionales de casi todos los países tienen su génesis, en primer lugar, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, que a su vez inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, cuyos principios básicos se aprobaron el 14 de julio de 1789 y sufrieron ajustes, hasta quedar, finalmente, ratificados el 26 de agosto de 1789, por la Asamblea Nacional Constituyente, formada durante la Revolución Francesa. Esta Declaración sirvió de preámbulo para la configuración de la primera Constitución Francesa que se aprobó en 1791 y, que a su vez ha sido la fuente que ha inspirado otras declaraciones como: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1951), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1987), y muchos más.

Todas las ideas a su vez inspiradas en el espíritu filosófico de los siglos XVII y XVIII sientan las bases del marco filosófico, político, social y moral que configuran el orden jurídico dentro del cual se incluye el derecho material penal y el derecho formal penal y que instituyen el conjunto de orientaciones que se conocen como los principios constitucionales.

En el Capítulo Segundo se analizan sus presupuestos, tanto los atribuibles a su carácter cautelar, tales como los famosos “periculum in mora” -o peligro de fuga- y “fumus boni iuris” -o apariencia de título de buen derecho-, como los que no son atribuibles al carácter cautelar de la misma, como son: alarma social, frecuencia, antecedentes penales y gravedad del delito. Este apartado representa también un aspecto transcendental en el estudio de la prisión provisional, pues la no observancia de dichos presupuestos generaría importantes problemas desde la óptica de los derechos y garantías tutelados constitucionalmente, como se ha tenido ocasión de analizar en este trabajo de investigación.

La **TERCERA PARTE** de la Tesis Doctoral se titula “*ANÁLISIS COMPARATIVO. REALIDADES DEL PRESO SIN CONDENADA EN ESPAÑA Y AMÉRICA CENTRAL*”. Ésta incluye el panorama general de las regulaciones legales de la prisión provisional en España y América Central. En este punto se estudian, con respecto a cada uno de los países analizados, aspectos tales como los diferentes principios que afectan a la prisión provisional, especialmente en América Central, pues en España ya se fueron analizando, y que ésta no puede vulnerar (los principios de libertad, igualdad, legalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa...). De igual forma, se incluye el análisis de aspectos de suma transcendencia, como son los casos en que la prisión provisional puede durar hasta la sentencia definitiva, los límites que presenta y sus excepciones, las alternativas a la prisión provisional o las escalas penales de los delitos que son inexcusables.

También se incorpora en esta Segunda Parte una última sección que desarrolla el tema de la sobrepoblación de las cárceles centroamericanas tomando en cuenta dos aspectos: el preso sin condena y los derechos humanos y la magnitud de la sobrepoblación de las cárceles centroamericanas. En esta última parte se ha visto que gran parte del problema de la sobrepoblación de las cárceles latinoamericanas se puede ver agravada por el hecho de que existe un alto nivel de criminalidad en la región, al igual que se pudo observar que el incremento del delito trae aparejado el crecimiento de la alarma social, al igual que se aprecia, tal y como lo indican diversos autores e investigadores, que se ha producido un endurecimiento de las leyes penales, procesales y sustantivas, y la justicia penal ha reaccionado en diversas ocasiones multiplicando el encierro.

Se ha realizado un esfuerzo dispendioso por recoger en esta tesis las distintas formas en cómo los diferentes países que comprenden

esta investigación han articulado lo expresado en los convenios, pactos y acuerdos internacionales a los cuales están adheridos, en sus constituciones, en sus códigos penales y en sus códigos procesales penales en cuanto a las garantías constitucionales y cómo se reflejan en los mismos los presupuestos que repercuten en la prisión provisional, instituto objeto central de esta investigación.

Mención especial en el presente trabajo de investigación es el punto referente a las CRÍTICAS Y CONCLUSIONES sobre todo lo estudiado, en las que hemos intentado condensar los aspectos más destacados de la prisión provisional, tanto en España como en el resto de países, sobre todo aquellos puntos en los que existen problemas, aspectos oscuros, posibilidades distintas de regulación, posibles vulneraciones de derechos y garantías fundamentales... y lo hemos hecho con espíritu crítico, no únicamente centrándonos en el derecho positivo, sino haciendo comentarios e incluso sugerencias de reforma, y teniendo en cuenta también la jurisprudencia y la doctrina más cualificada.

Asimismo, nuestra Tesis incorpora una detallada BIBLIOGRAFÍA, en donde se han incorporado, por un lado, monografías y libros colectivos, tesis y otras investigaciones científicas, artículos doctrinales, informes y datos estadísticos de diversas instituciones, y por otro, textos legales de diferentes rangos, como las constituciones de los países estudiados, códigos, decretos y leyes utilizados para la elaboración del presente trabajo. Se ha hecho un esfuerzo por incluir también una sección dedicada a la Jurisprudencia relativa a la materia de la prisión provisional, organizada en secciones como son las siguientes: Sentencias del Tribunal Constitucional Español del año 1982 hasta las más recientes, Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2005 al 2012; Resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de Panamá desde el año 2001; o Informes del Comité de Derechos Humanos desde el año 2000, relativas a los países estudiados.

Y, en último lugar, un ÍNDICE DE CUADROS, dónde aparecen diferentes escalas penales de los delitos inexacarcables, diversos índices de sobrepoblación penitencia en América Central, la capacidad real de diferentes sistema penitenciarios y la situación de esa sobrepoblación penitenciaria, lo que entendemos que aporta una visión más clara y gráfica de las diferentes realidades estudiadas.

