

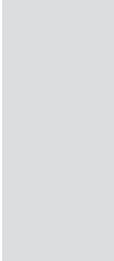
Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina

Evaluación y Perspectivas



Directores de la Investigación y Editores:
Cristián Riego y Mauricio Duce





ÍNDICE

Presentación	9
LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA Y SU IMPACTO EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	
1. Introducción	13
2. Breve reseña del contexto previo a la reforma procesal penal en América Latina.....	16
3. La prisión preventiva y la reforma procesal penal	20
4. La prisión preventiva y su contrarreforma	54
5. Algunas consideraciones finales	68
INFORMES LOCALES	
EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA EN BOLIVIA	
Introducción. Objetivo y metodología	73
1. La situación antes de la reforma	75
2. El contenido normativo de la reforma	80
3. La implementación de la reforma	88
4. El impacto de la reforma sobre la prisión preventiva	99
5. La contrarreforma.....	126
6. Perspectivas.....	131
7. Conclusiones	144
Anexos	146
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE: EL IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y DE SUS CAMBIOS POSTERIORES	
1. Introducción	151

2. La prisión preventiva antes de la reforma procesal penal	153
3. La prisión preventiva en el nuevo Sistema Procesal Penal	163

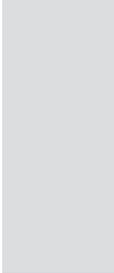
LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

EN COLOMBIA	213
1. Introducción	213
2. La situación anterior a la reforma	215
3. El contenido normativo de la reforma	225
4. El impacto de la reforma sobre la detención preventiva	227
5. La contrarreforma	232
6. Efectos de la contrarreforma	248
7. Perspectivas	253
8. Anexo 1	255
9. Anexo 2	266

REPORTE DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR	267
1. Antecedentes	267
2. Marco legal	280
3. Realidad de la implantación del modelo acusatorio oral en materia de prisión preventiva	293
4. Estado actual.....	323
5. Enseñanzas y perspectivas	325
6. Identificación de factores clave para el proceso	329
7. Anexo 1	331
8. Anexo 2	333

REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL Y PRISIÓN PREVENTIVA EN GUATEMALA	343
1. Introducción	343
2. Reforma de la justicia penal y prisión preventiva	345
3. La prisión preventiva en el modelo derogado	347
4. La prisión preventiva en la legislación vigente	353
5. Cambios institucionales y la prisión preventiva	372
6. Impacto de la reforma y la prisión preventiva.	380
7. Perspectivas	401

IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL RESPECTO A LA	
PRISIÓN PREVENTIVA EN HONDURAS	411
Introducción	411
1. Prisión preventiva antes de la reforma procesal penal	412
2. Prisión preventiva en la reforma procesal penal	416
3. Prácticas judiciales para la imposición de la prisión preventiva	422
4. Uso de la prisión preventiva	428
5. Conclusiones	440
 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE REVOLUCIÓN	
(VENEZUELA 1998-2008).....	443
Introducción	443
1. Normativa aplicable a la prisión preventiva	447
2. El funcionamiento de la justicia penal y la prisión preventiva	454
3. El contexto político	467
 ANEXO	
COMENTARIOS FOROS EX ALUMNOS SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA	467



PRESENTACIÓN

En las dos últimas décadas en América Latina ha tenido lugar un proceso muy vigoroso de reformas al sistema de justicia penal. En casi todos los países de habla hispana se ha abandonado el sistema inquisitivo tradicional y se ha reemplazado por sistemas acusatorios. Todo este cambio ha supuesto un enorme esfuerzo, tanto legislativo como financiero para los países de la región. Una tarea central del Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA) ha sido la de dar seguimiento a esos procesos con el fin de contribuir a su mejoramiento por medio del intercambio de información entre los países, la identificación de problemas y la detección y promoción de prácticas innovadoras que les den respuesta.

Durante el año 2008 hemos continuado la misma línea de trabajos pero esta vez con una perspectiva algo diferente. En esta ocasión hemos abordado la evaluación de las reformas, no tanto desde la perspectiva de su implementación y funcionamiento, sino desde uno de los resultados principales buscados por los procesos de cambio desde sus orígenes como era el de la racionalización en el uso de la prisión preventiva.

Como es sabido, el proceso de la reforma a la justicia penal estuvo originalmente muy vinculado con el proceso de transición a la democracia que de manera muy generalizada se dio en América Latina. En ese contexto, el respeto por los derechos humanos de las personas sometidas al sistema fue probablemente el tema central de las primeras reformas. A su vez, el uso generalizado de la prisión preventiva y su carácter ilimitado en el tiempo fue, probablemente, la principal crítica que se dirigió a los sistemas inquisitivos y una de las razones más poderosas para el cambio.

Muchas cosas han ocurrido durante estos intensos años de reforma que han cambiado el contexto en el cual se enmarcaba la prisión preventiva. Así, en la mayoría de los países la regulación de la prisión preventiva se liberalizó de manera importante, reconociéndose el conjunto de principios recogidos por la jurisprudencia internacional y comparada. De otra parte, la implementación de las reformas ha sido más dificultosa de lo esperado y en muchos países las prácticas inquisitivas han persistido bajo la nueva legislación. Por

último, el clima político ha tendido a cambiar fuertemente, la prioridad en los cambios procesales ha dejado de ser el respeto por los derechos individuales y su lugar lo ha tomado la demanda por una represión eficaz frente al crimen.

Esta publicación pretende ser una primera aproximación a una evaluación de lo ocurrido con la prisión preventiva durante el proceso de reforma. En ella pretendemos indagar acerca del impacto real que ha tenido el cambio de sistema procesal en el uso cotidiano de esta medida cautelar personal. Para ello, la publicación incluye un informe general en el que se pretende dar cuenta en forma específica de las diversas tendencias que es posible observar respecto al comportamiento de la prisión preventiva en los países de América Latina a partir del proceso de reformas a la justicia penal. Además, se presentan siete informes de países que dan cuenta de lo ocurrido en cada uno de ellos con mayor nivel de especificidad y detalle (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras y Venezuela), lo que permitirá al lector realizar contrastes entre las tendencias generales identificadas en el informe general y las particularidades específicas de los países respectivos. Un aspecto común tanto del informe general como los nacionales es que en todos ellos se pretende entregar una imagen con validez empírica de lo que ha ocurrido y no simplemente un análisis normativo o dogmático de las reglas legales que regulan a la prisión preventiva. Todo esto en un contexto en donde aún es posible encontrar una serie de dificultades en la región para acceder a información estadística de calidad y precisa.

Los trabajos contenidos en la publicación corresponden a un proyecto de investigación desarrollado por CEJA durante el año 2008 e inicios del año 2009 que fue dirigido por quienes firmamos esta presentación con el apoyo de Claudio Fuentes. Un primer paso en este trabajo fue el diseño de una pauta de trabajo común entregada a investigadores locales, colaboradores de CEJA, para recoger información homogénea en el tema y elaborar informes nacionales que contuvieran elementos similares y comparables. Una vez producidos unos primeros borradores de estos informes, se hicieron observaciones a los trabajos. Una primera versión de los trabajos fueron presentadas y debatidas 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, que el 13 de noviembre de 2008 reunió en Bogotá, Colombia, en el que participaron diversos actores del sistema penal de América Latina. A partir de dichas discusiones los

autores realizaron modificaciones a sus borradores y entregaron las versiones finales que se publican en este libro.

Del conjunto de la información contenida en los textos estimamos se desprende con claridad el hecho de que la problemática de la prisión preventiva en América Latina hoy es mucho más compleja de lo que fue en el pasado. Las variables que parecen influir sobre su uso son muy diversas, pero además los diferentes países presentan problemas bien distintos. Existen países en que la liberalización legal tuvo impactos mínimos mientras que en otros han sido muy importantes. También hay enormes diferencias en cuanto al crecimiento de la población encarcelada que en algunos lugares ha sido explosiva mientras que otros siguen con índices bastante bajos. La cuestión del control de los sistemas alternativos parece ser central y es un tema nuevo que requiere ser abordado ya que en la mayoría de los casos no ha sido objeto de tratamiento sistemático. Por último, es necesario analizar el creciente fenómeno de presión política que existe sobre el sistema que se expresa de diversas formas, entre otras, con cambios legislativos y con presiones muy directas sobre los jueces por parte de los medios de comunicación, que están produciendo efectos muy relevantes en el uso de la prisión preventiva en varios países.

Para CEJA este volumen pretende ser solo un inicio de un debate que deberá tener lugar en los próximos años y que es necesario profundizar. Nuestro propósito es, por una parte, dar relevancia al tema que creemos sigue siendo central en el funcionamiento del sistema de justicia penal como expresión de sus equilibrios básicos; y por otra, estimular que a nivel nacional la discusión sobre el tema se haga más vigorosa, fomentando el mejor conocimiento de la realidad y de los diversos componentes que es necesario abordar para abordar el tema con eficacia.

CRISTIÁN RIEGO
Director Ejecutivo
Centro de Estudios de la Justicia de las Américas

MAURICIO DUCE
Director de Programas
Centro de Estudios de la Justicia de las Américas

Abril de 2009

LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA Y SU IMPACTO EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

MAURICIO DUCE J.¹
CLAUDIO FUENTES M.²
CRISTIÁN RIEGO R.³

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es mostrar la situación en materia normativa y funcionamiento práctico que la prisión preventiva ha tenido en los sistemas procesales penales reformados en América Latina a partir de la década de los noventa del siglo pasado. Se pretende realizar un diagnóstico global de la situación e identificar las principales tendencias que guían el funcionamiento que ha tenido esta institución en la región con la finalidad de promover un debate respecto de su uso y de las medidas que se debieran adoptar a futuro en la materia.

Como es sabido, la mayoría de los países de la región han emprendido reformas estructurales a sus sistemas de enjuiciamiento penal en las últimas dos décadas. Con dichas reformas se ha pretendido cambiar tanto aspectos de diseño como de funcionamiento práctico del sistema⁴. Una de las áreas en donde este proceso ha generado

¹ Director de Programas CEJA y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago, Chile.

² Abogado de CEJA y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago, Chile.

³ Director Ejecutivo de CEJA y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago, Chile.

⁴ Antecedentes y resultados generales de este proceso pueden verse en la colección de estudios realizados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante CEJA) denominados Proyecto de Seguimiento de las Reformas Penales en América Latina. Véase especialmente Juan Enrique Vargas (editor) y Cristián Riego (autor informes comparativos), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, CEJA, Santiago 2005, 229 p.; y, VV.AA., *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, CEJA, Santiago 2007, 362 p.

mayores expectativas es en el aumento de derechos y garantías básicas de los ciudadanos objeto de persecución penal, particularmente en la racionalización del uso de la privación de libertad durante el proceso la que, como veremos, ha sido uno de los problemas tradicionales en el funcionamiento de los sistemas de justicia criminal en la región. En este contexto, el propósito del trabajo es revisar si las grandes expectativas originadas gracias al movimiento de reformas en materia específica respecto al uso de la prisión preventiva se han satisfecho y, además, entregar una visión general de su utilización actual. Todo ello permitirá tener un debate informado y de mayor calidad técnica en las decisiones que se están adoptando en una materia que es extremadamente compleja y sensible por los valores que se ponen en juego con su uso.

La pretensión de este informe no es realizar una descripción y revisión detallada de la situación en cada país de la región. Por el contrario, si bien fue revisada la legislación de todos los países y los datos estadísticos disponibles para cada uno de ellos, se pretende poner el foco en entregar una visión global e identificar las principales tendencias que se presentan a nivel regional respecto al uso de la prisión preventiva. Por lo mismo, es posible que algunos comentarios o conclusiones generales no sean aplicables a algunos de los países objeto de estudio con la misma intensidad que a otros. Estamos conscientes que la realidad local de cada país presenta muchos matices que un estudio de este tipo tiende naturalmente a dejar de lado. Hacemos la prevención a efectos de que el lector tenga en mente cuando revise las conclusiones y las opiniones vertidas en este trabajo.

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos, este trabajo se divide en cuatro capítulos. En el capítulo II entregaremos una breve mirada de la situación previa en la región a los procesos de reforma de manera de entregar un contexto al lector que permita situar con claridad el objeto de nuestro estudio. El capítulo III constituye el núcleo principal de este trabajo y tiene por objeto mostrar el alcance de los cambios que ha tenido el régimen de la prisión preventiva tanto a nivel normativo como en sus prácticas a partir de los procesos de reforma a los sistemas procesales penales en la región. El capítulo IV está destinado a revisar los alcances de un conjunto de esfuerzos de reforma normativa que se ha emprendido en forma paralela en buena parte de los países de la región en los últimos años destinado a endurecer el régimen legal de la prisión preventiva, proceso que denominamos de contrarreforma. Finalmente, en el capítulo V presentaremos algunas observaciones finales con el objetivo de concluir el trabajo.

Antes de dar inicio al desarrollo del trabajo vale la pena detenerse brevemente en la explicación de las fuentes de información utilizadas. En primer lugar, se ha revisado la legislación procesal penal pertinente de los países de América Latina, como asimismo un conjunto de fuentes que explican y analizan el alcance de dichas reglas. En segundo lugar, se ha recopilado y analizado la información estadística disponible respecto del funcionamiento de la prisión preventiva. Al respecto, uno de los grandes problemas que hemos enfrentado es la falta de datos, ya sea por su ausencia en determinados países, por la existencia de datos incompletos o que ya no se encuentran vigentes en otros o por la existencia de diversos datos inconsistentes. Todo esto hace que en muchos casos dispongamos de información fragmentada que resulta difícil de ser comparada y que en algunos casos presenta algún nivel de falibilidad. En este escenario hemos optado por recurrir a diversas fuentes de información secundarias que estimamos son de alta calidad y fidelidad. En primer lugar, se recurrió a los sitios web de los diversos países cuya estadísticas son enunciadas, intentando siempre dar preferencia a la información oficial. Es así como se revisaron los sitios web de los poderes judiciales, ministerios públicos, defensorías, ministerios de justicia, procuradurías y obviamente, cuando existían, las plataformas de los organismos locales responsables del control y administración del sistema penitenciario. En aquellos casos en que la información no se encontró o estaba incompleta, se recurrió a los datos contenidos en la publicación que CEJA produce bianualmente respecto del funcionamiento general de los sistemas judiciales. Es así como se revisaron íntegramente los datos incorporados en las versiones 2002-2003, 2004-2005 y 2006-2007 del Reporte del Estado de la Justicia de las Américas⁵. Asimismo, fue revisado el “World Prison Brief” del King’s College de Londres, sitio web con información detallada y actualizada en materia de sistemas penitenciarios del mundo, que en la mayoría de los casos los datos contenidos son provenientes de fuentes de información oficial⁶. Finalmente, recurrimos a publicaciones relevantes en la materia que dan cuenta de

⁵ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2002-2003, Segunda edición, Santiago noviembre de 2003, 381 p.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia en las Américas 2004-2005, Santiago 2006, 440 p.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2006-2007, Santiago 2008, 586 p.

⁶ CENTRO INTERNACIONAL PARA ESTUDIOS PENITENCIARIOS de King’s College de Londres, World Prison Brief, última visita jueves 19 de enero de 2009, véase el siguiente link: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/>

algunos datos y prácticas en materia de uso de la prisión preventiva en la región⁷. No obstante estas diversas fuentes, hubo casos en donde no se pudo obtener datos que serán identificados a lo largo del trabajo. Más allá de las dificultades para encontrar, creemos que hemos podido construir una imagen empírica acerca de la realidad de la región que permite al lector tener una visión razonablemente confiable acerca del uso de la prisión preventiva, sin perjuicio de la necesidad urgente que creemos tiene la mejora de los sistemas de información a nivel nacional en la producción de cifras periódicas y homogéneas sobre la materia.

II. BREVE RESEÑA DEL CONTEXTO PREVIO A LA REFORMA PROCESAL PENAL EN AMÉRICA LATINA

La regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico de aquellos relevados por las reformas a la justicia criminal que ha tenido lugar en prácticamente todos los países de la región. Si miramos cuál era la situación previa a los procesos de reforma que han tenido lugar en los últimos veinte años podremos ver que, desde un punto de vista estrictamente legal, en la mayoría de los países existía algún tipo de régimen de aquellos que podríamos caracterizar como de inexcusabilidad, esto es, alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían –en general– permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o a lo menos por algún periodo importante de su desarrollo.⁸

⁷ Véase INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE (ILANUD), *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*, Primera edición, 1983, 303 p.; FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES (FLACSO), *La Cárcel: Problemas y Desafíos para las Américas*, Primera edición, Santiago, Chile, 2008, 177 p.

⁸ En efecto, la inexcusabilidad y situaciones que *ab initio* era discrecionales, pero que si era decretada la prisión preventiva esta no podía ser modificada hasta la sentencia, fue la regla en los sistemas de justicia penal anteriores a las reformas procesales penales en la región. Por ejemplo, en el caso de Bolivia, el procedimiento penal sancionado en 1973 establecía la inexcusabilidad, en forma indeterminada para los reincidentes, habituales y profesionales. Asimismo, era procedente la libertad provisional en aquellos delitos cuya pena excedía de dos años, pero no de cuatro. Para delitos con pena superior la prisión preventiva era la única opción.

Otro ejemplo de esto es el caso de El Salvador, según el CPP de 1973, era procedente la libertad provisional en aquellos delitos cuya pena máxima no fuese superior a 3 años. En el caso de Honduras solo era permitida la excarcelabilidad

Aun cuando no hubiera inexcarcelabilidad el diseño de los sistemas inquisitivos en la región favorecía un amplio uso de este medida cautelar, en la práctica, como una regla general de seguirse un proceso en contra de una persona. En efecto, los sistemas inquisitivos operaban sobre la idea que el proceso penal era un instrumento para presionar al imputado para que este confesara; eran sistemas estructurados para facilitar este medio de prueba y de hecho en dichos sistemas procesales esta era la “reina de las pruebas”.⁹ Operativamente hablando, el sistema inquisitivo provocaba que a medida que el imputado se adentraba en él, este iba perdiendo sus derechos y libertades y el sistema establecía mayores estructuras de prisión a efectos de que este confesara. En la práctica diaria de los sistemas no había una gran distancia del grado de convicción desde la sola detención a cuando el sistema estaba dispuesto a procesar al imputado. De hecho, cuando el imputado era procesado, vale decir, el sistema formalizaba su intención de investigarlo por la supuesta comisión de un delito, el imputado automáticamente quedaba en prisión preventiva y la libertad era solo provisional.

Esta dinámica de funcionamiento del sistema provocaba que la lógica que estaba detrás de la prisión preventiva impuesta respondiese a la mayor convicción que el tribunal tenía respecto de la responsabilidad del imputado durante la etapa investigativa y el “plenario” o etapa de debate solo operaba como un mecanismo que, por regla general, ratificaba aquello que el investigador y el tribunal ya sabían. Es así que la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal, que no solo se había mantenido durante la detención y posterior procesamiento, sino que también se había traducido en la acusación.

Pero además de este sistema normativo cerrado, el contexto procesal inquisitivo agregaba otras circunstancias que generaban una situación en la cual la prisión preventiva se había transformado en realidad en la principal respuesta del sistema frente al delito, relegando a la pena a un plano más bien secundario. Así, un estudio elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Uni-

en aquellos delitos que merezcan penas privativas de libertad mayores de tres años cuando el reo estuviese gravemente enfermo o que no pudiese ser atendido en la prisión.

⁹ MAIER, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., segunda edición, enero de 1996, Buenos Aires, Argentina, p. 292 y ss.

das para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) reportó que en la mayoría de los países de América Latina el porcentaje de presos sin condena superaban a los presos condenados¹⁰. La tabla 1 resume los resultados de dicho estudio que cubren el período que va entre los años 1978 y 1992.

Tabla 1
PORCENTAJE PROMEDIO DE PERSONAS PRESAS SIN CONDENAS EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA ENTRE 1978 Y 1992

País	1978-1992
Argentina	51
Bolivia	90
Brasil	N/D
Colombia	74
Costa Rica	47
Chile	52
Ecuador	64
El Salvador	83
Guatemala	54
Haití	N/D
Honduras	58
México	74
Nicaragua	N/D
Panamá	67
Paraguay	94
Perú	71
R. Dominicana	80
Uruguay	77
Venezuela	74

Fuente: ILANUD, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles", CARRANZA Elías, en *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. 2001.

Según la tabla 1 el porcentaje promedio de las personas presas sin condena, con la sola excepción de Costa Rica, presentaba una proporción respecto del total penitenciario superior al 50% y en diez de estos países un promedio por sobre el 70% del total de la población penitenciaria. Esto muestra que en la práctica, con in-

¹⁰ ILANUD, "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles", CARRANZA, Elías, en *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. 2001.

dependencia de los aspectos normativos, la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad en la región. Debe observarse que se trata de un promedio de un período de 15 años, lo que da cuenta de la persistencia del fenómeno descrito durante la vigencia de los sistemas inquisitivos anteriores al proceso de reforma. Se trata de una situación que ya había sido analizada críticamente por el propio ILANUD en su estudio previo del año 1983 y que había generado críticas muy fuertes desde la perspectiva de los derechos humanos a nivel regional¹¹.

Además de lo descrito, una de las características del sistema inquisitivo que contribuían a hacer de la prisión preventiva una situación generalizada estaban vinculadas a la figura del juez de instrucción; esto es, al hecho de que un mismo funcionario concentrara sobre sí las funciones principales de persecución y la de resolver sobre la prisión preventiva. El impacto de esta concentración de funciones se traducía en que, aun cuando este funcionario pudiera contar con algún margen de discrecionalidad para liberar al imputado, en la práctica no tuviese los incentivos para usarlo puesto que esta medida de encierro constituía a su vez un instrumento útil para él en el desempeño de su función persecutoria. Ello es incluso aplicable a los pocos países que tenían la persecución entregada a fiscales, puesto que en el contexto inquisitivo eran esos fiscales los que concentraban las dos funciones mencionadas¹².

De igual modo, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación descrita, en especial 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 en una oportunidad razonable. 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

¹¹ Véase ILANUD, *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*, ob. cit. Otro estudio clásico de nivel regional que contiene una crítica muy fuerte al uso de la prisión preventiva puede verse en ZAFFARONI, Eugenio (coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1986, 461 p. Véase especialmente pp. 142 a 150.

¹² Por ejemplo en Colombia conforme al Código de Procedimiento Penal de 1991 y en Panamá de acuerdo al Libro III del Código Judicial aprobado por Ley 28 de 1984.

defensa efectiva, incluso muchas veces sin que importara el mínimo contacto entre abogado y defendido.

Un correcto diagnóstico de la situación de la prisión preventiva durante la vigencia de los sistemas inquisitivos en América Latina requeriría un largo desarrollo, sin embargo nos parece que lo relevante para efectos de este trabajo es tener presente el impacto que este diseño tuvo en el funcionamiento práctico de la misma que quedan muy de manifiesto al revisarse los datos contenidos en la tabla 1.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

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. La tabla 2 contiene un resumen de los países que han emprendido estos cambios indicando la fuente legal de los mismos, su fecha y el año de entrada en vigencia.

Tabla 2
REFORMAS LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL POR PAÍS, FECHA Y ENTRADA EN VIGENCIA

País	Referencia normativa y fecha
Argentina ¹³	Ley Nro.11922 - CPP de la provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998.
Bolivia	Ley Nro. 1970 - Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigencia en el 2000.
Chile	Ley Nro. 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000 en el <i>Diario Oficial</i> y vigente desde diciembre del mismo año.
Colombia	Ley Nro. 906 - Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005.
Costa Rica	Ley Nro. 7594 - Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996 y entró en vigencia en 1998.
Ecuador	Ley Nro. 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero de 2000, vigente desde el 2001.
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996, vigente desde 1998.
Guatemala	Decreto Nro. 51-92 - Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994.
Honduras	Decreto Nro. 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999. Entró plenamente en vigencia en 2002.
México	Reforma Constitucional de 18 de junio 2008 ¹⁴ .
Nicaragua	Ley Nro. 406 - Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002.
Panamá	Ley Nro. 63 - Código Procesal Penal de 2 de julio de 2008, que entra en vigencia gradual el 1 de septiembre de 2009.
Paraguay	Ley Nro.1286/98-Código Procesal Penal.
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS, de julio de 2004, que entró en vigencia en 2006.
República Dominicana	Ley Nro. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002, que entró en vigencia en 2004.
Venezuela	Código Orgánico Procesal Penal de 1998, vigente desde 1999.

Fuente: *Elaboración propia.*

¹³ Al tratarse de un sistema federal la situación argentina es compleja. Además del sistema federal cada provincia dispone de autonomía para dictar su legislación procesal penal. A la fecha diversas provincias han avanzado en el proceso de reforma (por ejemplo Córdoba y Chubut). Hemos elegido como ejemplo la provincia de Buenos Aires debido a que se trata de la más grande en relación al número de población que tiene (cerca a 15 millones de habitantes) y por el hecho que en ella el proceso reformado lleva más de 10 años en vigencia.

¹⁴ También se trata de un estado de carácter federal en donde existe autonomía de los estados para regular su legislación procesal penal. Varios de ellos ya han avanzado con cambio en los últimos años tales como Chiguagua, Oaxaca y Nuevo León. Lo que hace la reforma constitucional establecer como obligatorio, tanto para el sistema federal como para los estados, la implementación de sistemas acusatorios orales en un plazo de ocho años de aprobada la reforma.

Como se puede observar, con la excepción de Uruguay y Brasil, el resto de los países o reformó o se encuentra en proceso de reforma de sus legislaciones procesales penales. Estos procesos de cambio van desde los primeros países en que las reformas entraron en vigencia a mediados de los años noventa del siglo pasado (Guatemala, Costa Rica) hasta países que se encuentran en pleno proceso de implementación, el que incluso tomará algunos años más (Perú, México, Panamá).

Este proceso de reforma a la justicia criminal importó la modificación radical de los procesos penales vigentes, alterando su estructura profundamente. En primer lugar, los sistemas procesales reformados establecieron una clara diferencia entre las funciones de investigar, controlar el desarrollo de la investigación, acusar y determinar responsabilidad penal. Como se indicó previamente, el juez de instrucción, o en algunos países el fiscal, concentraban muchas o todas estas funciones, lo que traía aparejado diversos problemas, entre ellos afectaciones al derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, ya que la dualidad de roles que se concentraban en estas figuras les impedían poder realizar un control de mérito real de las decisiones que ellas mismas tomaban. Es así que los procesos reformados establecieron la necesaria separación de estos roles y funciones, particularmente cuando se diferenció entre aquellas asociadas a la investigación de un delito, las de su juzgamiento y las de persecución penal.

Esta diferenciación de roles significó la creación en determinados países de nuevas instituciones para hacerse cargo de estas atribuciones, como lo es el caso de Chile, y en otros, para poder ser estas distribuidas claramente se asignaron roles específicos respecto de ellas al fiscal y al juez y, por ende, se pretendió fortalecer dichas instituciones por medio de un aumento en sus presupuestos, recursos humanos e infraestructura¹⁵.

En la práctica diaria de dichos sistemas procesales penales se dio lugar a una figura que en los años de funcionamiento de los siste-

¹⁵ Respecto del surgimiento y rol del Ministerio Público véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (redactores), *Desafíos del Ministerio Público en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006. Impreso en Santiago, Chile, 135 p. Sobre lo ocurrido en materia de defensa véase CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS y PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, Santiago 2006, 85 p.

mas ha destacado en América Latina, el juez de control de la investigación o juez de garantía. Dicho juez ha sido la solución práctica al problema de la dualidad de roles de instrucción y de control de mérito que tradicionalmente se concentraban en el juez o fiscal del sistema inquisitivo. Hoy el juez de garantía es quien concilia y “pesa” en la operatividad del sistema los intereses de la actividad investigativa y los derechos de los diversos intervinientes que se desenvuelven en el proceso penal.

Asimismo, las reformas procesales penales se preocuparon de otorgar al juicio oral, público y contradictorio un rol protagónico y central en el proceso penal. Con esto se pretendía evitar la delegación de funciones y respetar los avances en materias de debido proceso como derecho fundamental, que eran patentes en la diversa jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos. Por lo mismo, para que el juicio oral pudiese tener este rol central, era necesario también restar importancia a la etapa de instrucción, estableciendo explícitamente en los códigos reformados la centralidad del juicio oral como la única instancia legítima para hacer penalmente responsable a una persona, y dándole a la etapa de instrucción un carácter meramente preparatorio y administrativo.

Los cambios estructurales indicados permitían la materialización de la plena vigencia del derecho a la defensa, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, a contrarrestar la prueba presentada por la acusación, en otras palabras, estos cambios pretendían dar vigencia real al debido proceso, derecho consagrado por las múltiples convenciones internacionales en materia de derechos humanos, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscritos por la mayoría de los países de la región durante fines de los años ochenta y los noventa del siglo pasado.

Para que ello pudiera ser no solo una aspiración, sino que se transformara en un resultado concreto, era necesario avanzar muy significativamente en la creación o fortalecimiento de las defensorías penales públicas existentes. Estas presentaban un conjunto de debilidades y falencias con anterioridad a los procesos de reforma, por lo que se si quería avanzar en serio en la mayor protección del debido proceso de los imputados era indispensable entregar a estos una defensa técnica de calidad y en forma oportuna, especialmente considerando que la mayor parte de procesados en la región son personas de escasos recursos que difícilmente pueden costearse por sí solos a un defensor especializado.

La reforma procesal penal también se tradujo en una reforma al régimen de las medidas cautelares personales. Como se mencionó, uno de los aspectos que mayores problemas presentaba era la regulación y el uso práctico que se daba a la prisión preventiva. Críticas a su extensa duración y a que en la práctica esta funcionaba como una pena anticipada eran algo común en toda la región¹⁶. Por ende, uno de las preocupaciones principales de los distintos procesos de reforma a la justicia criminal fue cambiar tanto la regulación normativa como la forma en que era utilizada en la práctica la prisión preventiva. A continuación revisaremos ambas dimensiones.

1. El cambio de paradigma en la regulación legal de la prisión preventiva

Este complejo escenario descrito en relación al sistema inquisitivo, que daba origen a diversas situaciones masivas de violación a los derechos fundamentales, fue una de las más importantes razones que motivaron que los nuevos sistemas procesales penales cambiarán el paradigma legal de regulación de la prisión preventiva, trasladándose desde la lógica de la pena anticipada a una lógica cautelar, lógica que es avalada y compartida por la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos¹⁷. Se trata de una idea que requiere algo más de desarrollo para comprender sus alcances ya que tiene diversos impactos.

1.1. La lógica cautelar y la prisión preventiva

Cuando nos referimos a que la prisión preventiva debe estar regida por una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del

¹⁶ Véase supra II.

¹⁷ La Jurisprudencia del Sistema Interamericano ha recogido la lógica cautelar en un sinnúmero de fallos, solo como ejemplo véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2005, Caso "Instituto de Reeducción del menor" vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Algo similar ha ocurrido respecto a la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que ha tenido la posibilidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el tema. A modo de ejemplo, y haciendo un resumen de los desarrollos que ha tenido el tema en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, puede verse: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe Nro. 35/07 de 2007, Caso Hermanos Peirano Basso contra Uruguay.

juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena.

Esta lógica supone, además, que para que esta respuesta de calidad pueda darse y al mismo tiempo satisfacer los estándares del debido proceso, el sistema procesal no puede y no debe enfocar todo su aparataje para obtener una confesión por parte del imputado, particularmente al existir el reconocimiento al derecho a no declarar contra sí mismo y a ser presumido y tratado como inocente.

Estas fueron las nociones que marcaron y dirigieron los esfuerzos del movimiento de reformas a la justicia penal en lo que se refiere a la regulación de la prisión preventiva en los códigos procesales penales reformados, con el objetivo explícito de alterar finalmente su uso práctico y evitar los problemas mencionados.

De la revisión de las diversas regulaciones en los códigos procesales penales reformados, puede señalarse que estos sistemas establecieron un procedimiento para la imposición de la prisión preventiva consistente con la lógica cautelar indicada. Por un lado, respondiendo a las categorías tradicionales del derecho procesal, los sistemas reformados exigen para la imposición de la prisión preventiva el supuesto material o *fumus bonis iure* (humo de buen derecho). Vale decir, exigían que primero se entregara un mínimo de antecedentes respecto de la existencia de un delito y la participación del imputado en él. Estos antecedentes debían ser ponderados en base a su “seriedad” por parte del juez y solo si eran suficientes estos permitían en principio el establecimiento de la medida. La idea que se encuentra detrás de este requisito es consistente con el objetivo de cautelar la realización del juicio. Antes de decidir si de alguna forma se limitarán los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable y/o probable de que el proceso penal se realizará y solo en ese supuesto hay una expectativa a proteger.

Por otro lado, no solo era fundamental contar una expectativa a proteger, sino que también era necesario que existiese una necesidad de cautela o un peligro procesal digno de ser protegido. Por tanto, se regularon las causales o justificantes de su imposición bajo esta misma idea. Esto provocó que en algunos países derechamente se establecieran motivos legales nuevos para su imposición con-

sistentes con esta función¹⁸. En otros países, donde en los procesos inquisitivos ya se regulaban algunas de estas causales, ellas se mantuvieron en las nuevas versiones de los procedimientos, pero se pretendió darles una interpretación y alcance diverso, consistente con la lógica previamente indicada¹⁹.

En general, si se revisan las primeras versiones de los códigos reformados, se notará que la mayoría de estos presentaban dos causales en común, estas son el peligro de fuga y el peligro para la investigación o su obstaculización. Ambas causales consistentes con esta lógica cautelar y en general consideradas como causales compatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso de la causal de peligro de fuga, el objetivo a proteger era la expectativa por parte del sistema procesal de juzgar al imputado, por lo que, de este fugarse, el proceso penal solo podría continuar hasta el juicio oral. Incluso en aquellos países en donde puede juzgarse en rebeldía, la sentencia no podrá ser ejecutada. Esto no solo supone problemas para el derecho a la defensa, sino que también produce un alto impacto en la imagen del sistema y su legitimidad al no poder ejecutarse las sentencias. En el caso del peligro para la investigación o su obstaculización, la idea es similar. El proceso penal peligra porque la investigación de los hechos se verá alterada por acciones del imputado que mermarán su efectividad y por ende las expectativas de la sociedad de lograr hacerlo responsable se verán afectadas.

Estas dos causales están presentes en los diversos códigos reformados, entre ellos el Código Procesal Penal de El Salvador, de 1996, el cual indica en su artículo 293 que procederá también la detención provisional "1) Cuando el imputado no comparezca sin motivo legítimo a la primera citación o cada vez que el tribunal lo estime necesario, o 2) Cuando se considere que el imputado pueda obstaculizar

¹⁸ En el caso de Honduras, el Decreto 189-84 que establecía el Código de Procedimientos Penal de 1985 solo disponía en su artículo 178 que para la prisión preventiva bastaba el supuesto material. Fue el Decreto 9-99-E el cual incorporó los criterios de peligro de fuga y peligro para la investigación como criterios para establecer la necesidad de cautela. Similar situación ocurre en Bolivia, en donde el antiguo artículo 194 del DL 10426 establecía que solo era necesario para la prisión preventiva el supuesto material y la reiteración de la conducta. Las causales consistentes con la lógica cautelar fueron establecidas en la Ley Nro. 1970 de 1999.

¹⁹ Por ejemplo el caso de Chile. Véase al respecto DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, octubre de 2007, p. 254 y ss.

un acto concreto de investigación(...)". También el Código Procesal Penal del año 2000 de Bolivia que indica en su artículo 233 que "Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurren los siguientes requisitos (...): 2) La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad". En el Código de 1996 de Costa Rica el artículo 239 también establece ambas causales: "El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias (...): b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)".

Junto con regularse por regla general este tipo de causales, es posible apreciar que para ponderar su concurrencia se otorgó al juez diversos criterios que permitan a este decidir con flexibilidad respecto de los antecedentes proporcionados y ponderar con mayor libertad la concurrencia de estos. Un claro ejemplo de esto es el Código Procesal Penal de Bolivia, el cual establecía en su versión original lo siguiente:

Artículo 234.- Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Que el imputado **no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;**
2. **Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;**
3. La evidencia de que el imputado está realizando **actos preparatorios de fuga;**
4. **El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo;** (el destacado es nuestro)²⁰.

²⁰ Similar regulación normativa tiene el Código Procesal Penal de Costa Rica, el cual señala que:

ARTÍCULO Nro. 240.

Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga.

b) La pena que podría llegarse a imponer en el caso.

Esta técnica legislativa de otorgar diversos criterios a ponderar por parte de los jueces, permite que estos puedan resolver revisando las distintas circunstancias del caso concreto y los antecedentes de arraigo del imputado y con ello puedan justificar una decisión particular. Debe destacarse que la normativa establecida por los legisladores otorgaba en sus versiones originales la misma importancia a todos los criterios legales, por lo que el juez no tenía límites legales que lo obligasen a dar más peso a uno u otro, con la sola salvedad de la presunción de inocencia. En este sentido, la regulación cautelar confiaba en la experiencia y criterio del juez al momento de decidir, dándole suficientes parámetros para resolver el caso, pero no indicándole de manera tajante una solución particular.

La situación general descrita debe ser matizada ya que de la lectura de las diversas regulaciones normativas de la prisión preventiva, queda claro que la idea cautelar, si bien en un inicio predominaba, no era el único valor que la prisión preventiva resguardaba. De hecho, se puede apreciar en una cantidad no despreciable de códigos reformados una variada gama de necesidades de cautela diferentes a las ya revisadas. La tabla 3 contiene un resumen con esta información.

c) La magnitud del daño causado.

d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

Lo mismo ocurre con el Código Procesal Penal de Paraguay:

ARTÍCULO N° 243.

Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias:

1) la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

2) la pena que podrá ser impuesta como resultado del procedimiento;

3) la importancia del perjuicio causado y la actitud que el imputado asume frente a él; y

4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior del que se pueda inferir, razonablemente, su falta de voluntad de sujetarse a la investigación o de someterse a la persecución penal. Estas circunstancias deberán mencionarse expresamente en la decisión judicial que disponga la prisión preventiva.

Tabla 3

CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, DISTINTAS DEL PELIGRO DE FUGA O DE OBSTACULIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, EN LAS VERSIONES ORIGINALES DE LOS NUEVOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES

País	Otras causales de justificación
Chile	Peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido. (Art. 140).
Colombia	Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. (Arts. 310 y 311).
Costa Rica	Continuará la actividad delictiva. (Art. 239 b).
El Salvador	Circunstancias del hecho, alarma social que su comisión haya producido o frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. Asimismo, cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que continuará cometiendo hechos punibles. (Art. 292 Nro. 2).
Honduras	Riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva de la que se sospecha pertenece, y utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación, facilitar la fuga de otros imputados (Art. 178 Nro. 3) y peligro de represalia contra el acusador o denunciante. (Art. 178 Nro. 4).
Panamá	Peligro para la comunidad por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar con sentencias condenatorias vigentes (ar. 227 Nro. 3) y cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentado contra la víctima o sus familiares (Art. 227 Nro. 4). (CPP de 2008).
Nicaragua	Peligro que cometa nuevos delitos o que continuará con actividad delictiva. (Art. 173 Nro. 3 c).

Fuente: *Elaboración propia.*

Como ya se mencionaba, la tabla 3 muestra que junto a las causales de peligro de fuga y de obstrucción de la investigación, se encuentran también reconocidas formalmente otras causales que buscan proteger valores diversos. Ejemplos de estos casos son las regulaciones de Chile, Colombia, Honduras y Panamá en donde se establece el peligro para la seguridad de la víctima. En estos casos las regulaciones normativas concilian diversos objetivos políticos criminales. Por un lado, se encuentra el cambio de rol que cumple la víctima en el proceso penal desde solo ser un medio de prueba a sujeto procesal, titular de derechos y también brindar protección a quien es el testigo generalmente más relevante para obtener una condena. Finalmente, debido a consideraciones de funcionamiento del sistema criminal, como lo son incentivar las denuncias y dar mayor legitimidad al sistema. Con todo, puede sostenerse que este tipo de causales hasta cierto punto siguen siendo consistentes con la lógica cautelar del proceso penal, desde la perspectiva de proteger el desarrollo del proceso a través de permitir y facilitar la participación de la víctima, ya sea como el principal medio de prueba de la fisca-

línea o resguardando su participación y respeto como uno de los nuevos sujetos procesales, cuyos intereses legítimos en el proceso penal son reconocidos.

Sin embargo, del análisis de las mismas regulaciones en las versiones originales de los códigos reformados, puede observarse que algunos códigos procesales penales incorporaron causales que responden a una lógica diversa que resulta mucho más cuestionable. Así, por ejemplo, en las legislaciones de Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua y Panamá se estableció la reiteración de la conducta criminal como causal que justifica la prisión preventiva o al menos como un criterio a considerar por el juez al momento de examinar la situación del imputado.

En el caso de Chile, el Código Procesal Penal estableció la causal de peligro para la seguridad de la sociedad. Se trata de una causal extremadamente genérica que en la doctrina y jurisprudencia permitía tres posibles alternativas interpretativas: peligro de fuga, alarma social y peligro de reincidencia²¹. Específicamente el artículo 140 inciso tercero del Código Procesal Penal dirigía el análisis que debía realizar el juez en esta causal señalando que debía considerar para su ocurrencia la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos imputados, la existencia de otros procesos pendientes, el que se encontrara sujeto a otra medida cautelar o en libertad condicional, entre otros. Como puede notarse al leer los criterios que el legislador entregaba al juez para ponderar la procedencia de esta causal, se evidencia que ellos permitían examinar las probabilidades de que el imputado escapara, pero también la probabilidad de que el imputado volviera a delinquir.

En relación a otros países este tema estaba regulado con bastante más claridad que el caso de Chile. Por ejemplo, en el caso de la regulación de Costa Rica, específicamente la letra b) del artículo 239, señala que la continuación de la actividad delictiva es un fundamento para decretar la prisión preventiva. Similar regulación se da en el artículo 173 del CPP de Nicaragua.

Adicionalmente, en el caso de El Salvador podemos encontrar la cau-

²¹ Se habla de antiguamente ya que la última reforma al CPP chileno del año, Ley Nro. 20.053, llamada Agenda corta contra la delincuencia, estableció cambios importantes en el tema. Para el caso chileno véase en detalle el Informe sobre dicho país contenido en este mismo volumen. Sobre la regulación original puede revisarse Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, ob. cit.

sal referida a la alarma social que los hechos puedan provocar, causal relacionada directamente con la legitimidad del sistema criminal.

