

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DETENCIÓN PREVENTIVA*

Douglass Cassel

*Director Ejecutivo, Instituto Internacional de los Derechos Humanos
Facultad de Derecho, Universidad DePaul Chicago, Estados Unidos de América*

Quisiera abordar los tres temas siguientes: primero, un marco teórico; segundo, los requisitos principales de los tratados internacionales aplicables a la detención preventiva; y tercera, una inquietud en cuanto a unos nuevos códigos y proyectos de reforma en varios países de la región.

I. MARCO TEÓRICO

Tal como bien lo expresó ayer el Magistrado Daniel González Álvarez de la Corte Suprema de Costa Rica, en la problemática de la detención preventiva están en juego dos intereses divergentes. Por un lado, hay la demanda del público para seguridad frente a la delincuencia, y el deber correspondiente del Estado de proporcionarla. Por otro lado, hay libertades fundamentales de cada persona acusada de delito, las cuales son destinadas a minimizar el riesgo de que un inocente sea condenado y castigado, y a garantizar un nivel mínimo de humanidad en el trato de todo imputado, sea o no culpable.

Como agregó el Señor Magistrado, esta divergencia no quiere decir que los dos intereses necesariamente estén en conflicto irremediable. Sí quiere decir que cualquier sistema de Derecho Procesal Penal tiene que acomodar a los dos conjuntos de intereses.

Si se logra castigar sin respetar a los Derechos Humanos, el sistema viola no solamente unos requisitos procesales técnicos sino unos valores

* Ponencia en la CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE PRISION PREVENTIVA, San José, Costa Rica - 29 de agosto de 1995.

humanos que son fundamentales y, si bien no universales, al menos son ampliamente compartidos. Si aceptamos, por ejemplo, el encarcelamiento prolongado en condiciones subhumanas de una persona, cuando ni siquiera haya sido fehacientemente comprobado su culpabilidad de un delito, cabe preguntarnos, ¿Quiénes somos, y quiénes queremos ser?

Por otro lado hay el interés del público en la seguridad contra la delincuencia. Si diseñamos un buen sistema de Derecho Procesal Penal que respeta plenamente a los Derechos de los imputados, pero que no garantiza en medida razonable la seguridad del público, ni los ciudadanos ni los gobernantes lo aguantarán. Tarde o temprano, el público logrará el rechazo de tal sistema. Es decir, un sistema de Derecho Procesal Penal que no se preocupa por combatir de manera eficaz la delincuencia, no es nada más que una especie de suicidio institucional.

Por lo tanto, el punto de vista de la protección de los Derechos Humanos no implica una preocupación solo por un lado. Hay que tomar en cuenta los dos conjuntos de intereses.

Esto sí se refleja en el paradigma –el modelo paradigmático– del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este modelo busca un Estado de Derecho, en que las normas, los procesos y las instituciones del Derecho Procesal Penal sirven tanto para promover la investigación y sanción eficiente del delito, como para proteger al individuo que se encuentra bajo sospecha o acusación de delincuencia.

En materia de Proceso Penal, el Estado de Derecho contempla lo siguiente:

1. Que el Estado debida y previamente investigue y procese, y luego sancione, los delitos.
2. Que el Estado destine, y pueda destinar, los recursos económicos necesarios como para cumplir con esta misión fundamental de la Administración de Justicia.

Esto no es ni fácil ni barato. Para que funcione el modelo paradigmático, se necesitan investigadores capacitados, competentes y con las medidas necesarias para buscar y hallar la verdad. Se necesitan juzgadores también capacitados y competentes, y de alta calidad moral e intelectual. Se necesitan abogados competentes por las dos partes. E instalaciones físicas, personal de apoyo, etc.

En otras palabras, en términos económicos, cuesta mucho cumplir con el modelo para llevar a cabo una investigación real, seria y profesional, y un juicio justo y adecuado.

3. El modelo paradigmático insiste además en una amplia gama de Derechos para el procesado, y que sean cuidadosamente respetados.

Esto cuesta aún más.

4. Y finalmente, el modelo reconoce que aún un sistema bien diseñado tendrá errores. Por eso se necesitan mecanismos de control, tanto al nivel nacional, los cuales son prioritarios a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como al plano internacional, los cuales son subsidarios. Así, otra vez más, se agregan costos adicionales.