RESUMEN

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA

La prisión provisional o preventiva destaca por haber sido incorporada en los respectivos ordenamientos jurídicos, atendiendo a circunstancias históricas, políticas, sociales y morales del momento. Si bien en la actualidad, con su función asegurativa o cautelar, se pretende lograr el éxito del proceso y el cumplimiento de la pena en la eventualidad de que el procesado sea condenado, no siempre fue concebida de igual manera.

La prisión provisional es la medida cautelar personal más grave del ordenamiento jurídico especial. Depende su adopción (que es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, aunque se requiere petición de las partes acusadoras) de la concurrencia de una posible imputación cuyo objetivo es garantizar la persona del imputado en la tramitación del proceso y en el desarrollo eficaz de la ejecución. Al igual que en la detención, la única causa que legitima la adopción de esta medida cautelar personal¹ es la presunta comisión de un delito, existiendo motivos suficientes para creer en la responsabilidad del imputado.

¹ Ver las SSTC 89/1983 del 2 de noviembre de 1983, 34/1987 del 12 de marzo de 1987, 3/1992 del 13 de enero de 1992 y 230/1991 del 10 de diciembre de 1991.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española regula la prisión provisional en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III, en los arts. 502 al 519.

Los caracteres de fácil reconocimiento en la prisión preventiva son: su instrumentalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad. Estas mismas figuras son denominadas como características por la mayor parte de la doctrina procesal.

La prisión preventiva es la más grave de todas las medidas judiciales que se pueden adoptar en un proceso penal porque ella trunca el derecho a la libertad. Privar de libertad a una persona que aún no ha sido condenada, es una medida gravísima que debe ser puesta en práctica con mucha cautela. Habiendo llegado a este punto, consideramos pertinente recordar que la finalidad de la prisión preventiva es mantener al imputado a disposición del juez, para así asegurar el desenvolvimiento del proceso y el futuro cumplimiento de la pena.

El régimen de preventivos debe basarse en los preceptos del respeto a la integridad física del individuo, respeto a la moral del individuo y la no culpabilidad del individuo. En España, dichos preceptos están regulados en la Constitución, la L.E.Crim y Legislación Penitenciaria. En los países de Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) estos preceptos están regulados en sus respectivas constituciones, sus códigos procesales penales así como en los reglamentos de sus sistemas penitenciarios que todos poseen. Además, en todos estos países, los derechos de los presos preventivos están amparados por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que expidió la ONU en 1955.

El tema de las clases de prisión preventiva es un punto muy importante dentro del estudio de esta medida cautelar y de allí la importancia que para nosotros reviste la redacción de este aspecto del capítulo primero de nuestra tesis. La prisión preventiva puede ser comunicada, incomunicada o atenuada. La regulación de las diferentes clases debe hacerse con sumo cuidado para no lesionar ninguno de los derechos ni de las garantías que asisten a los privados preventivamente de libertad.

SEGUNDA PARTE

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y PRESUPUESTOS QUE REPERCUTEN EN LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA

Las garantías constitucionales de casi todos los países tienen su génesis, en primer lugar, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos el 4 de julio de 1776, que a su vez inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, cuyos principios básicos se aprobaron el 14 de julio de 1789 y sufrieron ajustes, hasta quedar, finalmente, ratificados el 26 de agosto de 1789, por la Asamblea Nacional Constituyente, formada durante la Revolución Francesa. Esta Declaración sirvió de preámbulo para la configuración de la primera Constitución Francesa que se aprobó en 1791 y, a su vez, ha sido la fuente que ha inspirado otras declaraciones como: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1951), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1987), y otros muchos.

De los pocos pero muy profundos y contundentes artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se desprenden un conjunto de principios como son: igualdad ante la ley (artículo primero), libertad (artículo primero), legalidad (artículo 8), presunción de inocencia (artículo 9), debido proceso (artículo 7), juez determinado por ley (artículo 7).

Se ha realizado un esfuerzo dispendioso por recoger en esta tesis las distintas formas de como los siete (7) países que comprenden esta investigación han articulado lo expresado en sus constituciones, en los convenios, pactos y acuerdos internacionales a los cuales están adheridos, en sus códigos penales y en sus códigos procesales penales las garantías constitucionales y cómo se reflejan en los mismos los presupuestos que repercuten en la prisión provisional, instituto objeto central de esta investigación.

Las medidas cautelares, vistas en forma general, buscan que durante el proceso, sea de la naturaleza que éste fuere (penal, civil u otros) el Estado se asegure que no vayan a realizarse acciones que pongan en dificultad o en riesgo la sentencia que pudiese ser condenatoria.

En el caso específico que nos ocupa, mismo que corresponde a la rama de Procesal Penal, las medidas cautelares que implican la privación de la libertad, están configuradas en el artículo 17 CE que a la letra dice:

"Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley."

El anterior numeral de la Constitución Española abre el portillo para que se pueda imponer la prisión provisional como medida cautelar. De los numerales 2 en adelante, del mismo artículo, se establece claramente la posibilidad de dictar prisión provisional o, en otras palabras, privar al imputado de su sagrado derecho a la libertad.

Un principio rector de estos textos, antes mencionados, mismos que se denominan como "derechos naturales e imprescriptibles", es la libertad. Veamos lo que dice textualmente el Artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se dio el 14 de julio de 1789. Obsérvese que se dice que los hombres nacen y permanecen libres.

"Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común."

La Constitución Española, en los numerales 2) al 4) del artículo 17 abre, de manera más concreta, un sin fin de posibilidades para que se prive al imputado de su libertad, pero por supuesto con todo un elenco de derechos y garantías para los privados de libertad y cumpliendo los presupuestos marcados legalmente.

Uno de los dos presupuestos legales atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional son el *fumus boni iuris* que "consiste en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida (si se trata de medidas cautelares del proceso penal)..." "El *fumus* necesario para adoptar la prisión provisional está expresado en las circunstancias 1º y 3º del art. 503".²

² ORTELLS RAMOS, Manuel, "El proceso cautelar", en *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, José María Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1996, p.438.

El Órgano Judicial tiene la función cautelar de decretar las medidas previstas por ley para casos concretos. Este órgano tiene el deber de acreditar la concurrencia de los requisitos normativos previstos que son: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

Lo cierto es que, para decretar una medida cautelar el juez tiene que valorar si están reunidos estos dos requisitos básicos que son: 1) probabilidad del derecho o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que viene siendo el *fumus bonis iuris* y 2) peligro de demora o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, que viene siendo el *periculum in mora*.

TERCERA PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO. REALIDADES DEL PRESO SIN CONDENADA EN ESPAÑA Y AMÉRICA CENTRAL

En esta última parte se incluye el panorama general de las regulaciones legales de la prisión provisional en España y América Central. En este punto se estudian, con respecto a cada uno de los países analizados, aspectos tales como los diferentes principios que afectan a la prisión provisional, especialmente en América Central, pues en España ya se fueron analizando. De igual forma, se incluye el análisis de aspectos de suma transcendencia, como son los casos en que la prisión provisional puede durar hasta la sentencia definitiva, los límites que presenta y sus excepciones, las alternativas a la prisión provisional o las escalas penales de los delitos que son inexcusables. Por último se hace un análisis comparativo referido a la sobrepoblación de las cárceles centroamericanas.

El Código Penal Español clasifica las penas en tres categorías: graves, menos graves y leves. Las penas graves tienen su expresión, en

el caso de la prisión provisional, en aquellos delitos que tengan pena de prisión prevista. Atendiendo específicamente el tema de los delitos que son inexcusables, comenzamos por anotar que el Código Penal establece en su artículo 34.1, literal a) que se considera pena grave "La prisión superior a cinco años." Hay otras penas graves que no vamos a revisar porque no están vinculadas al tema de la prisión provisional. En el caso de penas tipificadas como menos graves éstas incluyen en el artículo 34.2 literal a) "La prisión de tres meses hasta cinco años."

El Código Penal Español establece, claramente, en su artículo 34, que las medidas cautelares, incluida en éstas la prisión provisional, no son penas. Asimismo, el Código Penal Español (artículo 36.1) determina la escala general de pena de prisión siendo la mínima de tres (3) meses así como la máxima de veinte (20) años, pero deja, en el mismo artículo, abierta la posibilidad de que la pena de prisión pueda ser superior a veinte años cuando señala lo siguiente: "...salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de presente Código."

Por otro lado, se observa que la legislación española (Artículo 66 CP) establece que, dependiendo de las circunstancias atenuantes o agravantes o tratándose de delitos dolosos, se podría aplicar la pena en la mitad superior de lo que la ley fije para el delito. En el caso de que las circunstancias sean agravantes y no haya ningún atenuante se puede aplicar la pena superior en grado a la establecida en su mitad inferior. Por otro lado, si hay circunstancias agravantes de reincidencia y el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por tres delitos tipificados por el Código Penal Español como correspondientes a la misma naturaleza entonces se puede aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate. En este caso se tomarán en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito cometido.

Según estudios realizados por el Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA) se ha podido establecer que en América Latina, incluyendo América Central en ésta, se han ido produciendo reformas a los sistemas de la justicia criminal que han afectado en distinto grado a todos los países de este continente. Los países de América Central se constituyen en la muestra de América Latina que se comparará con España en cuanto a las garantías constitucionales y la prisión provisional, que es el objeto central de esta tesis doctoral.

Observaremos, a continuación, que el primero de los países centroamericanos en reformar el Código Procesal Penal fue Guatemala, cuya reforma se produjo en 1992, mediante el Decreto N° 51-92, que entró en vigencia en 1994. Por otro lado, se verá que el último de este conjunto de países en reformar su sistema de justicia criminal fue Panamá, el cual dispone de un nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Ley N° 63 de 2 de julio de 2008, modificada por la Ley N° 48 de 1 de septiembre de 2009 (Publicadas, respectivamente, en las Gacetas Oficiales: N°26114 de 29-8-2008 y N°26358-A de 1-9-2009) y que entró en vigencia el 2 de septiembre de 2011.

En una posición intermedia entre Guatemala y Panamá se encuentran, en orden secuencial: Costa Rica, país que reformó su Código Procesal Penal, mediante Ley N° 7594 de 10 de abril de 1996 y que entró en vigencia en 1998; El Salvador, que promulgó un nuevo Código Procesal Penal, mediante Decreto Legislativo N° 904 de 1996 y que, al igual que Costa Rica, entró en vigencia en el año 1998. Seguidamente, se encuentra Honduras que modificó el Código Procesal Penal, mediante Decreto N° 9-99-E de 1999, pero que no entró en vigencia sino hasta el año 2002. Finalmente, está Nicaragua que dispuso de un Código Procesal Penal, aprobado mediante Ley N° 406 de 2001 y que se hizo vigente en el 2002.