Estas causales escapan claramente de la lógica cautelar y son producto de la conciliación que debió hacerse en la regulación de la prisión preventiva de múltiples valores político-criminales del sistema. Tanto la causal de alarma social como la reiteración de la conducta delictiva no responden a la idea de resguardar el éxito del proceso penal, no desde la perspectiva de asegurar su ocurrencia y una respuesta de calidad por parte del sistema. Cuando se justifica la prisión preventiva por la alarma social, realmente no existe un peligro para el desarrollo de la actividad investigativa o el juzgamiento por el órgano judicial. Más bien esta causal atiende a la legitimidad del sistema frente a los ojos de la ciudadanía y tiene una directa relación con el fenómeno de la seguridad ciudadana, que en todo el continente ha introducido mayores demandas de seguridad y dureza contra la delincuencia, pero no garantiza de forma alguna el desarrollo del juicio oral. La reiteración de la conducta criminal, también se acerca a los postulados de la seguridad ciudadana, mas no tiene utilidad alguna que se relacione con el desarrollo exitoso del proceso penal.

Ahora bien, cuando se incorporan causales que atienden a la reiteración de la conducta criminal, ya sea como una justificante autónoma o como criterios que el juez debe tomar en consideración al momento de examinar el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación, en el sistema la función de la prisión preventiva escapa de la lógica estricta de asegurar el proceso penal y el peligro de esto es la posibilidad de que se produzca una regresión a las lógicas asociadas a la pena anticipada o a consideraciones peligrosistas. Si bien esto constituye una lucha de valores del sistema criminal como se indicó, que cada sociedad debe revisar, es claro que las justificantes cautelares pierden peso y comienzan a ceder frente a otras consideraciones. El problema radica en que la prisión preventiva se desnaturaliza en su funcionamiento y objetivos y esto tiene consecuencias prácticas relevantes.

La estructura normativa y procesal de los sistemas acusatorios está construida sobre un mecanismo específico de imposición excepcional de medidas cautelares. Tanto el procedimiento necesario para su procedencia, la exigencia de antecedentes que permitan presumir que el fiscal tiene en esta temprano momento un buen caso, la ponderación que debe hacer el juez, se basan en la idea de proteger el proceso. Esto también afecta las posibilidades de control

transversal que tienen los operadores del sistema para cuestionar la procedencia de la prisión, en particular para saber a qué atenerse, con qué información contar al momento de discutirla y cómo “armar” su argumentación. Toda esta estructura procedimental está diseñada para operar con medidas cautelares propiamente tales y solo con ellas su funcionamiento es capaz de articular debidamente los distintos derechos y pretensiones de los operadores del sistema. Cuando se introducen causales distintas, la estructura de control de la prisión preventiva no funciona adecuadamente. Por ejemplo, en los sistemas acusatorios se establece la facultad de revisar la prisión preventiva y solicitar su revocación cuando el peligro procesal haya cesado. Pero este proceso de revisión y posible revocación no es funcional y consistente con los criterios más peligrosistas. Cuando el sistema lidia con criterios, como por ejemplo de alarma social o reiteración de la conducta, sabemos que realmente en ellos no existe un peligro procesal propiamente tal, el mecanismo no es capaz de controlar su procedencia. El examen que se exige al juez en los sistemas reformados se traduce en el estudio de las circunstancias que el imputado presenta respecto de sus lazos con la comunidad o la posibilidades reales de afectar la investigación, básicamente esto significa revisar hechos muy concretos. Tiene o no el imputado trabajo estable, familia, etc. Pero cuando se trata con justificaciones relacionadas con si el delito produce o no alarma en la población o si el imputado volverá o no a delinquir, la investigación de dichas circunstancias es más compleja. Por ejemplo examinar la alarma social que un delito produce escapa completamente de las condiciones particulares del imputado, a su vez la posibilidad que reitere este la conducta significa realizar una proyección de su conducta futura que es eminentemente contraria al derecho a ser presumido inocente. Realmente el sistema de medidas cautelares no está equipado, por lo menos con un diseño funcional a la lógica cautelar, para operar con causales que responden a intereses tan diversos.

En la práctica el problema de estas causales es que solo es posible resguardar los valores a los que responden a través de la prisión preventiva. No dan suficiente garantías las medidas cautelares alternativas, ya que la preocupación es que vuelva a cometer otro delito o genera alarma social. Qué tanto resguardará la tranquilidad social saber que el imputado está en su casa encerrado. Hipotéticamente hablando, esto apareja dos posibles fenómenos: por un lado el imputado pasa en prisión preventiva durante toda la investigación hasta la sentencia que establece su inocencia o la instrucción previa se transforma en una instancia en donde se debate de manera anticipada la responsabilidad del imputado, a efectos de que el juez se

convenza de que no hay responsabilidad y por ende no se reiterará la conducta y trae como consecuencia que la etapa de juicio pierde su relevancia.

A pesar de lo anterior, si se compara la existencia de estas causales en las primeras versiones de la regulación de los códigos acusatorios, estas solo se encuentran presentes (al menos como regulación normativa formal) en la minoría de las legislaciones, predominando claramente en dicho momento la lógica cautelar.

1.2. Límites temporales a la prisión preventiva

Como se ha mencionado, la crítica que se dirigía al uso de la prisión preventiva con anterioridad al proceso de reforma no solo se orientaba a su procedencia como regla general, sino que también a su extensión en el tiempo. Por lo mismo, con el fin de evitar la situación de abuso, el nuevo régimen debía incorporar límites temporales al uso de la prisión preventiva. En primer lugar, se estableció un cambio de principios del sistema, dejando claramente establecido que la prisión preventiva en los procesos acusatorios sería la excepción. Vale decir, no tiene aplicación automática y corresponde al Ministerio Público o cualquier otra entidad persecutora solicitarla y justificar su necesidad como hemos visto. A su vez, esto implicaba la obligación de que su imposición responda a un análisis particular de situaciones concretas y que esta decisión debe ser fundamentada por el órgano judicial. En segundo lugar, se establecieron en la mayoría de las legislaciones límites temporales máximos a su imposición. La Tabla 4 contiene el detalle de los diversos límites temporales establecidos en los códigos acusatorios originales.

Tabla 4

LÍMITES TEMPORALES AL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS VERSIONES ORIGINALES DE LOS NUEVOS CÓDIGOS ACUSATORIOS

País y referencia normativa	Carácter excepcional de la prisión preventiva	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva
Provincia de Buenos Aires, Argentina, Ley Nro. 11.922.	SÍ	NO.
Bolivia, Ley Nro. 1.970.	SÍ	Cuando su duración exceda 18 meses sin que se haya dictado sentencia o de 24 meses sin que hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.
Chile, Ley Nro. 19.696.	SÍ	NO.

Colombia, Ley Nro. 906.	SÍ	Si en 60 días a partir de la imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión.
Costa Rica, Ley Nro. 7.594.	SÍ	Cuando su duración exceda 12 meses.
Ecuador, Ley Nro. 000. RO/ Sup 360	SÍ	La prisión preventiva no podrá exceder 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de 1 año en delitos sancionados con reclusión.
El Salvador, Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996.	SÍ	En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de 12 meses para los delitos menos graves o 24 meses para los graves, so pena de incurrir en responsabilidad penal.
Guatemala, Decreto Nro. 51-92.	SÍ	Cuando su duración exceda 1 año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar 3 meses más.
Honduras, Decreto 9-99-E.	SÍ	Regla general de duración es de un año, a menos de que delito tenga asignada pena superior a 6 años, en cuyo caso son 2 años, ampliables por resolución de la Corte Suprema por 6 meses más. Límite definitivo, la mitad de la pena mínima asignada al delito.
Nicaragua, Ley Nro. 406 .	SÍ	La prisión preventiva nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta por la sentencia impugnada y, de ser el caso, bajo responsabilidad, el tribunal que conoce del recurso, de oficio o a petición de parte, deberá dictar auto ordenando la libertad inmediata del detenido.
Paraguay, Ley Nro. 1.286 de 1998.	SÍ	No puede exceder la pena asignada al delito.
Perú, Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS.	SÍ	La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.
República Dominicana, Ley Nro. 76-02.	SÍ	Un máximo de 12 meses, y en caso de recurrirse la sentencia condenatoria, hasta 6 meses más.
Venezuela, Código Orgánico Procesal Penal de 1998	SÍ	En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de 2 años.

Fuente: *Elaboración propia.*

Como se puede apreciar, la mayoría de los nuevos códigos establecieron de manera explícita un límite temporal máximo de duración de la prisión preventiva. Con todo, una segunda lectura de estos límites nos permite establecer dudas respecto de su efectividad y respecto del consenso real que existía en torno ellos al momento de legislar.

Los plazos establecidos por las legislaciones reformadas son de una extensión larga si se toma en consideración que lo que se busca es garantizar la presencia del imputado para el juicio o la protección de la evidencia (como se puede apreciar son comunes los plazos de 12, 18 o incluso 24 meses). Pero además, el establecimiento de fórmulas que establecen como límite que la prisión preventiva no podía superar la mitad del tiempo de la posible condena, constituían en la práctica un plazo aún más amplio. Las señales que con estos plazos daba la legislación reformada hasta cierto punto quitaban potencia al principio de proporcionalidad de la medida, de hecho, estos dejaban lugar a que el sistema procesal penal se “tomara” un tiempo bastante amplio para la investigación de un delito con el imputado detenido. Si, por ejemplo, el imputado es acusado por un delito cuya pena máxima aplicable es de 10 años, penalidad bastante común en la región, esto se traducía en que el sistema criminal tendría un plazo máximo de 5 años para terminar el caso, estando el imputado en prisión preventiva y operando esta respaldada por el sistema, antes de que operara cualquier sanción o efecto que la normativa regulase.

Este problema se ve agravado si ponderamos el hecho de que la mayoría de los delitos que los sistemas investigan con algún nivel de eficacia son delitos flagrantes. Es decir, en donde se encuentra clara la identidad del imputado y la mayoría de la evidencia está presente al momento de la detención²². Hablar de plazos de 18 meses hasta 2 años de prisión preventiva en este tipo de casos constituía una señal de tolerancia a la imposición de la prisión en casos de complejidad baja y que deberían ser resueltos en cuestiones de meses, no de años. Parece ser que estos límites temporales en la práctica tenían una función más simbólica que otra cosa.

De manera complementaria a la fijación de límites temporales, diversas legislaciones reformadas establecieron sistemas de control automático en ciertos períodos de tiempo de la prisión preventiva de manera de forzar al órgano jurisdiccional a realizar una permanente revisión de oficio de su necesidad de extenderse en el tiempo. La tabla 5 da cuenta resumida de esta información.

²² Los estudios de seguimiento a los procesos de reforma realizados por CEJA indican que un porcentaje muy alto de los casos que llegan a juicio oral (la mayoría de ellos en buena parte de los países) son procesos iniciados en flagrancia. Véase *Reformas Procesales Penales en América Latina*, ob. cit. p. 171.

Tabla 5
REVISIÓN DE OFICIO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN VERSIONES ORIGINALES
CPP REFORMADOS

País	Ley	Revisión de oficio
Provincia de Buenos Aires	Ley Nro. 11.922	NO
Bolivia	Ley Nro. 1.970	NO. Límite legal procede de inmediato
Chile	Ley Nro.19.696	Sí, cuando han transcurridos 6 meses desde que se decretó o desde su última revisión, tribunal citará de oficio a una audiencia. (Art. 145).
Colombia	Ley Nro. 906	NO. Límite legal procede de inmediato
Costa Rica	Ley Nro. 7.594	Si, después de 3 meses de prisión preventiva el juez deberá revisar de oficio y así cada 3 meses (Art 253), bajo amenaza de aplicación de régimen disciplinario.
Ecuador	Ley Nro. 000. RO/ Sup 360	NO.
El Salvador	Decreto Legislativo Nro. 904	Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. 307)
Guatemala	Decreto Nro. 51-92	NO.
Honduras	Decreto 9-99-E.	NO.
Nicaragua	Ley Nro. 406	Sí, revisión de oficio mensual (Art.172).
Panamá	Ley Nro. 63	NO.
Paraguay	Ley Nro. 1286	Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. 250).
Perú	Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS.	NO.
República Dominicana		Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. 239).
Venezuela		Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. 273).

Fuente: Elaboración propia.

En la tabla se puede observar que varios países (Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela) establecieron estas revisiones de oficio, en la mayoría casi absoluta de los casos en un plazo de tres meses (con excepción de Chile cada seis). Como se señalaba, con esto se pretendía forzar al sistema a estar en permanente proceso de revisión acerca que los supuestos que la autorizan se mantengan en el tiempo y, por tanto, su uso esta dentro de los parámetros permitidos por los principios básicos del sistema (excepcionalidad y proporcionalidad).

1.3. Establecimiento de medidas alternativas

Consistentes con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, en la mayoría de los códigos procesal penales reformados se estableció un amplio catálogo de medidas cautelares alternativas que representaban limitaciones más tenues a los derechos del imputado, con el fin de ser una respuesta intermedia entre la privación de libertad y la inexistencia de medidas para asegurar los objetivos del proceso.

La tabla 6 muestra de manera resumida las diversas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva contempladas en los nuevos códigos procesales.

Tabla 6
MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS CÓDIGOS PROCESALES PENALES REFORMADOS

País	Arresto domiciliario	Presentación periódica ante autoridad	Arraigo nacional o local	Prohibición de concurrir a determinados lugares	Fianza	Otras
Argentina-Provincia de Buenos Aires	X	X	X	X	X	
Bolivia	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación con la víctima.
Chile	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad. - Prohibición de comunicación con la víctima. - Prohibición de acercarse al ofendido.
Colombia	X	X	X	X	X	- Vigilancia electrónica. - Obligación de observar buena conducta familiar. - Prohibición de comunicación con la víctima.
Costa Rica	X	X	X	X	X	- Abandono de domicilio por VIF. - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario. - Vigilancia por autoridad. - Prohibición de comunicación con la víctima. - Prohibición de acercarse a ofendido.
Ecuador	X	X	X		X	
El Salvador	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación con la víctima.
Honduras	X	X	X	X	X	- Prohibición de comunicación con la víctima. - Vigilancia por autoridad. - Suspensión de ejercicio de cargo por delito de funcionario.

Nicaragua	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> - Someterse al cuidado de otra persona. - Prohibición de comunicarse con la víctima. - Abandono del domicilio en caso de violencia intrafamiliar. - Prohibición de despedir o de cualquier otra represalia en contra del denunciante de un delito de acoso sexual. - Suspensión del ejercicio del cargo cuando el delito haya significado abuso de este.
Panamá	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> - Abandono inmediato del domicilio en caso de agresiones y la víctima conviva con agresor. - Suspensión ejercicio cargo público o privado. - Obligación de no realizar actividad. - Colocación de localizadores electrónicos.
Paraguay	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad.
Perú	X	X	X	X	X	
República Dominicana	X	X	X	X	X	- Vigilancia por autoridad.
Venezuela	X	X	X	X	X	<ul style="list-style-type: none"> - Prohibición de comunicación con la víctima. - Abandono de domicilio por VIF.

Fuente: Elaboración propia.

Según se puede observar en la tabla, existe un conjunto muy parecido de medidas que se repiten en la mayoría de las legislaciones. Con todo, se pueden apreciar algunas diferencias importantes, por ejemplo entre países como Ecuador (el más restrictivo) y otros como Costa Rica y Nicaragua, por ejemplo (que cuentan con mayor número de opciones).

Estas medidas alternativas pueden decretarse de manera inicial por el juez en el evento de que estime que la restricción de derechos provocada por la prisión preventiva sea excesiva en base a los antecedentes iniciales que le fuesen presentados y también en reemplazo de una prisión preventiva que fue inicialmente decretada, pero en hipótesis en que la necesidad de cautela se ha hecho menos intensa. En este aspecto las versiones originales de los códigos acusatorios por regla general no establecieron límites estructurales a la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar: por regla general se otorgaba al juez laxitud al respecto y, de hecho, a medida que avanzaba el plazo en que el imputado se encontraba en prisión preventiva el sistema daba señales claras tendientes a la sustitución de esta por otra medida cautelar. La legislación más manifiesta en este sentido es la Ley Nro. 000 que estableció el CPP de Ecuador, que establecía que cumplido el plazo legal debía el juez sustituir la prisión preventiva por arresto domiciliario.

2. El impacto de los nuevos códigos acusatorios en el uso de la prisión preventiva

Habiendo concluido en la mayoría de los países de la región los diversos procesos de implementación de los códigos acusatorios e incluso encontrándonos con países con más de 10 años de sistema acusatorio vigente, debemos preguntarnos si efectivamente estos procesos de transformación han logrado el objetivo que buscaban obtener en lo que se refiere al uso de la prisión preventiva. Como hemos visto, dicho objetivo en general era modificar el funcionamiento práctico de la prisión preventiva, dándole un uso excepcional y proporcional, acorde con las necesidades derivadas del debido proceso.

Debido a que el momento de puesta en marcha de los nuevos sistemas procesales penales abarca un período de cerca de 15 años (desde la puesta en marcha del sistema en Guatemala en 1994) es posible afirmar que el nivel de experiencia y consolidación de los procesos de reforma es muy diverso. Por esta diferencia y, además, con el propósito de tener una revisión más profunda que nos permita identificar tendencias generales comunes y factores que pueden influir en el uso de la prisión preventiva en el contexto de los nuevos sistemas procesales penales, hemos preferido dividir nuestro análisis en dos momentos diversos de funcionamiento de los sistemas reformados. Por una parte, analizamos el impacto de la reforma en sus primeros años de funcionamiento en materia de prisión preventiva y luego nos referimos a qué es lo que ha ocurrido en aquellos casos en donde la reforma lleva más años de funcionamiento. La idea es observar si los resultados iniciales de la reforma se mantienen en el tiempo o existe una evolución significativa ya sea favorable o de retroceso de eventuales logros.

2.1. La prisión preventiva en los primeros años de los nuevos códigos acusatorios

Un primer momento que nos ha parecido de interés analizar es si la reforma se ha traducido en el corto plazo en un cambio significativo de las prácticas en relación al uso de la prisión preventiva. Para esos efectos hemos estimado que transcurrido dos o tres años de entrada en vigencia plena de los procesos reformados en sus respectivos países, el proceso debiera encontrarse en un estado de régimen y, por lo mismo, debieran apreciarse cambios de relevancia en las prácticas.

La tabla 7 resume los resultados obtenidos en trece países de la región (no se incluyen Perú y Panamá por estar en proceso de implementación) a los dos o tres años de puesta en marcha la reforma y los compara con los datos existentes en alguno de los años previos a su puesta en marcha.

Tabla 7

PORCENTAJE DE POBLACIÓN EN PRISIÓN PREVENTIVA ANTES Y DESPUÉS (2 Ó 3 AÑOS) DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

País	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	Porcentaje	2 ó 3 años después de la entrada en vigencia de la reforma	Porcentaje
Provincia de Buenos Aires	1997	84,2 ²³	2001	87,1
Bolivia	1999	64	2002	70
Chile	1999	51	2007	24,6
Colombia	2004	42,9	2007 ²⁴	32,2
Costa Rica	1995	28 ²⁵	2000	30
Ecuador	1999	69,4	2003	65,2
El Salvador	1998	72 ²⁶	2002	48,9
Guatemala	1993	N/D	1996	64,2
Honduras	1999	88	2005	63,5

²³ La información del sistema bonaerense fue tomada de los informes que el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) realiza anualmente. Es pertinente informar al lector de una inconsistencia de datos entre el informe del año 1997, el cual indica que la población total de presos, tanto en el sistema penitenciario como en las comisarías ascendía a diciembre de dicho año a 11.537 y el informe del año 2008, que establece que para el año 1997 la cifra total de población carcelaria en el sistema penitenciario y las comisarías era de 14.292.

El cálculo del porcentaje de presos sin condenas incluye a aquellos detenidos en las comisarías.

²⁴ Colombia termina su proceso de entrada en vigencia gradual de la reforma en el año 2008, por lo que este resultado no representa en estricto rigor el funcionamiento en régimen para todo el país.

²⁵ El dato para el año 1995 presenta inconsistencias entre distintas fuentes. El porcentaje mostrado se obtiene de la publicación *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*, del año 2001. Otra publicación para el mismo período indica que el porcentaje de presos sin condenas es de 20,6%, véase en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, *Informe Nacionales – Costa Rica en Las Reformas Procesales Penales en América Latina* (MAIER, AMBOS y WOISCHNIK-Coordinadores), AD-HOC, primera edición, octubre de 2000, Capital Federal, Argentina, p. 309.

²⁶ El dato que se presenta es del 17 de abril de 1998, tres días antes del funcionamiento de la RPP. Véase MEMBREÑO, José Ricardo, *Informe Nacionales El Salvador en Las Reformas Procesales Penales en América Latina* (MAIER, AMBOS y WOISCHNIK-Coordinadores), AD-HOC, primera edición, octubre de 2000, Capital Federal, Argentina, p. 437.

Nicaragua	1999	30,8	2004	17
Paraguay	1996	95	2002	75
República Dominicana	2002	67,4	2006	57,5
Venezuela	1997	69	2000	57,5

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes²⁷.

A primera vista es posible concluir que en este primer momento existió una tendencia hacia la disminución de la proporción de presos sin condena dentro de la población carcelaria en la mayoría de los países. Con las excepciones de provincia de Buenos Aires (Argentina), Bolivia y Costa Rica, el resto de los procesos de reformas fue capaz a bastante corto plazo de producir bajas, en algunos casos importantes, de la proporción de personas presas sin condena dentro del total de la población penitenciaria de sus países. Destacan en este período las importantes disminuciones de países que presentaban tasas altísimas de presos sin condena con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma. Así en Honduras se produce una disminución de 24,5% de presos sin condena, el caso de Paraguay una de 20% y el de Venezuela de 11,5%. Este efecto de disminución también se aprecia en países que no tenían tasas tan altas antes de la vigencia de la reforma, como por ejemplo Chile, Colombia y Nicaragua. Paradigmático es el caso chileno ya que a los dos años de funcionamiento pleno de la reforma en todo el país se observa una disminución de más de la mitad de la población en prisión preventiva en términos porcentuales, claro que en un contexto en donde hubo un proceso gradual de implementación por lo que se trata de un proceso con siete años de experiencia en algunas regiones al momento de los datos. Similar proporción se puede ver en el caso de Nicaragua, con una baja de un 30,8% a un 17%.

En contrapartida, los casos en donde aumentó, salvo el de provincia de Buenos Aires y Costa Rica, se trata de aumentos relativamente marginales, inferiores al 10% del total de presos sin condena, que no permiten extraer conclusiones muy definitivas.

En consecuencia, desde este primer punto de vista, se puede observar que la reforma efectivamente habría producido un impacto

²⁷ Estos datos provienen de los Reportes del Estado de la Justicia de las Américas (2002-2003, 2004-2005 y 2006-2007) de CEJA; King's College World Prison Brief, Informe La Cárcel: problemas y desafíos para las Américas-FLACSO, Sobrepopulación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles, de CARRANZA, y la revisión de los sitios web de los organismos oficiales de los países en materia penitenciaria, todos los cuales han sido citados previamente en este trabajo.

racionalizador en el uso de la prisión preventiva. Este hallazgo se encuentra ratificado por otros estudios de menor alcance que se han elaborado en la región²⁸.

Se trata de un primer indicador positivo que debe ser complementado si es que se quiere tener una imagen un poco más completa de una realidad que es bastante compleja. Así, nos parece relevante que junto con el indicar de porcentaje de presos sin condenas veamos si este impacto se tradujo en una disminución efectiva del número de imputados sujetos a esta medida cautelar. La tabla 8 contiene la información que resume el promedio diario de imputados presos antes y después de la reforma siguiendo a los criterios temporales ya explicitados en la tabla anterior.

Tabla 8

CANTIDAD DE IMPUTADOS EN PRISIÓN PREVENTIVA EN PROMEDIO DIARIO ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

País	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	Población	2 ó 3 años después de la entrada en vigencia de la reforma	Población
Provincia de Buenos Aires	1997	9.719	2001	20.123
Bolivia	1999	4.766	2002	4.164
Chile	1999	15.675	2008	11.521
Colombia	2004	29.180	2007	19.429 ²⁹
Costa Rica	1995	1.164	2000	1.288 ³⁰
Ecuador	1999	5.688	2003	6.437
El Salvador	1998	6.634	2002	5.130 ³¹
Guatemala	1993	N/D	1996	4.270
Honduras	1999	9.569	2005	7.359 ³²
Nicaragua	1999	2.217	2004	953 ³³
Paraguay	1996	3.360	2002	3.531
República Dominicana	2002	11.090	2006	7.297
Venezuela	1997	17.647	2000	8.687

Fuente: *Elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (véase nota tabla 7).*

²⁸ Véase BHANSALI, Lisa y BIEBESHEIMER, Cristina, *Measuring the Impact of Criminal Justice Reform in Latin America en Promoting the Rule of Law Abroad in search for Knowledge*, Thomas Carothers (Editor), 2006, Washington DC.

²⁹ Datos a enero de 2007.

³⁰ Datos a diciembre de 2000.

³¹ Dato a septiembre de 2002.

³² Datos a diciembre de 2005.

³³ Datos a octubre de 2004.

Los datos contenidos en la tabla tienden como tendencia general a reforzar el hallazgo anterior, aun cuando introducen algunos matices. Puede observarse que en los casos de provincia de Buenos Aires, Costa Rica, Ecuador y Paraguay se ha producido un aumento en el número total de presos en prisión preventiva. De ellos solo dos países habrían aumentado su porcentaje (provincia de Buenos Aires y Costa Rica), lo que significa que en otros dos en donde se redujo el porcentaje de presos sin condena (Ecuador y Paraguay), ello no se tradujo en una reducción concreta del número absoluto de imputados en prisión preventiva en el promedio diario. Se trata en algunos casos de aumentos menores que podrían explicarse como consecuencia de un incremento en la capacidad de persecución del sistema precisamente como producto de la vigencia de los nuevos procesos penales reformados.

En los casos de Chile, Colombia, Honduras, Nicaragua y Venezuela la disminución de la proporción de presos sin condena también se ve reflejada en la cantidad bruta de detenidos preventivos. En el caso de Chile, Colombia y Venezuela se dan las bajas más relevantes en la cantidad bruta de presos sin condena; en Chile, a un año y medio de la plena vigencia de la reforma, se puede observar una disminución sobre 4.000 presos. Colombia presenta una disminución de casi 10.000 presos sin condena y Venezuela presenta una disminución cercana a las 9.000 personas. Honduras presenta una baja de sobre 2.200 personas y Nicaragua de casi 1.270.

En consecuencia, agregando esta nueva variable parece que también es posible concluir respecto a la existencia de un impacto positivo como tendencia general en el corto plazo de la puesta en marcha de los procesos reformados.

Como una forma de complementar el análisis y ponerlo en términos que faciliten la comparación entre países, nos parece de interés complementar la información entregada revisando la cantidad de presos sin condena con relación a la proporción de habitantes del país. La tabla 9 nos entrega información sobre este aspecto en el mismo período reseñado.

Tabla 9

PRESOS SIN CONDENA POR CADA 100 MIL HABITANTES ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

País	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	Nro. presos por cada 100.000	2 ó 3 años después de la entrada en vigencia de la reforma	Nro. presos por cada 100.000
Provincia de Buenos Aires	1997	70,9 ³⁴	2001	156,7
Bolivia	1999	55	2002	44
Chile	1999	91,3	2007	75
Colombia	2004	65,2	2007	40,5
Costa Rica	1995	20,8	2000	57,9
Ecuador	1999	48,6	2003	48,2
El Salvador	1993	97,9	2002	73,4
Guatemala	1993	N/D	1996	37,2
Honduras	1999	156,6	2005	102,2
Nicaragua	1999	44	2004	17
Paraguay	1996	66,5	2002	63,8
República Dominicana	2002	119,9	2006	75,9
Venezuela	1997	76,6	2000	33,4

Fuente: *Elaboración propia*³⁵.

Nuevamente los resultados tienden a ratificar los hallazgos previos. Solo en los casos de provincia de Buenos Aires y Costa Rica es posible encontrar un aumento del total de presos sin condenas por cada 100.00 habitantes. Incluso en el caso de Bolivia, en donde la población de presos sin condena aumentó en términos porcentuales en el período en análisis, se puede observar una baja en la tasa de presos sin conde-

³⁴ Para calcular la tasa de presos sin condenas por 100.000 habitantes, se tomó la población penitenciaria y en comisarías informada en el año 1997 por CELS y la proyección de población total de la provincia de Buenos Aires para el mismo año.

³⁵ No existe una sola fuente que contenga todos los datos de presos sin condenas por cada 100.000 habitantes. Debido a la utilidad de la información se optó por desarrollar un cálculo matemático en base al porcentaje de presos sin condenas respecto de la población penitenciaria total y la tasa total de población penitenciaria por cada 100.000 habitantes. Para la obtención de la tasa total de población penitenciaria por cada 100.000 habitantes se recurrió en general al Anexo del documento *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas* de FLACSO, puntualmente la tabla 4 titulada "Evolución de Tasas de población penal cada 100 mil habitantes", así como a los datos del King's College en su World Prison Brief. Los porcentajes de presos respecto de población penitenciaria total fueron aquellos recopilados de diversas fuentes oficiales.

Esta prevención metodológica busca advertir al lector acerca de una posible distorsión en los resultados finales que pueden mermar su exactitud, no obstante, concentramos su valor en la utilidad de una visión panorámica de la situación.

na por cada 100.000 habitantes, consistente –a su vez– con la baja en el número absoluto del promedio diario que reflejaba la tabla 8.

Lo que sí llama la atención es la enorme disparidad con la cual es utilizada la prisión preventiva en los diversos países. Así, en países como Nicaragua el número de presos sin condenas respecto al total de la población tiende a ser muy bajo (17 por cada 100.000 habitantes) en contraposición a países como Honduras que supera dicha cifra en más de cinco veces (102 por cada 100.000 habitantes). Las razones de estas diferencias escapan el análisis que podemos realizar en este trabajo.

Finalmente, nos parece que puede ayudar al lector tener una visión un poco más completa del conjunto del funcionamiento de los sistemas reformados agregar una tabla que contenga la información del número total de personas presas por cada 100.000 habitantes, incluyendo tanto los presos con y sin condena. La tabla N^o 10 resume estos resultados tomando como base el mismo período analizado en las tablas previas.

Tabla 10
POBLACIÓN PENITENCIARIA TOTAL POR CADA 100 MIL HABITANTES

País	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	x/100 mil hab.	2 ó 3 años después de la entrada en vigencia de la reforma	x/100 mil hab.
Provincia de Buenos Aires	1997	84,6	2001	180
Bolivia	1998	86	2002	58
Chile	1999	179	2008	305
Colombia	2004	152	2007	135
Costa Rica	1995	123	2000	193
Ecuador	1999	70	2003	74
El Salvador	1998	136	2001	150
Guatemala	1992	56	1996	58
Honduras	1999	178	2005	161
Nicaragua	1999	143	2004	100
Paraguay	1996	70	2002	85
República Dominicana	2001	178	2006	132
Venezuela	1997	111	2000	58

Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (véase cita Tabla 7).

Muy rápidamente se puede observar que es difícil hacer una correlación directa entre la entrada en vigencia de las reformas pro-

cesales penales y el número total de personas presas. En cerca de la mitad de los países el número de presos por 100.000 habitantes disminuye y en la otra aumenta. Dentro de cada categoría, además, es posible distinguir casos de aumentos o disminuciones menores y casos de cambios significativos. Examinar las causas de este comportamiento exceden los objetivos del trabajo, pero nos parece se trata de datos interesantes de tener presentes ya que se nota una diferencia clara respecto al impacto que habría tenido la reforma en el uso de la prisión preventiva en donde sí es posible constatar una variable constante a la disminución de su uso en el corto plazo desde la puesta en marcha de la misma.

2.2. El uso de la prisión preventiva en el mediano y largo plazo en los procesos reformados

El proceso de reformas a la justicia criminal tendiente a la instauración de un procedimiento acusatorio se inicia con la primera reforma legal puesta en marcha el año 1994 en Guatemala y se mantiene vigente hasta hoy, con la implementación de reformas como la peruana, iniciada en 2006 y que concluirá el 2012; la reforma de México de 2008, que según su nuevo texto constitucional tiene un plazo de 8 años para su implementación, y la puesta en marcha gradual del nuevo sistema acusatorio panameño previsto para septiembre de 2009.

Al examinar la situación en el continente nos enfrentamos a procesos de reforma que se encuentran inspirados en los mismos principios; no obstante, su extensión en el tiempo es distinta y creemos que ese factor puede marcar diferencias importantes en los resultados obtenidos. La sección anterior pretendía realizar un análisis en el corto plazo, lo que nos permitía realizar una comparación de los diversos procesos en un lapso similar y conocer si estos provocaron un impacto inicial en la realidad de presos sin condena que regulaban. Con todo, ello no nos permite conocer las tendencias que se dan en los procesos de reformas en el tiempo y observar si el impacto inicial es solo contingente o perdura en el tiempo.

En esta sección nos abocaremos a revisar los resultados actuales de los distintos procesos de reforma. Para ello distinguiremos entre aquellos procesos de cambio iniciados en la década de los noventa del siglo pasado y aquellos iniciados en el presente siglo, todo esto con el fin de ver si las reformas, habiendo transcurrido más tiempo desde su puesta en marcha, han logrado las metas que se proponían y establecer si existen diferencias entre procesos de cambio que llevan más tiempo funcionando.

2.2.1. El uso de la prisión preventiva en los procesos de reforma de los años noventa

Como bien se sabe, en los años noventa del siglo pasado se dio inicio a un proceso muy vigoroso de cambios en diversos países a los sistemas de justicia criminal. Dentro de los países que iniciaron este proceso se encuentra Argentina (provincia de Buenos Aires, provincia de Córdoba, entre otras) Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Venezuela. Dichas reformas pueden ser caracterizadas en general como procesos en donde la implementación práctica del sistema no era la principal preocupación de las autoridades e instituciones responsables y en donde se pensaba, simplificando un poco el tema, que el principal agente de cambio de la realidad era el cambio legal. Como indica Binder, existía un predominio del “Fetichismo normativista”³⁶, es decir, de darle una capacidad de transformación desmesurada al cambio normativo. Además, era un problema común en la implementación de estos procesos acusatorios la carencia de una planificación clara y específica.

Veremos a continuación qué es lo que ha pasado con estos primeros procesos de reforma en el tiempo. En la tabla 11 se resume la evolución de porcentaje de presos sin condena desde el inicio de la reforma hasta el décimo año de su funcionamiento (en los casos que corresponda) y la situación más reciente de los años 2007 y 2008 (dependiendo de la disponibilidad de datos).

Tabla 11

EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN LOS 90

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Año 8	Año 10	Último dato disponible
Provincia de Buenos Aires	1998	86,4	87,1	83,9	72,7	N/A	72,8 ³⁷
Costa Rica	1998	30	N/D	20,7	19,2	N/A	23,2 ³⁸
El Salvador	1998	76	N/D	48,97	39	36	39 ³⁹
Guatemala	1994	64,2	63,2	47,4	55,5	51,5	49,4 ⁴⁰
Venezuela	1999	57,5	26	N/D	N/A	N/A	33,4 ⁴¹

Fuente: *Elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (Véase cita tabla 7).*

³⁶ CEJA, Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, 2005, p. 12.

³⁷ Dato del año 2007.

³⁸ Datos al 31 de diciembre de 2008.

³⁹ Datos al septiembre de 2008.

⁴⁰ Datos al 2008.

⁴¹ Datos hasta el primer semestre de 2008.

En los cinco casos contenidos en la tabla se puede apreciar que el impacto inicial de la reforma se ha mantenido y consolidado en el tiempo; no obstante, existen algunas variaciones en el período intermedio. Incluso en el caso de la provincia de Buenos Aires es posible ver que las limitaciones que tuvo el impacto inicial se han revertido y se observa un retroceso importante del porcentaje de presos sin condenas aun cuando la situación global es extremadamente delicada.

Al igual que en la sección previa nos parece de utilidad complementar el dato anterior con la revisión del impacto en el tiempo respecto al número de imputados presos sin condena en el promedio diario. La tabla 12 resume esta información.

Tabla 12

CANTIDAD DE PRESOS SIN CONDENA EN PROMEDIO DIARIO DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN LOS 90

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Año 8	Año 10	Último dato disponible ⁴²
Provincia de Buenos Aires	1998	17.544	22.400	25.247	20.449	N/A	16.648
Costa Rica	1998	1.288	N/D	1.874	1.751	N/A	1.981
El Salvador	1998	5.224	N/D	5.203	4.876	6.327	7.800
Guatemala	1994	4.270	5185	3.830	4.706	4.307	4.124
Venezuela	1999	8.687	5548	N/D	N/A	N/A	7.779

Fuente: Elaboración propia.

Los resultados que arroja esta tabla son más mixtos que los que hemos visto en tablas anteriores. Con todo, la variable de tiempo dificulta obtener conclusiones muy precisas ya que en períodos de 10 años o más es posible que se hayan producido cambios relevantes en el número total de la población y, por lo mismo, incrementos que parecen importantes del número de presos sin condena no sean relevantes respecto a la tasa por 100.000 habitantes. En este contexto la tabla 13 complementa la información ya que contiene los datos de la cantidad de presos sin condena por cada 100.000 habitantes en dos momentos, a los dos o tres años después del inicio de la reforma y al momento actual de acuerdo a los últimos datos disponibles.

Incluyendo esta nueva variable el hallazgo general tiende nuevamente a repetirse. Es decir, en el tiempo se da una tendencia de la

⁴² Véase respecto de esta columna la tabla 11.

reducción no solo del porcentaje de presos sin condena respecto a los condenados, sino que también de su número absoluto considerando su tasa por cada 100.000 habitantes. La excepción a esto se da en el caso de El Salvador en donde en el período se da un aumento significativo de los presos sin condena por cada 100.000 habitantes.

Tabla 13

TASA PRESOS SIN CONDENADA POR CADA 100 MIL HABITANTES DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN LOS 90

País	Inicio de la reforma	2 ó 3 años después del inicio de la reforma	Último dato disponible ⁴³
Provincia de Buenos Aires	1998	165,4	112
Costa Rica	1998	57,9	44,4
El Salvador	1998	85,1	113
Guatemala	1994	37,2	30,9
Venezuela	1999	33,4	28,3

Fuente: *Elaboración Propia*⁴⁴.

Finalmente, la tabla 14 resume la evolución del total de presos con y sin condena en el período, lo que permite tener una imagen del contexto general en donde se han desenvuelto los resultados ya analizados.

Tabla 14

CANTIDAD TOTAL DE POBLACIÓN PENITENCIARIA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN LOS 90

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Año 8	Año 10	Último dato disponible ⁴⁵
Provincia de Buenos Aires	1998	20.305	25.718	30.092	28.129	N/A	26.990
Costa Rica	1998	4.294	N/D	9.045	9.125	N/A	8.924
El Salvador	1998	6.868	N/D	10.476	12.221	17.577	19.800
Guatemala	1994	6.654	8.204	8.077	8.480	8.359	8.409
Venezuela	1999	15.107	21.342	N/D	N/A	N/A	23.299

Fuente: *Elaboración Propia*.

⁴³ Véase respecto de esta columna, Tabla 11.

⁴⁴ Respecto de la presente tabla se llama la atención al lector respecto de la metodología utilizada para la obtención de los datos presentados. Véase al respecto cita Nro. 29.

⁴⁵ Véase respecto de esta columna la tabla 11.

Para concluir esta sección volvemos nuevamente a repetir el principal hallazgo. El análisis de la evolución en el uso de la prisión preventiva en los procesos de reforma que llevan más tiempo da cuenta de la consolidación del fenómeno producido a corto plazo. Es decir, una disminución del porcentaje de presos sin condena respecto del total de personas privadas de libertad, acompañado de una baja en el número de presos sin condena por cada 100.000 habitantes. Se trata de un resultado bastante consolidado considerando que es una tendencia que ya lleva diez años o más en la mayoría de los procesos en análisis. Con todo, esto no significa que no pueda ser objeto de cambios en el futuro.

2.2.2. El uso de la prisión preventiva en los procesos de reforma del siglo XXI

Una de las grandes lecciones de las reformas puestas en marcha en la década de los noventa del siglo pasado fue la idea de que procesos de implementación basados solo en las reformas legales no eran suficientes para producir cambios significativos de las lógicas anteriores y, por consiguiente, satisfacer los objetivos perseguidos. La experiencia había enseñado que era necesario contar con un plan de implementación que abarcara diversos aspectos, que los temas de gestión eran extremadamente relevantes, que era necesario provocar un cambio cultural profundo en el mundo judicial, entre otros.

La experiencia acumulada y la capacidad de aprender de los errores de los reformistas permitían vaticinar que los procesos de cambio iniciados en el presente siglo tenían mayores posibilidades de éxito que del siglo previo, precisamente por la capacidad de corregir errores y enfrentar las dificultades con herramientas más sofisticadas.

A pesar que algunas de las reformas más recientes aún se encuentran en pleno proceso de implementación y que, por tanto, esto dificulta sacar conclusiones muy definitivas sobre la materia, sorprende que, como tendencia general el impacto positivo inicial que estas han tenido, estos procesos en los primeros años tiende a mantenerse estático en el tiempo. En este sentido se marca una diferencia con los procesos de reforma previos que, como hemos visto, con el tiempo han profundizado y consolidado resultados positivos en la materia en análisis.

En primer lugar revisemos la información del porcentaje de presos sin condena respecto del total de personas privadas de libertad. La

tabla 15 contiene el resumen de la evolución de esta tasa en los ocho países en análisis.

Tabla 15

EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Último dato disponible
Bolivia	2000	70	77	74	75,7 ⁴⁶
Chile	2000	44,3	38,5	29,9	24,6 ⁴⁷
Colombia	2005	34,9	N/A	N/A	34,5 ⁴⁸
Ecuador	2001	66,3	63,8	62,4	60,5 ⁴⁹
Honduras	2002	63,5	N/A	N/A	50,76 ⁵⁰
Nicaragua	2002	17	17	N/A	19,3 ⁵¹
República Dominicana	2004	57	N/A	N/A	61,2 ⁵¹
Paraguay	2000	75	77	N/A	75,7 ⁵²

Fuente: *Elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (véase cita tabla 7).*^{46,47,48,49,50,51,52,53}

La revisión de esta tabla debe arrojar resultados más matizados que los que veníamos sosteniendo tratándose de las reformas de la década de los noventa del siglo pasado. Se puede observar que hay varios casos como los de Bolivia, Nicaragua y República Dominicana en donde la tendencia con el tiempo de la reforma ha sido a aumentar el porcentaje de los presos en prisión preventiva, aun cuando no se supere la situación previa a las reformas procesales. El caso de Colombia es algo distinto ya que se trata de un proceso de implementación no concluido en todo el período en análisis y en consecuencia se trata de datos que mezclan las realidades del sistema reformado y el sistema previo.