¿Qué pasa entonces si el Estado, en la realidad, no tiene los recursos, o no tiene la voluntad política como para asignar los recursos, para una Administración de Justicia que intenta satisfacer este modelo paradigmático?

Se utiliza, pues, un modelo alternativo.¹ Este modelo muy poco tiene que ver con el Estado de Derecho. En este modelo, se responde a la demanda pública para la seguridad, por medio de detener a alguien no importa si sea culpable o no, encarcelarlo durante meses o años sin juicio previo y efectivamente sin ningún derecho, siempre en condiciones por las cuales el Estado paga menos de lo mínimo necesario para mantener condiciones humanas; para, al fin, en la mayoría de los casos dejarlo con libertad, o bien absuelto, o bien condenado pero ya lo suficientemente castigado antes del juicio.

Este modelo —que constituye la triste realidad en diversos países— efectivamente evade casi la totalidad de los Derechos Humanos en materia penal. En ello no hay real debido proceso legal, ni derecho a defensa, ni mucho menos presunción de inocencia, ni respeto al principio de la legalidad. Este modelo sustituyente sirve para castigar, pero no para respetar a los Derechos. Es como un desvío, una carretera de circunvalación, que ni siquiera toca a la capital de los Derechos Humanos. Es un modelo no digno de la humanidad.

En este marco teórico, la problemática de la detención preventiva no es solamente violatoria de tal o cual requisito del Pacto de San José, sino que refleja una evasión, si no total, al menos amplio y profundo, del conjunto de los derechos consagrados en el Pacto. Es un modelo alternativo, ajeno al

1 Aunque en la realidad contemporánea el modelo tiene efectos —y hasta motivos— económicos, sus raíces son antiguas, y tienen que ver con factores ideológicos, doctrinarios y culturales. Véase, por ejemplo, José Artiga Sandoval, *Notas de Derecho Procesal Moderno*, Ediciones Ultimo Decenio, Ministerio de Justicia, San Salvador 1995, capítulos 1, 2 y 3. Sin embargo, ha resultado conveniente para el presupuesto público de varios Estados hoy en día seguir con este modelo obsoleto.

modelo paradigmático que es implícito en el Derecho Internacional en materia de los Derechos Humanos.

II. REQUISITOS DE LOS PACTOS APLICABLES

Sin embargo, cabe señalar y comentar algunos de los requisitos específicos violados por los sistemas que utilizan la detención preventiva para sustituirles a una verdadera Administración de Justicia.

En las Américas los dos pactos principales aplicables son la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José, un tratado de la Organización de los Estados Americanos;² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un tratado de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante "el Pacto de la ONU").³

Todos los países aquí representados han ratificado los dos pactos con la excepción lamentable de los Estados Unidos, que han ratificado el pacto de la ONU, pero no la Convención Americana. Más aún, Centroamérica, con México y Brasil, son Estados Partes de los dos pactos.

Faltando tiempo para tratar de todos los Derechos afectados por la práctica de la detención preventiva, voy a enfocarme en las disposiciones de los dos pactos –Artículo 7 de la Convención Americana y Artículo 9 del Pacto de la ONU– que consagran el Derecho a la libertad física de la persona.

Los dos artículos son muy relacionados. Su texto es muy similar, hasta con varias frases idénticas. Esto no es de sorprender. La Convención Americana fue negociada en San José en 1969. Su borrador principal fue el texto elaborado por el Comité Jurídico Interamericano en 1959. Este último, a su vez, tomó como antecedente principal el borrador del Pacto de la ONU, elaborado a principios de los años cincuentas, por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

Sin embargo, hay diferencias entre los dos artículos. Por ejemplo el Artículo 9 del Pacto de la ONU dispone que la detención preventiva no debe de ser la regla general, sino excepción. También dispone que hay derecho

2 Hecha en San José, 22 de noviembre de 1969. Entró en vigencia, 18 de julio de 1978. O.E.A. Serie de Tratados No. 36, O.E.A./Ser. L/V/II.23 doc. 21 rev. 6 (1979).