A manera de observación general de los sistemas procesales penales de América Central, se verá que los mismos han ido abandonando el sistema inquisitivo tradicional para ir acogiendo el sistema acusatorio. La principal crítica que se ha venido haciendo en los últimos decenios al sistema inquisitivo ha sido, en un aspecto relevante: el instituto de la prisión provisional.

Lamentablemente, aunque se han adoptado los procesos acusatorios se ha observado que prevalecen las prácticas inquisitivas, aún bajo las nuevas legislaciones. Las presiones de las distintas coyunturas políticas han ido poniendo énfasis para que el tema relativo a la represión eficaz frente al crimen adquiriera mayor relevancia que el tema de los derechos humanos³. La situación de la prisión provisional no ha cambiado para mejorar en tanto que, por ejemplo, en el Seminario Internacional "Desafíos de la Prisión Preventiva en la Reforma Procesal Penal: evaluación y perspectiva", organizado por CEJA, Open Society, Justice Initiative y la Universidad del Rosario de Bogotá, se concluyó que "la problemática de la prisión preventiva en América Latina hoy es mucho más compleja de lo que fue en el pasado".

Sin embargo, es propio reconocer que las reformas en los procesos penales en América Latina han traído consigo cambios paradigmáticos importantes como son: el establecimiento de claras diferencias entre las funciones de investigación, control del proceso de la investigación, la acusación y determinación de la responsabilidad penal, dado que en los procesos anteriores estas funciones estaban concentradas en las figuras del Fiscal y del Juez de Instrucción, lo que dificultaba el control de mérito de las decisiones que se tomaban por las mismas figuras que llevaban todo el proceso. Los nuevos procesos han

³ RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, Evaluación y perspectivas*, CEJA-JSCA, San José, 2009, p. 9 y ss.

establecido separación de funciones y de roles en tres ámbitos distintos: la investigación del delito, el juzgamiento y la persecución penal.⁴

Uno de los motivos principales que llevó a reformar los códigos de procedimientos penales en América Latina fue el tema de la prisión provisional, en virtud de que se trata de un instituto que se ha convertido en una pena anticipada. Una deficiencia notoria que se evidenciaba en el sistema inquisitivo de los procesos penales en América Latina y que representaban una violación a los derechos humanos era que el formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites operativos para su duración hacían que los procesos se prolongaran por largo tiempo con lo cual la posibilidad de aplicar una pena no aparecía como una posibilidad real. A ello se suma que producto del carácter escrito y formal del procedimiento era común que un imputado preso no contara con una defensa real. Es decir, podía aparecer en el papel (en el expediente) designado un defensor, pero sin que en la práctica ello se tradujera en una actividad de defensa efectiva, incluso muchas veces sin que importara el mínimo contacto entre abogado y defendido."

CARRANZA explica la situación del preso sin condena en América Latina, del siguiente modo: "Los presos sin condena, teóricamente, están amparados por el principio de inocencia y por las garantías del debido proceso, que debe ser rápido, sin afectar por ello el derecho de defensa. Sin embargo, en los hechos, la mayoría de los países de la región exhiben un gran número de presos sin condena que permanecen en prisión por largos períodos de tiempo, y que no obstante la prisión preventiva de que fueron objeto, son posteriormente puestos en libertad por haber sido declarados inocentes. El número de causas iniciadas (con o sin presos) que resultan en condena, es muy bajo."⁵ Por su parte,

⁴ RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio, *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, Evaluación y perspectivas*, op. cit., p.22.

el Centro por la Justicia y el Derechos Internacional (CEJA) también hace referencia al uso desmedido de la prisión provisional en América Latina y describe el escenario así: “El porcentaje de personas sin condena es alarmante: un 60% a nivel regional, alcanzando un 79% en países como Honduras. En relación con la sobrepoblación, la estadística regional alcanza un 40%, y hasta un 50% en países como Chile. Por ejemplo, Uruguay ocupa el tercer lugar en el número de reclusos en proporción a la población nacional (7.200 personas privadas de libertad con poco más de 3 millones de habitantes), solamente detrás de Panamá y Chile.”⁶

CEJIL también se refiere a los malos tratos que reciben algunos presos en América Latina, cuando indica que: “Es también importante destacar la absoluta indefensión jurídica de los/as presos/as frente a los abusos y violaciones de derechos humanos provocados por funcionarios/as penitenciarios/as. Hay miles de personas, en su mayoría de escasos recursos, que no tuvieron la oportunidad de acceder a una adecuada representación legal, que purgan condenas prolongadas por la comisión de delitos menores. En otro orden, los homicidios y suicidios al interior de las prisiones latinoamericanas ocurren en una proporción mayor que en la vida en libertad, se calcula que hasta en una proporción de 25 a 8 veces mayor.”⁷

En este sentido, RODRÍGUEZ indica que: “Las condiciones carcelarias en toda América Latina y el Caribe – donde las personas

⁵ CARRANZA, Elías, HOUED, Mario, LIVERPOOL, Nicholas J. O., MORA, Luis P., RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 16.