En los casos de Ecuador, Paraguay y Nicaragua se observa una tendencia a la baja en el tiempo, pero en porcentajes relativamente menores. Solo en los casos de Honduras y Chile es posible observar

⁴⁶ Dato correspondiente al año 2007.

⁴⁷ Dato al 30 de septiembre de 2008.

⁴⁸ Dato a agosto de 2008.

⁴⁹ Dato a abril de 2008.

⁵⁰ Dato a julio de 2007.

⁵¹ Dato al 30 de agosto de 2008.

⁵² Dato correspondiente al año 2007.

⁵³ Dato correspondiente al año 2007.

una tendencia continua en reducciones relativamente drásticas o importantes en el porcentaje de los presos sin condena respecto a los presos condenados.

Como en ocasiones anteriores, complementados los datos con la revisión de la cantidad de imputados sin condena en el promedio diario para observar, ya no en porcentajes sino que en número de personas concretas que están en prisión preventiva, si la tendencia identificada se mantiene o no. La tabla 16 resume los resultados.

Tabla 16

CANTIDAD DE PRESOS SIN CONDENAS EN PROMEDIO DIARIO DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Último dato disponible ⁵⁴
Bolivia	2000	4.164	5.041	5.684	5.183
Chile	2000	15.467	14.004	11.802	11.521
Colombia	2005	22.183	N/A	N/A	23.768
Ecuador	2001	6.541	7.637	10.784	10.295
Honduras	2002	7.359	N/A	N/A	5.456
Nicaragua	2002	953	960	N/A	1.290
República Dominicana	2004	7.297	N/A	N/A	10.071
Paraguay	2000	4.164	5.041	5.684	5.183

Fuente: Elaboración propia.

Los datos consignados en la tabla 16 tienden a reproducir el hallazgo anterior, más o menos en los mismos términos que ya fueron explicados, por lo que nos parece no vale la pena reiterar las mismas ideas.

La tabla 17 entrega datos sobre la cantidad total de personas presas en el promedio diario, con o sin condena, en el período en análisis, con el objeto de entregar información general de contexto acerca del escenario en donde se está dando el fenómeno que describimos.

Se puede observar que, con la excepción de Honduras, este proceso de estancamiento de resultados en materia del uso de la prisión preventiva se da en un contexto general en que se ha incrementado el uso de la privación de libertad en los nuevos sistemas procesales penales. Esto explicaría en parte el aumento del número absoluto

⁵⁴ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

de presos sin condena como un producto general del aumento de la capacidad de persecución del sistema. Dejaremos el punto aquí para revisar algunas hipótesis explicativas en la próxima sección.

Tabla 17

CANTIDAD TOTAL DE POBLACIÓN PENITENCIARIA EN PROMEDIO DIARIO DESDE EL INICIO DE LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Último dato disponible ⁵⁵
Bolivia	2000	5.949	6.547	7.682	6.840
Chile	2000	34.901	36.374	39.471	50.980
Colombia	2005	63.603	N/A	N/A	68.994
Ecuador	2001	9.866	11.971	17.283	17.016
Honduras	2002	11.589	N/A	N/A	10.747
Nicaragua	2002	5.610	5.651	N/A	6.701
República Dominicana	2004	12.725	N/A	N/A	16.457
Paraguay	2000	4.705	6.513	N/A	5.943

Fuente: *Elaboración propia.*

Para finalizar la presentación de datos, la tabla 18 contiene los datos de la tasa de presos sin condena por cada 100.000 habitantes en dos momentos, a dos o tres años de iniciada la reforma y los resultados más recientes.

Tabla 18

TASA DE PRESOS SIN CONDENAS POR CADA 100 MIL HABITANTES A DOS O TRES AÑOS DE INICIADA LA REFORMA HASTA LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFORMAS INICIADOS EN EL SIGLO XXI

País	Inicio de la reforma	2 ó 3 años después del inicio de la reforma	Último dato disponible ⁵⁶
Bolivia	2000	44	62
Chile	2000	75	69,4
Colombia	2005	40,5	51,6
Ecuador	2001	48,2	80,8
Honduras	2002	102,2	76,9
Nicaragua	2002	17	23
República Dominicana	2004	75,9	103,3
Paraguay	2000	63,8	67,2

Fuente: *Elaboración propia.*

⁵⁵ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

⁵⁶ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU CONTRARREFORMA

Como mencionamos al inicio del trabajo, los nuevos estatutos procesales se han visto sometido a una fuerte presión por reformas de diverso tipo, siendo la regulación de la prisión preventiva una de las áreas en donde mayor impacto se ha producido. El propósito de este capítulo es revisar brevemente las razones que han justificado estos cambios y los alcances y contenidos de los mismos.

1. *El contexto general*

La entrada en vigencia de los diversos códigos procesales reformados en América Latina se produjo en un ambiente en donde existían altas expectativas respecto de su funcionamiento. Dentro de los elementos que permitieron generar consenso político por el cambio no solo estuvo presente la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, sino que también producir a una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema. A su vez, esto generó expectativas de los ciudadanos respecto a sus resultados. En relación con esto, es necesario indicar que desde finales de los años ochenta del siglo pasado la región se ha visto afectado por la percepción generalizada de que las tasas de criminalidad han sufrido un aumento sostenido en el tiempo y que el sistema de justicia criminal no ha entregado respuestas apropiadas. De hecho, esta percepción estuvo presente en los diversos procesos de reforma a la justicia, siendo uno de los fundamentos que legitimó la transformación de los sistemas inquisitivos a acusatorios⁵⁷. Incluso más, la idea de que nos encontramos perdiendo la “batalla” contra la delincuencia, que nuestros sistemas de justicia criminal no dan abasto y que todo ello afecta severamente la calidad de vida de los ciudadanos, ha dominado el debate contemporáneo y las agendas de los gobiernos y las instituciones públicas.

En este contexto, los sistemas procesales reformados se han visto sujetos a un escrutinio público intenso respecto de su capacidad para responder a la percepción generalizada del aumento de los delitos, tradicionalmente exigiendo al sistema una “mano dura” contra la delincuencia. Los medios de comunicación han reflejado

⁵⁷ Véase Mauricio Duce y Rogelio Pérez Perdomo, *Citizen Security and Reform of the Criminal Justice System in Latin America*, en *Crime and Violence in Latin America: Citizen Security, Democracy, and the State*, (edited by Hugo Fröling y Joseph Tulchin), Wodrow Wilson Center Press y The Johns Hopkins University Press, Washington, 2003, pp. 69-91.

y masificado esta percepción de que no solo sigue aumentando la tasa de delitos, sino que los mismos sistemas reformados, cuya gran promesa era terminar con este problema, se han visto incapaces de lograrlo. Se suele argumentar que el aumento de los derechos de los imputados ha facilitado la comisión de delitos. A ello se suma el surgimiento del movimiento de víctimas, quienes han demandado una mayor protección por parte del sistema de justicia criminal, pero también una mayor intervención en este. Todos estos factores han permitido que las demandas de seguridad ciudadana respecto del funcionamiento de los sistemas penales reformados no solo se hayan mantenido en el tiempo, sino que incluso incrementado a la vez que han producido la generación de movimientos civiles y políticos tendientes a la reforma de los nuevos sistemas, con el objetivo de “endurecerlos” y poder dar una solución y término al aumento de la actividad delictual.

Hay diversas fuentes que dan cuenta de los fenómenos descritos. Así, por ejemplo, el último informe emitido por la Corporación Latinobarómetro muestra que para el año 2008 la delincuencia era percibida por la población de diversos países como el principal problema social a enfrentar (México, Venezuela, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Honduras, Argentina y El Salvador), superando al desempleo inclusive⁵⁸. Para el caso de Chile y República Dominicana la delincuencia es el principal problema junto con el desempleo.

La delincuencia y, en consecuencia, la eficiencia del sistema de justicia para combatirla son temas que se encuentran en permanente seguimiento por parte de los medios de comunicación. El comportamiento de estos ha sido constante en materia de informar noticias relacionadas con el tema, en particular beneficiados por la publicidad que trae aparejada la oralidad, en donde el funcionamiento y los supuestos “errores” del sistema de justicia son observados por toda la población. Han surgido casos de alta connotación pública en donde el sistema judicial ha tomado decisiones criticables desde el punto de vista de la “mano dura” que el sistema otorga al tratamiento del “delincuente”, noticias que provocaban el descontento en la población, la cual se siente sumida bajo un régimen de impunidad. Esto ha originado una alta expectativa por parte de la opinión pública general de que los imputados de delitos queden bajo el régimen de la prisión preventiva y en aquellos casos que no ha sido así, esto ha provocado la insatisfacción general.

⁵⁸ Informe Latinobarómetro 2008, pp. 21 a 24.

Esto se ha acrecentado por parte de la actitud que en determinados países los otros actores del sistema penal han tomado respecto de la responsabilidad por estos casos. Un ejemplo de esto se dio en Nicaragua en el mes de octubre de 2008, cuando en un caso de alto impacto público referido a tráfico masivo de tierras, ante una decisión del juez de cambiar la medida cautelar de prisión preventiva por presentación periódica, el procurador específico penal realizó una serie de críticas hacia las decisiones de los jueces, indicando que “¿por qué no se imparte justicia de la manera correcta? (...) eso crea impotencia”. Asimismo indicó que en casos de narcotráfico los jueces están legislando, escogiendo leyes para beneficiar a una de las partes⁵⁹. Un caso similar se dio en el mes de junio del año 2008, en Guayaquil, Ecuador, a propósito de un robo. Al respecto, el ministro fiscal lamentó que los jueces no emitan las medidas cautelares que el fiscal solicita en base a la investigación realizada y que de hecho han iniciado instrucción en contra de ciertos jueces por este motivo. Asimismo la misma policía se encuentra disconforme con la labor de los jueces⁶⁰.

En el caso del mundo político las críticas han sido bastante más fuertes. En Argentina, el actual jefe de gobierno de la ciudad de Buenos Aires, durante el año 2005, criticó fuertemente la libertad en un caso contra un empresario. El político señaló: “Hay que acabar con estas teorías ‘garantistas’ que han llevado a un nivel de permisividad espantosa y que hacen sentir a los familiares estafados en su buena fe”⁶¹. Similar situación ocurrió en el mes de julio de 2007 en Chile, cuando un político acusó a los jueces de garantía de “Ustedes tienen la gran culpa del clima de inseguridad que la población tiene”⁶², mientras que otro político indicó: “Algunos jueces, por sus fallos, se están convirtiendo en un peligro para la sociedad, y esto es inaceptable”⁶³. Informaciones de este tipo se repiten constantemente a lo largo de la región.

⁵⁹ Procurador Lara critica libertad para Vásquez, diario *La Prensa*, <http://www.la-prensa.com.ni/archivo/2008/octubre/08/noticias/nacionales/288152.shtml>

⁶⁰ Sistema de oralidad presenta ‘fragilidad’ durante el proceso, *El Universo*, Guayaquil, 23 de junio de 2008, <http://www.eluniverso.com/2008/06/23/0001/18/945438B7548E4DFDBE43B2CD805F1C25.html>

⁶¹ Macri le apuntó a los jueces “garantistas” que liberaron a Chabán, *El Clarín*, <http://www.clarin.com/diario/2005/05/14/um/m-976362.htm>

⁶² Directora de asociación de jueces refuta teoría de la puerta giratoria, 25 de agosto de 2008, *El Mercurio*.cl, <http://diario.elmercurio.cl/detalle/index.asp?id={3f32a0f5-b5f4-429f-bec2-2e2940512f96}>

⁶³ Las penas del Infierno. Qué hay tras de las críticas a los jueces de garantía, 15 de julio de 2007, diario *La Nación* online, http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20070714/pags/20070714231347.html

Como señalamos, el escenario descrito ha dado lugar en un número no despreciable de países a diversos esfuerzos de cambio legislativos que identificamos con la idea de contrarreforma. Usaremos la expresión *contrarreforma* para referirnos a las modificaciones legales que los distintos sistemas acusatorios del continente han sufrido en materia de la regulación de la prisión preventiva en los años posteriores a la entrada en vigencia de estos. No se hablará de reformas y sí se usará el término contrarreforma en el entendido que los cambios legislativos que muchos de los sistemas han sufrido se alejan de los ideales que originalmente inspiraron el régimen de medidas cautelares, incorporando criterios y normativas tendientes a facilitar, dirigir y en algunos casos obligar al juez a aplicar la prisión preventiva. En este contexto, el propósito del presente capítulo es mostrar las tendencias contrarreformistas que han tomado los gobiernos y los operadores del sistema de justicia criminal respecto de la prisión preventiva, tendencias que van desde una contrarreforma legal sustantiva a su reglamentación hasta las prácticas diarias respecto de su uso en el sistema judicial.

2. Los cambios en la regulación de la prisión preventiva

Desde principios del año 2000 es posible notar en las diversas legislaciones procesales penales acusatorias una tendencia a contrarreformas. Los distintos cambios abarcan diversos aspectos y tienen diferentes espectros de alcance, sin embargo tienen en común que las disposiciones modificadas dicen relación con el fortalecimiento de la persecución criminal.

Destacan las modificaciones que ha sufrido el régimen normativo que regula la procedencia de la prisión preventiva. De hecho, muchas de las iniciativas contrarreformistas han centrado sus críticas al funcionamiento de esta medida cautelar en los sistemas penales acusatorios y la mayoría de las modificaciones promulgadas han recaído en ellas.

Para tener una visión panorámica de este fenómeno la tabla 19 resume las principales modificaciones legales experimentadas por la prisión preventiva en los países con sistemas reformados luego de puesta en marcha la reforma.

Tabla 19
REFORMAS A LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL EN MATERIA DE MEDIDAS
CAUTELARES PERSONALES SEGÚN PAÍS Y AÑO

País	Ley	Año
Argentina - Provincia de Buenos Aires	Ley 13.449	2006
Bolivia	Ley 2.494	2003
Chile	Ley 20.074	2005
	Ley 20.253	2008
Colombia	Ley 1.142	2007
Costa Rica	Ley 8.589	2007
Ecuador	Ley 23-101	2003
El Salvador	Decreto Nro. 752	1999
	D. Legislativo Nro. 487	2001
	D. Legislativo Nro. 458	2004
	D. Legislativo Nro. 386	2007
Guatemala	Decreto Nro. 30	2001
	Decreto Nro. 51	2002
Honduras	Decreto 223	2004
Paraguay	Ley 2.493	2004
Venezuela	Gaceta oficial Nro. 5558	2001

Fuente: Elaboración CEJA.

Descontado los procesos de reforma que se encuentran en proceso de implementación (Perú, México y Panamá) nos encontramos que la gran mayoría de los países con reformas en funcionamiento ya han avanzado cambios en el área. Se puede apreciar que en diez países han existido modificaciones a esta materia y en varios de ellos más de una. Por otra parte, se puede apreciar que la mayor cantidad de cambios legales se han realizado a partir del año 2003, es decir, en los últimos cinco años.

Algunas de las razones que explican esta fuerte tendencia a transformar la prisión preventiva se encuentran directamente asociadas a la mala percepción que existe por parte de la ciudadanía y la clase política al funcionamiento del sistema de justicia criminal. En este sentido, si bien la mayoría de los países de la región han establecido la existencia de un juicio oral, público y contradictorio como la instancia de mayor relevancia en el proceso penal y de mayor visibilidad debido a sus características, en la práctica los sistemas reformados han operado con mucha lentitud y los casos se toman

demasiado tiempo en llegar al juicio y posterior condena⁶⁴. Así, en la práctica, la decisión respecto de la procedencia de la prisión preventiva se ha transformado en la única respuesta visible que el sistema da al comportamiento delictual.

Paradójicamente, en algunos casos en donde los nuevos sistemas acusatorios han tenido un impacto en aumentar la rapidez y visibilidad de sus decisiones, esto ha generado confusión en un sector de la población al ver que personas obtienen la libertad con mucha rapidez. Esto se debe a que al momento de ser capturado el imputado, hecho notado por la ciudadanía, el juez de garantía toma conocimiento del caso en un breve tiempo y toma una decisión respecto de la procedencia de una medida cautelar. Este breve tiempo en la toma de decisión, unido a la circunstancia de que no se aplique la prisión preventiva respecto del imputado, ha generado la impresión de que estos son “capturados” para ser inmediatamente “devueltos” a la libertad, mermando la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia. Lo mismo ocurre cuando el detenido es condenado muy rápidamente por delitos menores que no llevan aparejadas penas de privación de libertad efectivas o en los que se adoptan salidas alternativas como la suspensión del proceso a prueba. En muchos países esto ha llevado a instalar la idea que el sistema funciona como una “puerta giratoria”.

Estas circunstancias, con matices y diferencias en cada país, han sido recogidas por la prensa y se ha producido una concentración por parte de los medios en ellas, como una señal de la ineficiencia y la impunidad del sistema criminal respecto de la delincuencia, según ya hemos tenido oportunidad de mencionar.

A continuación revisaremos con poco más de detalle los diversos alcances y tendencias que han tenido estos esfuerzos de contrarreformas respecto de la prisión preventiva.

2.1. El establecimiento de delitos inexcusables

La primera tendencia normativa que es posible identificar en la realidad actual de la regulación de la prisión preventiva en América Latina se refiere al establecimiento o al menos el intento de establecer delitos inexcusables. Como hemos visto, esta era una

⁶⁴ Datos sobre la duración de los procesos que llegan a los juicios orales pueden obtenerse en CEJA, *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, ob. cit., p. 168.

característica común en los sistemas inquisitivos previos que había sido superada por los nuevos procesos reformados. Desde el punto de vista de la lógica cautelar que debe regir como principio básico y del carácter excepcional de la prisión preventiva, estamos en el caso más extremo de cambio, ya que produce su supresión. Un delito inexcusable significa un delito en el cual la regla general es que la persona sea puesta en prisión preventiva como consecuencia de la persecución penal en su contra.

A continuación revisaremos los casos en que algunos países han vuelto a establecer delitos inexcusables o que han pretendido avanzar en esa dirección regulando situaciones que se asemejan a la idea de inexcusabilidad. Luego veremos qué tan amplias son sus hipótesis de procedencia y qué tan general es la aplicación de las normas antes reformadas. La tabla 20 resume los casos de los países en donde se ha realizado reformas en esta dirección.

TABLA 20
CONTRARREFORMAS EN MATERIA DE DELITOS INEXCARCELABLES

País	Regulación que establece inexcusabilidad	Año de la reforma que la incorpora
Colombia	Artículos 310, 313 y 314 del Código Procesal Penal de Colombia de 2004	2007
Ecuador	Artículo 173 - A del Código Procesal Penal 2000	2004
Paraguay	Artículo 245 del CPP de 1998	2004

Como se puede observar, en tres países se ha avanzado en cambios normativos en la dirección apuntada. Los revisaremos con algo más de detalle en lo que sigue.

En el caso de la Ley 906 de 2004 que establece el Código Procesal de Colombia, los artículos 310, 313 y 314 fueron modificados por la Ley 1142 del año 2007. Dicha ley estableció un régimen de obligatoriedad de la prisión preventiva para determinados delitos por medio de la prohibición de aplicar respecto de estas medidas alternativas a aquella. Este es el caso del parágrafo final del artículo 314⁶⁵, el cual establece la prohibición de sustituir la prisión

⁶⁵ Art. 314. PARÁGRAFO. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes; Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir; Violencia intrafamiliar; Hurto

preventiva respecto de delitos de tráfico de inmigrantes, violación, violencia intrafamiliar, hurto agravado, hurto calificado, fabricación y tráfico de armas o municiones, cohecho, receptación en reiteradas oportunidades, estafa agravada, entre otros. Esta prohibición establecida por la ley no presenta excepciones.

Se puede observar aquí un intento muy claro del legislador colombiano, el cual ha sido objeto de diversos cuestionamientos en dicho país. Por de pronto el más importante ha sido respecto a su constitucionalidad. En efecto, este párrafo ha sido declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Colombia, el cual en sentencia C-318 -08, falló lo siguiente:

“6.5.5. Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con éstos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables”.

No obstante lo anterior, la decisión de inconstitucionalidad tiene efectos limitados, ya que circunscribe sus efectos a los numerales 2, 3 4 y 5 del artículo 314⁶⁶, por lo que deja vigente la prohibición de sustitución respecto del numeral 1, el cual dice: *“Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por*

calificado; Hurto agravado; Estafa agravada; Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados; Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concorra con el delito de concierto para delinquir, o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas; Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares; Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales; Concusión; Cohecho propio; Cohecho impropio; Cohecho por dar u ofrecer; Receptación repetida, continua; Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos.

⁶⁶ “6.5.8. De manera que frente a estos eventos (numerales 2, 3, 4, 5 del artículo 314 C.P.P.) no puede operar la prohibición absoluta de sustitución de la medida de aseguramiento que introduce el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 respecto del catálogo de delitos allí relacionado. (...)”.

el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado”.

De los 5 casos en que originalmente el juez colombiano tenía la facultad para sustituir la prisión preventiva, el numeral 1 del artículo 314 era el que otorgaba un mayor ámbito de discrecionalidad. Específicamente dicho artículo le otorgaba la facultad al juez, sin intervención alguna por parte del legislador, de poder realizar una proyección particular de la situación del imputado, sin límite legal alguno y poder determinar la sustitución para cualquier caso.

En cambio, los casos establecidos en los numerales 2 a 5, son casos que tienen una aplicación bastante acotada, por ejemplo el número 2 se refieren los casos en que el imputado tiene más de 65 años, el número 3 cuando la imputada se encuentre próxima a dar a luz, el número 4 cuando el imputado se encuentre enfermo, y el 5, que es cuando la imputada es cabeza de familia y su hijo sufre grave discapacidad.

Como puede notarse, la prohibición tiene plena vigencia respecto de aquel caso en donde la formulación normativa daba mayor espacio para el ejercicio del criterio del juez. Vale decir, la prohibición en la práctica ha quitado al juez una gran parte de su facultad de examinar las circunstancias particulares de un caso, ejercer su criterio y poder decidir y, solo ha dejado la posibilidad de la sustitución respecto de casos puntuales y concretos, en donde el rol del juez se ve reducido a completar o verificar que se den condiciones objetivas y nada más.

Un segundo caso de análisis es el Ecuador. La figura de la *detención en firme* fue incorporada a la reforma del Código Procesal de Ecuador con la modificación del año 2004. Si bien esta fue decretada inconstitucional por el Tribunal Constitucional el año 2006, nos parece de relevancia su revisión, ya que esta operó de forma plena durante dos años completos y es claro ejemplo de la tendencia hacia el establecimiento de la inexcusabilidad⁶⁷.

La detención firme operaba una vez presentada la acusación por parte del Ministerio Público, en ese momento la procedencia de la detención en firme era obligatoria y por ende el juez debía seguir el

⁶⁷ Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia Nro. 0002-2005-TC, resolución de 26 de septiembre de 2006, publicada en el registro oficial Nro. 382 del 23 de octubre del mismo año.

mandato explícito de la ley y ordenarla de oficio cuando se resolvía el auto de llamamiento a juicio. En la práctica esta consistía en que una vez resuelto el auto de llamamiento a juicio, el imputado quedaba inmediatamente detenido, en custodia penitenciaria hasta el fallo de su responsabilidad. Es claro que durante todo el tiempo que transcurriera y durante todo el desarrollo del juicio el imputado se encontraría detenido a “disposición de la justicia”.

Lo que parece más preocupante de esta institución, además de que haya sido obligatoria para el juez y que debiera decretarse de oficio, se refería a los casos en los que procedía. Podría razonablemente pensarse que una medida de esta índole y que representa una restricción de gran entidad para la libertad del imputado estaría reservada solo para aquellos delitos de mayor gravedad; sin embargo, su regulación solo la hacía improcedente respecto de aquellas personas acusadas de encubridoras del delito y para todos aquellos delitos cuya pena no excede de un año de prisión.

Finalmente, tenemos el caso de Paraguay. La Ley 2493 de 2004 modificó el artículo 245 del Código Procesal de Paraguay, estableciendo que no eran procedentes las medidas alternativas a la prisión preventiva “cuando el hecho sea tipificado como crimen que lleve aparejado la ponderación de la vida una integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa”, así como cuando el imputado se encuentre en la hipótesis del artículo 75 N° 3 del Código Penal, esto es cuando “atendiendo a su personalidad y a las circunstancias del hecho, manifieste una tendencia a realizar hechos punibles de importancia, que conlleven para la víctima graves daños síquicos, físicos o económicos”.

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

Adicionalmente a estos casos reseñados en donde hubo proceso de contrarreforma, debemos mencionar la situación de Nicaragua en la que Código Procesal Penal acusatorio, desde su versión inicial, contó con delitos inexcusables. Así, el artículo 173 de la Ley 406 de 13 de noviembre de 2001, establece que para decretar la

prisión preventiva deben darse el supuesto material y la necesidad de cautela, que como se indicó son el peligro de fuga, el peligro de obstaculización de la investigación y el peligro de reincidencia. Sin embargo, el inciso final de dicho artículo establece:

*“En todo caso el juez **decretará la prisión preventiva, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas**”⁶⁸.*

El tenor literal de la presente normativa es claro al indicar que respecto de delitos de tráfico de estupefacientes y lavado de activos de actividades ilícitas no solo no se puede sustituir la prisión preventiva, sino que el juez “decretará”, vale decir, existe sobre este un mandato legal de que en estos delitos deben quedar los imputados detenidos preventivamente.

2.2. *Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas*

Una de las consecuencias del principio general de la proporcionalidad de la prisión preventiva es la existencia de medidas cautelares personales que representen un punto intermedio entre esta y la completa libertad del imputado. Como hemos visto, esto ha sido una materia en donde las legislaciones procesales penales reformadas han avanzado en forma bastante similar⁶⁹.

Como producto de los esfuerzos de contrarreforma es posible notar que en varias legislaciones procesales penales los cambios a la prisión preventiva se han dirigido a impedir o dificultar la sustitución de esta por alguna medida cautelar distinta. En este sentido es posible identificar tres legislaciones que establecen la imposibilidad de sustituir la prisión preventiva según se trate de determinados delitos. Se trata de los siguientes casos:

- a) En el caso de El Salvador el artículo 294 ha sido modificado en al menos 4 ocasiones, en el año 1999, en el 2001, en el 2004 y finalmente en el 2007. En este se incorporaron a la prohibición

⁶⁸ Artículo 173 parte final, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley Nro. 406 de 2001. El destacado es nuestro.

⁶⁹ Véase supra III 1.3.

de sustituir la prisión preventiva los delitos regulados en la ley de lavado de activos y delitos relacionados con drogas. Los delitos que no permiten la sustitución de la prisión preventiva por medida alternativa han ido aumentando por medio de las diversas modificaciones legales, son similares a los de Colombia, primordialmente delitos contra la vida e integridad, probidad de funcionarios públicos y delitos contra la propiedad en sus versiones violentas; en total el artículo 294 prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en 13 tipos penales.

- b) En el caso de Guatemala, de las diversas reformas que han afectado al Código Procesal Penal, el artículo 264 establece una prohibición general de sustituir la prisión preventiva respecto de juicios en contra de reincidentes o delincuentes habituales. Asimismo establece prohibición de determinados tipos penales, en total 10 delitos respecto de los cuales no es posible revocar prisión preventiva y cambiar por medida cautelar diferente⁷⁰.
- c) El Decreto 9-99-E, que establece el Código Procesal Penal de 1999 de Honduras, fue modificado en este aspecto por el Decreto 223-2004, que entró en vigencia el 20 de enero de 2005, el cual incorpora un inciso final al artículo 184 que se refiere a la sustitución de la prisión preventiva por otras medidas cautelares, impidiendo su ocurrencia cuando se refiera a delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas.

La selección de tipos penales respecto de los que se ha prohibido la sustitución de la prisión preventiva se ha guiado por dos criterios. Por un lado, se refiere a tipos que tienen una alta penalidad, por ejemplo, si se revisan las legislaciones reseñadas encontramos que la prohibición incluye a delitos como homicidio, violación, entre otros. Por otro, se ha establecido la prohibición de figuras delictivas que no cuentan con una penalidad significativa, pero que sí son de ocurrencia común y por ende tienen alto impacto en la percepción de la población, como por ejemplo la receptación reiterada. La legitimidad del sistema de justicia criminal se ve en juego en ambos casos y las señales que han dado los legisladores de América Latina

⁷⁰ “No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado”.

han sido claras en que los imputados por ellos deben estar en prisión preventiva.

2.3. Ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva

Como se señaló en la introducción de este trabajo, la reforma procesal penal reguló las causales de procedencia de la prisión preventiva desde una perspectiva cautelar consistente con la idea de proteger y asegurar los resultados del proceso penal. De forma coherente con dicha noción, se establecieron en los sistemas reformados causales de procedencia tendientes a reforzar dicha lógica, como lo son las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización o peligro para la investigación.

Sin embargo, gran parte del movimiento de contrarreforma ha tenido por objetivo alterar y hasta cierto punto distorsionar la regulación de la prisión preventiva, incorporando cambios de relevancia en las causales de procedencia que dirijan el análisis que el juez podía realizar con una clara tendencia a facilitar la concurrencia de la prisión preventiva.

En primer lugar, en lo que se refiere a la causal de peligro de fuga, esta es ciertamente la que más ha sido reformada en las distintas legislaciones procesales penales, están los casos de Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Venezuela, entre otros. En particular las contrarreformas a esta causal han estado centradas en incrementar las posibilidades de su concurrencia, lo que se ha hecho por medio de otorgar una preeminencia a la gravedad de los actos y la pena que se atribuye al delito más que al estudio de los antecedentes de arraigo del imputado.

Lo que se ha realizado en diferentes legislaciones es indicar al juez que dentro de los diversos criterios legales que le sirven de indicador para resolver la procedencia de la prisión preventiva, debe dar especial atención o ponderar con mayor peso la forma en cómo fueron cometidos los hechos y la pena asignada al delito. Con ello se pretende restringir la libertad del juez en la apreciación de la necesidad de cautela. Este es el caso de la legislación de Chile, con la aprobación de la llamada agenda corta (Ley Nro. 20.253 de marzo de 2008), en donde se indica en el artículo 140 del CPP que “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el **tribunal deberá considerar especialmente** alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de

la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”⁷¹. Esta misma situación se da en la legislación procesal penal colombiana en donde la Ley 1.142 del año 2007 estableció expresamente la mayor ponderación de “la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible”.

El caso más extremo de esta tendencia parece ser el de la contrarreforma del año 2001 al Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, el cual estableció presunciones de concurrencia del peligro de fuga. Dicha reforma incorporó el parágrafo primero, el cual presume que concurre la causal de peligro de fuga en aquellos delitos en donde su pena máxima a imponer sea igual o superior a 10 años⁷². Esto acerca muchísimo este tipo de reformas al régimen de delitos inexcusables ya que en el fondo se establece que cada vez que se persiga un delito con tal entidad de pena siempre se cuenta con una necesidad de cautela.

Además de ampliar la concurrencia de la prisión preventiva por medio de modificar las causales tradicionales, los esfuerzos de contrarreforma se han dirigido a incorporar criterios para su procedencia con fines que escapan completamente a la lógica cautelar. Es así que se han incorporado criterios de índole peligrosistas en diversos países. Un ejemplo de esto es la causal de peligro para la comunidad del Código Procesal Penal colombiano, en donde la última reforma del año 2007 indicó que para la concurrencia de esta causal “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible”⁷³ y en donde el juez “podrá” valorar otros criterios.

En otros casos se han incorporado o reconocido causales autónomas con una tendencia más propia del derecho penal de autor, que el derecho penal de acto. Está el caso del Código Procesal Penal boliviano, el cual derechamente estableció una nueva causal de procedencia de la prisión preventiva, consagrada en el artículo

⁷¹ En Chile, la causal peligro para la sociedad admitía tres posibilidades (peligro de reincidencia, peligro, fuga y alarma social), a partir de la misma modificación el peligro de fuga fue separado conceptualmente de la causal peligro para la seguridad de la sociedad. Una información más detallada sobre este punto véase en este mismo volumen el informe sobre Chile.

⁷² Artículo 251, parágrafo primero, Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela.

⁷³ Artículo 310, Ley Nro. 906 de 2004, modificada en 2007.

234 ter que incorpora la reincidencia⁷⁴. En el caso del Código Procesal Penal de Chile, si bien doctrinariamente la causal peligro para la sociedad admitía la posibilidad de ser interpretado como peligro de reincidencia, la última reforma al Código del año 2008 dio a entender con su última redacción con claridad que esta es una hipótesis admitida como legítima y, aunque con una técnica legislativa cuestionable, otorgó criterios de ponderación para cada uno de estos con una marcada tendencia al revisión de los antecedentes previos del imputado.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

No obstante las diferentes realidades y contextos de los países de América Latina que hemos estado estudiando, nos ha sido posible identificar varias tendencias comunes que apuntan a consolidar algunos hallazgos. Así se pudo constatar que la prisión preventiva era utilizada ampliamente con anterioridad a los procesos de reforma, lo que era consistente con los principios y lógicas que impuso la vigencia de sistemas inquisitivos inspirados por ideas muy similares en todos los países de la región. La prisión preventiva se ocupaba como primera y principal respuesta en muchos ordenamientos jurídicos frente a la comisión de delitos, lo que se tradujo en las cifras que pudimos observar en la tabla 1 que dan cuenta que los presos sin condena en la región eran por lejos el porcentaje mayoritario de las personas privadas de libertad en recintos penitenciarios.

La situación descrita generó una intensa crítica acerca del uso problemático de la privación de libertad en el proceso. Por tal motivo, las reformas a la justicia criminal que se han realizado en los últimos veinte años en América Latina centraron parte de sus esfuerzos en transformar de forma radical la regulación normativa y la práctica en el uso de la prisión preventiva. Se buscó alterar su lógica de funcionamiento para hacerla una institución respetuosa de los derechos humanos. Las diferentes legislaciones reformadas establecieron la vigencia del principio de la excepcionalidad y proporcionalidad de esta medida cautelar, así como límites normativos consistentes con el objetivo de cautelar el desarrollo del juicio y sus consecuencias, alejándose la lógica dominante en el sistema inquisitivo. Esta situación generó un “compromiso” por parte de los sistemas procesales penales reformados que debía cumplirse una vez que entraron

⁷⁴ Artículo 234 ter de la Ley 1.970, incorporado por la Ley 2.494 del año 2003.

en vigencia en sus respectivos países. Se esperaba que cuando dichos sistemas judiciales fuesen implementados, el funcionamiento práctico de la prisión preventiva se vería disminuido a niveles aceptables y acordes con las obligaciones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Hemos señalado que todos los procesos de transformación del sistema acusatorio en América Latina respondían en general a los mismos objetivos y sus cimientos estaban inspirados en los mismos principios. Concluimos –según la información presentada– que el impacto que la reforma procesal penal tuvo en la prisión preventiva fue positivo como tendencia general al inicio de su puesta en marcha. Desde esta perspectiva se puede concluir que se ha cumplido, al menos en parte, con el “compromiso” de la reforma en la materia. Con todo, cuando se analizan los resultados ya no como tendencia general sino que con mayor desagregación es posible apreciar algunas diferencias significativas entre los distintos países. No es nuestra intención realizar un registro exhaustivo de las razones que pueden explicar estas diferencias. De hecho, creemos que no existe una información empírica sólida que permita profundizar en demasía sobre este punto. Con todo, nos parece relevante mencionar algunos factores que en nuestra experiencia han tenido un impacto muy significativo en la racionalización en el uso de la prisión preventiva.

Diversa evidencia empírica indica que una de las variables que ha tenido mayor impacto para cambiar prácticas en materia de uso de la prisión preventiva tiene que ver con la capacidad del proceso de reforma de instalar un sistema de audiencias orales en la etapa de investigación en donde se resuelvan, entre otras cuestiones, las solicitudes de medidas cautelares personales. En una cantidad importante de países de la región, la reforma procesal penal no fue capaz (al menos en un primer momento) de oralizar las etapas previas al juicio, teniendo ello un impacto significativo en el debilitamiento de la función de garantía que se pretendía reforzar al establecer al juez de garantías como un actor central del nuevo sistema⁷⁵. La falta de oralidad en las etapas preliminares impidió establecer un sistema de litigación fuerte en el que se pudiera discutir en profundidad la verdadera necesidad de decretar medidas cautelares personales y se justificaran públicamente dichas decisiones. Ello facilitó volver a los

⁷⁵ Véase CEJA, *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, ob. cit. pp. 153 a 157.

sistemas de decisión más o menos automáticos previos en los que la prisión preventiva era consecuencia de la existencia de un procesamiento en contra de un imputado si es que el delito perseguido tenía una cierta gravedad. La falta de audiencias en la etapa de investigación se traduce en un control de menor calidad por parte del juez de la situación del imputado. La discusión escrita en esta materia genera un debate de calidad menor, en donde situaciones como la delegación de funciones, defensas formales o de papel y la propia lógica del sistema inquisitivo, que perduraba en el sistema escrito, hacen que el rol del juez en este escenario sea casi nulo y el imputado finalmente pase extensos períodos de cárcel sin condena.

En la contracara, en los últimos años varios países han iniciado un proceso muy serio de oralización de las etapas preliminares como forma de profundizar la instalación de la lógica acusatoria en sus procesos ya reformados y resolver un conjunto de problemas que se generaban en su funcionamiento práctico, entre ellos la excesiva utilización de la prisión preventiva. En todas estas experiencias, el hecho de establecer que la discusión de las medidas cautelares personales se deba hacer en una audiencia, ha producido, en corto plazo, un efecto de racionalizar el uso de la prisión preventiva. CEJA ha podido documentar experiencias en este sentido en la provincia de Buenos Aires (Mar del Plata), Argentina⁷⁶, Costa Rica⁷⁷, Guatemala⁷⁸ y Ecuador⁷⁹. Además, en países como Colombia y Chile, en donde desde el inicio de la reforma el sistema ha operado con audiencias para la discusión de medidas cautelares personales, se observan importantes resultados en disminución de su uso como se podrá observar en los informes nacionales contenidos en este mismo volumen.

⁷⁶ Véase Luciano Hazan y Cristián Riego, *La Oralidad en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia de Mar del Plata*, en *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, CEJA, Santiago 2007, pp. 257 a 294.

⁷⁷ Véase Mauricio Duce, *La Oralidad en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia del Circuito Judicial de Guanacaste, Costa Rica*, en *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, CEJA, Santiago 2007, pp. 295 a 314.

⁷⁸ Véase Mauricio Duce, *La Oralidad en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia de Quetzaltenango, Guatemala*, en *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, CEJA, Santiago 2007, pp. 343 a 362.

⁷⁹ Véase Mauricio Duce, *La Oralidad en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia de Ciudad de Cuenca, Ecuador*, en *Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, CEJA, Santiago 2007, pp. 315 a 361. Véase también Diego Zalamea, *La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de Innovación*, CEJA, Santiago 2007, pp. 63 a 95.

Estimamos que la introducción de oralidad en etapas previas es uno de los factores que tienen más impacto en la transformación de las viejas prácticas en materia de prisión preventiva, por lo que debe hacerse un esfuerzo por profundizar la implementación de audiencias en aquellos lugares en donde esto no ocurre de manera sistemática para todo tipo de casos. Con todo, hay que tener presente que el solo hecho de establecer audiencias para discutir las medidas cautelares no se traduce automáticamente en resultados en la materia. La experiencia de todos los países citados es que, junto con la audiencia, el sistema debe hacerse cargo de dos desafíos paralelos: establecer sistemas de gestión en las instituciones que permitan el desarrollo efectivo de estas audiencias; y que exista una adecuada capacitación de los actores que intervienen en las audiencias, de manera que estas efectivamente se desarrollen en forma consistente con su objetivo.

Muy vinculado a lo anterior, nos parece que un segundo factor que tiene incidencia significativa en la racionalización del uso de la prisión preventiva tiene que ver con el fortalecimiento del trabajo de las defensorías penales públicas en la región. Por fortalecimiento no entendemos solamente el aumento de recursos humanos, materiales y presupuestales, sino fundamentalmente la capacidad de producción de información y litigación de los defensores en las audiencias de medidas cautelares. En consecuencia, un proceso de fortalecimiento no pasa necesariamente por dotar de mayores recursos (lo que en algunos casos puede ser necesario), sino que de diseñar metodologías más efectivas de trabajo y entrenar más eficazmente a los defensores, particularmente en materia de debates sobre la procedencia de la prisión preventiva.

Junto con estos factores positivos, hemos tenido oportunidad de ver cómo en los últimos años se ha consolidado una tendencia a la contrarreforma normativa del régimen legal de la prisión preventiva en América Latina, fenómeno que podría tener un impacto fuerte en términos de retrotraer algunos resultados obtenidos hasta el momento en los países de la región. Se trata de un proceso muy reciente y en donde la información empírica disponible no nos permite hacer juicios muy exactos acerca del impacto efectivo de estos esfuerzos de contrarreforma. Creemos que en un futuro próximo debieran hacerse estudios específicos para medir lo que efectivamente ha ocurrido con estos cambios legales.

Se suma a lo anterior el que, más allá de las reformas legales, en estos últimos años se ha ido consolidando un medio ambiente social

en la mayoría de los países de la región de fuerte presión pública a los jueces al momento de decidir sobre la prisión preventiva. La percepción de impunidad provocaba por la obtención de libertad de los imputados, a pesar de haber sido detenidos e identificados por testigos, junto con el creciente clima de inseguridad generado parcialmente por el mismo fenómeno, ha provocado que exista una gran presión a los jueces para decretar la prisión preventiva, independiente del peligro concreto que el imputado pueda provocar para el proceso. Este clima, de fuerte observación y crítica a los fallos emitidos por los jueces de la investigación en materia de prisión preventiva, genera presiones de diversa índole, haciendo que factores externos a la ley cobren un rol de relevancia para la decisión en un caso particular.

Tanto la contrarreforma como el medio ambiente descrito constituyen un fuerte riesgo para los logros obtenidos hasta el momento en los procesos reformados y para profundizar algunas de las experiencias positivas que hemos descrito. Pensamos que en los próximos años el gran desafío de los sistemas reformados será seguir avanzando en un escenario social y político de extrema complejidad que obliga a enfrentar el tema de la prisión preventiva con nuevas entradas, mucho más innovadoras y sensibles frente a las demandas ciudadanas. Pensamos que no será posible avanzar con una agenda de racionalización en el uso de la prisión preventiva si los sistemas procesales penales no son capaces de mostrar a la vez eficacia en la persecución penal y eficiencia en el uso de las medidas cautelares personales. Un ejemplo de esto es lo que ocurre cuando se decretan medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva. Si nuestros sistemas de justicia criminal no son capaces de dotar a dichas medidas de controles eficaces que aseguren los objetivos de las mismas, no es posible pensar que ellas se legitimen en la comunidad como verdaderas alternativas y que, por lo mismo, se transformen en opciones reales de reemplazo de la prisión preventiva. En la misma dirección, si nuestros sistemas no son capaces de generar mayor información y más confiable al momento de decidir sobre la libertad de las personas, se abren espacios muy importantes para que esas decisiones sean adoptadas como consecuencia de prejuicios o presiones.