3 Hecho en Nueva York, 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia, 23 de marzo de 1976. U.N.G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/ (1967).

a reparación para cualquier persona ilegalmente detenida. La Convención Americana no contiene ni la una ni la otra. ¿Cómo debe interpretarse estas u otras discrepancias?

Para un Tribunal nacional facultado para dar aplicación a tratados vigentes en su régimen jurídico interno, no resulta ningún problema serio. El Artículo 29.b de la Convención Americana, en cuanto a "Normas de Interpretación", dispone lo siguiente:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

.....

"b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados."

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

Por lo tanto, un Tribunal nacional debe aplicar el conjunto de los derechos consagrados en los dos pactos, siempre utilizando la norma más favorable al detenido.

Si se analiza este conjunto de derechos que se garantiza en el Artículo 7 de la Convención Americana y en el Artículo 9 del Pacto de la ONU, se pueden identificar los siguientes doce requisitos para que la detención preventiva respete el derecho de libertad personal. En su conjunto, estos requisitos facultan a Tribunales con una amplia gama de criterios jurídicos como para mantener un control judicial eficaz de la detención preventiva.

Los doce requisitos son los siguientes:

1. **Garantizar Libertad.** Toda persona tiene derecho a la libertad (CA 7.1, ONU 9.1). Cuando se lee en combinación con el deber positivo del Estado, según el Artículo 1.1 de la Convención Americana, de "garantizar" el goce efectivo de los derechos, esta primera disposición va mucho más allá de lo retórico.

El Artículo 1.1 establece que, los "Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona..." Esto implica que el Estado tiene el deber no solamente de no violar ("respetar") los derechos, sino tomar medidas positivas para protegerlos ("garantizar").

Más aún, tal como fue decidido por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso *Velázquez-Rodríguez* (1988), párrafo 166, "Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención..."

Esta obligación "no se agota con la existencia de un orden normativo..., sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía..." *Id.* párr. 167.

Además, "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito..."

En el campo de la detención preventiva, este deber positivo del Estado de garantizar el derecho a la libertad personal implica, por lo menos, el deber de informarse acerca de las medidas eficaces que se están tomando en otros países; en Costa Rica, por ejemplo, tal como se ha informado en esta conferencia, y de ponerlas en la práctica, en la medida que sean factibles y adaptables a la realidad concreta de un país determinado.⁴

En otras palabras, tales medidas no son solamente prudenciales, o aspectos de una buena política de Administración de Justicia, sino que pueden ser esenciales para el cumplimiento de los compromisos del Estado de acuerdo con la Convención Americana.

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

4 Véase, por ejemplo, "La Prisión Preventiva y su Utilización en el Proceso Penal", Luis Paulino Mora Mora y Daniel González Álvarez, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, monografía para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, agosto de 1995.

3. Condiciones y Procedimientos. Nadie puede ser sometido a la detención preventiva salvo en las condiciones (CA 7.2) y con arreglo al procedimiento (ONU 9.1) establecidos por las mismas Constituciones y leyes.

Con respecto a este requisito y el anterior, la Corte Interamericana se pronunció en su sentencia en el caso *Gangaram Panday* (1994). En este caso, la Corte falló que una detención efectuada por agentes del Estado de Suriname fue ilegal, por violar las propias leyes de Suriname, y ordenó el pago de una indemnización compensatoria de \$10,000 a los familiares.⁵

En el párrafo 47 de la sentencia, la Corte explicó que estas prohibiciones de detención ilegal, en el Artículo 7.2 de la Convención Americana, significan que "nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)."

Estas disposiciones efectivamente elevan cualquier violación de ley nacional sobre detención preventiva –sea elemento formal o material– al nivel de una violación internacional. Tal y como es la importancia del Derecho a la libertad personal.

Las violaciones de las leyes nacionales en cuanto a detención preventiva también constituyen violaciones del Pacto de la ONU. Así lo ha resuelto el Comité de Derechos Humanos de la ONU, órgano competente para interpretar el Pacto, y también para tramitar denuncias de violaciones en caso de que sean en contra de Estados que hayan aceptado su competencia. En el caso de *Bolaños v. Ecuador* (1989),⁶ el Comité observó que la violación del plazo procesal de derecho interno de Ecuador, de 60 días para iniciar la acusación formal, también constituye una violación del Artículo 9 del Pacto de la ONU.