⁶ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *Las personas privadas de libertad en las Américas*, Gaceta No. 29, 2008, en: <http://cejil.org/publicaciones/gaceta-n%C2%BA-29-las-personas-privadas-de-libertad-en-las-americas>, p.1.

⁷ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *Las personas privadas de libertad en las Américas*, op. cit. p. 1

privadas de libertad se encuentran hacinadas, carecen de alimentación adecuada, servicios sanitarios y atención de salud- constituyen una de las mayores violaciones a los derechos humanos y configuran muchas veces un tratamiento cruel, inhumano y degradante.”⁸

El hecho cierto es que existe un debate discursivo que se promueve a favor y en contra del uso en menor o en mayor escala del instituto de la prisión provisional que lleva, en todos los casos de Centroamérica, al hecho de que por más ágiles que hayan resultado las modificaciones procesales en algunos, que aún nos encontramos, como dice Manuel KEES con que: "ya no será posible distinguir entre objetivos sustanciales y procesales... Para los partidarios del sustantivismo liberal abolicionista -tesis sostenida actualmente por diversos autores- la prisión preventiva es ilegítima porque consiste en una restricción de la libertad equiparable a la pena de prisión. Al legitimarse la equiparación de trato entre condenados e imputados, se niegan o desnaturalizan -con relación a estos últimos- los principios de culpabilidad e inocencia y las garantías de juicio previo y defensa en juicio".⁹ Coincidimos con el autor en cuanto a que la crítica radica también en que aún imaginando una ejecución en óptimas condiciones, de cualquier manera resultaría dificultoso diferenciar la pena de la medida cautelar, pues se trata de dos modos graves de afectación de la libertad ambulatoria.

El mantenimiento en prisión del preso sin condena, llámese como se llame, hace difícil para no decir casi imposible, distinguir como

⁸ RODRÍGUEZ, María Noel, "Panorama de los sistemas penitenciarios en América Latina y el Caribe desde una perspectiva de los Derechos Humanos", *Proyecto Mujeres privadas de libertad en América Central*, ILANUD, San José, 2003, en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_docpolicia/curso%20noel%20doct.htm, p.2 y 3.

⁹ KEES, Juan Manuel, "La peligrosidad en las medidas personales de coerción", Revista Pensamiento Penal, Publicación quincenal de la Asociación Pensamiento Penal, Río Negro, 2011, p. 5. Disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/41kees_1.pdf

intenta el sustancialismo liberal de que no se trata de una pena o de la tesis procesalista de que se trata de un instituto para asegurar el proceso. El encarcelamiento siempre va a ser el mismo porque se van a recrear en él los mismos quebrantos, los mismos sufrimientos, el mismo alejamiento, el mismo desgarramiento familiar, los mismos traumas físicos y psicológicos, la misma precariedad económica, la misma desvalorización social, no importa si se trata de un encarcelamiento punitivo o de uno preventivo, de allí que, invariablemente, la prisión preventiva es un instituto que contraviene los más elementales principios sobre los que se centra todo el entramado de los derechos humanos.

El número de presos sin condena en nuestros países está condicionado, en alta medida, por cuál de las corrientes filosóficas o dogmáticas sobre la prisión provisional haya cobrado mayor fuerza entre los políticos, el poder judicial, los medios de comunicación y la comunidad de juristas. Es así que imperan, en la actualidad dos grandes corrientes: la procesalista, para la cual la prisión preventiva consiste en un encierro preventivo excepcional con fines cautelares para asegurar el proceso y la corriente sustancialista, que postula el empleo del encierro cautelar para satisfacer fines y necesidades extraprocesales, propios del derecho penal material, sustantivo o de fondo, al margen de valoraciones de corte procesal, tales como: prevención del delito, evitar la reiteración delictiva, disminuir la tasa de criminalidad, impartir mensajes simbólicos contra el crimen y otras.¹⁰

Los derechos humanos del imputado se ven con desinterés, por cuanto los medios de comunicación social venden culpabilidad y no inocencia, el "etiquetamiento del imputado es inexorable". Después que comunican a la audiencia temas de muertes atroces, violencia,

¹⁰ GONZÁLEZ FERREYRA SOLÁ, Jorge I., *Debido proceso y prisión preventiva: Una lectura constitucional del encierro procesal*, S/E, S/F. p. 9. Disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/doctrina04_1.pdf

secuestros y otros tópicos morbosos se ha creado un condicionamiento clásico que hace que se "genere un mar de opiniones dispares y en todos los tonos: hay que matar a todos, dejar actuar a la policía para que dé palos, aplicar el talión, tener buenas cárceles para resocializar..."¹¹ Entonces, después de tanta parafernalia a través de los medios de comunicación masiva y de la Web 2.0, presente en la mayor parte de nuestro cotidiano vivir, a ¿quién le preocupa la alarmante cifra de presos sin condena que malviven en nuestros sistemas penitenciarios?.

El problema de la sobrepoblación de las cárceles de América Latina ha sido tan grave que muchos países llevan años tratando de buscarle una solución y por eso se han visto en la necesidad de reformar el sistema de justicia penal. DUCE, FUENTES y RIEGO se refieren a los motivos de la reforma, del siguiente modo: "Durante los últimos veinte años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente. Las razones que motivaron este proceso de reforma son de distinta índole, encontrándose dentro de ellas, y de manera muy general, los abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia de este en la persecución penal. Este proceso de reforma alcanzó a la mayoría de los países del continente y se ha orientado en general en la misma dirección: reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio."¹²

Gran parte del problema de la sobrepoblación de las cárceles latinoamericanas se puede ver agravada por el hecho de que existe un

¹¹ LOJA VEGA, Walter, "El imputado no es culpable", Revista digital *Alerta Informativa*, pp. 6-7. Disponible en: www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/.../descargar.php?i...