Esperamos con este trabajo haber contribuido a debatir sobre el uso de la prisión preventiva en nuestros países sobre la base de información empírica de lo que ocurre en la realidad, a la vez de dejar planteadas algunas reflexiones acerca de los debates futuros que se vendrán en la materia.

EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA. BOLIVIA

LETICIA LORENZO*

INTRODUCCIÓN. OBJETIVO Y METODOLOGÍA

La década de los 90 fue en Bolivia escenario de múltiples discusiones sobre la necesidad de modificar la estructura del procedimiento penal. Luego de un largo período de debate, el 25 de marzo de 1999 se aprobó la Ley 1.970, Nuevo Código de Procedimiento Penal, incorporando características propias de un modelo de juzgamiento penal acusatorio.

Uno de los ejes de la discusión sobre la necesidad del cambio fue la situación carcelaria del país, que como veremos, tenía porcentajes por encima del 80 de presos sin condena. Ello, sumado a los tiempos de duración de los procesos penales, hizo que se hiciera evidente la necesidad de un cambio. A casi diez años de la aprobación del Nuevo Código de Procedimiento Penal, siguen presentándose desafíos para la mejora del sistema. El objetivo del presente documento es analizar la situación actual del uso de la prisión preventiva en Bolivia, a partir de la presentación de los acontecimientos anteriores a la reforma y los cambios que se dieron a partir de la misma, para encontrar los nudos problemáticos actuales y, en la medida de la información con que se cuenta, enunciar algunos posibles caminos de solución.

Para su elaboración se han utilizado diversos instrumentos de análisis:

- Consulta de distintos reportes elaborados en Bolivia para fundamentar la necesidad de la reforma y su posterior evaluación, mismos que se listan en un anexo a este reporte;
- Informes anuales elaborados por la Dirección Nacional de Ré-

* Abogada y coordinadora de estudios CEJA.

gimen Penitenciario (a nivel nacional y, particularmente, sobre la situación del penal de San Pedro, en el Departamento de La Paz);

- Taller de discusión de la versión preliminar del documento con los integrantes de la Red de Ex Alumnos del Programa Interamericano de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal;
- Aplicación de encuesta sobre uso y situación actual de la prisión preventiva a los defensores públicos de Bolivia.

El documento está estructurado en siete partes:

1. **La situación antes de la reforma**, donde se presenta el estado normativo anterior a la reforma y la información que dio la base para la discusión sobre el contenido que debía incorporarse en un nuevo código de procedimiento penal.
2. **El contenido normativo de la reforma**, donde se presentan los lineamientos de la reforma, haciendo un análisis específico de aquellos que se relacionan con la prisión preventiva.
3. **La implementación de la reforma**, dedicado a la presentación de los órganos de la implementación y las áreas de trabajo técnico que se desarrollaron.
4. **El impacto de la reforma sobre la prisión preventiva**, donde se presentan las cifras actuales de detención preventiva y se analizan las problemáticas que se han presentado en la implementación y la transformación de las prácticas judiciales.
5. **La contrarreforma**, referida a la modificación incorporada en el año 2004 al Nuevo Código de Procedimiento Penal que incorporó la reincidencia como criterio para la aplicación de la prisión preventiva.
6. **Perspectivas**, donde se presentan las acciones que actualmente se encuentran en curso y aquellas líneas de trabajo que deberían explorarse para mejorar la situación actual.
7. **Conclusiones**, sintetizando el contenido del documento.

LA SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA

1. El procedimiento penal en términos generales

El sistema penal Boliviano, hasta el 10 de marzo de 1997, se regía por los Códigos Banzer, aprobados mediante DL 10.426 de 23 de agosto de 1972. Dicha norma legal aprobó el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, que sustituyeron al Código Penal de 6 de noviembre de 1934 y a la Compilación de Procedimiento Criminal de 6 de agosto de 1898.

El Código de Procedimiento Penal, si bien contenía principios de oralidad, continuidad y contradicción, correspondía a un modelo inquisitivo reformado bajo las premisas del expediente escrito. El sistema generó graves niveles de discriminación, y consolidó la creencia del “sistema penal” como equivalente de la mejor manera de cobrar deudas; el sistema se concentró en la persecución de delitos patrimoniales y, a partir de la promulgación de la Ley 1008, el 19 de julio de 1989, comenzó la persecución a los delitos de narcotráfico¹. Una cuestión a considerar con relación a la persecución de delitos patrimoniales y vinculada en forma directa a la situación de la detención preventiva se presentaba con la aplicación del apremio corporal por obligaciones patrimoniales; hasta el año 1995, ningún diagnóstico del sistema penal era real, puesto que las cárceles estaban ocupadas por personas que no habían podido pagar sus deudas. (Esta situación llegó al extremo de que una gran parte de los privados de libertad, se encontraban detenidos “indefinidamente” por adeudar honorarios a sus propios abogados²).

En cuanto al narcotráfico, la Ley 1008 constaba de tres partes: una destinada a la tipificación de delitos específicos vinculados al narcotráfico, una dedicada al procedimiento especial para el juzgamiento de esos delitos y una tercera dedicada al establecimiento de mecanismos para la erradicación y control de la producción de coca. El procedimiento diseñado para la persecución de estos

¹ De acuerdo a los datos de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, es una constante hasta la actualidad que un porcentaje superior al 45% de las personas privadas de libertad se encuentra procesada o condenada por delitos vinculados al tráfico de sustancias controladas, regulados por la Ley 1008.

² Esta situación se describe con mayor detalle en el reporte sobre la situación de la detención preventiva en Bolivia contenido en las Reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia. Razones que han obstaculizado sus éxitos y como enfrentarlas. 2008. DPLF.

delitos resultaba vulneratorio de garantías constitucionales, principalmente en lo referido a la inversión de la carga de la prueba y al establecimiento de la detención durante el proceso como regla infranqueable (Art. 109 de la Ley 1008, en la actualidad derogado).

2. La regulación de la detención preventiva

El Art. 194 del Código de Procedimiento Penal aprobado por DL 10.426, establecía la procedencia de la detención preventiva en los siguientes casos:

- a) En delitos que merecen pena privativa de libertad cuyo máximo excede a dos años y existen contra el imputado indicios manifiestos y graves de haberlo cometido;
- b) El accidentes de tránsito que ocasionen muerte y lesiones graves;
- c) Contra delincuentes habituales y reincidentes.

No existía en esta regulación ningún tipo de control jurisdiccional, posibilidad de apelación ni consulta; la única chance de tener una revisión de la medida cautelar se constituía a través del uso del recurso extraordinario de *habeas corpus*.

Seguidamente, el Código de Procedimiento Penal regulaba la libertad provisional, como medida sustitutiva a la detención preventiva que permanecía subsistente hasta la ejecución de la sentencia pasada en cosa juzgada. La libertad provisional, procedía en los siguientes casos:

- a) Cuando el delito está reprimido con una pena que no supera los cuatro años;
- b) En favor del imputado sobreseído;
- c) En favor del acusado absuelto y del que hubiese cumplido su condena mientras se resuelvan los recursos ordinarios, así como del procesado que por las demoras del juicio y aun antes de la sentencia, hubiera sufrido en calidad de detenido una pena equivalente por lo menos al término medio de la señalada por ley para el delito que se juzga;
- d) En favor de los mayores de 60 años, de las mujeres, de los menores de 18 años y de los religiosos de grados mayores, salvo el caso de que significase un peligro para la seguridad social por sus antecedentes y condiciones de vida.

En tanto se prohibía la libertad provisional expresamente en los siguientes casos:

- a) Cuando el imputado es reincidente, delincuente habitual o profesional o pesen contra él sindicaciones de delitos de incendio y otros hechos de terrorismo;
- b) Tratándose de imputados inmersos en delitos tipificados por la Ley de Control de Sustancias Peligrosas (Art. 109 Ley 1008).

Durante la vigencia de esta regulación procesal, hasta tanto se comenzó a dar la discusión sobre la necesidad de la reforma, la detención preventiva era la regla, aplicándose casi como una pena anticipada. Es así que en 1991 se impulsa la realización de un estudio a cargo del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del Delincuente (ILANUD) culminado el cual se establecen una serie de graves distorsiones al sistema³:

Retardación de justicia

Tiempo en Prisión	Sentenciado A	Tiempo Excedente	Delito Juzgado
6 años y 6 meses	4 años	2 años y 6 meses	Giro de cheque en descubierto
5 años y 5 meses	3 años	2 años y 5 meses	Hurto
3 años y 5 meses	Absuelto	3 años y 5 meses	Hurto
8 años	5 años	3 años	Robo
3 años y 9 meses	Absuelto	3 años y 9 meses	Estafa

Fuente: Informe ILANUD.

Tiempo real de duración de los procesos⁴

33,82% de los juicios	2 a 5 años
12,43% de los juicios	5 a 10 años
4,62% de los juicios	10 a 15 años
0,58% de los juicios	15 a 20 años
0,29% de los juicios	Más de 20 años

Fuente: Informe ILANUD.

³ Este estudio es publicado en 1992 bajo el nombre de "Estudio del Funcionamiento del Sistema Penal en Bolivia" ILANUD – 1992, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas de la Universidad Católica Boliviana. El objetivo principal de este estudio fue contrastar la normativa vigente en materia procesal penal y las prácticas instituidas. Para ello se trabajó sobre la base de revisión de expedientes de juicios penales (534 expedientes: 70% de procesos culminados y 30% de procesos en curso) y la ejecución de encuestas de opinión a actores y/o participantes del sistema de administración de justicia (jueces, fiscales, abogados litigantes y personas privadas de libertad). Este trabajo fue desarrollado en seis de los nueve distritos del país.

⁴ En el cuadro que se presenta se encuentra ausente un 48,26% debido a que de los 534 expedientes en revisión para el estudio, solo 346 tenían registro de los tiempos del proceso. En función a ello, ese 48,26% debió registrarse como sin información.

Este estudio tuvo un impacto muy profundo en el impulso de la reforma, sobre todo a partir del análisis de la situación de la detención preventiva, ya que arrojó una cifra que daba cuentas de la necesidad de un cambio en la regulación procesal: en 1991 el 80% de las personas privadas de libertad (un total de 4.176 internos) no contaban con una sentencia firme.

Puntualmente, el trabajo para la reforma se inició en 1994, a partir de un Seminario organizado por el Ministerio de Justicia denominado “Experiencias de Reforma Procesal en Latinoamérica. Perspectivas para Bolivia”, recogiendo la tendencia consolidada en gran parte de América Latina en esta materia. Dicho evento concluyó con la recomendación de iniciar de manera prioritaria e impostergable un proceso de reforma estructural de la justicia penal, que comprendiera una revisión global del Código de Procedimiento Penal vigente⁵.

Es importante destacar que entre las conclusiones del Seminario, hubo varias orientadas en forma directa a la necesidad de modificar la situación de la detención preventiva:

- a) Debe establecerse reglas que conviertan a la detención preventiva en una medida excepcional;
- b) Se requiere una definición de los fines de la detención preventiva y de la calificación de la fianza;
- c) Incorporar medidas alternativas a la detención preventiva;
- d) Es imperioso apoyar toda iniciativa tendente a adecuar en el actual régimen de detención preventiva las normas constitucionales y en particular dar vigencia efectiva al principio de inocencia.

El trabajo de la reforma estuvo dividido en dos fases de trabajo que pueden identificarse con claridad:

- Fase 1: 1995 a marzo de 1999: Elaboración de Anteproyecto de NCPP y amplia discusión con la sociedad civil hasta su aprobación legislativa, el 31 de marzo de 1999.
- Fase 2: 31 de mayo de 1999 a 31 de mayo de 2001: Vacatio Legis, etapa para preparar la implementación del NCPP mediante un Plan Nacional

⁵ Resultados del Seminario de Reformas Procesales, publicado en “Las experiencias de Reforma Procesal Penal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia”. Ministerio de Justicia y Programa de Administración de Justicia USAID/ Bolivia. 1995.

Con posterioridad a la vigencia plena se han elaborado algunos informes de avances que serán citados a lo largo de este trabajo, pero no ha existido una continuidad sistemática en el seguimiento de resultados.

El trabajo y la discusión que se inicia en torno a la necesidad de la reforma, suscita algunos pactos legislativos previos a la aprobación del NCPP como tal, que influyen en la procedencia y duración de la detención preventiva. Así, durante este período se aprueban la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales, (Ley 1602 de 15 de diciembre de 1994) la cual determina de forma expresa, la eliminación de cualquier forma de apremio o detención por existir obligaciones patrimoniales. Esta ley es complementada por la Ley de Fianza Juratoria (Ley 1685 de febrero de 1996), que en un segundo nivel busca resolver dos conflictos: el primero relacionado a los aspectos inconstitucionales de la Ley 1008, y el segundo buscando controlar la retardación de justicia en los casos de personas detenidas preventivamente, estableciendo un sistema de liberación automática del detenido, previo una declaración jurada, cuando el Poder Judicial, no cumplía los plazos “ampliados” de las leyes procesales. Esto posibilita descomprimir la gravedad de la situación generada a partir de la evidencia del informe de ILANUD, sobre el 80% de presos sin condena.

3. El estado institucional (la situación de los operadores)

En lo que respecta al *Poder Judicial*, el periodo de tiempo 1982 - 1997, está caracterizado por una subordinación del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, ya que los periodos de los jueces eran de cuatro años y la designación se realizaba por acuerdos políticos en función a la mayoría parlamentaria.

Por su parte, el *Ministerio Público*, legalmente dependía del Ministerio de Gobierno, y la designación como la remoción de los fiscales dependía en su totalidad del Ministro de Gobierno.

En lo que hace a la Defensa Pública, este servicio se constituyó a partir del año 1991 a partir de varios programas y proyectos pilotos que fueron desarrollándose en el ámbito del Ministerio de Justicia; el servicio en sí fue instalado en 1992, a partir de un convenio suscrito entre Bolivia e ILANUD mediante el cual se iniciaba un proyecto piloto de servicio de defensa pública, que luego iría variando sus formas de ejecución y los cooperantes involucrados⁶.

⁶ Para un mayor detalle sobre las instituciones operadoras y su situación anterior a la reforma puede consultarse el Informe de Seguimiento a la Reforma Procesal

EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA REFORMA

1. Los lineamientos de la Reforma

De inicio señalaremos que más allá de las cuestiones que estuvieron en debate durante el tiempo de discusión del proyecto normativo previo a su aprobación, el texto final del CPP no tuvo cambios de trascendencia para modificar los objetivos planteados por los lineamientos que se señalarán a continuación, sino que fueron más bien discusiones que fueron retomadas luego al momento de diseñar y ejecutar el Plan de Implementación con el texto ya aprobado. Establecida esa aclaración, puede observarse que en el caso boliviano, el cambio normativo giró en torno a nueve lineamientos, que a continuación se listan, detallándose el contenido de aquellos que tuvieron relación con la regulación de la detención preventiva.

Los nueve lineamientos de la reforma fueron:

1. Efectivo cumplimiento de las garantías constitucionales
2. Eficiencia en la investigación
3. Oralidad plena
4. Revalorización de la víctima
5. Participación ciudadana
6. Respeto a la diversidad cultural
7. Control sobre la retardación de justicia
8. Simplificación del proceso
9. Judicialización de la etapa de ejecución de la pena

Se realizará a continuación referencia específica a aquellos lineamientos que tuvieron incidencia en la situación de la detención preventiva.

2. La situación de la detención preventiva

2.a. La investigación. Relación entre el MP y la policía

En lo que refiere a la **eficiencia en la investigación**, el informe de ILANUD ya citado sobre la situación del sistema penal en Bolivia permitió concluir, entre otras cosas, que las investigaciones estaban fuertemente basadas en la prisión del imputado y la posibilidad

Penal en Bolivia. Primera Parte. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2004.

de obtener su confesión; no era poco común por ello encontrarse con casos de absoluciones en juicio luego de años en prisión de las personas procesadas, ya que los actos de investigación estaban limitados a la toma de la declaración del imputado en sus diversas regulaciones (confesoria, indagatoria, etc.) en la medida en que se avanzaba en el proceso. Alrededor del lineamiento de investigación eficiente se construyeron varias ideas:

- La aplicación de medidas cautelares es de **carácter excepcional** (Art. 7 CPP)
- El imputado no es un objeto de prueba sino un sujeto de derechos (título IV del libro II sobre justicia penal y los sujetos procesales, referido al imputado)
- La investigación de los delitos está a cargo de un órgano distinto del jurisdiccional, el Ministerio Público, que debe obrar con objetividad y legalidad, fundando las decisiones que asuma (Arts. 73, 279 CPP)
- Posibilidad de disponer de la acción penal para el órgano encargado de la investigación en aquellos casos en que no existan elementos suficientes para llegar a un juicio o el conflicto pueda ser resuelto a través de una salida diversa (establecimiento de un conjunto de salidas alternativas y criterios de disposición de la acción para el accionar del Ministerio Público)
- La policía de investigaciones actúa en el marco de la dirección funcional del Ministerio Público y no en forma autónoma (Arts. 74, 297 CPP).

En este punto el debate más duro estuvo dado en torno a la agencia policial, debido a que la misma asumió a la reforma como un “recorte de facultades”⁷ para la institución.

Un factor positivo fue la presencia de representantes de dicha institución en prácticamente todos los foros de discusión, con lo que los cuestionamientos pudieron irse debatiendo y resolviendo en la

⁷ Uno de los puntos que el Informe de ILANUD señala al analizar la situación de la detención preventiva es la autonomía con la que se manejaba la policía haciendo una interpretación extensiva del Art. 194 del Código de Procedimiento Penal y disponiendo prácticamente sin control judicial (con un control posterior y de características meramente formales) la detención de las personas investigadas. La regulación, de una parte, del juez de instrucción como un juez de control de garantías y el establecimiento, de otra parte, de la función de dirección de la investigación en cabeza del Ministerio Público, generaron desde el inicio del proceso de discusión de la reforma, una resistencia del órgano policial, que señalaba al Nuevo Código de Procedimiento Penal como una herramienta que “ataría las manos” de la policía en su labor de investigación de los delitos.

medida en que se avanzaba hacia la aprobación del texto del nuevo código en el Congreso. Sin embargo, hubo puntos que quedaron en discusión y siguen generando desencuentros hasta la actualidad, como el referido al significado y alcance de la “dirección funcional” por parte del Ministerio Público.

Debe aclararse aquí que en el caso boliviano, la policía de investigaciones si bien es una repartición especial, sigue siendo parte de la Policía Nacional, con lo cual sus integrantes tienen un deber de información hacia los superiores jerárquicos de la institución. La incorporación de un fiscal como director funcional de la investigación, proveniente de otra agencia distinta a la policía, a la que los investigadores deben reportarle sus acciones y, en varios casos, solicitarle autorización de actuación, ha generado numerosas discusiones sobre la forma de coordinar el trabajo. Una de las posiciones sostenidas por el Ministerio Público ha sido en sentido que los investigadores deben reportarle solo al fiscal sobre el curso de la investigación; esta posición ha sido rechazada de plano por la Policía, ya que desde su organización el reporte de información debe realizarse prioritariamente a su superior jerárquico dentro de la institución. Más allá de los conflictos interinstitucionales generados por esta situación, pensándolo en términos de tiempo de investigación, puede notarse que estos debates fueron generando lentitud y burocratización de las investigaciones en curso, llegando en algunos casos a duplicar el trabajo ya que en lugar de generar un legajo de información eficiente para la toma de decisiones, se comenzaron a generar dos expedientes: uno en la policía y otro en la fiscalía.

Adicionalmente, el estancamiento en discusiones de este tipo imposibilitó avanzar en el diseño de metodologías de trabajo conjunto que permitieran compartir la información obtenida y utilizar las diversas herramientas que el nuevo sistema diseñado otorgaba a la persecución penal. Un ejemplo concreto de esta situación vinculado a la aplicación de medidas cautelares, pudo observarse a partir de las acciones ejecutadas luego de las Jornadas de evaluación y análisis de la implementación de la reforma procesal penal desarrolladas en 2005: como parte del plan de acción se desarrollaron talleres de capacitación en la ciudad de La Paz, sobre la litigación de audiencias de medidas cautelares⁸; en estos talleres participaron

⁸ Para la realización de estos talleres, se tomó como insumo el resultado arrojado por un estudio de campo que analizó el desarrollo y problemáticas de las audiencias en la etapa preparatoria en La Paz. Este estudio fue realizado por el Viceministerio de Justicia.

fiscales, defensores, jueces y policías y uno de los cuestionamientos recurrentes de parte de los policías asistentes fue el desinterés que dan los fiscales a la información proporcionada por los policías para fundar las solicitudes de detención preventiva en los casos que se procesan⁹.

2.b. La oralidad. Las exigencias de las distintas etapas del proceso

El expediente y su función en el proceso penal fue uno de los temas críticos asumidos por la Comisión Redactora y puesto en debate durante el proceso de socialización del proyecto. El primer artículo del CPP se ocupa de establecer como principio el de la oralidad del juicio y, adicionalmente, este principio de oralidad se extiende a las diversas actuaciones del proceso, estableciéndose varias reglas que indican la voluntad del legislador de establecer la actuación oral como principio:

- El establecimiento de la publicidad como principio para la actividad procesal durante todas las etapas (Art. 116), que conlleva la necesidad de actuaciones orales.
- Durante la etapa preparatoria no se forma expediente y los registros tomados de las actuaciones del MP no tienen por sí mismos valor probatorio (Art. 280)
- Las principales decisiones de la etapa preparatoria son tomadas en audiencia:
 - La imposición de una medida cautelar, donde si bien no se establece expresamente la realización de una audiencia, el diseño del procedimiento necesario para la toma de una decisión (Art. 232 y siguientes) llevan a concluir que este debe realizarse en una audiencia oral.
 - La conclusión del proceso por la vía de salida alternativa (Art. 325)

Este no fue un lineamiento controvertido en lo que hace al juicio, debido a que se trataba de efectivizar un principio ya establecido en el código que se dejaba de lado con la reforma. Adicionalmente,

⁹ Durante el transcurso de estos talleres, en los que se analizaron casos y se litigaron audiencias a los efectos de intentar consensuar ciertos criterios a respetarse en el desarrollo de las audiencias de medida cautelar, los policías propusieron como una alternativa la posibilidad de litigar ellos mismos las audiencias, aduciendo que generalmente tienen un conocimiento más profundo de la información para solicitar una detención y no logran que los fiscales presten atención a aquellos puntos que son relevantes para lograr que el juez apruebe la medida.

la idea del “juicio oral” fue la que más rápido caló en la ciudadanía generando respaldo y aceptación, por lo que en este punto no se presentaron grandes debates.

De la misma forma, avanzando ya en el proceso de implementación, puede notarse que la oralidad era una necesidad tan presente y aceptada que no hubo necesidad de realizar esfuerzos para que los jueces de etapa preparatoria tomaran sus decisiones a partir de audiencias orales; pese a no existir una clara regulación normativa de todas las audiencias posibles, desde el inicio de la implementación (incluso durante el plazo de *vacatio legis*, para aquellos instrumentos que entraron en vigencia anticipada), las decisiones se tomaron en audiencias orales.

Puede notarse, como se verá más adelante en este informe, que lo que sí se dio en las prácticas fue una “estandarización hacia arriba” en cuanto a la necesidad de información en las audiencias, equiparando cualquier decisión de etapa previa a una decisión de juicio con consiguientes problemas en términos de comprensión de la finalidad de cada etapa procesal. El significado concreto de esta afirmación en las prácticas procesales se da en términos de generar una exigencia, para cada audiencia que se realiza, similar a la exigencia probatoria del juicio: así, en el tema específico de este informe, puede observarse que muchas audiencias de medida cautelar parecen versar más sobre la responsabilidad penal del imputado o su ausencia (con la exigencia al ministerio público en sentido de probar dicha responsabilidad), que sobre la necesidad de cautela para cumplir los fines del proceso¹⁰.

2.c. Control sobre la retardación de justicia

También aquí se tomaron en el CPP varias decisiones de importancia para evitar la retardación de justicia:

- Clarificación del régimen de prescripción de la acción en lo que

¹⁰ En el Estudio de campo. “Análisis de audiencias en la etapa preparatoria en La Paz”, realizado en 2005 por el Viceministerio de Justicia de Bolivia, una de las observaciones sobre el fondo de realización de las audiencias de solicitud de medida cautelar fue en el sentido mencionado: el Ministerio Público concurre a las audiencias a anunciar el hecho, la participación del imputado en el mismo y la prueba que demuestra sus dichos; los cuestionamientos de la defensa suelen ir sobre esos aspectos y la necesidad de cautela queda relegada a una discusión de carácter formal, sin evaluar los elementos de acreditación de existencia del peligro procesal.

hace al inicio del término (Art. 30), su interrupción solo con la declaratoria de rebeldía del imputado (Art. 31) y la posibilidad de suspensión en casos en que se haya dispuesto la suspensión condicional del proceso, exista pendiente de resolución una cuestión prejudicial, se esté tramitando cualquier tipo de antejuicio o cuando exista una situación de alteración del orden constitucional que impida el ejercicio de sus funciones a las autoridades legalmente constituidas. Con esto se intentó superar una práctica establecida en los tribunales en sentido que cualquier actuación de las partes interrumpía el término de la prescripción y volvía a iniciarse el cómputo de cero, posibilitando que los procesos se extendieran más allá de todo límite razonable.

- Por otra parte, se incorporó un Título específico (Título IV) dentro del Libro referido a la actividad procesal, que regula plazos fatales, transcurridos los cuales la acción penal debe extinguirse. En el caso del proceso en su integridad, este no puede extenderse más allá de tres años (Art. 133) y en el caso de la etapa preparatoria, su duración máxima es de seis meses con la excepción de investigaciones complejas y su vinculación con organizaciones criminales, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar una extensión de ese plazo de hasta dieciocho meses (Art. 134)
- En cuanto a la detención preventiva, se establece que la misma cesará cuando exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga o cuando su duración exceda de dieciocho meses sin que se haya dictado sentencia o de veinticuatro meses sin que la sentencia haya adquirido la calidad de cosa juzgada (Art. 239).

En este punto, dado el impacto que el informe de ILANUD había tenido en cuanto a sus resultados, no se generó tampoco un debate importante alrededor de la necesidad de establecer plazos de control de la duración del proceso.

Quizá sí se dio una mayor discusión en torno a la regulación de la prescripción, puesto que aquella práctica extendida en el sistema judicial por la cual la realización de cualquier intervención volvía a cero el plazo transcurrido y comenzaba a contar de nuevo la prescripción pretendía mantenerse generando múltiples discusiones al respecto, aun con la norma aprobada y una regulación claramente opuesta a esa posición. Este es un tema que sigue manteniéndose en el debate en la actualidad y que ha generado varias sentencias del Tribunal Constitucional que han permitido volver a aquella práctica de interrupción del plazo de la prescripción por la simple presentación de una solicitud de una parte.

2.d. Simplificación del proceso

Este lineamiento estableció regulaciones en varios sentidos:

- De una parte, estableciendo una serie de herramientas de uso posible para que las partes tengan posibilidades distintas de llegar a juicio en todos los casos. Así, se regulan el criterio de oportunidad, la suspensión condicional del proceso, la conciliación, el procedimiento abreviado, como salidas alternativas al juicio, en aquellos casos en que la persecución las considere más idóneas para hallar una solución al conflicto.
- De otra parte, el CPP procura simplificar también las formalidades para el cumplimiento de la actividad procesal, de modo tal que dichas formas estén en función del fondo a resolverse y no viceversa. A modo de ejemplo, establece la posibilidad de renunciar o abreviar los plazos por las partes (Art. 131), flexibilidad en cuanto a las formas de notificaciones (Art. 161), posibilidades de convalidación de defectos procesales relativos (Art. 170).
- Adicionalmente, con la finalidad de brindar una respuesta pronta y efectiva al ciudadano, el CPP ha establecido como potestad del Ministerio Público tanto el rechazo de casos (cuando no constituyan hechos delictivos, no existan indicios de que la persona denunciada haya participado o no exista posibilidad de obtener elementos probatorios) como el sobreseimiento (en aquellos casos donde se dé alguna de las circunstancias del rechazo pero haya existido una imputación formal).

Con relación a la simplificación procesal, la extendida práctica de “litigar sobre la forma” hizo que los debates alrededor de la implementación del CPP transcurrieran alrededor de discusiones sobre cómo debían redactarse las actas y cuáles tendrían que ser los contenidos mínimos de determinados registros para ser aceptados. Adicionalmente, se ha mantenido la concepción del “acta como prueba”, que posibilita que en juicio se incorpore por su lectura prácticamente toda la actuación realizada durante la etapa de investigación, con el correspondiente problema de intermediación que ello genera.

En cuanto a las alternativas al juicio, el procedimiento abreviado fue la que mayores resistencias encontró, en función a que se argumentaba que esta herramienta posibilitaría la extorsión de los imputados, en función a que obteniendo su confesión y acuerdo la fiscalía podría “ahorrarse el tener que ir a juicio”. Pese a los incentivos normativos para la utilización de las potestades propias del MP y la aplicación de salidas alternativas, estas herramientas no

han tenido en los primeros años de implementación de la reforma el impacto esperado en cuanto a la cantidad de casos solucionados a través de su utilización; esta situación repercute en el uso de la detención preventiva, ya que iniciada la investigación generalmente se procede a la solicitud de una medida cautelar. En los últimos años, se ha impulsado un nuevo modelo de organización en el Ministerio Público, orientada a la solución de casos de no complejidad investigativa, a través de la aplicación de salidas alternativas al proceso penal. En términos de carga de trabajo las nuevas unidades están orientadas a atender y resolver el 70% de casos ingresados al sistema, aquellos cuyos requisitos legales permiten la promoción de reparaciones de daño y aplicación de criterio de oportunidad, conciliaciones y suspensión condicional del proceso¹¹.

3. Las fuentes y los involucrados en la reforma

Finalmente, cabe destacar que la realización de esta reforma se enmarca en la corriente latinoamericana de modernización de la justicia penal, tomando como modelo, adicionalmente a la Constitución Política del Estado boliviano, los criterios universales de justicia proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y otros instrumentos internacionales referidos a la materia, al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Adicionalmente a dicho instrumento, se consideraron también como fuentes la Reforma a la Ordenanza Procesal Penal Alemana, el Código Procesal Penal de la Nación Argentina, el Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Córdoba, el Código de Procedimiento Penal de Costa Rica, el Código de Procedimiento Penal Italiano, el Código Procesal Penal de Guatemala, el Código de Procedimiento Penal de El Salvador el Anteproyecto de Código Procesal del Paraguay y el Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal de Chile.

Durante el período de formulación y discusión del Anteproyecto de Código Procesal Penal se trabajó en colaboración con consultores latinoamericanos con experiencia previa en este tipo de procesos, principalmente provenientes de la Argentina (como fue el caso de Alberto Binder) y Costa Rica (desde donde colaboraron Fernando Cruz, Francisco Dall'Anesse, Luis Paulino Mora Mora, entre otros), por lo que puede sostenerse que las principales influencias y discusiones fueron sostenidas en el ámbito de la región latinoamericana.

¹¹ Informe Ejecutivo. Evaluación Sistema Procesal Penal. 2007. USAID BOLIVIA a través de Checchi.

Sin embargo, es importante también considerar que las principales agencias de cooperación que contribuyeron a la reforma procesal penal fueron la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo (USAID) y la Cooperación Técnica Alemana (GTZ), con lo que a través de su colaboración hubo también determinados intercambios que contribuyeron a incorporar determinados mecanismos en la norma y prácticas posteriores; USAID, por ejemplo, realizó un programa de capacitación por medio del cual operadores y profesores universitarios de Bolivia concurren por un período de tiempo a Puerto Rico, para observar el funcionamiento del sistema de ese país; en tanto la GTZ implementó modelos de capacitación ya probados en otros países de la región (el Circuito Procesal Penal modelo, por ejemplo) y coadyuvó con la presencia de expertos alemanes para determinadas discusiones en el ámbito local boliviano.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

El Nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia definió, entre sus Disposiciones Finales, una serie de órganos llamados a planificar y ejecutar las tareas necesarias para la implementación de la reforma. A partir de ello, se definieron áreas de trabajo en las que se desarrollaron dichas tareas. En este apartado se procurará de una parte presentar estos órganos de implementación, su composición, funciones, fortalezas y debilidades, para luego pasar a la presentación y análisis del trabajo realizado en las áreas de trabajo definidas para la implementación en sí misma, enfocando principalmente los aspectos referidos a la situación de la detención preventiva.

1. Los órganos de la implementación

El Nuevo Código de Procedimiento Penal creó, en sus Disposiciones Finales, dos órganos de implementación:

- La Comisión Nacional de Implementación, creada por la Disposición Final Segunda del NCPP con funciones de decisión y fiscalización en la implementación de la reforma procesal penal¹².

¹² Su presidencia está a cargo del Presidente Nato del Congreso Nacional y, además, conformada por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Ministro de Justicia y Derechos Humanos; el Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores; el Presidente de la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados; y el Fiscal General de la República.

- El Comité Ejecutivo de Implementación, creado por la Disposición Final Tercera del NCPP, como entidad de ejecución de las políticas diseñadas por la Comisión Nacional de Implementación¹³.

Adicionalmente, por la vía de la reglamentación de estas instancias se creó un Equipo Técnico de Implementación, que fue el encargado de desarrollar las diversas áreas de trabajo planificadas para la implementación de la reforma, funcionando en forma constante hasta el año 2004.

2. Evaluación del trabajo de las instancias de implementación

Si bien la **Comisión Nacional de Implementación** no ha tenido una actuación de carácter permanente, puede identificarse en su existencia una oportunidad en sentido que al nuclear a las cabezas institucionales de todos los sectores involucrados con la reforma procesal penal (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), las reuniones que se han llevado a cabo convocadas por la Comisión han permitido profundizar el discurso de la reforma en forma homogénea, acordando en forma conjunta los planes de trabajo que luego ejecutaría el Equipo Técnico de Implementación y, en función al peso institucional de sus actores, dando un respaldo importante para la implementación de dichos planes.

En concreto, se puede hacer mención a dos reuniones convocadas por la Comisión Nacional, una realizada en junio de 2002, a un año de la implementación plena de la reforma, y otra en julio de 2005. Con relación específica a la situación de las medidas cautelares, los resultados de la reunión de junio de 2002 arrojaron las siguientes preocupaciones:

1. Imposibilidad de aplicación efectiva de la detención domiciliaria por limitaciones materiales. Esta situación se identificaba como problemática en función a que no se había previsto ningún tipo de acuerdo institucional para verificar el cumplimiento

¹³ Se constituye en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y está presidido por el Ministro o su Representante e integrado, además, por un representante técnico acreditado por cada una de las siguientes instancias: la Comisión de Constitución, Justicia, Policía Judicial, Ministerio Público, Derechos Humanos y Régimen Electoral de la Cámara de Senadores; la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados; el Poder Judicial a través del Consejo de la Judicatura; la Fiscalía General de la República; el Ministerio de Gobierno; la Policía Nacional; el Colegio Nacional de Abogados; y el Comité Ejecutivo Universidad Boliviana.

de la medida de detención domiciliaria (y similar situación se daba con el resto de las medidas cautelares alternativas a la detención preventiva); por ello, los jueces aducían que no sentían seguridad para aplicar medidas de este tipo, ya que no existía una garantía de control del cumplimiento de las mismas.

2. Inadecuada comprensión de las normas establecidas en el Nuevo Código de Procedimiento Penal, sobre la aplicación de las medidas cautelares. (Criterios que disponen de aplicación).
3. Vinculado con el punto anterior, se identificó como problema la inadecuada valoración por parte de los operadores de documentos que acreditan el domicilio del imputado para fundamentar el peligro de Fuga y en general todos los fundamentos para las medidas cautelares; una de las observaciones manifestada por los defensores, en este sentido, se relacionaba con la exigencia impuesta por los jueces de presentar certificaciones de propiedad de vivienda para acreditar domicilio conocido, cuestión que generaba en las prácticas, una imposibilidad de acreditar ese extremo. En general, las críticas a las resoluciones y exigencias estaban orientadas al carácter extremadamente formalista que daban los jueces a los elementos con que podrían acreditarse vínculos con la comunidad, arraigo, trabajo permanente, etc., perjudicándose de esta forma la posibilidad de ejercer la defensa en las audiencias de medida cautelar.
4. Para dictar una Medida Cautelar se prescinde del criterio policial sobre la seguridad de su presentación. Se desaprovecha la valiosa información que posee el investigador¹⁴.
5. Falta de material fáctico para pedir una medida cautelar. El Ministerio Público no aporta suficiente fundamento para su pedido.
6. No existe un control de juez de oficio de las medidas cautelares
7. Las audiencias para las apelaciones son muy a largo plazo
8. La presunción de culpabilidad dentro de las consideraciones de medidas cautelares
9. Apreciación de la sociedad civil de la existencia de favorecimiento al imputado con las medidas cautelares¹⁵

En cuanto a la reunión de julio de 2005, a partir de la misma surgió el *Informe Bases para la Evaluación de la Reforma Procesal Penal y el Plan Estratégico de Evaluación y Seguimiento en sus líneas de ac-*

¹⁴ Puede notarse aquí la misma preocupación que se comentaba anteriormente como manifiesta en las entrevistas con policías, en sentido de una descoordinación entre su labor de investigación y la labor de litigio del ministerio público.

¹⁵ Memoria de la Primera Jornada de Evaluación de la Implementación del NCPP – Comisión Nacional de Implementación. Junio 2002.

ción, en el que con relación a las medidas cautelares se estableció la siguiente conclusión: *la aplicación incorrecta del régimen de medidas cautelares incide en la sensación de inseguridad de la población en general*. Como líneas de acción para superar tal situación, se propuso:

1. Diseño e implementación de programas de capacitación que fortalezcan el uso eficaz de las medidas cautelares.
2. Emitir instructivos al interior de las instituciones operadoras de justicia para posibilitar la aplicación efectiva de las medidas cautelares reales cuyo fin es asegurar la reparación del daño civil emergente del delito¹⁶.

La principal debilidad de este órgano ha sido, como se ha mencionado, su actuación discontinua en el tiempo. Esta situación ha generado que las reuniones de la Comisión Nacional de Implementación sean espacios interesantes para la identificación de problemas, formulación de propuestas y diseño de planes de acción, pero al no diseñarse políticas de seguimiento por parte de la Comisión (ya sea reuniones periódicas para evaluar resultados, ya sea una responsabilidad concreta para el análisis de reportes, ya sea un cronograma específico de reuniones futuras para evaluar el impacto de las políticas diseñadas en los planes), los planes de trabajo han quedado librados a la buena voluntad de las instituciones y al compromiso de quienes han intervenido en su diseño para su posterior evaluación.

A su vez, consecuencia de lo dicho resulta que, pese a la diferencia en la forma de expresar las problemáticas entre una jornada y otra, no se note una profundización en los problemas identificados en cuanto al tema en análisis, sino que se sigue viendo en términos bastante amplios como problema que “el régimen de medidas cautelares no es correctamente aplicado”.

En cuanto al **Comité Ejecutivo de Implementación**, en términos de oportunidad, puede observarse que la composición de este Comité es más ejecutivo y amplio en cuanto a las instituciones participantes, ya que incorpora a la Policía, al Colegio Nacional de Abogados y al Comité Ejecutivo de la Universidad Boliviana.

Si bien debe destacarse que siempre ha existido predisposición de parte de las instituciones para la participación en el Comité Ejecu-

¹⁶ Resumen Ejecutivo de las Jornadas de Evaluación y Análisis de la Implementación de la Reforma Procesal Penal - Viceministerio de Justicia de Bolivia, 2005.

tivo, no puede obviarse el hecho de que esa participación no ha sido sobre la base de una memoria institucional propia del Comité que permita relevar los aciertos y encarar acciones para superar las fallas.

Podría concluirse que el Comité no ha tenido una vida institucional propia, sino que ha dependido siempre para su accionar de los objetivos propuestos y las áreas de trabajo identificadas como prioritarias por el Equipo Técnico de Implementación.

Finalmente, como se ha mencionado, el Reglamento de funcionamiento de la Comisión y el Comité Ejecutivo de Implementación creó un nuevo órgano, el **Equipo Técnico de Implementación**, que fue el ente executor de las políticas diseñadas y aprobadas por aquellos dos espacios. El Equipo Técnico de Implementación estuvo a cargo de un Coordinador y tuvo cuatro componentes: adecuación normativa, adecuación institucional, capacitación y difusión a la sociedad civil.

A diferencia de la Comisión Nacional de Implementación y el Comité Ejecutivo de Implementación, que no tuvieron un trabajo de carácter permanente sino que su labor se desarrolló a través de reuniones periódicas de trabajo para evaluar los avances y problemas generados a partir de la implementación de la reforma procesal penal, el Equipo Técnico de Implementación, como ente executor, tuvo un trabajo permanente de desarrollo de los cuatro componentes mencionados, desde la aprobación del NCPP en 1999 hasta el año 2004. Este Equipo, que sí tuvo carácter permanente durante varios años para el trabajo en la implementación de la reforma, tuvo como principal fortaleza la continuidad de quienes lo integraron, desde los momentos de inicio de discusión de la reforma hasta los primeros años de la implementación. Esta experiencia acumulada por parte de sus integrantes, permitió aquí sí tener un trabajo de suma sobre la base del análisis de la experiencia, los aciertos y los errores identificados, tanto a nivel local como a nivel regional.

A su vez, la división en áreas de trabajo (como se verá en el apartado siguiente) posibilitó un avance permanente, ya que al trabajar en paralelo las cuatro áreas que se definieron, se dio una posibilidad de retroalimentación de unas con otras y una potenciación del trabajo conjunto. La principal debilidad del Equipo Técnico de Implementación se dio en cuanto si bien desarrolló en forma permanente su tarea dentro del ámbito del Ministerio de Justicia, los fondos para su funcionamiento provinieron durante todo el tiempo de la coope-

ración internacional (tanto de USAID cuanto de la GTZ); esto llevó a que el respaldo institucional inicial con que contaba el Equipo, en función a la importancia de la reforma y el interés político existente en que el proceso fuera exitoso, fuera diluyéndose con el transcurso del tiempo, hasta el momento en que el ETI dejó de existir prácticamente como tal (en el transcurso del año 2004), terminando relegadas sus actividades en diversos equipos (propios de las instituciones operadoras en algunos casos, como es el de los Institutos de Capacitación del Poder Judicial, Ministerio Público o Defensa Pública; de la cooperación en otros casos, ya que las agencias que continúan trabajando la temática tienen técnicos propios trabajando para ellas).