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

5 El detenido en *Gangaram* fue encontrado sin vida en el lugar de detención. Por una mayoría de 4 a 3, los jueces de la Corte Interamericana decidieron no responsabilizar al Estado de Suriname por su muerte. Véase párrafos 57-62 de la sentencia, y el voto disidente de los jueces Picado Sotela, Aguiar-Aranguren, y Caçado Trindade.

6 Comunicación No. 238/1987, Observaciones de 26 de julio de 1989, párr. 2.1, 9.

En *Gangaram Panday*, párrafo 47, la Corte Interamericana explicó que este criterio prohíbe detenciones “por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltas de proporcionalidad.”

Entre tales “otras cosas” según el Comité de la ONU, son lo inapropiado, lo injusto y violaciones del debido proceso de ley.

Ver las resoluciones del Comité en los casos *Van Alphen v. Los Países Bajos* (1990)⁷ y *Mukong v. Camerún* (1994).⁸

Además, el Comité ha resuelto que la detención preventiva tiene que ser no solamente **razonable** en todas las circunstancias (*van Alphen*, párr. 5.8) sino también **necesario** en todas las circunstancias (*Mukong*, párr. 9.8) Es de destacar que en el caso de *Oló Bahamonde v. Guinea Ecuatorial* (1993),⁹ el Comité resolvió que una detención preventiva por razón de disidencia política fue arbitraria.

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

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

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

7 Comunicación No. 305/1988, Observaciones de 23 de julio de 1990, párr. 5.8 En este caso, el Comité opinó que mantenerle detenido a un abogado quien se negó a revelar información confidencial de un cliente, aun cuando el cliente consentía a la divulgación de tal información, no fue razonable y, por eso, fue arbitrario.

8 Comunicación No. 458/1991, Observaciones de 10 de agosto de 1994, párr. 9.8.

9 Comunicación No. 468/1991, Observaciones de 10 de noviembre de 1993, párr. 9.1, 9.5.

10 Véase *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por órganos de Derechos Humanos Creados en Virtud de Tratados*, Naciones Unidas, doc. HRI/GEN/1, 4 de septiembre de 1992, p.9, párr.2.

11 Comunicación No. 277/1988, Observaciones de 26 de marzo de 1992, párr. 5.3

En su Observación General No. 8,¹⁰ el Comité de la ONU opina que esta demora no debe de exceder "unos pocos días." El Comité resolvió, en el caso *Terán Jijón v. Ecuador* (1992),¹¹ que una demora de 5 días de detención incomunicada fue violatoria de este requisito, y en el caso de *Fillastre v. Bolivia* (1991),¹² que una demora de 10 días fue violatoria.

8. Juicio Pronto. La persona detenida preventivamente también tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (ONU 9.3), sin perjuicio de que continúe el proceso (CA 7.5).

La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión de la duración permisible de un plazo "razonable." El Comité ha expresado en su Observación General No. 8, *supra*, párr. 3, que la prisión preventiva debe ser "lo más breve posible."

En varios casos, el Comité ha opinado que demoras de, por ejemplo, 31 meses (*Chiiko v. Zambia*, 1993),¹³ o de cuatro años (*Fillastre, supra*, párr. 6.5), no fueron razonables en las circunstancias. Mientras que esos plazos excedan por mucho los plazos límites propuestos o vigentes en varias reformas o proyectos de reforma en América Latina, no excedan las demoras que sufren a menudo en varios países del continente.¹⁴

También es importante que el Comité haya señalado que la apreciación de los plazos depende de los hechos de cada caso, e identificando algunos factores que sí son permisibles como para justificar demoras, y otros que no. Por ejemplo, se puede tomar en cuenta la complejidad de la investigación o falta de ella (*Fillastre, supra*, párr. 6.5 y 6.6) y la participación de la defensa en causar demoras. *Koné v. Senegal* (1994).¹⁵

Por otro lado, las demoras en juzgar al detenido no se justifican por el hecho de que la investigación se hace por escrito, o por limitaciones presupuestarias (*Fillastre, supra*, párr. 6.5).