¹² DUCE, Mauricio, FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectiva*, op. cit., p. 31.

alto nivel de criminalidad en la región. De un estudio de 198 países de todo el mundo con tasas de homicidios elevadas se tiene que de los diecisiete (17) con las tasas más elevadas, nueve (9) corresponden a América Latina. De los diecisiete países con tasas de 30 o más homicidios por cada cien mil habitantes tenemos en el segundo nivel más alto del mundo a El Salvador con una tasa de 57.5, en el cuarto lugar Guatemala con 36.4, en el sexto lugar a Honduras con 32.2, en el décimo primer lugar a Nicaragua con 17.4, en el décimo segundo lugar a Panamá con 13.4 y en el décimo tercero a Costa Rica con 7.3.¹³ Lo anterior tiene una fuerte implicación para el trabajo de investigación sobre la prisión provisional que se realiza porque tenemos que entre los primeros trece países del mundo con los más elevados índices de homicidios se encuentran los seis países de América Central objeto de este estudio de derecho comparado con España. Como se observa, ninguno ha escapado a esta situación por cuanto comparten este elemento en común.

Tal y como expresa CARRANZA, el incremento del delito trae aparejado el crecimiento de la alarma social, con frecuencia multiplicada por los medios de comunicaciones de masas. Ha habido también un endurecimiento de las leyes penales, procesales y sustantivas y la justicia penal reaccionó multiplicando el encierro¹⁴. Todo esto se traduce, a la postre, en un crecimiento acelerado de la sobrepoblación penitenciaria, lo cual a su vez trae consigo el incremento en los "suicidios intracarcelarios y toda clase de violaciones a los derechos humanos que ocurren, paradójicamente, como resultado del accionar del mismo sistema de justicia penal que tiene por función

¹³ CARRANZA, Elías, "Visión Empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina", en: LANDER, Adriana et al, *Las reformas al sistema de justicia penal en Japón y en América Latina, logros, problemas y perspectivas*, ILANUD/Naciones Unidas, Agencia de Cooperación Internacional de Japón, JICA, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, San José, 2011, p. 9.

¹⁴ CARRANZA, Elías, "Visión Empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina", *op. cit.*, p. 10.

sancionar los delitos, (y eventualmente prevenirlos, si aceptamos como una de sus funciones la de prevención general de la criminalidad)"¹⁵. Entre los años 1992 a 2008 se duplicaron las tasas de privaciones de libertad en Costa Rica, Panamá y El Salvador, encontrándose este último país muy cercano a triplicarla.¹⁶

¹⁵ CARRANZA, Elías, "Visión Empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina", *op. cit.*, p. 10.

¹⁶ CARRANZA, Elías, "Visión Empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina", *op. cit.*, p. 10.

CRÍTICAS Y CONCLUSIONES

I

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

II

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

III

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

IV

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

V

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

VI

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

VII

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

VIII

La prisión preventiva puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, porque en muchas ocasiones se adopta la medida teniendo como fundamento la presunción de culpabilidad. Por ello proscribimos tales conductas y abogamos por una regulación real de la prisión provisional partiendo de la presunción de inocencia en todo caso.

IX

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

X

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

XI

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

XII

El detenido estudio del desarrollo de la prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España pone de manifiesto que existe, en nuestro concepto, un vacío legal respecto al preso preventivo que, por las razones que fueren, su causa se ha dilatado y se ha excedido del plazo razonable. Lo que expresa el artículo 504.6 de la

referida Ley son sólo declaraciones llenas de vaguedades como aquella de "imprimir celeridad". Lo mismo sucede con el artículo 528 LECrim que señala que se debe "dilatar lo menos posible". Bien sabemos que los términos que no se expresan en números concretos dejan muy amplio margen a interpretaciones y aplicaciones llenas de subjetividades.

XIII

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

XIV

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

XV

Hemos apreciado una marcada inconsistencia en el desarrollo de varios de los códigos procesales penales de Centroamérica así como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España en tanto que no se expresa en ellos que la libertad provisional debe ser la norma y no lo "excepción" porque en todos se menciona la misma como "medida alternativa" a la prisión provisional. Se observó que en España la LECrim desarrolla la libertad provisional dentro del contexto del articulado referido a la prisión provisional en lugar de haberle dado a la libertad provisional un desarrollo independiente e incluso previo a aquel de la prisión provisional.