El no haber logrado consolidarse como una instancia propia del Ministerio de Justicia configura entonces una debilidad, ya que en la actualidad no existe un ente que pueda convocar a las instituciones involucradas en la reforma (tanto del Comité como de la Comisión Nacional), como en tiempos anteriores sí podía hacerlo el Equipo Técnico de Implementación

3. Las áreas de trabajo para la implementación

Como último punto de esta parte, se presentarán las áreas de trabajo que constituyeron el Equipo Técnico de Implementación, analizando específicamente el trabajo realizado en materia de medidas cautelares por cada una de las áreas.

3.1. Adecuación normativa

Dado que el NCPP constituyó el inicio del proceso de reforma, una vez aprobado el mismo esta área estuvo dedicada al desarrollo de los proyectos de ley que debían complementar el inicio dado por la reforma al código de procedimiento¹⁷.

Cabe destacar que, en el caso puntual del trabajo con el parlamento, el contar con un área dedicada en forma exclusiva al tema normativo permitió también intervenir en las discusiones sobre otras

¹⁷ Así, se trabajó en la formulación, debate y seguimiento parlamentario de leyes vinculadas a la organización institucional (Ley de Organización del Ministerio Público Nro. 2175 de 2001; Ley de Organización de la Defensa Pública Nro. 2496 de 2003), leyes vinculadas a procedimientos y temáticas especiales (Ley de Ejecución Penal y Supervisión Nro. 2298 de 2002; Ley de Enjuiciamiento a funcionarios del Poder Ejecutivo con privilegio constitucional Nro. 2445 de 2003).

leyes que si bien no se referían directamente a la reforma, podían constituir obstáculos para la implementación¹⁸.

Puntualmente, en lo referido a los cambios en el régimen de medidas cautelares, el área de adecuación normativa participó también en la discusión y seguimiento parlamentario hasta su aprobación de la Ley 2494 del “Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana”, de 4 de agosto de 2003, donde se introdujeron modificaciones al régimen de medidas cautelares en términos de incorporar la valoración de la reincidencia como criterio para verificar el peligro procesal en la aplicación de la detención preventiva, tema que se desarrollará más adelante en detalle.

Al constituirse en una instancia de apoyo técnico, el equipo de adecuación normativa pudo generar y mantener un nivel de confianza desde los actores involucrados en las distintas leyes (desde funcionarios en los casos de leyes de organización institucional hasta los propios reclusos en el caso de la ley de ejecución penal) que permitió que toda la legislación aprobada en torno a la reforma procesal penal tuviera una coherencia lógica y apuntara hacia los mismos lineamientos ya descritos.

3.2. Adecuación institucional

Esta área de trabajo tuvo como objetivo fortalecer el proceso organizacional de las entidades operadoras.

El aspecto positivo de haber desarrollado este trabajo desde la instalación misma del Equipo Técnico de Implementación, fue que la infraestructura necesaria para la puesta en marcha del nuevo sistema fue diseñada y existió con anterioridad a la vigencia plena del NCPP.

Adicionalmente, el intento de trabajo en cuestiones de adecuación institucional permitió observar las falencias de las distintas agencias operadoras del sistema en cuanto a planificación, manejo de información y coordinación institucional, como punto de partida para el trabajo en mejorar esos ítemes en las planificaciones.

¹⁸ Como fue el caso de la Ley General de Aduanas o el Código Tributario, por ejemplo, que regulaban aspectos específicos de procedimiento en función a su especificidad temática, pero se logró que los mismos se adecuaran también a la oralidad como principio del proceso penal.

Sin embargo, debe considerarse que en el área de fortalecimiento institucional se descuidó un tema central para el logro efectivo del cambio al sistema acusatorio, con la consecuente repercusión en la forma de utilización de la detención preventiva: la forma de organización de los actores para un sistema oral. Solo a partir de 2004 se han comenzado a realizar esfuerzos institucionales aislados para mejorar la organización (por ejemplo en el caso específico del Ministerio Público con la instalación de plataformas de atención inmediata que permitan descongestionar al sistema).

Para el caso puntual de las medidas cautelares, la inexistencia de una organización institucional adecuada a la oralidad, genera diversos problemas:

- **Suspensión de audiencias.** De acuerdo al Estudio de Campo realizado por el Viceministerio de Justicia en 2004, para analizar la situación de las audiencias de etapa preparatoria en La Paz, de cada 15 audiencias agendadas semanalmente, 10 son suspendidas. Una de las principales causas para la suspensión es la inasistencia de las partes¹⁹; ello, a su vez, tiene dos causas relacionadas con la organización de las instituciones:
 - *No existe una coordinación de agendas entre instituciones.* Lo que hace que varios jueces, por ejemplo, citen al mismo operador en el mismo momento, con lo que alguna actuación será suspendida. El estudio de campo realizado por el Viceministerio de Justicia para analizar las audiencias de la etapa preparatoria en La Paz, por ejemplo, dio cuenta que una práctica establecida en varios juzgados de instrucción: los jueces citan varias audiencias a la misma hora, en conocimiento de que alguna se suspenderá por inasistencia de las partes. A partir de esa práctica, una consecuencia es que los juzgados dejan días “libres” de audiencias, para reprogramar aquellas que no se realizarán por inasistencia de las partes pese a haber sido citadas²⁰.

¹⁹ De acuerdo al estudio de campo del Viceministerio de Justicia al que se viene haciendo referencia esta inasistencia algunas veces es justificada, solicitando la suspensión de la audiencia por escrito, pero la mayoría de las veces simplemente faltando a la hora señalada para la misma.

²⁰ El estudio de campo del VMJ, señala también que *la falta de coordinación entre los juzgados a momento de agendarse las audiencias es al parecer una de las causas de sobreposición de audiencias. Cada uno de los juzgados elabora sus tablillas de agendamiento de audiencias según su carga de trabajo y su disponibilidad. No existe a momento ningún sistema de coordinación entre los juzgados, ni de control con la central de notificaciones, ni tampoco mecanismos que per-*

- *La organización de las instituciones no está pensada aún en función a la realización de las audiencias.* El paso del paradigma del expediente al paradigma de la audiencia puede haber quedado claro en el plano teórico, pero en las prácticas sigue siendo más importante el “cuaderno de investigaciones” (figura que ha reemplazado al expediente en los hechos) que la asistencia a la audiencia. El referido estudio de campo dio cuenta de ello al analizar la actuación de los litigantes y jueces en la audiencia, donde se observó cómo todos los sujetos solicitan el cuaderno de investigación como “respaldo” de las actuaciones que se oralizan en la audiencia.
- **Inexistencia de evaluación de resultados.** No se conoce, hasta la fecha, la existencia de una evaluación realizada sobre el trabajo de los operadores. Los operadores no tienen indicadores de evaluación ni se ha conformado una instancia que se dedique a hacer seguimiento a su trabajo.

3.3. Capacitación

El trabajo en esta área estuvo planificado en tres fases de ejecución:

- La primera dispuesta para que los operadores del sistema estén en condiciones de aplicar las instituciones que entrarían a regir en forma anticipada a la vigencia plena del nuevo sistema (salidas alternativas y el nuevo régimen de medidas cautelares);
- La segunda fase dispuesta para la vigencia plena del sistema, cuyo contenido programático giraba alrededor de los lineamientos políticos de la reforma y de los principios fundamentales del sistema acusatorio, razón por la cual los cursos programados en esta fase eran esencialmente teóricos; y
- La tercera fase dispuesta para que los operadores adquieran las destrezas y habilidades de litigación que requiere el nuevo sistema procesal penal, con un carácter esencialmente práctico²¹.

mitan saber exactamente si el día en que se señaló la audiencia se contará con la disponibilidad del fiscal o defensor.

²¹ Para un análisis pormenorizado del proceso de capacitación puede consultarse el trabajo “Límites y posibilidades de la capacitación en la implementación del sistema acusatorio oral en Bolivia”, elaborado por Rosaly Ledezma Jemio para el Curso “Instrumentos para la Implementación del Sistema Acusatorio Oral” del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, en su edición de 2004. La autora ha sido consultora del Equipo Técnico de Implementación en el área de capacitación durante gran parte del período de implementación de la reforma procesal penal. Aquí el análisis se concentrará en lo referido a la capacitación

Los aspectos positivos a señalarse en el área de capacitación se vinculan a la posibilidad que se generó de desarrollar un programa de formación pensado para el largo plazo que tuvo su centro en las necesidades propias del proceso de implementación y no en las demandas sin sustento de ciertos sectores de operadores judiciales.

Adicionalmente, la metodología empleada para el diseño y ejecución de las actividades sirvió de base para la puesta en marcha de los institutos de capacitación de las instituciones operadoras, que hoy en día funcionan con un cierto grado de continuidad.

En lo que refiere a las debilidades en el proceso de capacitación, debe señalarse que la propia inexperiencia en materia de oralidad debido a que se trataba de un sistema sin precedentes en Bolivia, generó un desarrollo de capacitaciones iniciales sobre bases excesivamente dogmáticas, sin demasiada conciencia de las necesidades específicas para el impulso de nuevas prácticas.

Dado que el énfasis durante todo el proceso de discusión y aprobación de la reforma estuvo puesto en la importancia del juicio oral, las capacitaciones se centraron en esa instancia del proceso, dejando de lado la importancia de establecer diferencias con la etapa previa al juicio, como pilar importante para un correcto desarrollo del proceso.

Así, haciendo un análisis de resultados, pudo observarse luego que las audiencias de la etapa preparatoria (tanto de imposición de medidas cautelares cuanto de decisión sobre procedencia de salida alternativa), adquirieron en muchos casos la dinámica propia de las audiencias de juicio, con producción de prueba sobre la participación del imputado en el hecho y su responsabilidad específica, alegaciones de las partes sobre la culpabilidad o inocencia de la persona procesada, y requerimientos de tiempo mucho más allá de los necesarios para el desarrollo de una audiencia previa de carácter argumentativo²².

Adicionalmente, también debe considerarse que el área de capacitación desarrolló actividades inicialmente en formación institucional de jueces y fiscales, mas no así de defensores públicos. Esto

en medidas cautelares específicamente.

²² Esto también pudo constatarse en el Estudio de Campo realizado por el Viceministerio de Justicia en 2004, que analizó la dinámica y situaciones problemáticas en las audiencias de la etapa preparatoria.

obedeció en principio a que la situación de inestabilidad de la defensa pública (sus funcionarios no permanecían durante períodos prolongados en el cargo ya que al ser una dependencia del Ministerio de Justicia sus integrantes cambiaban de acuerdo a los cambios de titular en dicha cartera), que no garantizaba que quienes recibieran capacitación luego fueran a desempeñar la función para la cual habían sido formados. Por ello, la implementación encontró a dos instituciones formadas para el sistema oral y frente a ello una defensa pública debilitada, no solo en términos de capacitación sino también en cuanto a temas presupuestarios y organizacionales. Puede notarse entonces que ese desequilibrio influyó también en la forma de establecer las prácticas iniciales del sistema, permitiendo a los fiscales ganar sus peticiones sin demasiado esfuerzo en las audiencias, por su conocimiento de las debilidades propias de los defensores públicos.

3.4. Difusión a la sociedad civil

Esta área de trabajo estuvo dedicada a la difusión de la reforma hacia la ciudadanía en su conjunto. Para ello se llevaron adelante distintas estrategias que involucraron:

- Trabajo con medios masivos de comunicación. A partir de lo cual se realizaron campañas de difusión de las ideas fuerza de la reforma (juicio oral, participación ciudadana, transparencia en los procesos) y se proyectó la imagen de lo que implicaba el cambio de procedimiento.
- Trabajo con organizaciones no gubernamentales. Se constituyó una red de ONGs encargadas de realizar talleres de formación y difusión de los contenidos de la reforma a sus grupos meta.
- Difusión alternativa. Se utilizaron diversos medios que permitieron llegar a la población con los contenidos del NCPP, a partir de actividades como intervenciones en programas radiales, realización de ferias temáticas, simulación de juicios orales en lugares públicos.

La fortaleza generada a partir del trabajo de difusión hacia la sociedad civil fue la instalación de la idea de la oralidad como sinónimo de transparencia y posibilidad de control de la labor judicial por parte de la ciudadanía.

La generación de una red de difusión permitió, a la vez, que los propios operadores (jueces, fiscales, defensores) fuesen convocados para participar en diversas actividades (desde talleres explicativos

hasta simulaciones de juicios) y, de esa forma, tomaran un contacto directo con la ciudadanía explicando cuáles eran sus tareas. En lo que hace a las debilidades, quizá podría señalarse como un punto a considerar, en lo que refiere a la difusión masiva, el hecho de que al ser la reforma procesal una cuestión tan abstracta y haberse difundido mensajes principalmente vinculados al respeto de los derechos de la persona procesada, cuando se comenzó a cuestionar a la reforma en función a las “necesidades de seguridad”, esos mismos mensajes fueron utilizados para atacar a la reforma y calificar al NCPP como “blando”.

EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La normativa y las cifras

Como se ha mencionado al inicio, una de las pretensiones trascendentales del Nuevo Código de Procedimiento Penal fue el vinculado a la necesidad de racionalizar el uso de las medidas cautelares; como se ha visto en la Parte I de este informe, la constatación de existencia de un número de detenidos preventivos que alcanzaba el 80% del total de la población penitenciaria, sumado al hecho de absoluciones surgidas en juicios luego de varios años de detención preventiva, generó una necesidad que se tradujo en forma inmediata con la promulgación de algunas leyes específicas sobre la detención preventiva (ley de abolición de prisión y apremio corporal por obligaciones patrimoniales, ley de fianza juratoria) que permitieron dar una respuesta a la situación de detención como regla regente del sistema procesal penal en ese momento. Con la aprobación del NCPP, pese a la vacación legal establecida para su vigencia, las disposiciones finales establecieron que el 31 de mayo de 1999 comenzara a regir el nuevo régimen de medidas cautelares. Las características salientes del régimen de medidas cautelares normado por el NCPP se exponen a continuación:

1. Principio de excepcionalidad establecido expresamente en el Art. 7 NCPP
2. Principio de proporcionalidad establecido en el Art. 232, estableciéndose la improcedencia de la detención preventiva en delitos de acción privada, delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad y/o delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años;
3. Limitación temporal de la detención preventiva establecida en el Art. 239 NCPP que prohíbe una duración máxima de 18 me-

- ses sin sentencia o 24 meses en caso de que exista una sentencia condenatoria apelada;
4. Control judicial sobre la necesidad de continuar con la medida cautelar establecido por el Art. 250, pudiendo ejercerse este control aún de oficio por el juez de instrucción;
 5. Exigencia de verificación del supuesto material (existencia de elementos de convicción suficientes sobre la autoría o participación del imputado en el delito que se imputa) y del peligro procesal, traducido en la posibilidad de fuga del imputado u obstaculización en la averiguación de la verdad, extremos estos establecidos por el Art. 233 NCPP.
 6. Establecimiento de medidas cautelares sustitutivas a la detención preventiva (detención domiciliaria, obligación de presentación periódica ante autoridad designada, arraigo, prohibición de concurrir a determinados lugares o comunicarse con determinadas personas, fianza juratoria, personal o económica), normados por el Art. 240 NCPP.

En los hechos, si bien la normativa se adecuó y cumplió con las recomendaciones dadas por aquel Seminario de 1994, la estadística no disminuyó notablemente con relación al porcentaje de detenidos preventivos en el país, tomando como parámetro ese 80% constatado inicialmente por el informe de ILANUD al que se ha hecho referencia. A los efectos de contar con una visión que permita establecer diferencias y similitudes en el uso de la detención preventiva, a continuación se presenta un cuadro con el número de detenidos preventivos y de condenados en cada departamento en los años posteriores a la reforma.

Cuadro 1

PRIVADOS DE LIBERTAD CADA CIEN MIL HABITANTES POR DEPARTAMENTO Y POR AÑO

Año 2002							
Departamento	Población	Población Penitenciaria	Presos cada 100 mil hab.	Presos con condena	Condenados cada 100 mil hab.	Presos sin condena	Preventivos cada 100 mil hab.
La Paz	2.349.885	1285	54	294	12	991	42
Santa Cruz	2.029.471	1971	97	493	24	1478	73
Cochabamba	1.455.711	955	65	168	11	787	54
Oruro	392.451	223	56	32	8	191	48
Beni	362.521	159	43	97	26	62	17
Chuquisaca	531.522	96	18	46	8	50	10
Potosí	709.013	104	14	31	4	73	10
Tarija	391.226	Sin dato	Sin dato	Sin dato	Sin dato	Sin dato	Sin dato
Pando	52.525	53	100	20	38	33	62
Total Nacional	8.274.325	4846	58	1181	14	3665	44
Año 2004							
Departamento	Población	Población Penitenciaria	Presos cada 100 mil hab.	Presos con condena	Condenados cada 100 mil hab.	Presos sin condena	Preventivos cada 100 mil hab.
La Paz	2.349.885	1449	61	206	8	1243	53
Santa Cruz	2.029.471	2487	122	250	12	2237	110
Cochabamba	1.455.711	668	45	237	16	431	29
Oruro	392.451	326	83	121	30	205	53
Beni	362.521	250	68	160	44	90	24
Chuquisaca	531.522	165	31	103	19	62	12
Potosí	709.013	194	27	0	0	194	27
Tarija	391.226	191	48	76	19	115	29
Pando	52.525	113	215	74	14	39	75
Total Nacional	8.274.325	5843	70	1227	14	4616	56
Año 2005							
Departamento	Población	Población Penitenciaria	Presos cada 100 mil hab.	Presos con condena	Condenados cada 100 mil hab.	Presos sin condena	Preventivos cada 100 mil hab.
La Paz	2.349.885	1737	73	458	19	1279	54
Santa Cruz	2.029.471	2707	133	462	22	2245	111
Cochabamba	1.455.711	858	55	285	19	573	36
Oruro	392.451	249	63	106	27	143	36
Beni	362.521	239	65	84	23	155	42
Chuquisaca	531.522	135	25	44	8	91	17
Potosí	709.013	109	15	0	0	109	15
Tarija	391.226	169	43	54	13	115	30
Pando	52.525	166	316	102	194	64	122
Total Nacional	8.274.325	6369	76	1595	19	4774	57

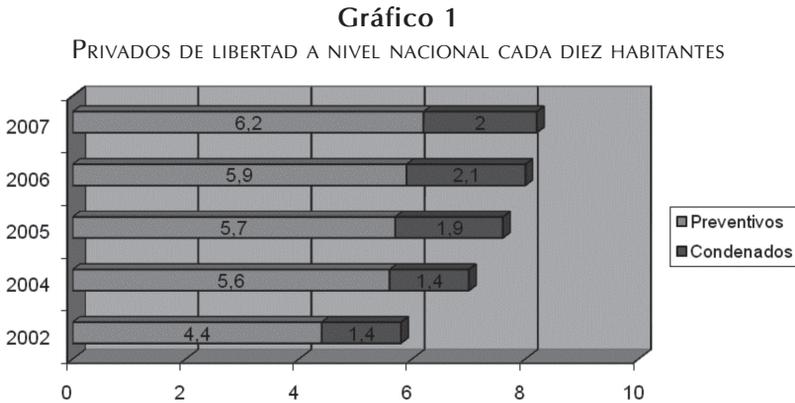
Año 2006							
Departamento	Población	Población Penitenciaria	Presos cada 100 mil hab.	Presos con condena	Condenados cada 100 mil hab.	Presos sin condena	Preventivos cada 100 mil hab.
La Paz	2.349.885	2019	85	542	23	1477	62
Santa Cruz	2.029.471	2597	127	439	21	2158	106
Cochabamba	1.455.711	971	66	259	17	712	49
Oruro	392.451	271	69	83	21	188	48
Beni	362.521	221	60	159	43	62	17
Chuquisaca	531.522	101	19	63	11	38	8
Potosí	709.013	208	29	87	12	121	17
Tarija	391.226	167	42	103	26	64	16
Pando	52.525	96	182	64	121	32	61
Total Nacional	8.274.325	6651	80	1799	21	4852	59
Año 2007							
Departamento	Población	Población Penitenciaria	Presos cada 100 mil hab.	Presos con condena	Condenados cada 100 mil hab.	Presos sin condena	Preventivos cada 100 mil hab.
La Paz	2.349.885	1757	74	774	32	983	42
Santa Cruz	2.029.471	2638	129	304	14	2334	115
Cochabamba	1.455.711	1431	98	148	10	1283	88
Oruro	392.451	260	66	120	30	140	36
Beni	362.521	210	57	75	20	135	37
Chuquisaca	531.522	61	11	34	6	27	5
Potosí	709.013	209	29	115	16	94	13
Tarija	391.226	187	47	29	7	158	40
Pando	52.525	87	165	58	110	29	55
Total Nacional	8.274.325	6840	82	1657	20	5183	62

Aclaración: En el caso de Potosí, se observa que en los años 2004 y 2005 no existen consignadas las cantidades de personas con condena. Dado que en la actualidad no existe un sistema estandarizado de recojo de datos, se asume que esa situación ha de deberse a un error en la consignación de la información.

Elaboración propia sobre la base de datos de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario y el Instituto Nacional de Estadística de Bolivia.

El interés para presentar estos datos se da en virtud a que Bolivia presenta una situación bastante particular en la región, dado que el número total de personas privadas de libertad es, históricamente, un número bastante bajo. Sin embargo, cuando se divide la población penitenciaria en personas condenadas y personas en detención preventiva, puede verse claramente la gravedad de la situación, ya que salvo en el caso del Departamento de Pando, donde el número de condenados ha ido incrementándose y en la actualidad los condenados hacen un número mayor que los detenidos preventivos, en

el resto de los departamentos el número de personas en detención preventiva es mucho mayor al número de personas que se encuentran con condena efectiva. Esta situación puede observarse en los gráficos que a continuación se presentan:



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro 1.

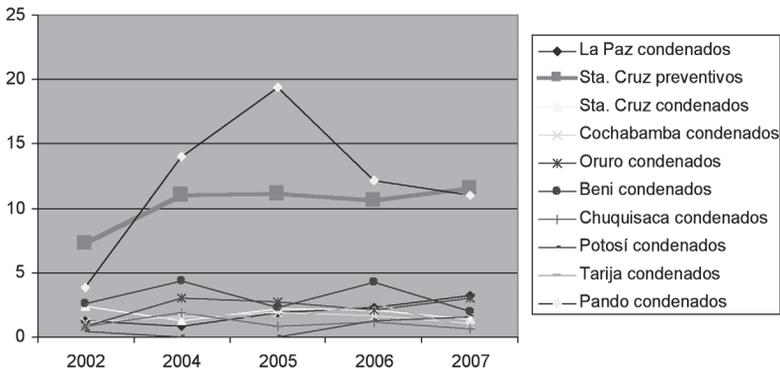
El gráfico Nro. 1 es bastante claro en evidenciar la enorme diferencia que existe a nivel nacional entre número de detenidos preventivos y número de condenados cada diez mil habitantes, estableciéndose casi como una constante que cada una persona condenada existen en Bolivia tres personas en detención preventiva. En adición a esa situación, se observa que el número de detenidos preventivos cada cien mil habitantes ha aumentado, desde el año 2002 al año 2007 en 18, en tanto que el número de condenados ha tenido un incremento de apenas 6; es decir que la relación tres preventivos un condenado, se mantiene en el tiempo.

Una observación adicional debe considerarse en términos de diferencia de un departamento a otro, como puede observarse en el Cuadro Nro 1. Todos los departamentos del país, salvo el caso puntual de Beni en el año 2006 y Pando que a partir de 2004 muestran una constante de aumento del número de condenados por sobre el número de preventivos, manteniendo esa proporcionalidad distorsiva, en la que el número de preventivos se mantiene por encima del número de condenados.

En adición, si se observa la situación en gráficos que comparen el número de detenidos preventivos de cada departamento del país, con relación al número de condenados del resto de los departa-

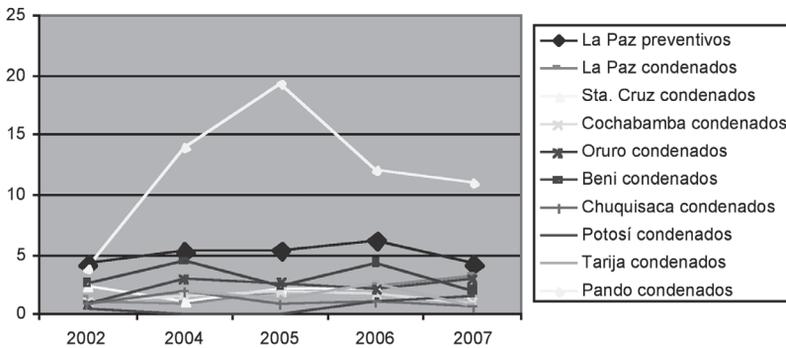
mentos, se verá que prácticamente todos los departamentos cuentan con un número mayor de detenidos preventivos que el número de condenados existentes en el resto de los departamentos del país. En cada uno de los gráficos que se presentan a continuación puede observarse la comparación entre los detenidos preventivos de un departamento específico (representados por la línea de mayor grosor) y las personas condenadas del resto de los departamentos. Como se ha mencionado, en el caso de Pando el número de condenados cada diez mil habitantes está por encima de la media nacional, por lo cual se verá que en todos los gráficos ese departamento se encuentra por encima de los demás:

Gráfico 2
PREVENTIVOS SANTA CRUZ



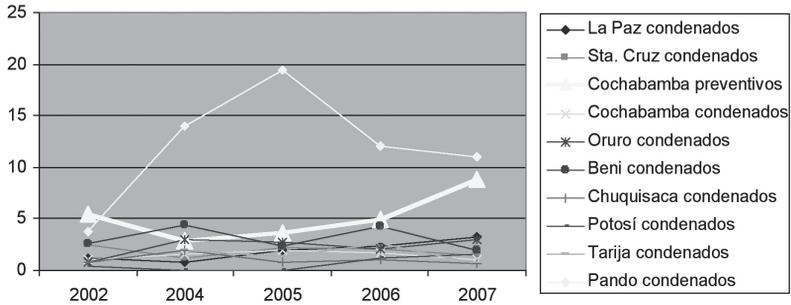
Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Gráfico 3
PREVENTIVOS LA PAZ



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

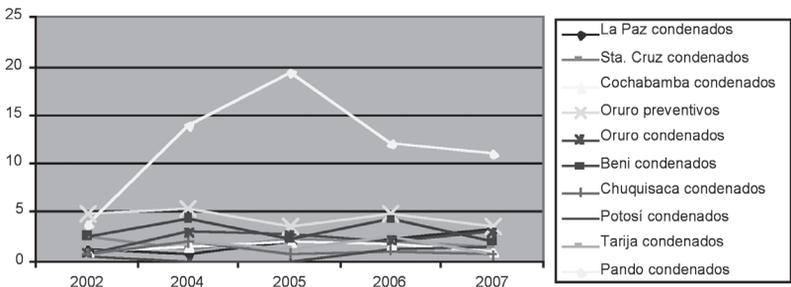
Gráfico 4
PREVENTIVOS COCHABAMBA



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

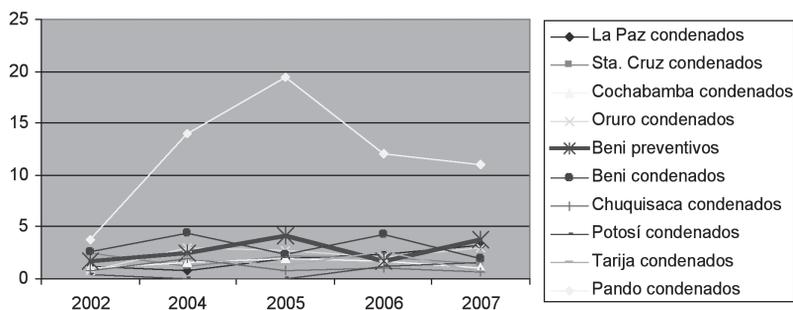
Los tres gráficos anteriores (Nro. 2, 3 y 4) presentan la situación de los tres departamentos del eje troncal, que concentran la mayor cantidad de población del país, Santa Cruz, La Paz y Cochabamba, donde el número de detenidos preventivos supera enormemente al número de condenados del resto de los departamentos. Como puede observarse, el caso más dramático es el de Santa Cruz, donde la línea de detenidos preventivos supera enormemente a las líneas de condenados de cada uno de los departamentos del país. Pero el caso de Santa Cruz se observa como el más gravoso a nivel nacional, no solo porque se da un incremento permanente en el número de detenidos preventivos sino que a la vez se observa un decremento también constante en el número de los condenados. La Paz, por su parte, si bien no tiene una diferenciación tan pronunciada, sí mantiene una separación con relación a los condenados de los departamentos del país. En Cochabamba, resulta preocupante que la diferenciación no solo existe sino que se va haciendo más pronunciada a medida que se avanza en el tiempo.

Gráfico 5
PREVENTIVOS ORURO



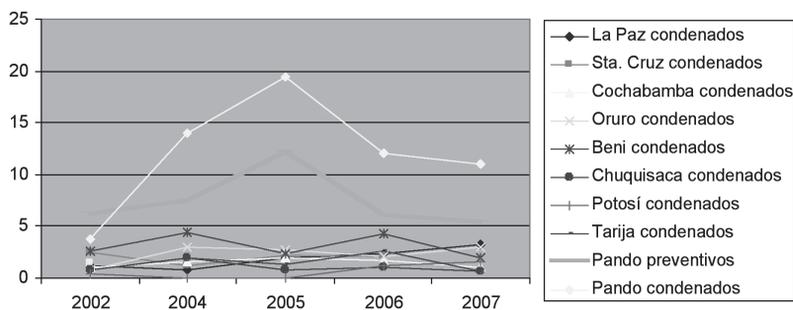
Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Gráfico 6
PREVENTIVOS BENI



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Gráfico 7
PREVENTIVOS PANDO



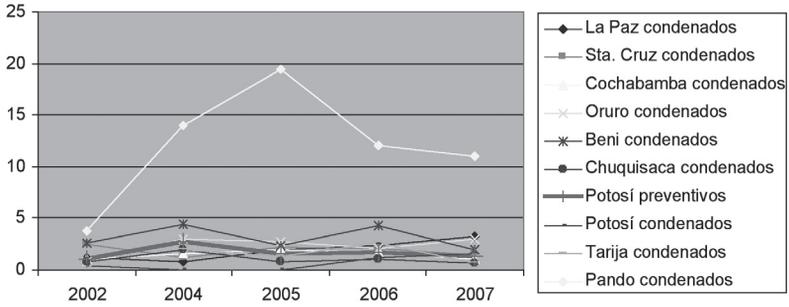
Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Puede observarse cómo el número de detenidos preventivos en departamentos con un número poblacional muy bajo, como Oruro, Beni o Pando (Gráficos 5, 6 y 7), supera al número de condenados en los departamentos con mayor concentración poblacional, tal como puede contrastarse en el Cuadro Nro. 1.

En cuanto a la particular situación de Pando, en entrevistas sostenidas con defensores públicos de la región²³, se ha conocido que la razón de contar con un promedio tan alto de condenas a nivel nacional, no se debe a la realización de juicios sino a la aplicación extendida de procedimientos abreviados como forma de terminación del proceso.

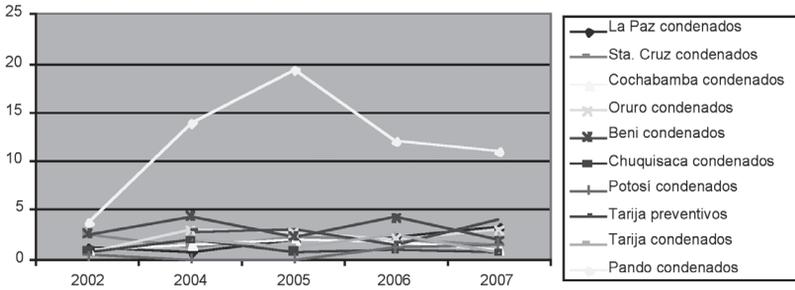
²³ Entrevistas sostenidas conjuntamente la encuesta realizada para este reporte.

Gráfico 8
PREVENTIVOS POTOSÍ



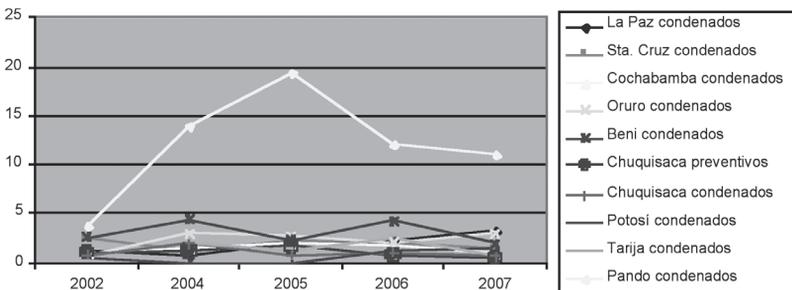
Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Gráfico 9
PREVENTIVOS TARIJA



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

Gráfico 10
PREVENTIVOS CHUQUISACA



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 1

El caso de Chuquisaca, por su parte (Cuadro Nro. 10), es interesante debido a que muestra que en los últimos años se ha revertido la ten-

dencia a tener más presos preventivos que condenados, siendo uno de los departamentos donde no se da esa relación en la actualidad. En una entrevista sostenida con Wilder Castillo, fiscal de materia de Sucre, este funcionario ha sostenido que *“el hecho de que en Sucre, para poder obtener la detención preventiva, debe cumplirse al pie de la letra con los requisitos, es decir que los jueces, disponen la detención como excepción y no como norma. Además de eso, la dinámica de las audiencias ha cambiado bastante: antes era todo un juicio la audiencia de medidas cautelares, ahora son rápidas (dentro de lo que cabe) y hay mayor opción a la réplica y la contradicción”*. Esta afirmación resulta particularmente interesante debido a que en Sucre se realizó uno de los cursos sobre gestión de audiencias de la etapa preparatoria a partir de los resultados de las Jornadas de evaluación y análisis de la implementación de la reforma procesal penal de 2005, durante el cual se discutió profundamente sobre la necesidad de variar la dinámica de la audiencia de medida cautelar, superando las prácticas instaladas en sentido de discutir todos los aspectos relacionados con la responsabilidad penal en la misma y asumiendo la importancia de discutir la necesidad de cautela.

A partir de este análisis de datos y gráficos, puede afirmarse que los cambios en materia de aplicación de detención preventiva no fueron demasiado grandes con relación a la situación anterior a la reforma. Sin embargo, el hecho de que la imposición de medidas cautelares deba realizarse en el nuevo procedimiento a partir de una audiencia oral y la publicidad que consecuentemente se instaló en la práctica judicial, generaron un mayor acceso a la información sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal. Esta puede considerarse una de las razones por las que, en 2002, los medios de comunicación comenzaron a criticar al NCPP en lo relativo a las medidas cautelares y a exigir su modificación, endureciendo el régimen regulado por el Código, por la supuesta “debilidad” en la utilización de estos mecanismos.

2. Las prácticas – Audiencias de detención preventiva

Durante las Jornadas de Evaluación y Análisis de la Implementación de la Reforma Procesal Penal de 2005, se aprobó un Plan de Acción, que tuvo entre sus lineamientos el mandato de generar una capacitación que permitiera el diseño de un formato de audiencia preliminar que, a la vez de respetar los principios de contradicción, intermediación y continuidad, agilizara los tiempos en los que se estaban llevando adelante las audiencias y permitiera generar una práctica organizativa adecuada a la oralidad, que evitara la cantidad de

suspensiones de audiencias que se daban al momento de iniciar el trabajo de capacitación.

Algunas de las observaciones surgidas del trabajo de campo desarrollado previamente a la capacitación (se realizó la observación y filmación de audiencias de medida cautelar durante un mes en el distrito judicial en que se desarrollaría la capacitación²⁴) resultan de importancia para evaluar la aplicación de medidas cautelares:

2.1 Deficiente fundamentación

Uno de los principales defectos observados en las audiencias fue la escasa relevancia de las argumentaciones expuestas por las partes (tanto por la acusación como por la defensa) para sustentar o repe- ler la imposición de una medida cautelar.

En el caso de la **acusación**, se observa que con frecuencia la fiscalía se limita a “oralizar” el informe escrito por el policía investigador, sin haber hecho previamente una valoración de los elementos importantes para sustentar su solicitud. No se nota que haya habido un análisis previo del caso que le permita a la acusación proyectar a futuro su caso como probablemente en juicio y, en varias ocasiones, se ve que el caso en el que se está pidiendo la medida cautelar podría culminar probablemente con la aplicación de una salida alternativa (con lo que no se comprende la necesidad de una medida cautelar, si el caso puede resolverse rápidamente por la vía de una alternativa al juicio).

No se ve en las audiencias un relato concreto del hecho que se subsuma adecuadamente en el tipo penal que se alega (en varias ocasiones se vio la imputación formal de un tipo agravado cuando en el relato del hecho realizado no se llegaban a cubrir los elementos del tipo base) y tampoco se da un relato de la prueba probable a obtener en caso de llegar a juicio. Los relatos son desordenados y desorientan al juez a la hora de tomar una decisión.

²⁴ Como parte del estudio de campo al que se ha hecho referencia anteriormente, se observaron las audiencias celebradas en los nueve juzgados de instrucción de la Corte Superior de Distrito de La Paz durante un periodo de dos semanas (21 de noviembre al 2 de diciembre de 2005), centrándose conforme al contexto relativo a los problemas detectados durante la etapa preparatoria, en las audiencias de consideración de medidas cautelares, y salidas alternativas. Al efecto se utilizaron pautas para observar, registrar y ordenar la información recolectada, facilitando así la labor de sistematización y de formulación de conclusiones.

En cuanto a los criterios específicos para demostrar el peligro procesal, en la mayor parte de las audiencias se observa que la acusación busca acreditar tanto el peligro de fuga como el peligro de obstaculización (en algunos casos se hace referencia también a la reincidencia), lo que indica que pese a la claridad de la norma en sentido de obligar a mostrar uno de los presupuestos, la fiscalía sigue considerando que debe acreditarlos todos, haciendo argumentaciones débiles e incluso contradictorias entre sí.

Con relación a la **defensa**²⁵, se observa que su actuación en las audiencias suele quedarse en la obligación formal de brindar asistencia técnica a la persona imputada; así, por su actuación en la mayor parte de las audiencias se puede presumir que no han tenido ningún tipo de entrevista previa con la persona imputada que les permita obtener datos adicionales para repeler la petición del Ministerio Público. Sus argumentaciones, en ocasiones, van más allá de los límites fijados por la acusación incorporando elementos que no han sido alegados por aquella. Inclusive se ven casos en que es la defensa la que solicita la procedencia de alguna medida cautelar sustitutiva, a la vez que intenta que el juzgador considere que no se han acreditado suficientemente los elementos para la procedencia de la medida cautelar.

Los principales obstáculos que los defensores suelen encontrar para cumplir con su obligación en audiencia de medida cautelar tienen relación con la imposibilidad de acceder al cuaderno de investigación del fiscal y el número de casos que deben atender a la vez, que les impide realizar un trabajo de calidad.

2.2. Excesiva duración de las audiencias

Los aspectos señalados en el punto anterior hacen que la audiencia de medida cautelar tenga una duración por encima del tiempo necesario. Aquí es necesario dejar establecido que no se pretende una duración “tipo” para la audiencia; pero de la observación efectuada se concluyó que audiencias que habrían durado más de 60 minutos, podrían haberse resuelto en un tiempo mucho menor si las partes hubieran tenido claros los hechos y hubieran establecido solo los elementos necesarios para argumentar sus peticiones.

Por el contrario, se vio que en muchas ocasiones las partes pretenden hacer de la audiencia de medida cautelar una especie de “mini

²⁵ Haremos referencia a la actuación de la Defensa Pública.

juicio” en el que se debe determinar la culpabilidad o inocencia del imputado e, incluso, producir prueba a tal efecto, cual si se estuviera discutiendo la sentencia definitiva para el caso. En este sentido, una posición bastante extendida entre los defensores públicos se refiere a la necesidad de discutir en la audiencia de solicitud de medida cautelar la no participación del imputado en el hecho atribuido por la fiscalía como elemento fundamental para lograr la libertad de su defendido; los defensores públicos manifiestan que esta necesidad existe en función a la generalización de una especie de “tasación” en cuanto a la procedencia de la detención preventiva por existencia de peligro de fuga, ya que han relatado que los jueces prácticamente actúan en forma automática y en tanto la defensa no pueda acreditar la existencia de un domicilio o un trabajo fijo del imputado, ordenan la detención preventiva. Ante la escasa posibilidad de dar una discusión real sobre la necesidad de cautela, la opción en la práctica de los defensores públicas se ha convertido en la discusión del supuesto material, con un detalle prácticamente equiparable al existente en una audiencia de juicio oral al momento de discutir la existencia del hecho y el grado de participación de la persona acusada.

2.3 Decisiones con escasa valoración y dirección formalista de la audiencia

De la misma forma que se observaron falencias en la fundamentación de las partes, en lo que respecta a la actuación de los jueces se vio una situación similar: no se da una identificación puntual de los hechos relevantes para la imposición o no de una medida cautelar, sino que los jueces se limitan a repetir las argumentaciones que han hecho una y la otra parte, para luego dar su decisión sin aclarar cuáles han sido los elementos concretos tomados en cuenta para llegar a la misma. En la mayoría de los casos se impone la medida cautelar sin más, pese a que un mínimo análisis de los elementos daría un resultado negativo en cuanto a la procedencia de la misma.

Con relación a la dirección de audiencia, la misma se basa en criterios excesivamente formales en función a que no se permite una verdadera dinámica de contradicción. En ocasiones los jueces parecen estar preocupados por el destino que tendrá la audiencia si permiten que las partes dialoguen y contradigan los argumentos la una de la otra, dando espacios de tiempo demasiado prolongados a cada una antes de permitir que la otra responda, con lo que la dinámica se vuelve bastante difícil de seguir en cuanto a la acreditación de los hechos.

2.4. Suspensiones

Otro gran inconveniente notado es el de la suspensión de audiencias de medida cautelar²⁶. El principal factor para las suspensiones es la inasistencia de alguna de las partes y esto, en una gran cantidad de oportunidades, se debe a la superposición de actuaciones por la falta de coordinación de agendas (un mismo fiscal/ defensor suele estar citado para audiencias en varios juzgados distintos a la misma vez) y la forma de organización de las instituciones (organización del trabajo por carteras) que impide que otro funcionario pueda llevar adelante las audiencias.