9. Detención Excepcional. De todos modos, la detención no debe de ser la regla general (ONU 9.3), sino la excepción. Según datos recientes, el

12 Comunicación No. 336/1988, Observaciones de 5 de noviembre de 1991, párr. 6.4.

13 Comunicación No. 314/1988, Observaciones de 14 de julio de 1993, párr. 6.3.

14 Por ejemplo, durante la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva en San José, Costa Rica, en agosto de 1995, un participante de Bolivia observó que el promedio de demora en ese país puede ser de unos 4 años y 8 meses.

15 Comunicación No. 386/1989, Observaciones de 27 de octubre de 1994, párr. 8.7.

cumplimiento con este requisito es dudoso en varios países del continente, por ejemplo Uruguay, donde 85% de los presos no han sido condenados, tanto como Honduras (83%), Panamá (79%), El Salvador (77%), Ecuador (67%), Perú (67%), Argentina (Prov. de Buenos Aires) (66%), Chile (59%), entre otros.¹⁶

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

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

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

Cabe recordarse que estos doce requisitos, que se consagran en los Artículos de los Pactos sobre el Derecho de libertad personal, no son los únicos derechos que pueden aplicarse a la situación de personas que se encuentran en detención preventiva. Están fuera del alcance de este breve análisis, por ejemplo, los derechos de los procesados de estar separados de los condenados y de recibir un tratamiento distinto y adecuado a su condición de no ser condenados (CA 5.4, Pacto ONU 10.2.a); de no ser sujetos a tratos crueles, inhumanos o degradantes (CA 5.1 Pacto ONU 7); de beneficiarse de la presunción de inocencia (CA 8.2, Pacto ONU 14.2); y de ser juzgados sin dilaciones indebidas (Pacto ONU 14.3.c).

III. REFORMAS Y PROYECTOS DE REFORMA

Finalmente, mientras que aplaudo los diversos códigos reformistas y proyectos de reforma de los códigos procesales penales en materia de la prisión preventiva en América Latina, quisiera señalar una cuestión relacionada con ellos.

16 "El Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina" Elías Carranza, Proyecto Sistema Penal y Derechos Humanos, ILANUD / Comisión Europea, agosto 1995, monografía para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, p. 4, cuadro I. Es de destacar que los datos son de distintos años entre 1991 y 1995, según el país, y pueden haber habido mejoramientos en algunos países desde la fecha de los datos.

Típicamente disponen que la prisión preventiva se permite únicamente cuando hay elementos de prueba suficientes para sostener que el imputado es el probable participante en un hecho delictivo y, además, que hay peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.¹⁷

Es decir, no se permite que se considere el posible peligro que un acusado puede presentar a la comunidad o a un individuo determinado. Por contraste, en los Estados Unidos de América, a partir de 1970 con el código del Distrito de Columbia, y actualmente en el código federal y en los códigos de unos 34 de los 50 estados, se permite tomar en cuenta el posible peligro, como un factor en la decisión de detener preventivamente o no.¹⁸ Además, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fallado que la detención preventiva por tal razón no viola la Constitución. *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739 (1987).

No pretendo pronunciarme sobre esta cuestión. Fácilmente el permitir que el posible peligro se tome en cuenta, se convierte en una justificación para que continúen los abusos de la detención preventiva excesiva. Por otro lado, cabe preguntarse si no existe ningún caso en lo cual sería legítimo tomar en cuenta este factor. Y si se debe abrir la puerta, y si hay manera de hacerlo sin invitar a abusos.

Lo que sí sugiero es que estas cuestiones merecen estudio y consideración. No deben resolverse por dejarlos al lado.

17 Véase, por ejemplo, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, artículo 202.

18 Véase Pretrial Services Resource Center "El Proceso de Toma de Decisiones de la Liberación antes del Juicio: Metas, Políticas Actuales y Retos," Washington, D.C., marzo de 1995, borrador para la Conferencia Internacional Sobre Prisión Preventiva, San José, Costa Rica, agosto de 1995, p. 4, nota a pie 6.