XVI

El tiempo de duración de un imputado en situación de prisión provisional está estrechamente vinculado a la agilidad de los procesos penales. Se aprecia un intento, en algunos casos infructuosos, de las reformas procesales de América Central, por apegarse a las corrientes modernas que buscan que la prisión preventiva dure lo menos posible y cuando las necesidades y urgencias del procedimiento lo exigen. Asimismo, se tiene que, en algunos países, como Costa Rica, la Sala Constitucional de este país ha sido clara al expresar que la justicia debe ser pronta y que la duración excesiva es una violación al derecho a este mismo principio, pero al mismo tiempo se ha pronunciado en el sentido de que los plazos razonables serán establecidos, según cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora y las pautas y márgenes ordinarios del tipo del proceso que se trata. De lo anterior se apreció que aún ese país que tiene un margen relativamente bajo, comparativamente con otros, de presos preventivos (22%), aún así puede darse el caso de que los mismos se mantengan en estado de prisión provisional hasta su condena. Asimismo, se observó que el análisis de la legislación de El Salvador podría permitir que en aquellos casos de delitos que tienen prevista pena de dos (2) años el imputado pueda permanecer en estado de detención preventiva hasta el límite de la pena, lo que representaría una condena anticipada. En el caso de Guatemala hay un vacío legal sobre el tiempo que puede permanecer el preso provisional en esa situación e, incluso, el análisis de la normativa permite inferir que la prisión provisional puede durar también en ese país hasta la sentencia. En Honduras la situación es aún más grave en cuanto a la duración de la prisión preventiva en tanto que se establece

en su Código Procesal Penal que la misma puede durar hasta que la sentencia esté firme. Por su parte Nicaragua ha intentado en su nuevo Código Procesal Penal delimitar los plazos de la prisión provisional con poco éxito, en tanto que la redacción está plagada de imprecisiones. Las normas de Panamá sobre el plazo de la prisión preventiva son claras en que ésta no se puede extender hasta la condena pero varios juristas opinan que en la práctica se ven constantemente situaciones donde el preso preventivo se mantiene en esa situación hasta el momento de su condena o absolución.

XVII

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

XVIII

En las legislaciones de los países del istmo centroamericano estudiados existen diferentes modalidades jurídicas que podrían viabilizar la libertad provisoria antes de la sentencia de primera instancia que se sintetizan en: la revisión que mensualmente debe hacer el juez, en algunos países, sobre la necesidad de mantener o

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

XIX

En lo que respecta a la fijación de los plazos se ha observado que en más de una ocasión y, en particular en los casos de Guatemala, y en algunas situaciones de Nicaragua, estos se fijan utilizando términos que llevan a interpretaciones contradictorias. Mientras que en algunas expresiones del Código Procesal Penal de Guatemala todo pareciera indicar que la intención es que la prisión provisional no se extienda más allá de un (1) año, en otros apartes del mismo código se expresa que se espera que la misma "no exceda la condena que se espera". Las contradicciones tienden a exacerbarse cuando, en el Código Procesal Penal de este país, se establece en su artículo 268.3 que la prisión provisional podría durar hasta tres meses más si se ha

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

XX

Las diferentes reformas a los sistemas procesales penales llevadas adelante en la región latinoamericana, a partir de la década del noventa, tenían como elemento articulador la revisión del uso del instituto de la prisión preventiva y parecía haber un consenso entre juristas y sociedad civil sobre la necesidad de modificar el mismo para evitar atentar contra los Derechos Humanos de los imputados. Es por este motivo que se observó que en mayor o en menor medida se incorpora en los códigos reformados de Centroamérica otras medidas cautelares como alternativas a la prisión preventiva. Incluso se notaron avances sustanciales en algunos al colocar a la prisión preventiva en el último lugar de las medidas cautelares cuando fueron enunciadas con algún orden lógico o conservando visos de una verdadera "lógica cautelar". Debemos acordar que se hizo un esfuerzo cognitivo, legislativo y concordante con los principios de presunción de inocencia,

libertad, igualdad, legalidad, oportunidad, que preconizan los convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos a los cuales está adscrita no sólo España sino todos los países del istmo Centroamericano y que se intentó, por los legisladores, garantizar, en los diferentes códigos revisados, el respeto a las garantías constitucionales. Dentro de la llamada lógica cautelar se trató, en mayor o en menor grado, que los dos presupuestos para decretar la prisión provisional fueran: el peligro de fuga y el peligro para la investigación, aunque, como bien se analizó en cada uno de los códigos procesales penales de Centroamérica estudiados, no se recoge en todos sólo estos dos presupuestos. En diferentes países se han incorporado, en sus códigos procesales, otros presupuestos como: peligro para la sociedad, peligro para la víctima, reincidencia y alarma pública. A más de 15 años de las reformas de los códigos procesales penales de América Latina nos encontramos con una contrarreforma o un movimiento a la inversa que aquella expresada en algunos códigos procesales penales, en lo que respecta a la regulación y aplicación de la prisión preventiva, con visos que presentan un renacimiento de lo que originalmente estos códigos pretendían evitar. De allí surgen decretos y leyes especiales que han ido endureciendo y facilitando, en la actualidad la procedencia de esta medida hasta alcanzar, como se observó en la mayoría de los países, un largo listado de delitos inexcusables, lográndose con ello un uso más agresivo de la prisión preventiva.