Abordaremos algunos de los caminos de solución impulsados en la Parte dedicada a las perspectivas sobre este tema.

3. Incentivos para los actores del sistema²⁷

Una de las cuestiones más señaladas por los entrevistados que han accedido a brindar información para este reporte, es la referida al uso de la detención preventiva como pena anticipada. En este sentido, se ha señalado que prácticamente en la actuación de todos los actores se han generado una serie de incentivos negativos, que llevan a que esta medida cautelar continúe utilizándose con fines bastante distintos a los proclamados por la normativa vigente. A continuación, se describen las motivaciones identificadas en cada actor para la utilización de la detención preventiva.

3.1. Ministerio Público

No hay una verdadera investigación, los casos con algún tipo de movimiento son los que tienen querellante.

Las causas que originan pedidos de detención preventiva no tienen que ver con la existencia o no de riesgo procesal, sino con otro tipo de motivaciones, entre las que se identifican:

²⁶ Como se ha señalado anteriormente en este reporte, existen documentos que señalan que de cada quince audiencias programadas, diez son suspendidas en la ciudad de La Paz.

²⁷ Este punto ha sido incorporado al reporte sobre la base de la discusión sostenida en la ciudad de La Paz, el día 7 de noviembre de 2008 con Enrique Mac Lean, Rosaly Ledezma y Daniel Mogrovejo, ex alumnos del Programa Interamericano de Formación a Capacitadores del Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

- Connotación del caso;
- Intervención querellante, donde se ha señalado la utilización de detención preventiva como factor de presión para forzar la negociación en casos de contenido patrimonial y llegar a una conciliación;
- Casos con algún tipo de involucramiento del Estado;
- Delitos violentos (identificados por la crónica roja);
- Particularmente, en los casos de violación, sobre todo si la víctima es menor, por la presiones externas se realiza inmediatamente se pide la detención preventiva;
- En materia de sustancias controladas existe una directriz no escrita en sentido de solicitar, siempre, la detención preventiva.

Es decir que más que una proyección sobre las posibilidades del caso, se hace una proyección sobre el “costo” personal que puede tener la toma de determinadas decisiones. Adicionalmente, se ha señalado que un incentivo negativo para el fiscal en sentido de solicitar la detención preventiva tiene relación con la posibilidad de tener un “resultado sin esfuerzo”: dado que la expectativa es conseguir la prisión, la detención preventiva es la salida rápida para evitar presiones sociales (si se consigue la detención de la persona, ya nadie va a reclamar por el delito).

3.2. Defensa

Desde el punto de vista de la actuación del defensor, se ve que también existe un incentivo negativo que ha llevado a afirmar que es el actor principalmente interesado en extender el uso de la detención preventiva. Ello en función a que se constata en la labor cotidiana que los casos que llegan a juicio son muy pocos y los defensores optan por “recomendar” a sus defendidos que permanezcan en detención preventiva por el plazo máximo previsto para la duración de esta medida sin condena (18 meses), para luego solicitar la cesación de la detención a sabiendas de que una vez obtenida la libertad por cumplimiento del plazo máximo no llegarán a juicio.

Adicionalmente, los defensores públicos encuestados refieren prácticamente en su totalidad que desvirtuar el peligro procesal resulta prácticamente imposible, dado que los jueces aplican un principio de “mala fe”²⁸: fotocopias simples no sirven como pruebas; exigen

²⁸ Contrario, como se verá más adelante, a las líneas establecidas por la jurisprudencia constitucional.

certificaciones de imposible obtención, al punto de haber establecido prácticamente un sistema de pruebas tasadas en las prácticas, donde para acreditar domicilio se exige certificado de propiedad, para acreditar trabajo se exige contrato visado por el Ministerio de Trabajo, para acreditar vínculos familiares se exigen certificados de matrimonio, etc. A la vez, se ha señalado que esta situación ha generado un “*mercado de engaños*”: en la misma forma que antiguamente se obtenían testigos comprados para determinado tipo de casos (accidentes de tránsito, típicamente), hoy en día se consiguen garantes que cobran al litigante y al imputado, contratos de trabajo con las formalidades exigidas por los jueces, etc.

3.3. Poder Judicial

En cuanto a la actuación judicial, los entrevistados han señalado la necesidad de capacitar en dirección de audiencias de este tipo. Los jueces rara vez establecen un orden en las audiencias que permita dar las discusiones por separado: supuesto material y peligro procesal. Esto hace que la acusación presente todo en una sola exposición y se desordene la audiencia, con los consiguientes problemas para ejercer la defensa. Adicionalmente, se ha establecido que no son pocos los casos en que los jueces ordenan la detención preventiva por presión social o para “evitar el linchamiento” (para proteger al imputado).

4. La visión de la defensa pública

En el marco de una capacitación organizada para el Servicio Nacional de la Defensa Pública por el proyecto de apoyo a la Reforma Procesal Penal de la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) en octubre de 2008 en que la autora del reporte participó como docente, se tuvo oportunidad de pasar una encuesta sobre la situación de la detención preventiva con el objeto de identificar la actuación de los defensores públicos y su percepción con relación a este tema. A continuación se presenta un análisis de los resultados obtenidos, desagregados por Departamento en el Cuadro 2 y agregados a nivel nacional en los gráficos que se presentan. Esta encuesta fue respondida por 46 de los 63 Defensores Públicos existentes a nivel nacional, solicitándoles a los funcionarios que respondieran de acuerdo a su experiencia de trabajo y percepción sobre la situación actual de la detención preventiva.

Cuadro 2
LA SITUACIÓN DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA DESDE EL SENADEP

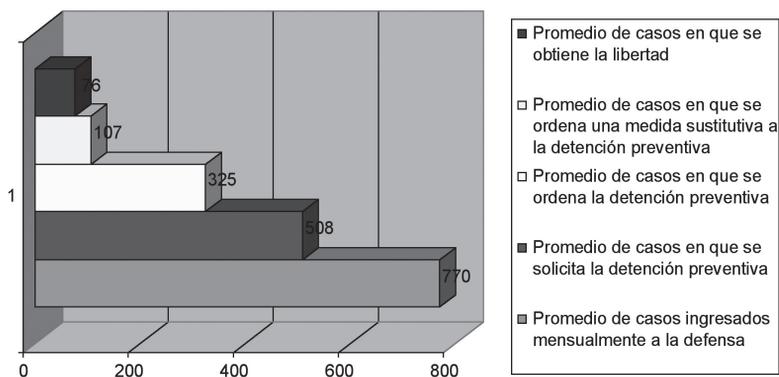
	Santa Cruz	La Paz	Cbba	Tarija	Oruro	Potosí	Beni	Pando	Ch.
Número de defensores	12	17	14	3	4	4	3	3	3
Cuestionarios respondidos	12	10	9	3	3	2	3	2	2
Promedio de casos mensuales ingresados por defensor	10	11	11	27	7	10	19	16	16
Porcentaje de casos en los que el MP solicita detención preventiva	48%	70%	84%	60%	35%	80%	85%	70%	70%
Porcentaje de casos en los que el MP obtiene la DP solicitada	56%	54%	71%	50%	80%	65%	75%	80%	50%
Porcentaje de casos en los que se decreta una medida sustitutiva a la DP	20%	36%	23%	25%	15%	25%	15%	15%	20%
Solicitud por parte del MP de medida sustitutiva sin pedir antes la DP	7%	9%	6%	7%	10%	10%	0	0	0
Obtención de libertades por la defensa									
Libertad obtenida por inexistencia del supuesto material	30%	20%	32%	20%	40%	30%		10%	10%
Libertad obtenida por inexistencia del peligro procesal	70%	80%	68%	80%	60%	70%	Sin rta.	90%	90%
Causales para la procedencia de la detención preventiva									
Casos en los que se ordena la detención del imputado por peligro de fuga	59%	46%	61%	65%	50%	50%	95%	100%	50%
Casos en los que se ordena la detención del imputado por peligro de obstaculización	65%	38%	43%	30%	50%	50%	95%	60%	50%
Casos en los que se ordena la detención del imputado por reincidencia	22%	18%	13%	5%	0	0	0	10%	0
Duración y causales de cesación									
Tiempo promedio que una persona permanece en detención preventiva	13 meses	13 meses	10 meses	2 meses	10%	5 meses	6 meses	5 meses	4 meses
Cesación de la detención preventiva por cumplimiento de plazo máximo sin condena	50%	60%	52%	10%	10%	No se respondió esta parte del cuestionario	No se respondió esta parte del cuestionario	10%	0
Cesación de la detención preventiva por cumplimiento de plazo máximo sin condena ejecutoriada	21%	15%	25%	0	80%	No se respondió esta parte del cuestionario	No se respondió esta parte del cuestionario	10%	0
Cesación de la detención preventiva por control judicial y cambio de las condiciones que la hicieron precedente	20%	25%	13%	75%	0	0	0	70%	100%
Cesación de la detención preventiva por sobreseimiento	9%	0	10%	10%	0	0	0	0	0
Declaración de inocencia	0	0	0	5%	0	0	0	0	0

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos consignados por los defensores públicos en la encuesta pasada al efecto.

De los gráficos que siguen, surgen algunas cuestiones inquietantes:

Gráfico 11

SOLICITUD Y PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES



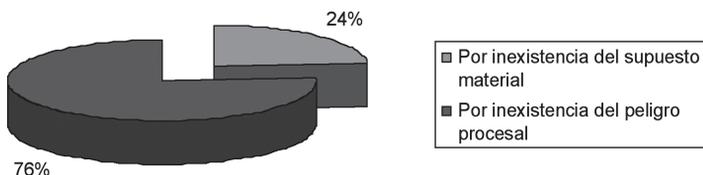
Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 2

De acuerdo a lo referido por los defensores que respondieron la encuesta, mensualmente ingresan al Servicio Nacional de la Defensa Pública un aproximado de 770 casos (en el Anexo puede observarse el detalle por departamento). En el 66% de los casos (508), el Ministerio Público solicita la detención preventiva, consiguiendo su imposición en el 64% de los casos (325); en un 21% de los casos (107) no se obtiene la detención preventiva pero sí una medida sustitutiva, obteniéndose la libertad sin medida cautelar alguna en un 15% de los casos (76) que son llevados a audiencia de medida cautelar.

Preguntados los defensores sobre la discusión que se da en la audiencia de medida cautelar en ese porcentaje de casos en que se obtiene la libertad, refirieron que, en promedio, en el 24% de los casos (18) se discute la ausencia de supuesto material en tanto en el 76% restante (58) se discute la inexistencia de peligro procesal.

Gráfico 12

CAUSAS DE PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD

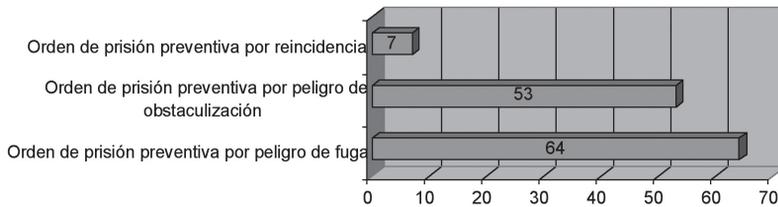


Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 2

En cuanto a los casos en los que se ordena la detención preventiva, una de las cuestiones que refirieron gran parte de los defensores en sus encuestas es la referida a la solicitud que el Ministerio Público hace constantemente alegando ambos peligros: fuga y posibilidad de obstaculizar la investigación; ello puede notarse en el cuadro que se presenta a continuación, donde ambos peligros representan un porcentaje superior al 100%; una de las cuestiones problemáticas que los defensores identifican y que ya ha sido señalada con anterioridad en este reporte, es el desorden con que se produce la discusión durante la audiencia de medida cautelar, donde el supuesto material y el peligro procesal son expuestos a la vez y en muchos casos al calificar el peligro procesal de que se trata, la fiscalía refiere la existencia de peligro de fuga y obstaculización, como si ambos pudieran ser acreditados en forma simultánea o con el mismo tipo de elementos de convicción.

Gráfico 13

CAUSAS DE PROCEDENCIA DE DETENCIÓN PREVENTIVA

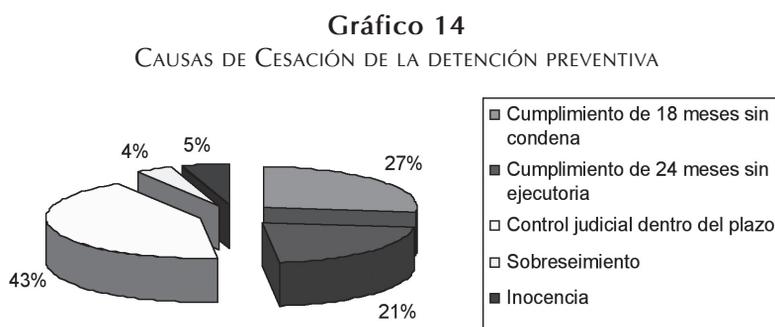


Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 2

Con relación al promedio de duración, si bien calculando las respuestas de todos los departamentos puede sostenerse que es de seis meses, al igual que en la observación referida al número de detenidos preventivos, con relación a las respuestas obtenidas por los defensores se ve una clara diferencia en los departamentos con mayor concentración poblacional, donde el tiempo promedio de duración es de diez meses o más, en tanto que en los departamentos con menor población, el promedio de duración tiende a estar por debajo de los cinco meses. Y al observar el resultado de la encuesta puede observarse que la "carga laboral", tiene bastante poca relación con este dato, dado que el departamento donde los defensores han manifestado un número mayor de casos ingresados, Tarija, es a la vez el departamento que ha referido un promedio de duración menor de la detención preventiva (2 meses). En contraste Santa Cruz, que es uno de los departamentos con mayor número de defensores y menos casos en promedio (10 casos promedio por defensor), resulta ser

el departamento con mayor promedio de duración de la detención preventiva.

En cuanto a la cesación de la detención preventiva, el siguiente cuadro muestra las causales que se han identificado:



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Cuadro Nro. 2

En principio, resulta llamativo que en el 48% de los casos la detención preventiva cese, de acuerdo a lo referido por los defensores, por el solo transcurso del tiempo (18 y 24 meses son los límites legales establecidos para la duración de la detención preventiva); pero nuevamente, este dato resulta más alarmante cuando se realiza la comparación a nivel departamental, ya que en tanto en Santa Cruz el porcentaje de cesación por cumplimiento de plazos máximos supera el 60% y en La Paz, asciende al 73%, en departamentos más pequeños estos porcentajes disminuyen y encontramos que en Tarija el porcentaje por cumplimiento de plazos es del 10%, en Pando es del 20% y en Sucre se refiere que la detención cesa en todos los casos por control jurisdiccional antes de llegar al plazo máximo. Puede observarse, a partir de estos datos, que la relación “mayor carga de trabajo menores posibilidades de lograr resultados prontos” no parece ser tan certera, ya que los departamentos con mayor número de casos en promedio por defensor público, tienen resultados más rápidos y de mayor calidad en términos de lograr la libertad de las personas sometidas a detención preventiva, en tanto los departamentos con mayor concentración (y con mayores recursos) parecen dejar gran parte del trabajo al solo transcurso del tiempo. Adicionalmente, resulta preocupante observar que existe un porcentaje importante de casos (9%) en que se impone la detención preventiva y luego son sobreseídos por la fiscalía o terminan con una declaración de inocencia en juicio.

5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Finalmente, un punto de importancia en lo referente al uso de la detención preventiva es la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional. En este punto, se considera necesaria una reflexión inicial sobre la jurisprudencia y su concepción desde los operadores. Como se tiene anotado, para la realización de este reporte se han realizado encuestas y entrevistas formales e informales con diversos actores del sistema, a los efectos de conocer la situación del uso de la detención preventiva en la práctica cotidiana. A partir de esas entrevistas, originalmente se tuvo cierta reticencia al análisis de la jurisprudencia constitucional, en función a que una constante de las entrevistas estuvo centrada en referir que los jueces, a causa de exigencias impuestas en sentencias constitucionales, ponen obligaciones de imposible cumplimiento en cabeza de los litigantes para obtener la libertad²⁹. Sin embargo, al analizar la efectiva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la primera impresión va más bien en sentido contrario, ya que de las sentencias que a continuación se mencionarán parece desprenderse con bastante claridad la intención de ese organismo en sentido de preservar el Art. 9 de la Constitución Política del Estado, en sentido que ninguna autoridad puede limitar el derecho a la libertad sin el cumplimiento de las formalidades legales que le otorguen facultad para aprehender, arrestar, detener o apresarse³⁰.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse con relación a la detención preventiva estableciendo:

- Criterios comunes a todas las medidas cautelares de carácter personal, entre los que se encuentran la celeridad, obligación de realización de audiencia pública con presencia del imputado, valoración razonable de los elementos probatorios y las

²⁹ En este punto un ejemplo concreto está dado por las respuestas de opinión en las encuestas pasadas a los defensores públicos, donde prácticamente en su totalidad refirieron que uno de los problemas centrales en la utilización de la detención preventiva tiene relación con la exigencia de acreditar domicilio, trabajo o vínculos familiares a través de certificados legalizados debidamente ante autoridades, cuestión esta que impediría ejercer una buena defensa en las audiencias de medidas cautelares por la carencia de tiempo para recabar tal información.

³⁰ Adicionalmente, es importante señalar que la jurisprudencia que a continuación se referirá se encuentra contenida en la Unidad Temática II referida a las medidas cautelares de carácter personal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Programa de Pedagogía Constitucional del Tribunal Constitucional de Bolivia, lo cual parece indicar sin demasiada necesidad de reflexión que es intención de ese organismo que esta jurisprudencia se conozca, difunda y aplique a los casos análogos.

posibilidades que otorga el Art. 235 ter del CPP en sentido de imponer una medida cautelar más o menos grave que la requerida por el fiscal.

- Criterios específicos para la detención preventiva en cuanto a la obligación de acreditar el supuesto material y el peligro procesal, necesidad de fundamentación en la solicitud de medida cautelar por el fiscal o querellante, necesidad de basar la decisión judicial solo en los argumentos esgrimidos por las partes y causales de cesación de la detención preventiva.

A continuación se describen los contenidos de los diversos criterios de carácter general y específico para la detención preventiva.

Celeridad. *“...toda autoridad que conozca de una solicitud en la que se encuentre involucrado el derecho a la libertad física, tiene el deber de tramitarla con la mayor celeridad posible, o cuando menos dentro de los plazos razonables, pues de no hacerlo podría provocar una restricción indebida del citado derecho, lo que no significa, que siempre tendrá que otorgar o dar curso a la solicitud en forma positiva, pues esto dependerá de las circunstancias y las pruebas que se aporten en cada caso, dado que se reitera la lesión del derecho a la libertad física, está en la demora o dilación indebida de una solicitud de tal naturaleza, vale decir, que si la solicitud es negada de acuerdo a una compulsión conforme a Ley no es ilegal siempre que esa negativa se la resuelva con la celeridad que exige la solicitud”*

“Consiguientemente, se concluye que el tratamiento que debe darse a las solicitudes en la que se encuentre de por medio el derecho a la libertad, entre ellas, la cesación de la detención preventiva, debe tener un trámite acelerado y oportuno, pues de no hacerlo podría provocarse una restricción indebida de este derecho, cuando, por un lado, exista una demora o dilación indebida en su tramitación y consideración, o en su caso, cuando existan acciones dilatorias que entorpezcan o impidan que el beneficio concedido pueda efectivizarse de inmediato, dando lugar a que la restricción de la libertad se prolongue o mantenga más de lo debido. Esto en los casos, en los que por razones ajenas al beneficiario, la cesación de la detención preventiva u otro beneficio, no puede concretarse debido a los actos de obstaculización o dilación innecesaria, que originan que el solicitante, no obstante de haber sido favorecido por un beneficio que le permite obtener su libertad, se ve impedido de accederla, permaneciendo indebidamente detenido, situación por la cual se abre la protección que brinda el hábeas corpus ante la ausencia de celeridad en efectivizarse el beneficio otorgado” (SSCC 224/2004-R y 862/2005-R, entre otras).

Audiencia pública y presencia del imputado. La SC 760/2003-R, concluyó: *“La audiencia que dispone la aplicación de una medida cautelar, requiere la presencia del imputado para garantizar el derecho a la defensa y la vigencia de la inmediación y oralidad que rige el nuevo proceso penal, cuya inobservancia significa una lesión del derecho a la defensa y transgresión de los principios de oralidad e inmediación. El imputado debe estar presente en la audiencia, conforme se extrae del contenido del art. 226 CPP, cuando expresa que debe ser puesto a disposición del juez”.*

Valoración razonable de los elementos probatorios. Este resulta un punto particularmente interesante, debido a que como se ha mencionado en otros lugares de este documento, varios litigantes (tanto de la defensa pública como abogados particulares) han referido en las entrevistas sostenidas que los jueces *exigen* probar la no existencia de los peligros procesales a través de medios de imposible obtención. Sin embargo, en sentido contrario a esas afirmaciones, el Tribunal Constitucional ha establecido varios lineamientos que resultan de importancia y podrían ser utilizados por los litigantes si en realidad estas exigencias de parte de los jueces son tales. Se describen a continuación algunas de las líneas de interés en la materia:

- El TC ha establecido que resulta *ilegal la exigencia de certificado de matrimonio para acreditar familia* en la SC 1521/2002-R
- También ha establecido que resulta *ilegal la exigencia de derecho propietario para acreditar domicilio habitual* en las SC 1521/2002-R, reiterada en la SSCC 499/2004-R y 562/2006-R,
- También se ha referido a la imposibilidad de sustentar el peligro de fuga en la buena posición económica del imputado en la SC 129/2007-R
- Finalmente, también se ha referido a la imposibilidad de los jueces de basar su resolución en meras presunciones sobre la existencia de riesgo de fuga u obstaculización en la la SC 1635/2004-R, que señaló que las circunstancias previstas en los arts. 234 y 235 del CPP, deben ser probadas por el acusador: *“...no siendo suficiente la mera referencia y presunción de que concurren las mismas, pues por determinación del Art. 16.II y 6 del CPP, se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad”.*

Refiriéndose en forma específica a la detención preventiva, el Tribunal Constitucional ha establecido, en las SSCC 149/2003-R y

405/2003-R, que para la procedencia de la detención preventiva es obligatorio para el acusador acreditar la existencia del supuesto material y del peligro procesal; es decir, acreditar los dos requisitos contenidos en el Art. 233 CPP.

En cuanto a la resolución judicial, se ha establecido como criterio que en la SC 731/2007-R que *“el juez en la resolución relativa a la aplicación de una medida cautelar de carácter personal y a la definición de la situación procesal del imputado, únicamente podrá asumir la decisión en base a las circunstancias que hayan sido invocadas, discutidas y acreditadas en la audiencia cautelar, sin que tenga facultad de sustentar la decisión en otras circunstancias que si bien están previstas en la ley, no fueron señaladas por las partes”*.

Finalmente, una cuestión central sobre la que el TC ha tenido oportunidad de pronunciarse es la referente a la procedencia de la cesación de la detención preventiva, estableciendo varios criterios de importancia en la temática:

- De una parte, el TC ha establecido que para determinar la cesación debe realizarse una ponderación de los motivos que fundaron la detención preventiva y de los nuevos elementos de convicción que aportó el imputado. De acuerdo a la SC 320/2004-R: *“Cuando el juez o tribunal deba resolver una solicitud de cesación de la detención preventiva amparada en la previsión del Art. 239.1 del CPP, esta debe ser el resultado del análisis ponderado de dos elementos: i) cuáles fueron los motivos que determinaron la imposición de la detención preventiva y ii) cuáles los nuevos elementos de convicción que aportó el imputado para demostrar que ya no concurren los motivos que la determinaron o en su caso demuestran la conveniencia de que la medida sea sustituida por otra. Quedando claro que si a través de los nuevos elementos de juicio que se presenten por el imputado se destruyen ambos o cualquiera de los motivos que fundaron la detención preventiva, el Juez o Tribunal debe realizar una valoración de estos nuevos elementos; valoración similar a la que hizo para disponer la detención preventiva a prima facie, sin que ello implique inmiscuirse en la investigación del hecho. Debiendo, en consecuencia el imputado probar conforme a la norma precedentemente señalada la existencia de nuevos elementos de juicio que demuestren que no concurren los motivos que fundaron su detención preventiva o tornen conveniente que sea sustituida por otras medidas”*.

- El TC también ha establecido la obligación de realizar una *valoración objetiva e integral de los nuevos elementos probatorios* que permitan la cesación de la detención preventiva en la SC 1147/2006-R.
- Y en última instancia, es sumamente importante destacar que el TC también ha establecido como criterio que **para la cesación de la detención preventiva solo es exigible el cumplimiento del plazo previsto en los incs. 2 y 3 del Art. 239 CPP³¹**, criterio que ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde sus primeras Sentencias Constitucionales (SSCC 988/2001-R, 947/2001-R, 1076/2002-R, 33/2005-R, 776/2006-R). Así, la SC 947/20901-R, precisó: *“...del texto del art. 239 del Código de Procedimiento Penal se interpreta que la cesación de la detención preventiva establecida a los supuestos descritos en los párrafos 2) y 3) no está supeditada al cumplimiento de ningún otro requisito que no sea el transcurso del tiempo establecido en cada caso.*

Este último criterio resulta importante en función a que, como se verá en el último apartado de esta sección, uno de los penales con mayor población penitenciaria de Bolivia tiene en la actualidad a una cantidad de personas cumpliendo detención preventiva más allá del límite temporal establecido por la norma, lo cual equivale a decir que se encuentran privados de su libertad en forma ilegal.

6. El Penal de San Pedro de La Paz³²

Antes de seguir adelante con el análisis de las otras secciones, ha parecido importante para completar la información y mostrar la gravedad de la situación en relación a la detención preventiva, mostrar datos referentes a uno de los penales más poblados del país, el penal de San Pedro de La Paz. A noviembre de 2003, el penal de San Pedro alberga a un total de 1.239 privados de libertad, es decir, un 18% de la población penitenciaria boliviana.

Entre estos 1239 privados de libertad, encontramos la situación que a continuación se detalla:

- 19 personas se encuentran privadas de libertad por incumpli-

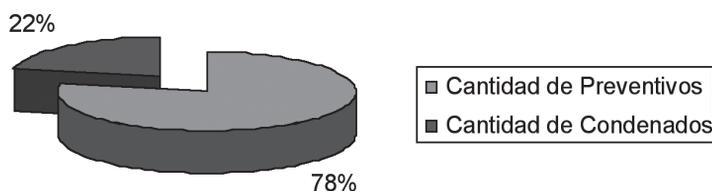
³¹ Mismos que establecen que la detención preventiva no puede ir más allá de los 18 meses sin condena o los 24 meses sin condena ejecutoriada.

³² Los datos sobre los que se trabajará este apartado han sido entregados para la realización de este reporte por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario.

miento en deberes de asistencia familiar, cumpliendo medida de apremio (esta medida no puede durar más allá de 6 meses, por lo que todas las personas en esta situación han sido privados de su libertad durante el 2008)

- Solamente 267 personas cuentan con condena firme. Es decir, el 22% de los privados de libertad en el penal de San Pedro. Pudiendo encontrarse el detalle que a continuación se presenta de condenados por año.

Gráfico 15
PREVENTIVOS /CONDENADOS - PENAL DE SAN PEDRO



Fuente: Elaboración propia sobre datos proporcionados por la DNRP.

El resto de la población penitenciaria, 953 personas, se encuentran en detención preventiva. Si bien esto ha sido reflejado en los cuadros de la primera parte de este apartado, hay un detalle que hace que la situación sea aún más grave al analizar los datos puntuales proporcionados en relación a este penal: el 19% de los detenidos preventivos (179 personas), se encuentra privado de libertad por un tiempo mayor a los 24 meses establecidos por ley como el plazo máximo de duración de la detención preventiva de acuerdo al Art. 239.3 que se acaba de comentar en cuanto al lineamiento jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional; adicionalmente, un 9% de la población (82 privados de libertad) se encuentra cumpliendo detención por un plazo inferior a los 24 meses, pero por encima de los 18, lo que si bien puede implicar que son condenados que aún no tienen sentencia ejecutoriada, también podría implicar que se trata de personas que han sobrepasado el máximo legal establecido para los presos sin condena (18 meses, de acuerdo al Art. 239.2), sin que nadie haya solicitado un control para determinar la cesación de la medida cautelar. A partir de estos datos puede observarse que de los 953 detenidos preventivos del Penal de San Pedro, un 72% (es decir, 692 personas) se encuentran cumpliendo la medida cautelar dentro de los límites temporales fijados por la ley.

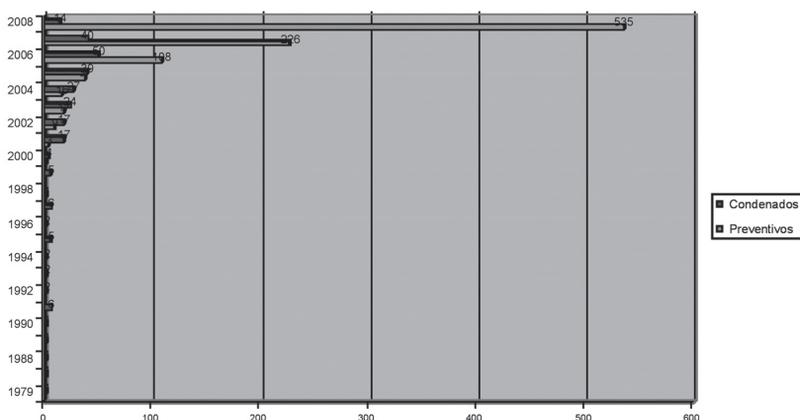
Año	Cantidad de detenidos preventivos	Cantidad de condenados cumpliendo aún pena
1979		1
1987		1
1988		1
1989		1
1990		1
1991		6
1992		2
1993		2
1994		2
1995		5
1996		2
1997		6
1998	1	
1999		5
2000	1	4
2001	3	17
2002	9	17
2003	17	24
2004	16	27
2005	37	39
2006	108	50
2007	226	40
2008	535	14
Total	953	267

Elaboración propia sobre datos del Penal de San Pedro proporcionados por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario. No se han consignado en esta tabla las 19 personas que cumplen detención por incumplimiento de deberes de asistencia familiar.

Estas cifras permiten constatar la referencia que se realizaba al analizar la actuación de la defensa pública, en sentido de sostener que, al parecer, la *estrategia* utilizada por los defensores consiste en dejar que el tiempo transcurra (incluso más allá del límite legalmente establecido) para luego lograr la libertad de los imputados.

Si se observa el gráfico comparativo sobre detenidos preventivos y condenados por año en el caso del Penal de San Pedro, puede notarse en adición que no hay relación entre el número de condenados y el de detenidos preventivos, con lo cual, nuevamente, puede afirmarse que la detención preventiva continúa siendo en Bolivia una pena anticipada.

Gráfico 16
PENAL DE SAN PEDRO



Fuente: Elaboración propia sobre datos proporcionados por la DNRP.

LA CONTRARREFORMA

1. El contexto

Como se ha mencionado, el establecimiento de la oralidad como principio para la toma de decisiones abrió el espacio judicial para un conocimiento más amplio por parte de la ciudadanía. Así, las solicitudes de los fiscales y/o las decisiones de los jueces comenzaron a ser auditadas por los medios de comunicación en casos de relevancia ya sea por la gravedad del hecho acontecido o por las personas involucradas en el proceso. En el 2002, a dos años de la implementación plena del NCPP, la “inseguridad ciudadana” comenzó a ser relacionada directamente con el régimen de medidas cautelares, señalándose que la aplicación de este régimen era demasiado laxo y la principal causal de inseguridad y aumento del delito. Esto se veía reflejado posteriormente en la Exposición de Motivos de la Ley 2494 de Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, en cuanto expresa: *“es preocupante la actual percepción ciudadana de favorecimiento a la impunidad, inseguridad, aumento de la delincuencia y desprotección. Si bien Vuestra Comisión está plenamente consciente de que el delito es un fenómeno complejo que responde a múltiples causas y que la percepción ciudadana antes anotada no tiene como único origen falencias normativas, también tiene la convicción de que la ley debe ser clara y explícita para garantizar su correcta interpretación y posteriormente su adecuada aplicación”*.

Ante las presiones y exigencias de modificación al régimen de medidas cautelares, la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la Cámara de Diputados, en junio de 2003, llevó adelante una audiencia pública en el Departamento de Santa Cruz (uno de los lugares donde más presión se ejercía a partir de diversas organizaciones de la sociedad civil y desde donde había salido ya un proyecto de ley modificatorio a las medidas cautelares) con la finalidad de discutir el problema de la seguridad ciudadana y sus posibles causas, con los siguientes resultados³³:



Fuente: Elaboración propia sobre datos del Equipo Técnico de Implementación.

Como puede observarse, la ciudadanía (concretamente las personas y entidades que participaron en la audiencia pública) no identificaban al régimen de medidas cautelares como un factor preponderante en el aumento de la llamada “inseguridad ciudadana”. Es importante en este punto aclarar que se estableció la posibilidad de identificar como causa de la inseguridad a las “medidas cautelares” en función al uso público del término que se había dado en ese momento a través de los medios de comunicación; debido a la constante publicación de notas y realización de reportajes en programas de actualidad que en ese momento se habían dedicado a promo-

³³ Información extraída de la memoria presentada por el área de Adecuación Normativa del Equipo Técnico de Implementación a la Comisión de Constitución, Justicia y Policía Judicial de la H. Cámara de Diputados durante el año 2002, en el marco de la discusión sobre una posible reforma al régimen de medidas cautelares.

cionar a las “medidas cautelares” como la causante de todos los problemas vinculados a la seguridad, se optó por utilizar el término en abstracto, a los fines de comprobar si la ciudadanía participante en la audiencia pública veía en ese término a una causa probable de inseguridad.

Sin embargo, pese a la realización de este trabajo y al intento en sentido de buscar soluciones reales al reclamo de seguridad, el proceso de discusión concluyó con una modificación al NCPP, establecida por la Ley Nro. 2494, de 4 de agosto de 2003, ley que generó como principal cambio la adición del peligro de reincidencia como presupuesto para la aplicación de medidas cautelares personales.

2. El contenido de la modificación

2.1 *Explicitación de los supuestos de Riesgo de Fuga y Riesgo de Obstaculización*

La redacción original del Art. 234, que establecía los presupuestos posibles a considerar para la acreditación del peligro de fuga, había sido interpretada por los operadores como una lista cerrada de posibilidades, a la vez que se entendía que tenían que concurrir los cuatro extremos establecidos en dicho artículo conjuntamente³⁴. El Art. 234 fue modificado en tres aspectos:

1. Incrementar los supuestos de hecho indiciarios de riesgo de fuga
2. Establecer la enumeración como simple lista enunciativa y no taxativa dejando abierta la posibilidad de valoración de otras circunstancias de hecho que indiquen el riesgo.
3. Dejar claramente establecido que cada uno de los supuestos de hecho es autónomo en la calificación del riesgo.

En el caso del **peligro de obstaculización**³⁵, la modificación fue

³⁴ Los presupuestos, en el Art. 234 original, para la procedencia del peligro de fuga, eran:

- 1) Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país;
- 2) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;
- 3) La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga; y,
- 4) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

³⁵ Los presupuestos para este peligro originalmente regulados en el Art. 235 eran:

- 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; y,

en el mismo sentido que lo previamente referido para el peligro de fuga. A fin cubrir en forma más amplia los supuestos de obstaculización del proceso se introdujeron modificaciones al Art. 235 en los siguientes aspectos:

1. Incrementar los supuestos de hecho indiciarios de riesgo de obstaculización.
2. Posibilitar que pueda ser objeto de evaluación cualquier otra circunstancia indicativa de peligro de obstaculización.
3. Posibilitar que el juez pueda calificar como riesgo de obstaculización también las acciones perjudiciales ejercidas por el imputado valiéndose de terceras personas.
4. Dejar claramente establecido que cada uno de los supuestos de hecho es autónomo en la calificación del riesgo.

2.2. Peligro de reincidencia

Si bien el peligro de reincidencia no tiene fines procesales propiamente dichos sino más bien un fin de prevención, se consideró importante incluir un nuevo artículo con este contenido (**Art. 235 bis. Peligro de Reincidencia**) a fin de cumplir con un reclamo que venía creciendo desde la sociedad, luego de casi tres años de la entrada en vigencia del régimen cautelar.

La regulación establece que será el Juez de Instrucción quien en cada caso concreto evalúa la necesidad de imponer una medida cautelar basada en la reincidencia del imputado (sobre el pedido de la acusación).

2.3. Alternativas de resolución de medidas cautelares

Se incluyó también un **Art. 235 ter. (Resolución)** obedeciendo a la necesidad de explicitar las posibles formas de resolución al alcance del Juez de Instrucción ante el pedido de imposición de una medida cautelar.

En atención a la exigencia de que el juez no puede dictar una medida cautelar de oficio, el Art. 235 ter expresamente establece como presupuesto para la resolución judicial la existencia de argumentaciones y pruebas de parte orientadas a fundamentar la imposición de la medida. En esta tarea corresponde al fiscal ilustrar al juez sobre las razo-

2) Influirá negativamente sobre los partícipes, testigos o peritos para beneficiarse.

nes por las cuales se presume que el imputado es con probabilidad el autor del hecho y además, sobre las circunstancias de hecho que en su criterio configuran el peligro de fuga o el peligro de obstaculización explicando con detalle las razones que los fundan.

Según la formulación del Art. 235 ter, una vez recibida la solicitud debidamente fundamentada, el juez de Instrucción puede optar entre:

1. Declarar la improcedencia de la solicitud; o,
2. Declarar la procedencia de la solicitud, lo cual implica que el juez considera válidos los fundamentos sobre la probable autoría o participación del imputado y la existencia de la necesidad de cautela.

En caso de declarar la procedencia de la solicitud, queda clara la necesidad de aplicar una medida cautelar al procesado, razón por la cual corresponderá al Juez de Instrucción, evaluando la gravedad del riesgo, decidir cuál medida será la que de mejor manera permitirá la cautela; en tal sentido el juez podrá:

1. Aplicar la medida cautelar solicitada por el fiscal, porque considera que los fines del proceso serán suficientemente protegidos con la medida solicitada;
2. Aplicar una medida menos grave que la solicitada por el fiscal cuando considere que si bien existe el peligro, la cautela es excesiva y bien se lo puede evitar con una medida menos gravosa, en estricta aplicación de los artículos 7 y 222 del propio Código de Procedimiento Penal; o,
3. Aplicar una medida cautelar más grave que aquella solicitada por el fiscal cuando considere que la solicitada no garantiza suficientemente los fines del proceso.

3. El impacto de la modificación

Como se ve, la modificación al régimen de medidas cautelares no fue, desde el punto de vista normativo, un retroceso profundo con relación a los objetivos iniciales de la reforma, e incluso permitió dar un mensaje en sentido de corregir ciertas prácticas que se habían instalado, cual la de entender los parámetros establecidos para evaluar el peligro de fuga o de obstaculización como listas cerradas que debían acreditarse conjuntamente en cada caso.

En ese sentido, esta modificación al régimen de medidas cautelares en 2003 puede evaluarse como un *mal menor*, ya que a partir de

este trabajo de consulta ciudadana en aquellos sectores donde más reclamos existían y a la presentación de datos concretos al Congreso Nacional sobre la situación carcelaria, se logró que la ley 2494 refiriera a la cuestión de las medidas cautelares solo tangencialmente, incorporando –como innovación con relación al régimen del CPP– la reincidencia como criterio para valorar el peligro procesal. Volviendo al cuadro de datos estadísticos presentado más arriba, puede observarse cómo a partir de la aprobación de la Ley Nro. 2494 el índice de detenidos preventivos no tuvo grandes cambios hasta el presente.

Por fuera de esta ley en particular, no pueden contarse otros intentos serios de modificar el régimen de medidas cautelares. Ante casos que generan conmoción social suelen existir manifestaciones en términos de calificar como responsables a los jueces y al régimen de medidas cautelares del NCPP, pero generalmente estas situaciones quedan en el ámbito de lo coyuntural.

Un factor que podría identificarse como positivo en este ámbito de evitar reformas a la norma, es el que se relaciona con la instalación fuerte de la idea de que para promover reformas normativas es necesario contar con información de respaldo. A partir de la realización del informe sobre el avance de la reforma que se realizó en La Paz en el año 2004 para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, tanto las instancias estatales como las agencias de cooperación, han impulsado informes propios y generado información para sostener sus posiciones e impulsar sus propuestas. De esta forma, se ha logrado contener en mucho los intentos coyunturales de cambio normativo, al poner en evidencia la ineficacia que tendrían las contra reformas para mejorar las estadísticas y producir resultados de mayor eficiencia para la sociedad. Veremos en la Parte VI hacia donde se han encarado los trabajos para mejorar al sistema en Bolivia.

PERSPECTIVAS

Es importante señalar en este apartado que, de acuerdo a lo que se ha descrito en el reporte, la situación de la detención preventiva no ha variado sustancialmente con la reforma procesal penal en Bolivia sino que se ha mantenido con una cierta constancia solo modificada ante sucesos puntuales como lo fue la aprobación de la Ley del Indulto Jubilar. Esto no debe ser valorado necesariamente en forma negativa, ya que de la misma forma que se ha establecido ese hecho

también se ha señalado que una de las grandes ventajas que presenta el sistema boliviano en la actualidad es que la oralidad, tanto en el juicio como en las etapas previas, está fuera de discusión. Esto permite que sea muy fácil generar información sobre las problemáticas alrededor y dentro de las audiencias e impulsar diverso tipo de soluciones. En virtud a ello, puede afirmarse que en Bolivia el desafío de disminuir el uso de la detención preventiva sigue siendo actual pero, a diferencia de lo sucedido en los 90, donde la generación de información era una tarea ardua, hoy en día se encuentra al alcance de quien desee emprender un camino de soluciones.

Quizá sea por ello que las reformas normativas han dejado de verse como “LA” opción y desde hace varios años (para fijar un hito, podría decirse que desde la reunión de la Comisión Nacional de Implementación de 2004 a la que se ha hecho referencia varias veces en este reporte), se ha comenzado a trabajar con los operadores y desde diversos ámbitos en la necesidad de generar cambios en las prácticas y la organización institucional, como una forma de optimizar los recursos normativos existentes (mayor aplicación de salidas alternativas a juicio, por ejemplo) y disminuir el uso de las medidas restrictivas de la libertad.

Por ello, si bien el panorama presentado por el reporte no es del todo alentador en cuanto a los números, esta última parte pretende ser optimista en cuanto a las acciones que se encuentran en curso o están por encararse.

Se señalarán a continuación algunas acciones que ya se encuentran en curso y que pueden contribuir a mejorar la situación de la detención preventiva en Bolivia, para luego en un segundo apartado señalar también algunos cursos de acción que podrían adoptarse a futuro en el mismo sentido.

1. Acciones en curso en la actualidad

1.1. Promoción de acuerdos institucionales para fortalecer la solución efectiva de casos y la realización de audiencias

Si bien estos acuerdos no tocan directamente al régimen de medidas cautelares, se considera necesaria su mención por la influencia indirecta que pueden ejercer en el mismo. Uno de los problemas que prácticamente todos los reportes sobre la implementación de la reforma en Bolivia detectaron fue la escasa aplicación de salidas alternativas; tanto estas herramientas, como la posibilidad dispo-

tiva del fiscal a través del rechazo de la causa no eran utilizadas o, cuando lo eran, se trabaja de una utilización tardía, para evitar la extinción de la acción en la etapa preparatoria y la consiguiente acción disciplinaria contra el funcionario responsable.

A raíz de esta situación se impulsó, en el ámbito de las fiscalías, la instalación de Unidades de Solución Temprana de casos, que pudieran trabajar en la detección de aquellos que pudieran ser rechazados o que tuvieran posibilidad de solución a través de la aplicación de una salida alternativa. En el caso concreto de fiscalía de La Paz, los reportes existentes muestran que entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2007 el 83,23% de los casos fue resuelto en la UST allí instalada. Para obtener este resultado se tomó una muestra de 173 casos, analizando los formularios existentes en los cuadernos de investigación de los fiscales en dichos casos, obteniéndose los siguientes resultados:

Casos en proceso	16,76%
Casos rechazados	31,21%
Conciliaciones realizadas	26,01%
Criterios de oportunidad aplicados	18,50%
Suspensiones condicionales del proceso aplicadas	5,78%
Procedimientos abreviados	1,73%

Fuente: Programa de Administración de Justicia. USAID a través de Checchi

La instalación de la Unidad de Solución Temprana ha impactado en un grado muy alto en la carga de trabajo de las divisiones, como puede observarse a continuación:

Total de Casos	2006	2007 (10 meses)	Reducción de carga de trabajo
Ingresados FELCC	6.393	4.487	30%
División propiedades	2.256	1.648	26%
División económico financiero	883	216	75,5%
División personas	1.350	244	81,9%

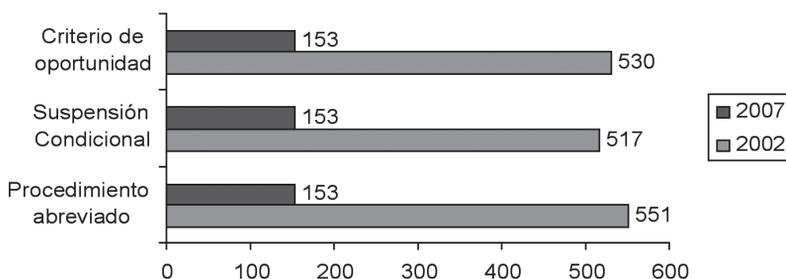
Fuente: Programa de Administración de Justicia. USAID a través de Checchi

Si bien los tiempos difieren (en 2006 se está tomando el total de casos ingresados durante los 12 meses, en tanto en 2007 solo se toman 10 meses para el estudio) no puede negarse que la reducción en las divisiones de delitos económico financieros y personas ha sido lo suficientemente alta como para pensar que la Unidad de Solución Temprana ha permitido la solución de un número importante

de casos sin la necesidad de ingresarlos a una de las unidades de investigación, optimizando así el trabajo de estas y brindando una respuesta pronta a la ciudadanía.

Más impactante aún resulta observar la reducción de tiempos en la aplicación de salidas alternativas ocurrida a partir de la implementación de la UST.

Gráfico 18
DURACIÓN DE TIEMPO EN DÍAS
SALIDAS ALTERNATIVAS - COMPARACIÓN GESTIONES 2002 - 2007



Fuente: Programa de Administración de Justicia. USAID a través de Checchi.

Puede observarse que en 2007, el promedio de días para la aplicación de un criterio de oportunidad, una suspensión condicional o un procedimiento abreviado ha pasado a ser de 153 días, lo cual equivale a cinco meses aproximadamente. Ello difiere de la situación anterior, donde el promedio de días para la aplicación de una de estas herramientas estaba cercana al año y medio (nótese, por ejemplo, que se demoraba menos en aplicar una suspensión condicional del procedimiento que en la aplicación de un criterio de oportunidad). En el caso de la aplicación de procedimientos abreviados, es casi una regla³⁶ que quien se somete a esa alternativa ha permanecido previamente en detención preventiva. Por ello, es de considerar que el impulso de este tipo de unidades y la reducción en los tiempos puede generar un impacto en la disminución del uso de la detención preventiva.

La constatación de estos beneficios en concreto, ha llevado al Poder Judicial y a la Fiscalía General a aprobar en el transcurso de 2008 instrumentos propios (Circular 20/08 en el caso del Poder Judicial;

³⁶ Esto ha sido confirmado por las entrevistas que se han realizado con defensores públicos.

Instructivo 410/08 en el caso de la Fiscalía General) que establecen los lineamientos para la solicitud, determinación y actuación en audiencia de acuerdo a la salida alternativa de que se trate.

Como se mencionaba al inicio, si bien estas medidas no apuntan en forma directa a la mejora en la utilización de la detención preventiva, sí se considera que puede contribuir a una racionalización en su uso, ya que el solo hecho de lograr una gestión inicial con una solución temprana de las causas, posibilita que los casos que ingresen en la investigación con miras a llegar a un juicio y posibilidad de solicitud de una medida cautelar, sean mucho menores a los existentes antes de establecer este tipo de organización en la fiscalía. Adicionalmente, dado que en el caso de la aplicación de salidas alternativas también se identificaba como un problema presente el de la excesiva duración de las audiencias, en la actualidad se está trabajando con los operadores en programas de capacitación tendientes a brindarles criterios de actuación y argumentación para cada una de estas audiencias en particular, de forma de acortar tiempos. En alguna medida, este entrenamiento puede contribuir también para mejorar la actuación de los operadores en las audiencias de medidas cautelares, en tanto se comience a realizar una tarea de especialización por objetivos de cada audiencia.

1.2. Ejecución de proyectos específicos para disminuir el uso de la detención preventiva

Dado que desde el punto de vista carcelario el hacinamiento en los centros penitenciarios de Bolivia es uno de los problemas más graves, en el Plan de Gestión 2008 la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario ha establecido como uno de sus objetivos de gestión la reducción del hacinamiento a través de un control efectivo en el uso de la detención preventiva. En función a que más de el 70% de la población carcelaria se encuentra en condición de detenida preventiva y a que entre las funciones que la Ley de Ejecución Penal y Supervisión otorga al Director de Régimen Penitenciario se encuentra la de coordinar con el resto de las instituciones operadoras para promover mejoras en el sistema, durante el 2008 se ha trabajado en la elaboración de un instrumento de capacitación, consulta y monitoreo propio para audiencias de medidas cautelares.

Así, en mayo de 2008 la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario realizó un encuentro en la ciudad de La Paz al que asistieron miembros del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensa Pública, en el que se presentó un manual para la litigación en audien-

cias de medidas cautelares³⁷, que fue distribuido en forma gratuita a los asistentes y enviado también a las instituciones operadoras en todo el país. Los objetivos de este manual son:

- Presentar el diseño de una audiencia de medida cautelar en función a los requerimientos del NCPP;
- Dotar de criterios construidos sobre la base del sistema diseñado por el NCPP para la discusión de medidas cautelares específicas desde cada una de las partes en el proceso;
- Establecer una serie de elementos que permitan racionalizar el uso de la detención preventiva en función a proyectar en qué casos es necesario solicitarla y posible obtenerla;
- Generar un instrumento de evaluación para dar seguimiento a las audiencias de medidas cautelares y analizar el cambio surgido en las prácticas a partir del uso del manual³⁸;

En la actualidad, habiendo sido difundido el manual, el proyecto se encuentra en la etapa de seguimiento, a través de la cual se proyecta la realización de un seguimiento a las audiencias sobre la base del instrumento elaborado y publicado en el manual mismo, para verificar si la actuación de los operadores se corresponde con el modelo que ha sido propuesto en la publicación y corroborar, con la estadística del próximo año de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, si esto ha tenido algún impacto en el aumento o disminución del uso de la detención preventiva. En adición, es intención de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario presentar los resultados obtenidos a las instituciones operadoras, con la finalidad de constituir un grupo conjunto de tareas dedicado a detectar los posibles cambios que resulten necesarios para la mejora en el ámbito de la aplicación de la detención preventiva y la disminución del hacinamiento carcelario.

2 Los temas pendientes

2.1. El trabajo interinstitucional. Capacitación específica

Es importante comenzar a generar capacitación específica en materia de uso y aplicación de medidas cautelares, ya que esta audien-

³⁷ Manual de Litigación en Audiencias de Medidas Cautelares. CEJIP. Publicado por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario con el apoyo de INTERJURIS. 2008.

³⁸ Dado que sobre la base de este instrumento se está realizando en la actualidad el seguimiento y análisis de las audiencias de medidas cautelares, el mismo se adjunta en Anexo al presente reporte.

cia es la que más ha sufrido la influencia de la capacitación propia del juicio oral y donde en la actualidad continúan sosteniéndose estándares muy altos (probar el hecho), con información de muy baja calidad (actas del expediente). También debe considerarse como una necesidad para este tipo de capacitaciones la incorporación del manejo de la jurisprudencia, de forma tal de dotar de herramientas a los operadores para el adecuado uso de las líneas jurisprudenciales en la materia.

Instalar una cultura de argumentación en esta audiencia (en las audiencias de la etapa preparatoria en general) es una necesidad del sistema, ya que sigue constatándose que una de las principales dificultades que se encuentran en este ámbito es la de los tiempos que lleva hacer solo una audiencia de medida cautelar.

Es importante también la capacitación porque como ya se ha mencionado, originalmente se trabajó en términos muy dogmáticos sobre la base de los principios, pero es necesario generar un espacio donde se discuta la forma de efectivización de esos principios en las prácticas cotidianas (cómo argumentar la necesidad excepcional de aplicación de la medida cautelar, cómo argumentar que la solicitud responde a la proporcionalidad exigida, cómo argumentar que el tiempo de solicitud es el adecuado, etc.), ya que en las audiencias actuales existe de parte de los litigantes una tendencia a recurrir a la letra del NCPP sin lograr reflejar cómo esa letra repercute en su caso concreto.

Adicionalmente, dada la especificidad de estos procesos, es necesario que los mismos se realicen en forma interinstitucional, con la participación de todos los actores involucrados, de modo tal de dar las discusiones necesarias en este ámbito para lograr prácticas efectivas en la labor cotidiana.

2.2. La gestión de las audiencias

Desde el punto de vista interinstitucional es también una tarea pendiente la de comenzar a discutir cuestiones de organización, que posibiliten la realización efectiva de audiencias. En la actualidad, por ejemplo, a partir de la experiencia de la UST de La Paz, se ha establecido la práctica de agendar audiencias en forma telefónica, a los fines de posibilitar la resolución inmediata de la situación procesal de los imputados; la utilidad de este mecanismo ha sido comprobada por los operadores, quienes también han superado el temor inicial basado en la supuesta mala fe de la otra parte al intentar este

tipo de soluciones. Este es un ejemplo positivo, pero quedan aún numerosos temas por resolver:

- Formas de agendamiento inmediato de audiencias a partir de la compatibilización entre las partes y los juzgados, que posibiliten que cuando un juez llama a una audiencia para discutir la procedencia o no de la medida cautelar, exista un fiscal que pueda sostener la petición (independientemente de que sea o no el fiscal de “la causa”³⁹, un fiscal que tenga los datos suficientes como para construir una argumentación sólida que sustente el pedido que ha realizado) y un defensor que esté en condiciones de sostener la posición del imputado;
- Sistemas de notificación que permitan la efectiva presencia de las partes más allá de la formalidad en los mecanismos, ya que pese a haber intentado una centralización en el servicio de notificaciones que posibilitara una mejor tarea a todos los juzgados, sigue existiendo una idea muy formalista de la forma en que la notificación debe realizarse, exigiéndose que la misma sea “en mano propia” para tener algún efecto. De hecho, en entrevistas con jueces⁴⁰ varios han manifestado que se han presentado casos en que las partes, pese a encontrarse en el lugar donde la audiencia debía realizarse, solicitan la suspensión de la misma en función a que no han sido “debidamente notificados”. Es necesario trabajar en mecanismos que permitan superar este ritualismo y, sobre todo, comenzar a desarrollar capacidades para que sean los propios jueces los que comiencen a ejercer sus atribuciones como directores de la audiencia para impedir esa modalidad de “litigio sobre las formas”;
- Coordinación con instancias extrainstituciones, como por ejemplo con el Registro de Antecedentes Penales, cuya información suele ser crucial para la decisión de la fiscalía en cuanto a solicitar o no una medida cautelar y el tipo de la misma;
- Organización de tribunales que permita que la preocupación del juez pase por tomar decisiones de calidad y deje en manos de especialistas la organización y seguimiento de las audiencias;

³⁹ En este punto la experiencia de trabajo de la UST de La Paz, con la conformación de grupos de trabajo de fiscales de forma tal que cualquiera esté en condiciones de litigar las audiencias agendadas, es una buena práctica que debe difundirse y analizarse para determinar su posibilidad de extensión a este tipo de audiencias.

⁴⁰ Para la capacitación en audiencias preliminares realizada en 2004 en La Paz y Sucre, se conformaron equipos de capacitadores interinstitucionales y se trabajó en un levantamiento inicial de problemáticas. En este espacio varios jueces de instrucción de La Paz manifestaron esta cuestión como un problema frecuente para la realización de audiencias.

Estas cuestiones, que suelen ser subestimadas por “menores” (ya que no implican discusiones sobre la interpretación de la ley o las necesidades normativas sino que hacen a temas operativos estrictamente) son las que deben abordarse en las discusiones actuales sobre las mejoras al sistema, ya que mucho de su efectividad depende de la resolución de las mismas.

2.3. Evaluación de resultados de la capacitación

Es importante también redimensionar a la capacitación en cuanto a las posibilidades de evaluación posterior que genera. Si bien no puede pretenderse que con programas de formación se logre un éxito total del sistema, sí puede darse más funcionalidad a las capacitaciones desarrolladas estableciendo evaluaciones posteriores para verificar, en la práctica de los operadores, los resultados obtenidos a partir de las capacitaciones. Sigue constituyendo un desafío el incorporar a la capacitación como una parte integrante de los planes para mejorar la implementación, abandonando la idea de la formación como una cuestión aislada.

Incluso en la actualidad, si bien las instituciones han desarrollado capacitaciones iniciales como parte necesaria del ingreso a la carrera (tanto jueces como fiscales tienen sus propios institutos de capacitación, en tanto la defensa pública está desarrollando una instancia similar) cuando se revisan los contenidos que estas capacitaciones desarrollan, los mismos asemejan más a un curso de repaso de los contenidos de la carrera de pregrado que a un curso de formación para el puesto específico que el candidato ocupará en la institución⁴¹. Como parte de los cursos de formación inicial los candidatos efectúan una pasantía en la institución, pero las labores desarrolladas durante la pasantía no tienen una relación con los contenidos aportados durante el desarrollo del curso inicial de formación, ni se han desarrollado instrumentos específicos que les permitan a los candidatos evaluar la utilidad de los contenidos del curso de formación a partir de su vivencia práctica durante la pasantía, como un mecanismo para retroalimentar la formación inicial.

En cuanto a la formación permanente de los operadores, tampoco se ha tenido información sobre mecanismos que permitan evaluar los

⁴¹ En el caso del Ministerio Público, sus programas de capacitación pueden encontrarse en su sitio web <http://www.fiscalia.gov.bo/icmp/>. En el caso del Poder Judicial, el proceso de formación inicial se describe en el sitio del Instituto de la Judicatura: http://www.ijb.gov.bo/acj/formacion_inicial.aspx

resultados de los programas en que participan, ni existe una práctica en sentido de diseñar programas orientados a buscar soluciones a cuestiones prácticas, sino que son los propios participantes los que suelen plantear situaciones conflictivas que se evalúan con mayor o menor profundidad en función a la voluntad del docente a cargo.

Esto hace que las evaluaciones que se realizan sobre la marcha de la reforma no consideren puntualmente las actividades que se han desarrollado, ni los objetivos de capacitación que se han manifestado, a la hora de hacer un seguimiento de las prácticas de los operadores. Por ello, se considera que un tema pendiente que requiere desarrollo, sobre todo en el ámbito de la detención preventiva y ante la posibilidad de contar con instrumentos concretos de evaluación, es profundizar en el seguimiento a los resultados ocurridos en las prácticas a partir de los criterios construidos en las capacitaciones y evaluar en función a ello el desempeño de los operadores.

2.3. Estadística confiable

Nuevamente debe reiterarse lo que aparece como constante en la mayor parte de los informes sobre la implementación que se han realizado hasta la fecha: es necesario contar con datos unificados sobre la marcha del sistema. Sigue siendo una cuestión tremendamente problemática la forma en que cada institución registra las causas, ya que existiendo variaciones (no solo de institución a institución sino muchas veces de departamento a departamento) se hace difícil tener claridad sobre la información válida y su significado.

Las cifras sobre detenidos preventivos, por poner un ejemplo cercano a este reporte, si bien han sido obtenidas de la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, han debido ser interpretadas por dicha Dirección, ya que cada departamento ha desarrollado su propio sistema de registro (manual en algunos casos, informático en otro, con diferencias en cuanto a los datos obtenidos y registrados, con una cantidad de dificultades que ha hecho muy trabajosa la tarea de generar información a nivel nacional⁴²).

Pero adicionalmente a lo mencionado, en cuestiones de levantamiento de datos, es importante también asumir la relevancia y pertinencia de los datos que se recojan. Un sistema oral implica necesi-

⁴² De hecho, el primer objetivo de gestión en el plan penitenciario 2008 ha sido desarrollar un sistema de recojo de datos que permita mostrar información cierta y confiable, cuestión que se encuentra aún en desarrollo.

dades distintas a las de un sistema escrito y en la actualidad, si bien como se ha mencionado líneas arriba existe mucha más información que al inicio de la reforma, no puede obviarse considerar que mucha de la información que se encuentra sigue ligada a la lógica del expediente. Es necesario desarrollar información, por ejemplo, sobre la cantidad de audiencias que se realizan, los tiempos de duración, los tiempos que median entre el inicio de una investigación y la aplicación de una salida alternativa o la realización efectiva del juicio, las suspensiones de audiencias y sus causas y, en el tema que se ha desarrollado en este informe, sobre la duración real de la detención preventiva, las tendencias de acuerdo a los tipos de delitos, la solicitud de controles o la realización de los mismos de oficio, la utilidad real de la detención preventiva como medida cautelar en sentido de posibilitar investigaciones más eficientes, la utilización de medidas sustitutivas, cuestión esta última sobre la que no existe información desarrollada y que bien podría significar una forma de reducción del uso de la detención preventiva, etc. En resumen, es necesario desarrollar estadísticas que sean confiables y que permitan orientar las decisiones institucionales sobre la organización y evaluación de las metas fijadas.

3. Acciones puntuales a seguir

Adicionalmente al trabajo de análisis sobre la situación actual en cuanto al uso de la detención preventiva, la reunión con ex alumnos sirvió para identificar algunas acciones concretas que deberían asumirse para lograr una mejora. A continuación, se detallan dichas acciones.

3.1. La oportunidad del principio de oralidad constitucional

Dado que la nueva Constitución Política establece como principio de actuación procesal a la oralidad, se ha señalado que esto debe ser utilizado como una oportunidad para lograr una transformación y no quedarse en una “oralización del expediente”. En este sentido, se ha mencionado la necesidad de diseño de una política pública sobre cómo impulsar la oralidad reconocida constitucionalmente. Para tal fin, es necesario capacitar en cuál es la consistencia real de la oralidad y cuáles son las consecuencias de esa implementación en materia de organización y de prácticas. Adicionalmente, se señala la importancia de promover intercambio de experiencias con sistemas judiciales que tienen mayor experiencia en gestión y aplicación de la oralidad.

3.2. Trabajo con el tribunal constitucional

En función a que el Tribunal Constitucional se ha convertido en una instancia generadora de estándares de actuación, y a la importancia que los operadores otorgan a las líneas jurisprudenciales definidas por dicho organismo, se hace necesaria la promoción de mesas temáticas de trabajo para poner en consideración los resultados de acciones de seguimiento y monitoreo que sirvan para medir el impacto de las líneas jurisprudenciales en las prácticas en general.

Dentro del propio Tribunal Constitucional, dado que se trata de un organismo que recibe recursos en todas las áreas temáticas, resulta necesario instalar la idea de la importancia de áreas de especialización, de forma tal que quienes resuelvan en materia penal mantengan y profundicen los estándares sobre los principios del sistema acusatorio.

3.3. Cambios de prácticas

Como un mecanismo importante para contrarrestar los incentivos negativos construidos alrededor de la etapa preparatoria y el uso de la detención preventiva, se señala la importancia de consensuar con los jueces de instrucción la posibilidad de establecimiento de plazos de duración a la investigación, ya que si bien el CPP no ha establecido directamente esa facultad, sí ha regulado que el juez tiene el control sobre el respeto a las garantías del imputado en el transcurso de la investigación, y una derivación adecuada de tal control podría darse a partir del establecimiento de plazos que fijen límites y obliguen a una actuación adecuada por parte del Ministerio Público.

3.4. Acciones de investigación

En lo que refiere a la producción de información específica, se señalan algunos lineamientos de interés para profundizar el debate:

- Verificar el tiempo concreto que tardan los casos con detenido preventivo y sin detenido preventivo por cada fiscal. Adicionalmente, verificar las acciones de investigación específicas que cada fiscal desarrolla en los casos en que ha logrado la obtención de la detención preventiva, a los efectos de comprobar si la medida está siendo utilizada efectivamente con fines procesales o simplemente se la está aplicando como una pena anticipada.

- Realizar un estudio de los casos que han quedado en detención preventiva en un determinado período de tiempo, a los fines de comprobar las necesidades reales de investigación que presentan, el tiempo probable requerido para tales acciones de investigación y contrastarlo con el tiempo real que las personas han permanecido en detención preventiva.
- Establecer la relación existente entre los detenidos preventivos y sus defensores, cuál ha sido la información que han intercambiado antes de la imposición de la medida cautelar y durante el transcurso de la misma, a los efectos de corroborar si efectivamente los detenidos han recibido información sobre sus posibilidades procesales o si la defensa ha asumido una función meramente formal en sentido de contar con el transcurso del tiempo para solicitar la cesación.
- Se plantea también la necesidad de realizar un seguimiento a la actuación de los abogados en audiencias de medida cautelar, estableciendo un tipo de ranking donde se tome nota sobre la calidad de su trabajo y el cumplimiento de las formalidades requeridas en la audiencia de medida cautelar (en términos de asistencia, argumentación pertinente, tiempo tomado para la solicitud realizada, conocimiento del caso de acuerdo a su posición, solicitudes logradas, en el caso de los jueces solicitudes revocadas en apelación, etc.).

3.5. Acciones de control externo

Adicionalmente a la investigación sobre el funcionamiento de las instituciones, se ha referido la necesidad de impulsar acciones que, sin provenir del propio sector judicial, sirvan también para producir información sobre la situación actual y monitorear el correcto trabajo de los actores involucrados. En ese sentido, resulta necesario comenzar a pensar en sistemas de control desde la ciudadanía que sirvan a la vez para medir la transparencia del funcionamiento del sistema judicial, a través de la instalación de observatorios específicos para contrastar el uso de la prisión preventiva en las prácticas con las finalidades reguladas por la normativa.

También dentro de esta área, se ha hecho notar la importancia del involucramiento de la prensa en sentido de aclarar las diferencias entre detención preventiva y juicio. Es necesario impulsar acciones que impulsen a exigir la realización de juicios no de detenciones preventivas.

VII. CONCLUSIONES

Se ha visto a lo largo de este reporte que la situación del uso de la detención preventiva no ha variado en los años de aplicación del nuevo código de procedimiento penal en cuanto a la cantidad de personas que cumplen esa medida cautelar. Sin embargo, se ha podido observar también que la oralidad como principio de actuación ha permitido incorporar nuevos análisis a la cuestión e impulsar soluciones desde distintos ámbitos. En este sentido, si bien no puede afirmarse que la situación es ideal en Bolivia (de hecho dista bastante de tal calificación en el ámbito de las medidas cautelares) no puede dejar de valorarse el trabajo que se viene realizando y la preocupación manifestada por quienes tienen intervención en el proceso penal para cambiar el estado de cosas actual.

El problema del preso sin condena es estructural, no solo en Bolivia sino en toda la región y como tal no puede pretenderse una transformación que se dé en menos de una década, frente a la costumbre instalada históricamente de “primero encerrar y luego averiguar si existe base para la condena”.

Por ello, pese a que los resultados no son los inicialmente esperados, es importante ver en este reporte una señal positiva:

- Pese a las dificultades y diferencia en su producción, la información hoy en día es accesible
- Si bien las audiencias de discusión de medidas cautelares tienen enormes falencias en cuanto a su contenido, su extensión y la toma de decisiones, resulta indiscutible hoy en día la necesidad de preservar y profundizar la lógica del sistema de audiencias;
- Los operadores del sistema, tanto jueces como fiscales y defensores, están abiertos a participar en mesas de discusión y buscar soluciones conjuntas;
- Se cuenta con diversas iniciativas (Unidad de Solución Temprana desde la fiscalía, objetivo de reducción del hacinamiento desde la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario, capacitaciones específicas impulsadas por las agencias de cooperación) que permiten pensar que el camino sigue siendo transitado hacia el objetivo de disminuir el uso irracional de la detención preventiva.
- Bolivia, pese a ser uno de los países más pobres de América Latina ha logrado no solo sostener su reforma prácticamente sin contrarreformas, sino que ha instalado a nivel social la idea del juicio oral como un valor positivo vinculado a la transparencia

y la posibilidad de control ciudadano (debe recordarse, adicionalmente, que el sistema boliviano ha incorporado y sostenido para el juzgamiento de la mayor parte de sus casos un tribunal constituido con jueces ciudadanos, en lo que puede notarse también la trascendencia del cambio y la incorporación a la vida social de la comunidad de estos valores).

Por ello, y considerando que el hecho de producir este tipo de reportes y desarrollarlos como herramientas para la discusión (cuestión que también es de por sí positiva, ya que permite evaluar a la luz de la realidad regional la propia situación, detectando y difundiendo fortalezas propias y apropiándose a la vez de las prácticas incorporadas en otros sistemas como forma de enfrentar las propias debilidades), es que debe afirmarse que Bolivia constituye un ejemplo de práctica en construcción, donde se sigue trabajando a diario, con los avances y retrocesos que ello implica, por lograr un sistema más eficiente, igualitario y racional, que permita gestionar la conflictividad sin generación de mayor sufrimiento.

ANEXOS

Anexo I - Documentos consultados

- Informe: Estudio del funcionamiento del sistema penal en Bolivia. 1992. ILANUD
- Informe Ejecutivo. Evaluación Sistema Procesal Penal. 2007. USAID BOLIVIA a través de Checchi
- Matriz de análisis avances en la ejecución del Plan Operativo Anual 2008, Dirección Nacional de Régimen Penitenciario;
- Estadísticas años 2002, 2004, 2005, 2006 y 2007 proporcionadas por la Dirección Nacional de Régimen Penitenciario
- Informe de Seguimiento a la reforma procesal penal en Bolivia. 2004, CEJA
- Informe de Seguimiento a la reforma procesal penal en Bolivia. 2006, CEJA
- Estudio de campo. Análisis de audiencias en la etapa preparatoria en La Paz. 2005. Viceministerio de Justicia de Bolivia.
- Resumen Ejecutivo. Jornadas de evaluación y análisis de la implementación de la reforma procesal penal. 2005. Viceministerio de Justicia de Bolivia.
- El recurso de hábeas corpus en Bolivia. 2008. Programa de Pedagogía Constitucional. Tribunal Constitucional de Bolivia
- Líneas jurisprudenciales en materia de medidas cautelares. 2008. Programa de Pedagogía Constitucional. Tribunal Constitucional de Bolivia
- Principales líneas jurisprudenciales en materia procesal penal. 2008. Programa de Pedagogía Constitucional. Tribunal Constitucional de Bolivia.
- Las Reformas a la administración de justicia en Honduras y Bolivia. Razones que han obstaculizado sus éxitos y como enfrentarlas. 2008. DPLF

Anexo II

Modelo de formulario de litigación

Este es un formulario replicado del empleado en la práctica de litigación de los autores, ha demostrado su utilidad de sistematizar la información en la experiencia forense. Además será empleado como base del instrumento de seguimiento de audiencias que la DGRP realizará durante la gestión 2008.

Nro. de caso:
Juez Cautelar:

PRESUPUESTO MATERIAL

Nombre imputado			
Hora, fecha y lugar hecho:			
Delito			
Elementos constitutivos del delito			
Participación	Autor Q	Cómplice Q	Instigador Q
Resumen del hecho atribuido al imputado: <i>En este espacio el fiscal debe realizar un relato del hecho constitutivo del delito, para a continuación desagregarlo en función a la construcción de la teoría del caso</i>			
Teoría del caso			
Elementos del tipo penal	Proposiciones Fáticas	Elementos de convicción	
Elemento 1	PF 1 Elemento 1	Prueba 1 PF 1	
		Prueba 2 PF 1	
	PF 2 Elemento 1	Prueba 1 PF 2	
		Prueba 2 PF 2	
		Prueba...	
	PF 3 Elemento 1		
Elemento 2	PF 1 Elemento 2		
	PF 2 Elemento 2		
	PF 3 Elemento 2		
Elemento ...	PF 1 Elemento ...		
	PF 2 Elemento ...		

PELIGRO PROCESAL

1. Fuga **Q** 2. Obstaculización investigación **Q** 3. Reincidencia **Q**

FUGA		
Circunstancias generadoras de peligro	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Arraigo insuficiente	No tiene domicilio en el país	
	No tiene familia en el país	
	No tiene amigos en el país	
	No tiene trabajo en el país	
Tiene facilidad para abandonar el país	Tiene capacidad económica para abandonar el país	
	Conoce gente fuera del país que puede facilitar su salida	
	Ha salido del país en ocasiones anteriores	
	Cuenta con documentación para salir del país (pasaporte y fecha de tramitación)	
Tiene posibilidades de permanecer oculto	Tiene capacidad económica para moverse del lugar donde se encuentra	
	Conoce gente que puede facilitarle el ocultamiento	
	Ha sido difícil dar con él durante el desarrollo de la investigación	
Está realizando actos preparatorios de fuga	Ha averiguado formas de abandonar el lugar	
	Se ha comunicado con personas solicitándole refugio	
	Ha iniciado trámites para conseguir documentación que le permita evadirse	
Conducta previa de evasión	Se ha sustraído de la justicia en procesos anteriores	
	Ha intentado escapar en el momento en que fue capturado	

PELIGRO DE OBSTACULIZACIÓN		
Circunstancias generadoras de peligro	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Amenazas o coacción contra testigos / peritos	Posibilidad efectiva de acceder a los testigos/ peritos	
	Posibilidad económica de influir en los testigos/ peritos	
	Antecedentes de relaciones entre la persona y los testigos/ peritos	
	Ha habido intento de comunicación con los testigos/ peritos	
	Ha habido denuncias concretas por parte de testigos/ peritos	

Posibilidad de destrucción o modificación de la prueba material	Posibilidad efectiva de acceso a la prueba material	
	Conocimiento de la prueba material existente	
REINCIDENCIA		
Circunstancias generadoras de peligro	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Antecedentes penales	Existencia de antecedentes de condena por procesos anteriores	

PRINCIPIOS EN DISCUSIÓN

EXCEPCIONALIDAD		
Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
No es posible aplicar una medida menos gravosa	No procede la detención domiciliaria debido a que no posee domicilio conocido	
	No procede la detención domiciliaria debido a que no hay una persona que proporcione domicilio para su cumplimiento	
	Los elementos acreditados para el peligro procesal fundan la procedencia de la detención preventiva	

PROPORCIONALIDAD		
Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
Gravedad del hecho	Se trata de un delito: – De acción pública – Que tiene prevista pena de privación de libertad superior a tres años	
	La situación del imputado (social, económica, de relación) hace probable que efectivice el peligro procesal argüido	

LIMITE TEMPORAL		
Circunstancias a considerar	Posible lista de chequeo	Prueba / Indicio
La detención preventiva debe solicitarse por el tiempo estimado que durará el peligro procesal	Cuánto tiempo llevará la investigación	
	Complejidad de la investigación a llevar a cabo	
	Cuáles son los elementos probatorios que la investigación debe conseguir	
	Cuál es la fecha estimada para la realización del juicio	



LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CHILE: EL IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y DE SUS CAMBIOS POSTERIORES

MAURICIO DUCE Y CRISTIÁN RIEGO¹

1. INTRODUCCIÓN

Chile, al igual que la mayoría de los países de la región², emprendió en la última década un proceso de transformación muy significativa de su proceso penal, estableciendo un nuevo sistema de carácter acusatorio que se implementó gradualmente a contar del mes de diciembre del año 2000 y que se encuentra funcionando en todo el país desde junio del año 2005³. Uno de los objetivos centrales de dicho proceso de cambio ha sido el garantizar de una forma efectiva los derechos básicos de las personas sujetas a la persecución penal, de manera de superar problemas estructurales que tenía el sistema inquisitivo anterior en la materia⁴. Dentro de estos aspectos

¹ Los autores son profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile. Cristián Riego es, además, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y Mauricio Duce es Director de Programas de la misma institución.

² Una revisión general de los procesos de reforma en 15 países de la región puede verse Julio Maier/Kai Ambos/Jan Woischnik (coordinadores), *Las Reformas Procesales en América Latina*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, 896 p. Sobre resultados empíricos de la misma se sugiere Cristián Riego (autor informes comparativos) y Juan Enrique Vargas (editor), *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago 2005, 229 p. y *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa*, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, Santiago 2007, 362 p.

³ Para más detalles sobre el proceso de gestación e implementación de la reforma chilena, así como de sus principales resultados hasta el año 2007 puede revisarse Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2007, 583 p. (ver especialmente pp. 37 a 88).

⁴ Sobre la contradicción estructural del sistema anterior a la reforma con las garantías básicas del debido proceso véase Cristián Riego, *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos Vol. I*, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 4, Facul-

problemáticos, uno de los principales desafíos ha sido el corregir lo que era percibido como un uso muy amplio de la privación de libertad en el proceso, particularmente la prisión preventiva.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto exponer los principales impactos que ha tenido la instauración de un nuevo sistema procesal penal en Chile en el uso de la prisión preventiva como medida cautelar personal durante el desarrollo de los procesos penales. Se pretende examinar si la reforma ha sido una herramienta efectiva para racionalizar el uso de la privación de libertad en el proceso penal chileno. Es decir, si dicho cambio ha sido capaz de generar una práctica consistente con los valores internacionalmente reconocidos debieran guiar el uso de esta medida cautelar, fundamentalmente su excepcionalidad y el derecho a la presunción de inocencia.

Para cumplir con el objetivo propuesto, el trabajo se divide en dos capítulos además de esta introducción. En el primero de ellos analizaremos sintéticamente la situación de la prisión preventiva con anterioridad al proceso de reforma de manera que el lector pueda comprender los alcances de los cambios propuestos a nivel normativo por el nuevo sistema procesal penal, a la vez que tenga una imagen acerca de la realidad en su aplicación que pueda servir de línea de base para contrastar con los resultados obtenidos con posterioridad al cambio de dichas reglas. El segundo capítulo estará destinado a analizar el impacto de la reforma en el uso de la prisión preventiva en nuestro país. Para ello será dividido en tres secciones. En una primera haremos referencia a los principales cambios que a nivel normativo se introdujeron en la regulación de la prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal. En segundo término analizaremos los principales impactos tenidos por este nuevo sistema en el uso de esta medida cautelar personal. Finalmente, la tercera sección estará destinada a analizar un conjunto de reformas legales que se han realizado a la prisión preventiva en los últimos años orientadas a facilitar o ampliar su uso (en los casi 8 años de vigencia de la reforma se han modificado parcialmente estas reglas en tres oportunidades), y, a explorar si dichos cambios han producido algún impacto en los resultados del sistema o en las prácticas de los actores del mismo. En esta misma sección se pretende analizar

dad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, 166 p. Véase también Cristián Riego, El Sistema Procesal Penal Chileno frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 6, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1996, pp. 241 a 342.

algunos de los problemas que motivan que una reforma aparentemente exitosa haya sido objeto de tantos cambios y de tanta crítica y, además, plantear cuáles son los desafíos que enfrenta el sistema procesal penal si se pretende evitar que la regresión experimentada continúe el camino que hasta ahora ha seguido.

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA ANTES DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

La regulación de la prisión preventiva durante la vigencia del sistema inquisitivo no fue completamente homogénea en Chile. Durante buena parte del siglo XX, hasta 1976, existió un régimen de inexcusabilidad. Esto significaba que en una gama relativamente amplia de delitos que eran considerados muy graves, el legislador establecía que la prisión preventiva era considerada necesaria y, por lo mismo, el juez no estaba autorizado para levantarla y otorgar la libertad provisional a los imputados. Como se puede comprender, la consecuencia natural de este escenario era que un alto porcentaje de las personas sometidas a proceso (en el caso de esos delitos graves todos los procesados) fueran objeto de la prisión preventiva, al menos durante un tiempo de la duración del proceso.

En 1976, mediante el acta constitucional Nro. 3, se abrió la posibilidad de que la libertad provisional pudiera ser otorgada en todos los casos por parte del juez, lógica que fue reafirmada posteriormente en la Constitución de 1980. Desde entonces la Constitución ha establecido un sistema basado en tres causales generales que habilitan la prisión preventiva: la protección de la víctima, la protección de la investigación y una muy amplia y ambigua causal referida al peligro para la seguridad de la sociedad⁵. En esta nueva lógica, se pretendía que la prisión preventiva no fuera una respuesta automática del sistema, sino que el juez evaluara caso a caso la concurrencia de los supuestos constitucionales que autorizaban a su procedencia.

Estos cambios constitucionales se expresaron también en reformas al Código de Procedimiento Penal de la época⁶. No obstante, la es-

⁵ El artículo 19 Nro. 3 letra e) actual (en lo sustancial inalterado en el tema que nos interesa) que la libertad del imputado “procederá a menos que sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.

⁶ A nivel legal fue el Decreto Ley Nro. 2185 de 1978 el que realizó la adecuación

estructura del sistema inquisitivo hizo que este cambio normativo tan sustancial no tuviese un impacto muy fuerte en la práctica del sistema. Más allá de las definiciones normativas y múltiples reformas sucesivas en el tiempo⁷, el sistema siguió funcionando sobre la base de una aplicación bastante generalizada y automática de la prisión preventiva en los casos que superaban una cierta gravedad.

Las características del sistema inquisitivo que contribuían a hacer de la prisión preventiva una situación generalizada estaban vinculadas, en primer lugar, a la figura del juez de instrucción; esto es, al hecho de que un mismo funcionario concentrara sobre sí las funciones principales de persecución y la de resolver sobre la prisión preventiva. Esto se traducía en que, aun cuando este funcionario pudiera contar con algún margen de discrecionalidad para liberar al imputado, en la práctica no tuviese los incentivos para usarlo puesto que esta medida de encierro constituía a su vez un instrumento útil para el desempeño de su función persecutoria. Ello se veía potenciado con una interpretación extensiva de las tres causales en las que prácticamente podían caber todos los casos.

De igual modo, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación descrita, en especial 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 en una oportunidad razonable y, en consecuencia, la prisión preventiva aparecía como la única respuesta oportuna frente al delito. Esto llevo a que en varias oportunidades la doctrina constatará que la prisión preventiva fuera utilizada con fines punitivos y no cautelares⁸.

Desde el punto de vista del diseño procesal, el Código de Procedimiento Penal regulaba a la prisión preventiva como la consecuencia natural y automática, aunque no necesaria, en el evento que una persona fuera sometida a proceso, salvo que se tratara de una in-

de las normas del Código de Procedimiento penal a las nuevas exigencias contenidas en el Acta Constitucional Nro. 3 y luego recogidas en la carta de 1980.

⁷ Una revisión de las principales modificaciones legales experimentadas por la prisión preventiva entre los años 1976 y 2000 efectuadas al Código de Procedimiento Penal de la época pueden verse en Patricia Arias y Gabriel Ríos, Libertad Provisional y Prisión Preventiva: La Experiencia del Sistema Chileno, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 5, noviembre de 2002, pp. 113 a 119.

⁸ Entre otros véase los trabajos contenidos en el volumen: Libertad Provisional, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Fundación Paz Ciudadana, Santiago 1998, 29 p.

fracción de menor entidad⁹. En consecuencia, dándose el supuesto material que autorizaba a dictar el auto de procesamiento en el sistema antiguo se daba lugar a la prisión preventiva¹⁰. De esta forma, en la práctica, la persona sometida a proceso tenía la carga de obtener la “excarcelación” acreditando que no se encontraba en ninguno de los supuestos constitucionales que habilitaban al uso de la prisión preventiva. La consecuencia práctica de esta lógica era que la mayoría de las personas sometidas a proceso, aun por delitos de mediana entidad, cumplían un período en prisión preventiva, sin perjuicio de obtener con posterioridad la “excarcelación” o libertad provisional. No obstante que las normas del Código de Procedimiento Penal fueron modificadas en diversas ocasiones, en varias de ellas con el objetivo explícito de matizar la situación descrita a favor de reforzar los derechos de las personas procesadas, la lógica central del sistema se mantuvo¹¹.

Por las razones brevemente descritas, hasta 1999 (último año de vigencia plena del sistema inquisitivo) la prisión preventiva en Chile se mantuvo funcionando de acuerdo con un modelo tradicional de carácter inquisitivo o sea en donde un alto porcentaje del total de las personas presas lo era en espera de su juicio y no como producto de una condena penal. En la realidad del sistema, durante todo ese tiempo, aproximadamente la mitad de las personas que se encontraban en las prisiones chilenas lo hacían si estar condenadas. La Tabla n° 1 muestra la evolución de personas en prisión y su estatus en los últimos 20 años de vigencia del sistema inquisitivo en Chile.

⁹ Sobre esta regulación véase con mayor detalle Enrique Paillás, *Derecho Procesal Penal Vol. II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p. 49 y siguientes.