XXI

El encarcelamiento siempre va a ser el mismo porque se van a recrear en él los mismos quebrantos, los mismos sufrimientos, el mismo alejamiento, el mismo desgarramiento familiar, los mismos traumas físicos y psicológicos, la misma precariedad económica, la misma desvalorización social, no importa si se trata de un encarcelamiento punitivo o de uno preventivo, de allí que, invariablemente, la prisión preventiva es un instituto que contraviene los más elementales principios sobre los que se centra todo el entramado de los derechos humanos. Es preocupante que los hallazgos de esta tesis nos conduzcan a la observaciones de las situaciones en algunos países centroamericanos como El Salvador donde el 26.7% de la población carcelaria se encuentra en estado de prisión provisional, según cifras reveladas por el Centre for Prison Studies (ICPS) de la Universidad de Essex el cual dispone de cifras estadísticas al 27 de agosto de 2012. Lo anteriormente expresado conduce a concluir que un poco más de una cuarta parte de la población penitenciaria corresponde a presos sin

condena lo que implica que aún persiste la situación encontrada en el 2002 por el Proyecto de Seguimiento de las Reformas Procesales en América Latina, en el caso de El Salvador. Sin embargo, en Guatemala la situación es algo más alentadora en tanto que las investigaciones realizadas permiten observar que la tasa de prisión preventiva ha comenzado a reducir en relación directa con el decrecimiento de las detenciones policiales así como la incorporación en el nuevo Código Procesal Penal de Guatemala de las medidas sustitutivas de la prisión provisional. Las cifras estadísticas del último año, relativas a la población penitenciaria, también revelan la disminución de la prisión preventiva en Honduras y que este descenso podría obedecer al hecho de que existe, en el nuevo Código Procesal Penal de Honduras una variedad de herramientas normativas de las que disponen los jueces, luego de la reforma judicial, que ha incorporado un variado número de medidas de coerción, siendo la prisión preventiva sólo una más. Sin embargo el porcentaje de presos sin condena en Honduras sigue siendo preocupante porque se coloca alrededor de un 50% en el año 2011. En Nicaragua se apreció, a partir del análisis de diversos informes estadísticos suministrados por diversos organismos internacionales, que los presos sin condenan abarrotan aún las cárceles de Nicaragua y que los imputados claman por una oportuna y ágil tramitación a la cual tienen derecho en virtud no sólo de lo que establece la Constitución Política de Nicaragua sino el Código Procesal Penal de este país así como los convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos de los cuales Nicaragua es signataria. Habiendo iniciado muy tímidamente la implementación del nuevo Código Procesal de Panamá es incuestionable el hecho de que el 68% de los privados de libertad en las cárceles de Panamá, que representaban en el año 2011 un total de 9,077 personas estaban en espera de juicio, o en otras palabras se trata de presos sin condena. Esta cifra se redujo un tanto en el año 2012 donde se encontró que el 65.3% de la población penitenciaria son presos sin condena.

XXII

Un elemento que tiene una fuerte implicación sobre la magnitud de la sobrepoblación penitenciaria en la región centroamericana y la repercusión de ésta en la prisión provisional es el hecho de que tenemos que entre los primeros trece países del mundo con los más elevados índices de homicidios se encuentran los seis países de América Central objeto del estudio de derecho comparado con España. Como se observa, ninguno ha escapado a esta situación por cuanto comparten este elemento en común. Entre los años 1992 a

2008 se duplicaron las tasas de encierro en Costa Rica, Panamá y El Salvador, encontrándose este último país muy cercano a triplicarla. Los dos países con mayor sobrepoblación penitenciaria, vista a partir del indicador de la densidad por cada cien plazas para el año 2007 son: en primer lugar, El Salvador con una densidad de 162, seguida de Panamá con 161. Por su parte, España país que se estudia conjuntamente con Centroamérica en esta tesis doctoral tuvo, en el período (1995-2005), un incremento de su población presa de 52.5%, siendo el cuarto país de los veintidós (22) de Europa Occidental en crecimiento de su población penitenciaria. Tal y como fue comentado en el texto de la tesis este es un fenómeno que ha comenzado a adquirir características mundiales. Lo anterior nos lleva a comprobar que el fenómeno del incremento del crecimiento de la delincuencia y la consecuente alarma social que esta provoca, trayendo como consecuencia el endurecimiento no sólo de las penas sino de la población penitenciaria, no es exclusivo de los países pobres en vías de desarrollo sino que es global. Las reflexiones anteriores nos llevan a confirmar que la situación del delito es producto, en gran medida del fenómeno de la globalización que conduce a que los criminólogos y científicos sociales busquen respuestas que no conlleven penas privativas de libertad, porque un número importante de los privados de libertad forman parte de las capas más desposeídas de la población y cuyo empobrecimiento se ha venido agudizando precisamente como resultado de las prácticas descarnadas del capitalismo salvaje.

XXIII

El Salvador tiene la más alta tasa de sobrepoblación en prisión, por 100,000 habitantes, de toda Centroamérica, llegando a ser en el año 2010 de 391. A fines de agosto de 2012 llegó a alcanzar la tasa de 425 presos por cada 100,000 habitantes. El país que le sigue más cerca es Panamá con una tasa de 349. Valga decir que España, país que también participa en este estudio de derecho comparado, tiene una tasa de población presa de 159 y sólo a manera de referencia consideramos importante destacar que la más elevada del mundo es la de Estados Unidos con 743.

En el marco de la Primera Conferencia Internacional sobre Estadísticas de Gobierno, Seguridad Pública, Victimización y Justicia se definió la sobrepoblación penitenciaria, llegándose a establecer que la misma corresponde al "Exceso de personas privadas de libertad sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista, midiéndose dicha sobrepoblación por medio de la densidad carcelaria por cien plazas". Por otro lado se estableció que se considera una sobrepoblación crítica la

densidad igual o superior a 120%. Según los datos estadísticos del International Centre for Prison Studies, aportados en el desarrollo de nuestro trabajo de investigación, la mayor parte de los países la sobrepasan con creces. Esta situación debe cambiar.