¹⁰ El art. 274 de dicho cuerpo legal exigía para que se pudiera dictar el auto de procesamiento que el juez considerare justificada la existencia del delito y que existieren presunciones fundadas para estimar la participación del procesado en el mismo en calidad de autor, cómplice o encubridor.

¹¹ El caso más paradigmático estuvo constituido por la Ley Nro. 19.047 dictada el año 1991, al inicio de la transición democrática, con el objetivo explícito de mejorar la situación de los derechos individuales en el sistema inquisitivo chileno. Con todo, también existieron diversas modificaciones y esfuerzos orientados a introducir restricciones a la posibilidad de obtener la libertad provisional en el antiguo sistema. Solo desde el año 1991 hasta la entrada en vigencia de la reforma es posible identificar seis modificaciones relevantes a las reglas que regulaban la prisión preventiva, además de varios proyectos presentados que no prosperaron. Estas leyes que introdujeron modificaciones son: Ley Nro. 19.047 de 1991, Ley Nro. 19.055 de 1991; Ley Nro. 19.164 de 1992, Ley Nro. 19.385 de 1995, Ley Nro. 19.503 de 1997, Ley Nro. 19.661 de 2000. Un análisis crítico de algunos de esos proyectos y debates puede verse en Mauricio Duce, *Políticas Públicas Libertad Provisional y Seguridad Ciudadana en Chile*, en *Nueva Doctrina Penal 2000A*, Buenos Aires 2000, pp. 325 a 362.

Tabla 1

PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN SU ESTADO PROCESAL EN PROMEDIO DIARIO 1980-1999

Año	Detenidos		Procesados		Condenados		Total	
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
1980	1.836	12,1	7.272	47,7	6.122	40,2	15.230	100
1981	1.853	12,6	7.110	48,3	5.763	39,1	14.726	100
1982	1.950	11,7	7.750	46,7	6.898	41,6	16.598	100
1983	2.052	11,1	8.542	46,1	7.931	42,8	18.525	100
1984	2.081	10,8	8.617	44,8	8.524	44,3	19.222	100
1985	2.081	10,3	8.550	42,3	9.604	47,5	20.235	100
1986	2.248	10,5	9.395	44,0	9.705	45,5	21.348	100
1987	2.283	10,0	10.715	47,0	9.815	43,0	22.813	100
1988	2.330	9,6	11.204	46,0	10.820	44,4	24.354	100
1989	2.423	9,9	10.751	43,9	11.323	46,2	24.497	100
1990	2.356	10,4	9.438	41,8	10.799	47,8	22.593	100
1991	2.265	10,9	9.435	45,2	9.172	43,9	20.872	100
1992	2.121	10,5	10.283	50,8	7.854	38,8	20.258	100
1993	2.245	11,0	10.425	50,9	7.820	38,2	20.490	100
1994	2.224	10,6	10.414	49,7	8.324	39,7	20.962	100
1995	2.022	9,2	10.886	49,4	9.119	41,4	22.027	100
1996	1.920	8,1	10.699	45,4	10.948	46,5	23.567	100
1997	1.798	7,2	11.029	43,9	12.310	49,0	25.137	100
1998	1.887	7,0	11.762	43,8	13.222	49,2	26.871	100
1999	2.270	7,6	12.787	42,6	14.994	49,9	30.051	100

Fuente: *Estadísticas Gendarmería de Chile.*

Según se puede observar, desde el año 1980 hasta mediados de los años noventa cerca de la mitad de los presos en las cárceles chilenas lo estaba como consecuencia de la prisión preventiva. Si a ello se suma el porcentaje de personas detenidas en ese mismo período, se observa que el total de presos sin condena se mantuvo constante en una cifra cercana al 60% del total de presos. Esta situación solo se revirtió con alguna consistencia porcentual entre los años 1996 y 1999, en todo caso en un contexto en donde la población penitenciaria aumentó en más de un 35%, es decir, en donde el número absoluto de presos sin condena siguió aumentando a pesar de bajar su porcentaje del total de presos.

Un segundo dato que da cuenta del uso extendido de la prisión preventiva antes de la instalación de la reforma procesal penal, puede obtenerse revisando los escasos estudios empíricos efectuados en la década de los noventa del siglo pasado y a principios de 2000 en

los que se indagó acerca de la utilización de esta medida cautelar. El primero de ellos es un estudio exploratorio realizado el año 1993 en la ciudad de Santiago en el cual se analizaron un total de 100 expedientes de 10 tribunales del crimen de la misma ciudad terminados ese mismo año en delitos de robo y hurto¹². Dicha muestra permitió identificar 125 procesados. De estos, 115 (un 92%) fueron sometidos a prisión preventiva al momento en que se dictó el auto de procesamiento en su contra, es decir, la resolución por la cual se les sometía formalmente a proceso en una etapa preliminar de la fase de investigación. En tanto que 10 de los procesados (8% de la muestra) no fue sometido a esa medida. Esto da cuenta que el hecho de existir un proceso en contra de una persona significaba una buena probabilidad que esta debiera pasar algún tiempo privado de libertad en espera de la sentencia. Pensemos, además, que el delito de hurto contenido en la muestra en estudio en la legislación penal chilena sanciona como delito algunas hipótesis de muy baja gravedad y, en consecuencia, con una pena privativa de libertad mínima.

Estos mismos hallazgos son ratificados por los resultados de un estudio empírico llevado adelante por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales entre los años 1992 y 1994¹³. En dicho estudio se recogió una muestra aleatoria de 180 expedientes obtenidos de seis juzgados del crimen de la ciudad de Santiago concluidos con una sentencia definitiva. Dicho estudio arrojó como resultado que en el 100% de los casos los procesados estuvieron sometidos a prisión preventiva durante algún momento en el desarrollo del proceso, no obstante que en un 14% de los casos de dicha muestra la sentencia que en definitiva se dictó en el caso fue absolutoria.

Un tercer estudio que resulta ilustrativo del tema fue elaborado por la Fundación Paz Ciudadana durante el año 2001 con casos del sistema antiguo. Este estudio consistió en la revisión de 2.990 casos terminados con sentencia condenatoria en cuatro regiones del país y en siete categorías de delitos considerados como los de más alta connotación social: robos, hurtos, tráfico de drogas, homicidio, violación, abuso deshonesto y lesiones¹⁴. En consecuencia se trata

¹² Véase Luis Barros, Radiografía del Proceso Penal, en Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago 1994, pp. 131 a 237.

¹³ Véase María Angélica Jiménez, El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos: Vol. II Estudios Empíricos, Cuaderno de Análisis Jurídico serie especial Nro. 4, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, 276 p.

¹⁴ Véase Paula Hurtado y Francisca Jünemann, Estudio Empírico de Penas en Chile,

de un estudio de mayor representatividad nacional pero con un universo más restringido de casos, solo los concluidos con sentencia condenatoria. Si bien se trata de un universo distinto a los anteriores, los resultados son bastante consistentes con los de los estudios previos ya citados. Uno de los aspectos que cubrió este estudio fue el uso de la prisión preventiva en dichos casos. La tabla nº 2 muestra los resultados obtenidos.

Tabla 2
PORCENTAJE DE CASOS EN QUE EL IMPUTADO ESTUVO O NO EN PRISIÓN PREVENTIVA DURANTE EL PROCESO

Tipo delito	No estuvo en PP	Sí estuvo en PP	Total
Robos y Hurtos	11	89	100
Tráfico de Drogas	5	95	100
Homicidio	1	99	100
Violación	3	97	100
Abuso Deshonesto	3	97	100
Lesiones	51	49	100

Fuente: *Fundación Paz Ciudadana*¹⁵.

Se puede observar que, salvo el delito de lesiones, en las otras categorías porcentajes cercanos al 100% de los condenados estuvieron presos en prisión preventiva durante el desarrollo de su proceso¹⁶. Incluso en situaciones de baja gravedad como normalmente lo constituyen los hurtos es posible apreciar un uso extendido de la prisión preventiva.

Todas estas cifras dan cuenta que, en la lógica del sistema inquisitivo, en los delitos de cierta gravedad, los imputados llegaban al momento de la sentencia después de períodos importantes de prisión preventiva. Esto hacía que normalmente fueran condenados a penas que ya tenían en gran parte cumplidas. Asimismo, esta práctica hacía que las absoluciones fueran difíciles ya que resultaba complicado para los jueces justificar privaciones de libertad extendidas en el tiempo si luego las personas eran absueltas. Con todo, en el estudio

Fundación Paz Ciudadana, Santiago 2001, 276 p.

¹⁵ Ib. 38.

¹⁶ Cabe señalar que en Código Penal chileno, el delito de lesiones abarca hipótesis diversas que van desde situaciones de menoscabo a la salud muy menores hasta hechos que dejan consecuencias graves y permanentes en la víctima. Los primeros son sancionados con penas privativas de libertad muy menores e incluso en algunos casos se les puede sancionar con penas no privativas de libertad.

de la Universidad Diego Portales ya citado un 14% de la muestra de expedientes obtuvo una sentencia absolutoria, no obstante lo cual se trató de casos en los que de todas maneras hubo prisión preventiva en contra del imputado¹⁷.

Las cifras revisadas permiten explicar una información de prensa publicada durante la vigencia del sistema inquisitivo. Según dicha publicación, del año 1998, un 32% de todos los procesados, en todo tipo de delitos, se encontraba en prisión preventiva, en tanto que un 68% en libertad¹⁸. Se trataba de un número muy significativo, ya que la cantidad de procesados incluía delitos de muy variada gama (desde infracciones menores que aun cuando hubieran sido castigadas no lo habrían sido con privación de libertad hasta delitos de penas altas) y procesos en muy distintos estados de desarrollo. En consecuencia, que de ese total un 32% se encontrara en prisión preventiva permitía proyectar que un porcentaje mucho mayor del total de procesados efectivamente era objeto de privación de libertad durante alguna parte del desarrollo del proceso.

Un segundo problema grave del uso de la prisión preventiva en el sistema anterior a la reforma se vinculaba con los períodos de duración de la misma. El estudio de Paz Ciudadana que hemos revisado incluye información sobre la duración de la prisión preventiva que arroja información importante para cuantificar este tema. La tabla n° 3 resume esta información.

¹⁷ María Angélica Jiménez, ob. cit., p. 109.

¹⁸ Véase, Dos de cada Tres Procesados Están Libres, *La Tercera*, 29 de julio de 1998.

Tabla 3

PROMEDIO GENERAL DE DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA POR CATEGORÍA DE DELITOS

	Robos y Hurtos	Tráfico de Drogas	Homicidio	Violación	Abusos-deshonestos	Lesiones
Menos de 1 mes	32%	5%	5%	7%	16%	54%
Entre 1 y 6 meses	40%	34%	35%	34%	60%	32%
Entre 6 meses y 1 año	17%	41%	37%	29%	18%	10%
Entre 1 y 2 años	9%	20%	18%	28%	4%	4%
Más de 2 y años	2%	0%	5%	2%	2%	0%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Promedio	5 meses	8,4 meses	9,5 meses	4 meses	5 meses	2,6 meses

Fuente: *Fundación Paz Ciudadana*¹⁹.

De acuerdo a estos resultados, es posible apreciar que la prisión preventiva tendía a extenderse por períodos relevantes de tiempo, que aumentan en la medida en que se refieren a los delitos más graves (homicidio y tráfico de drogas). La mayoría de los delitos concentraba las privaciones de libertad en períodos que fluctuaban entre 6 meses y un año. En los delitos más leves dicho período tendía a bajar. Así, por ejemplo, en los delitos de lesiones es posible constatar que un 54% de las personas sometidas a prisión preventiva lo estuvo por períodos inferiores a los 30 días. La utilización de la prisión preventiva por períodos tan breves tiende a indicar la irracionalidad en el uso de este instrumento ya que en esos plazos se hace difícil comprender que haya cumplido un rol de aseguramiento de los resultados en el proceso en casos que como promedio duraban alrededor de diez veces más que dicho plazo²⁰. Como ya se ha mencionado, ello daba cuenta de una utilización de esta medida cautelar con fines distintos a los del aseguramiento de la comparecencia de la persona procesada. En el extremo superior llama la atención el 20%, 18% y 28% de personas que estuvieron entre uno y dos años en prisión preventiva en los delitos de tráfico de drogas, homicidios y violación respectivamente. Incluso tratándose de homicidios un 5%

¹⁹ Ib. 39.

²⁰ Estudios empíricos disponibles de la época daban cuenta que en el año 1987 la duración promedio de los procesos penales en las grandes ciudades del país eran cercanos o superiores a los dos años. Véase Mauricio Duce y Cristián Riego, *La Reforma Procesal Penal en Chile, en Proceso Penal en América Latina y Alemania*, Konrad Adenauer, Caracas 1994, p. 160.

estuvo más de dos años. Esto hace que como promedio en estas tres categorías de delitos cerca de un 25% del total de la población, es decir, uno de cada cuatro procesados, haya estado períodos superiores a un año. Resultados similares a los del estudio de Fundación Paz Ciudadana presentan los otros dos estudios que hemos revisado (de Luis Barros y de la Universidad Diego Portales). Debido a que se trata de estudios más antiguos y con muestras más pequeñas no parece pertinente presentar en detalle sus resultados²¹.

Otra de las críticas que se realizaron al uso de la prisión preventiva en el sistema antiguo tenía que ver con un uso punitivo distinto y distante a las finalidades propias de esta medida cautelar. Su uso extendido por lapsos breves que mencionamos en el párrafo anterior es un indicador de este fenómeno. Este puede ser complementado por los resultados obtenidos por un estudio realizado por el Ministerio Público y el Vera Institute of Justice el año 2004²² que nos permiten reforzar esta conclusión. Como parte de ese estudio se hizo un seguimiento por 15 meses de 1.900 casos ingresados a dos juzgados del crimen de la ciudad de Santiago entre los meses de enero y febrero de 2002. En dicha muestra se pudo establecer que no obstante en un 14,5% de los casos se había iniciado con una persona detenida, solo un 6,9% de ellos considerados como un universo total había sido condenado a quince meses de su inicio estando la mayoría concluidos por otros motivos²³. Esto quiere decir que a 15 meses de iniciado el proceso la gran mayoría de los detenidos –que probablemente estuvieron algún tiempo en prisión preventiva de acuerdo a lo que podemos concluir de los estudios que ya hemos citado– o no eran condenados todavía o habían sido objeto de un sobreseimiento o absolución. Es decir, en donde la sanción que había aplicado el sistema en la práctica era el período de privación de libertad producto de la detención y la prisión preventiva.

Estas conclusiones se ven reforzadas con los resultados a entrevistas a jueces del crimen de Santiago que incluye el estudio de la Universidad Diego Portales. Así, en relación a la pregunta acerca de los criterios utilizados por ellos para denegar la libertad provisional, el 70% de los jueces entrevistados manifestó que el principal criterio utilizado por ellos para dejar a una persona privada de libertad en

²¹ Véase María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 109 y Luis Barros, ob. cit. p. 161.

²² Véase Ministerio Público y Vera Institute of Justice, *Analizando la Reforma a la Justicia Criminal en Chile: Un estudio comparativo entre el nuevo y el antiguo sistema penal*, Lom, Santiago 2004, 28 p.

²³ *Idem* p. 19.

el proceso era la naturaleza o gravedad del delito, un 60% la posible reincidencia y el peligro para la sociedad y/o la peligrosidad del delincuente²⁴.

Si bien no es el foco de nuestro estudio debe mencionarse la situación de los detenidos en el sistema inquisitivo ya que explicaban un porcentaje no despreciable de las personas privadas de libertad en la cárcel. Estamos hablando de personas que eran arrestadas en alguna de las hipótesis autorizadas por la ley con el objetivo que el juez del crimen determinara su situación procesal. Naturalmente esta situación se refiere a privaciones de libertad de corto plazo que podrían transformarse en prisiones preventivas con posterioridad a la decisión judicial.

Según se puede observar de la tabla 1, el porcentaje de detenidos dentro del total de personas privadas de libertad entre los años 1980 y 1999 oscilaba entre un 12% y un 7%²⁵. Si bien a fines de los años noventa el porcentaje de detenidos había bajado significativamente respecto a lo que ocurría a inicios de la década de los ochenta, se trataba de una porción muy relevante dentro de las personas privadas de libertad. Este alto porcentaje se explicaba en la forma y plazos en los que operaba la detención policial. La policía disponía de 24 ó 48 horas para poner a una persona detenida a disposición del tribunal (dependiendo si era originada por un delito flagrante u otra causal), plazo que normalmente se cumplía dejando al detenido en un recinto penitenciario a "disposición del juez". El juez luego tenía un plazo de cinco días para tomar una decisión respecto a la persona detenida (ya sea para someterlo a proceso o para dejarlo en libertad incondicional). Esto hacía que un porcentaje muy importante de personas detenidas estuvieran seis o siete días (en algunos casos incluso más) privados de libertad en recintos penitenciarios²⁶.

²⁴ María Angélica Jiménez, ob. cit. pp. 138 y 139.

²⁵ Si la medición se realiza considerando el estatus jurídico de todas las personas que pasaron por la cárcel en un año determinado (no en el promedio diario como lo hace la tabla nº 1) el número de detenidos era por lejos la mayor cantidad, precisamente derivado de su alto flujo por los plazos breves de su detención. Así, por ejemplo, en el año 1980 de un total de 138.381 personas que estuvieron privadas de libertad en algún momento de dicho año en las cárceles chilenas, 62.111 (un 45% aproximadamente) lo estuvo en calidad de detenidos. En el año 1993 de un total de 183.948 personas, 121.505 (un 66% aproximadamente) estuvo en calidad de detenido. Datos entre los años 1980 y 1993 pueden verse en María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 108.

²⁶ Un análisis más detallado sobre la regulación normativa y el uso en la práctica de la detención en Chile durante la vigencia del sistema inquisitivo puede revisarse en Felipe González y Cristián Riego, *Las Garantías de la Detención en*

Este uso de la privación de libertad por corto tiempo también daba cuenta de un uso bastante irracional de este recurso que debiera haber sido excepcional.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

Como ya señalábamos, uno de los objetivos centrales perseguidos por la reforma en materia de garantías individuales ha sido racionalizar el uso de las medidas cautelares personales. La racionalización se pretende lograr a través de reservar el uso de estas medidas para los casos en los cuales ellas resultan estrictamente indispensables para cumplir con necesidades concretas de cautela del procedimiento. Este objetivo se da especialmente respecto del uso de la prisión preventiva, que constituye la medida cautelar personal más intensa o que importa un nivel mayor de restricción a los derechos individuales. Al intentar racionalizar el uso de estas medidas se pretende cumplir con el principio de excepcionalidad que debe inspirar a un sistema cautelar en un proceso penal respetuoso de los derechos individuales y, particularmente, de la presunción de inocencia. Tal como ha sido explicado, este objetivo surge como reacción frente a un diagnóstico muy crítico del uso extensivo que el sistema inquisitivo realiza de la prisión preventiva, la que constituyó la medida cautelar central de dicho sistema, según ya se tuvo oportunidad de revisar. De hecho el mensaje con que el Ejecutivo envía al Congreso el proyecto de nuevo Código Procesal Penal plantea de manera explícita como uno de sus objetivos el superar la situación deficitaria generada por el uso extensivo de la privación de libertad en el contexto del sistema inquisitivo previo²⁷.

Chile, en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación, Santiago 1994, pp. 195 a 239.

²⁷ El mensaje señala “En los cinco años transcurridos desde el año 1987 hasta 1991 –un período que cubre gobiernos distintos– el promedio de causas ingresadas a los tribunales del crimen en relación a las detenciones efectuadas es de un 60.6 por ciento, de manera que el cuarenta por ciento del total de quienes son detenidos en Chile –una media anual de 750.000 personas– son privados de libertad, aunque sea por breve lapso, sin ingresar al sistema jurisdiccional. Ocuparse de la reforma procesal penal para, a través de ella, fortalecer las garantías, constituye, así, una tarea exigida por los principios en materia de derechos fundamentales. La reforma al proceso penal importará, por lo mismo, un mayor goce cotidiano de los derechos humanos.” Más adelante el mensaje agrega “En fin, las fuentes primarias disponibles y diversas fuentes de carácter secundario, indican que la mayor parte de quienes están reclusos en las prisiones del país son personas que se encuentran detenidas o procesadas y solo la menor parte condenadas. A lo lar-

En este capítulo analizaremos el cómo la reforma ha intentado cumplir este objetivo, tanto desde su diseño normativo como en los resultados concretos. A su vez, daremos cuenta del intenso debate que ha existido en nuestro país en relación a la materia, lo que se ha traducido en diversas reformas legales al estatuto de la prisión preventiva en el nuevo sistema procesal penal, intentando verificar si dichos cambios han tenido también algún impacto en la práctica del sistema.

3.1. Los principales cambios impuestos por la reforma:

Para enfrentar la situación descrita el nuevo sistema procesal penal contuvo diversas modificaciones, tanto de diseño o estructura del sistema como a nivel de normas de regulación específica de esta institución, con el objetivo de racionalizar el uso de la prisión preventiva. En esta sección revisaremos someramente los principales cambios propuestos, teniendo presente que la idea no es realizar un análisis dogmático exhaustivo de las diversas instituciones sino entregar la información de contexto que permita al lector comprender la estrategia seguida y las herramientas diseñadas para ello.

a) *El cambio de lógica o de paradigma*

Una de las principales apuestas de la reforma que explica buena parte de las modificaciones introducidas por el nuevo sistema procesal penal en la materia se orientan a producir un cambio de lógica en la operativa de las instituciones, lo que se esperaba debía tener un impacto directo en el uso de las medidas cautelares personales. Es así como en ambos sistemas se contemplan reglas que reconocen de manera expresa la presunción de inocencia, pero como hemos visto la lógica general del sistema inquisitivo anterior a la reforma, sumado a elementos de diseño normativo, tendían a excluirla en la práctica.

Como se mencionó, el eje del sistema de coerción en el Código de Procedimiento Penal estuvo constituido por el sometimiento a proce-

go de la década del ochenta y en lo que va del noventa, la población condenada nunca supera el cuarenta y nueve por ciento de la población privada de libertad). Se trata, pues, de un sistema que posee formas deficitarias de división del trabajo, obsoleto y deficiente en su gestión. La reforma al proceso penal debe traducirse, entonces, en una mejora en la gestión jurisdiccional del Estado". Véase Mensaje Nro. 110-331 de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Nuevo Proyecto de Ley que establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal, Santiago, 9 de junio de 1995.

so. Esta resolución jugó en el sistema inquisitivo antiguo una función determinante. Por su intermedio, el juez declaraba la existencia de un conjunto de antecedentes probatorios en contra del imputado (está acreditada la existencia del delito y existen presunciones fundadas de su participación). A partir de esta declaración, el imputado quedaba sustraído al régimen general de libertades propias de todo ciudadano y sometido al proceso penal en uno de sus dos regímenes de control posibles: la prisión preventiva o la libertad provisional. Estos dos regímenes se comenzaban a aplicarse necesariamente una vez que el proceso ha alcanzado este estadio y daban cuenta de una concepción propia del sistema inquisitivo, en que no aparecen claramente separadas las nociones de proceso y castigo. En este modelo la cautela no constituía el fundamento de la coerción, puesto que siempre había coerción con o sin necesidad de cautela. El núcleo central de su procedencia era la existencia del delito, que aparece justificado en principio y declarado en el auto de procesamiento.

En el sistema del Código Procesal Penal, en cambio, las medidas cautelares dejan de ser el efecto automático del auto de procesamiento, que desaparece, pasando a constituir medidas excepcionales respecto de un imputado protegido por la presunción de inocencia, cuya necesidad requiere ser invocada y acreditada en cada caso por el fiscal²⁸. Estas solicitudes deben ser siempre posteriores a la formalización de la investigación²⁹, esto es, debe haberse explicitado formalmente ante el juez por parte del fiscal el contenido de la imputación. En consecuencia, las medidas cautelares se discuten a propósito de una imputación precisa, en el contexto de una audiencia en la que el fiscal deberá aportar los antecedentes que permitan justificar los supuestos que autorizan las medidas que solicita. Si se produce esa imputación, pero el fiscal no solicita o no puede justificar los supuestos de procedencia de la prisión preventiva (en forma autónoma a la propia imputación), la persona objeto de investigación en principio quedará en un régimen de libertad sin restricción de derechos alguna.

²⁸ La excepcionalidad en el uso de las medidas cautelares y particularmente de la prisión preventiva, se regula en dos disposiciones del Código Procesal Penal: artículos 122 y 139 respectivamente.

²⁹ De acuerdo al artículo 229 del Código Procesal Penal la formalización de la investigación "...es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados". Según el artículo 230 del mismo cuerpo legal, si el fiscal desea obtener que un juez decreta la prisión preventiva de un imputado necesariamente debe haberse formalizado la investigación en su contra en forma previa.

b) *La separación de funciones entre jueces y fiscales*

Un segundo cambio estructural en la lógica del nuevo sistema emana del hecho que la reforma ha significado una clara separación de funciones entre el órgano responsable de la persecución penal (encargado de evaluar la necesidad y luego solicitar las medidas cautelares personales) y el órgano jurisdiccional (encargado de decretarlas). El hecho que la reforma haya creado a fiscales con responsabilidades de llevar adelante la persecución penal con un rol claro ha permitido que los jueces se encuentren en una posición institucional que garantiza de mejor manera su independencia e imparcialidad para resolver la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido una gran ventaja o garantía de este nuevo esquema procesal está en el hecho que el juez no se encuentra comprometido con los intereses de la persecución penal y, por lo mismo, se encuentra en una posición de mucho mayor libertad para rechazar solicitudes de prisión preventiva presentadas por un fiscal que no satisfagan las exigencias establecidas por la ley para proceder. Dicha intervención judicial se produce en momentos muy tempranos en caso que una persona haya sido detenida, por lo que la garantía de intervención judicial se hace operativa de forma rápida.

Cabe destacar que un elemento central del diseño del Código establecido para reforzar la función de garantía del juez en materia de prisión preventiva ha sido el establecimiento de la audiencia como metodología para las decisiones sobre la misma. En efecto, la discusión acerca de la procedencia de la prisión preventiva siempre se realiza en una audiencia oral, pública y contradictoria. Con ello no solo se asegura el contacto directo del juez con las partes y el imputado, sino que también se activan otros mecanismos (como por ejemplo la defensa) que garantizan que el debate acerca de la procedencia de la prisión preventiva se dé en un entorno mínimo de resguardos para los derechos del imputado.

c) *Restricciones en las hipótesis de procedencia*

A pesar de estos cambios en la lógica del nuevo sistema y en la división de funciones de los actores que intervienen en él, en una primera lectura de las reglas generales que establecen las causales de procedencia de la prisión preventiva se puede concluir que se han mantenido en términos generales en forma muy similar al sistema anterior. Esto se produjo como consecuencia de la imposibilidad de avanzar en un cambio constitucional en la materia debido a la falta de consensos en la materia. Al no alterarse la normativa cons-

titucional, el texto legal debió mantener la lógica de un sistema de causales relativamente abiertos y con implicancias que van más allá de la pura necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso. Así, el Código, en el artículo 140 letra c), establece en forma taxativa (siguiendo al texto constitucional en su artículo 19 Nro. 7 letra e) cuáles son los objetivos procesales que pueden ser objeto de protección³⁰. Dicho de otra manera, el Código establece cuáles son las justificaciones que pueden legítimamente invocarse para solicitar medidas cautelares personales.

En este contexto, la pregunta es en qué sentido desde el punto de vista de las causales de procedencia de la prisión preventiva la reforma significó una restricción a lo que ocurría en el sistema antiguo. La respuesta es que ello se intentó por medio de darle un contenido específico a cada causal restringiendo el alcance que tradicionalmente habían tenido en la jurisprudencia del sistema antiguo y por esa vía reducir su utilización. Por ejemplo, la causal necesidad de la investigación, que había sido interpretada tradicionalmente como el hecho que existieren diligencias pendientes y que por lo mismo era generalmente invocada como justificación de la prisión preventiva en las primeras etapas de la investigación en forma bastante amplia fue acotada por la redacción original del nuevo código. Así, el artículo 140 c) exigía para su procedencia la existencia de antecedentes calificados que permitan presumir al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, entendiendo por aquello en el inciso segundo de dicho artículo que "...cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba: o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente". Algo similar ocurrió con la causal de protección de la víctima. Menos avance hubo en la causal de protección de seguridad de la sociedad. Con todo, hubo un esfuerzo por dotar de contenido más específico a cada causal y elevar el estándar de justificación exigido por un tribunal al decretar la procedencia de la prisión preventiva.

³⁰ En la tercera sección de este capítulo revisaremos los cambios que ha tenido esta norma del Código Procesal Penal. Para los efectos de esta parte nos basta con consignar que la norma original del artículo 140 mantuvo las tres causales constitucionales ya reproducidas.

d) Establecimiento de un sistema de respuestas alternativas

Otro cambio relevante que estableció el nuevo sistema se refiere a la regulación de un catálogo de medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva (reguladas en el artículo 155 del código) con el objetivo de establecer mecanismos menos afectadores de la libertad individual que la prisión preventiva pero igualmente idóneos para asegurar los fines del procedimiento. La idea era que la persecución penal pudiera recurrir al uso de estos mecanismos en vez de la prisión preventiva en los casos en los que se evaluara como necesaria una medida de restricción de derechos para asegurar los fines del procedimiento, pero sin que para ello fuera necesaria una restricción tan intensa de la libertad personal de la persona investigada.

De esta forma, la idea del nuevo sistema fue la de evitar el uso de la prisión preventiva para casos en los cuales se podrían lograr sus objetivos por medios más sencillos ya que estas medidas cautelares alternativas debían ser utilizadas con preferencia a esta, cuando el objetivo perseguido pueda ser cumplido razonablemente con restricciones a la libertad de menor intensidad. De este modo, cuando, por ejemplo, la razón para solicitar una medida cautelar sobre la persona del imputado consista en amenazas que este haya proferido contra la víctima y el temor de que estas puedan concretarse, el juez podrá decretar medidas como la prohibición al imputado de acercarse al domicilio de la víctima o a lugares que esta frecuente, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas. Si en cambio la razón pro la cual se solicitaba la prisión preventiva era el peligro de fuga, se podía adoptar un arraigo nacional o territorial de la persona para asegurar su comparecencia sin necesidad de utilizar la privación de libertad.

Otras medidas cautelares alternativas contenidas en el Código, establecidas en el artículo 155, son: el arresto domiciliario; la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; y la prohibición de comunicarse con ciertas personas, siempre que esto no afecte el derecho a defensa³¹.

³¹ El artículo 155 del Código regula las siguientes medidas: arresto domiciliario; la

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, estas medidas están sujetas a los mismos requisitos y controles que la prisión preventiva. En cuanto a las causales que determinan la existencia o no de la necesidad de cautela, el Código introduce una variación respecto de la regulación general, que es la de la prisión preventiva. Tratándose de las otras medidas cautelares, regula expresamente las causales y lo hace por medio de la pura enunciación de los tres motivos de cautela más tradicionales que son el peligro para la seguridad de la sociedad, la protección de la víctima y la protección de la investigación³².

e) *Regulación del principio de proporcionalidad y límites temporales al uso de la prisión preventiva*

Hasta el momento los cuatro cambios revisados intentaron tener un impacto evitando que casos en donde no era necesario o conveniente se utilizara la prisión preventiva. Con todo, como hemos visto, los problemas del sistema antiguo no eran solo acerca de su amplia procedencia, sino que también en muchos casos acerca de la extensa duración de la prisión preventiva. Esto requería establecer una limitación adicional en aquellas situaciones en donde a pesar de los límites anteriores esta medida cautelar se hiciera procedente. De esta forma el nuevo Código intentó avanzar estableciendo un conjunto de límites temporales al uso de la prisión preventiva.

El proyecto original del Código Procesal Penal contemplaba dos límites temporales concretos a la duración de la prisión preventiva que fueron suprimidos por la Cámara de Diputados durante su tramitación legislativa, estos eran: la existencia de un plazo máximo absoluto de 18 meses y una expresión concreta del principio de proporcionalidad como límite, según la cual la prisión preventiva no podía exceder en ningún caso el tiempo equivalente a la mitad de la pena por el delito objeto del proceso.

sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez u otra autoridad que este designe; el arraigo nacional, regional o local; la prohibición de asistir a ciertos recintos públicos o de visitar ciertos lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas; y la prohibición de acercarse al ofendido o su familia y, en su caso, de abandonar el hogar común.

³² Artículo 155: “Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación, el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas...”.

No obstante que dichas reglas no quedaron en el Código definitivamente aprobado, sí se instaló con claridad la noción de que la prisión preventiva debía limitarse temporalmente para lo cual se reguló el principio de proporcionalidad³³. Las consecuencias concretas de esta idea fueron dos: por una parte, que las medidas cautelares en general, o alguna en particular, deben ser excluidas cuando se trata de procesos de delitos de baja gravedad en que de seguro, o muy probablemente, la pena será inferior en su monto a cualquier medida que se adopte. Por otra parte, que la duración de las medidas cautelares debe ser siempre limitada, teniendo en consideración el monto de la pena arriesgada por el imputado, no solo en cuanto las medidas cautelares no pueden superar ese monto, sino que ni siquiera deben aproximarse a él, porque, en tal caso, quitan relevancia a la sentencia, la que vendría a pronunciarse sobre algo ya resuelto de facto.

La primera expresión de esta consecuencia del principio de proporcionalidad aparecía recogida en el Código Procesal Penal original en tres ocasiones: por una parte, se contemplaba la exclusión de medidas cautelares cuando se trata de faltas o de delitos a los que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad, y en esos casos no puede imponerse ninguna medida cautelar al imputado, a excepción de la citación³⁴. Esta expresión del principio de proporcionalidad fue objeto de la reforma de la Ley 19.789 que excluyó de esta regla a ciertas faltas. En segundo término, el artículo 141 letras a) y b) del Código establecía la exclusión específica de la prisión preventiva, la que en ningún caso puede decretarse cuando el delito imputado se sancione solamente con penas pecuniarias o privativas de derechos o cuando se tratase de delitos de acción privada³⁵. El alcance de esta limitación se redujo por la Ley 20.074.

³³ Una de sus principales manifestaciones se reguló en el texto original del artículo 141 inciso primero que señalaba "No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable". Dicho inciso fue eliminado con posterioridad por la Ley Nro. 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

³⁴ El artículo 124 del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que: "Artículo 124.- Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedieren las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33."

³⁵ El artículo 141 inciso segundo del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que "Artículo 141.- Improcedencia de la prisión preventiva. No procederá la prisión preventiva:

Finalmente, el artículo 141 letra c) del Código señalaba que no procedería la prisión preventiva en el evento que la pena privativa de libertad que se pudiere imponerse no fuera de cumplimiento efectivo y el imputado acreditare arraigo social o familiar³⁶. Dicha regla fue luego reemplazada por la Ley Nro. 20.074³⁷.

En cuanto a la segunda consecuencia del principio de proporcionalidad, esto es, la limitación temporal de las medidas en relación con el monto de la pena, como ya mencionamos la regla establecida en el proyecto original del nuevo Código fue suprimida en la discusión parlamentaria. Esta regla expresaba que la prisión preventiva, en ninguna caso, podía exceder de la mitad del monto de la pena probable del caso en cuestión³⁸. El Código, sin embargo, mantuvo una norma que impone al juez la obligación de citar a una audiencia con el fin de considerar la cesación o prolongación de la prisión preventiva, una vez que el imputado estuviere en prisión preventiva la mitad del tiempo que podría prolongarse la pena privativa de libertad en caso de sentencia condenatoria³⁹.

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

b) Cuando se tratare de un delito de acción privada, y..."

³⁶ El artículo 141 letra c) del Código Procesal Penal señalaba en su redacción original que: "c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y este acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social."

³⁷ El artículo 141 c) actual del Código Procesal Penal dispone: "*Improcedencia de la prisión preventiva*. No se podrá ordenar la prisión preventiva: c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6º, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad".

³⁸ El artículo 183, inciso 2º del proyecto original señalaba: "El juez estará asimismo obligado a ordenar la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcanzare la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes. La prisión preventiva no podrá exceder en caso alguno de dieciocho meses, a menos que se hubiere dictado sentencia condenatoria".

³⁹ El artículo 152 inciso 2º dispone: "En todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación".

f) Las detenciones policiales

Finalmente, un último cambio normativo relevante que es necesario mencionar se refiere al régimen de las detenciones. Como hemos visto ellas explicaban un porcentaje relevante del total de personas presas en el sistema antiguo. Las dos reglas relevantes que se introdujeron en esta materia fueron una relativa a los plazos de detención y otra referente al lugar de detención. En materia de plazos el nuevo Código Procesal Penal estableció una regla mucho más estricta que en el sistema anterior. En efecto el artículo 131 estableció que toda persona detenida debía ser llevada inmediatamente ante el tribunal o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes. Con esto se redujo notablemente el tiempo para tomar decisiones acerca de la privación de libertad de un detenido, ya que de conformidad al artículo 132 del código la regla general del sistema en que en esa primera audiencia que se realiza en el plazo de 24 horas el fiscal debe comunicarles los cargos al imputado y señalar si requerirá la prisión preventiva u otra medida cautelar personal⁴⁰. Una segunda norma relevante que complementó este régimen fue la del artículo 133 que estableció que el ingreso de personas detenidas a recintos penitenciarios solo puede hacerse en virtud de órdenes judiciales. Esto significa que en la práctica los detenidos no son ingresados a las cárceles sino con posterioridad a la audiencia dentro de las 24 horas en donde normalmente se decide si es procedente la prisión preventiva. En el tiempo intermedio entre la detención y la conducción al tribunal las personas son mantenidas en los cuarteles policiales por regla general⁴¹.

3.2. El impacto de la Reforma Procesal Penal en el uso de la prisión preventiva

En esta sección revisaremos los principales impactos tenidos por el cambio de sistema en relación al uso de la prisión preventiva en Chile. Cabe señalar que daremos cuenta de las principales tendencias en el funcionamiento de los casi ocho años de vigencia del nuevo sistema procesal penal chileno. Con todo, no creemos que estas tendencias deban ser tratadas linealmente como procesos

⁴⁰ El artículo 132 inciso 2º dispone que excepcionalmente el fiscal puede pedir una ampliación del plazo de la detención hasta por tres días más para formular cargos y solicitar medidas cautelares personales.

⁴¹ Con un poco más de detalle sobre el régimen legal de las detenciones puede verse Jôrg Stippel, *Las Cárceles y la Búsqueda de una Política Criminal para Chile*, LOM Ediciones, Santiago 2006, pp. 38 a 48.

inmutables o prácticas plenamente asentadas. Nuestra experiencia indica que es posible que varias de ellas se modifiquen en el tiempo y de hecho en el período de funcionamiento de la reforma es posible constatar cómo algunas prácticas han ido cambiando en razón a una variada gama de factores. Dejaremos para la siguiente sección un análisis de los potenciales impactos que habrían tenido los cambios normativos que el régimen de la prisión preventiva regulado en la reforma ha experimentado y el análisis de algunos desafíos que se enfrentan en esta materia.

Para cumplir con los objetivos de esta sección nos valdremos de diversos estudios de evaluación acerca del funcionamiento de la reforma que se efectuaron durante los primeros años de esta, como también de los datos estadísticos disponibles en la materia. Como tendremos oportunidad de revisar, si bien la reforma ha producido una cantidad de información estadística que no se disponía con anterioridad, todavía los datos que reúnen las instituciones son bastante generales lo que dificulta obtener conclusiones muy específicas en varios ámbitos de nuestra investigación. Es necesario tener presente estas limitaciones ya que creemos a futuro debiera diseñar una metodología de trabajo que permita profundizar los hallazgos que somos capaces de mencionar con la información disponible en este momento.

3.2.1. El impacto general:

El proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal en Chile se ha caracterizado por su fortaleza y por constituir –en la práctica– un cambio muy radical del modo de funcionamiento del sistema. Los cambios normativos planeados en la reforma se implementaron de un modo que favoreció su impacto sobre la realidad. La reforma procesal chilena fue puesta en marcha de modo muy sistemático a través de un proceso que duró cinco años y que supuso un enorme incremento del aparato judicial, además de múltiples actividades de capacitación destinadas a promover entre los operadores los valores de la reforma⁴². En general cabe destacar que gran parte de los actores del nuevo sistema fueron personas jóvenes, reclutadas especialmente para el proceso de cambio, con alta motivación que se identificaron fuertemente con el proceso de reforma y que, además, fueron entrenados intensamente para el mismo.

⁴² Con un poco más de detalle sobre el proceso de implementación véase Mauricio Duce y Cristián Riego, ob. cit.

La expresión de todo esto en materia de prisión preventiva ha sido muy importante. A continuación revisaremos las distintas dimensiones de este cambio.

a) *Disminución en el uso de la prisión preventiva*

Un primer impacto que es claramente posible de ser identificado en relación al uso de la prisión preventiva en el nuevo sistema dice relación con la frecuencia que esta se utiliza. Como vimos, los datos del sistema antiguo muestran que ella fue utilizada en una gran mayoría de los casos, aun en períodos breves. Los datos del nuevo sistema en cambio demuestran que solo una baja proporción del total de imputados a quienes se les ha formalizado una investigación se ven sometidos a esta medida cautelar personal.

Los tres estudios empíricos de evaluación realizados en los primeros años de funcionamiento de la reforma coinciden en que el principal impacto de esta en materia de prisión preventiva ha sido el de producir una reducción sustancial en su uso. Así, un estudio realizado al año de puesta en marcha concluía “Como se puede apreciar, la utilización de la prisión preventiva ha disminuido ostensiblemente”⁴³. En la misma dirección se pronuncian dos estudios realizados a dos años de la puesta en marcha del sistema⁴⁴. Las mismas conclusiones también son expuestas por otro estudio destinado a medir el impacto de una de las reformas legales realizadas al antiguo Código de Procedimiento Penal en forma paralela a la vigencia del nuevo sistema⁴⁵.

Estas conclusiones son ratificadas cuando se realiza un análisis de los datos estadísticos disponibles. De acuerdo a los anuarios es-

⁴³ Andrés Baytelman (redactor), Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena, Facultades de Derecho Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, Santiago 2002, p. 95.

⁴⁴ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago 2003, pp. 187 a 201 y Andrés Ritter, Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la perspectiva del Sistema Alemán, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), Santiago 2003, pp. 58 y 59.

⁴⁵ Véase Patricia Arias y Gabriel Ríos, ob. cit. págs. 120 y 121, en donde sostienen analizando las cifras de Gendarmería de Chile del año 2001 en las regiones que se puso en marcha la reforma que “se ha observado una disminución de la cantidad de personas que se encuentran en prisión preventiva”.

tadísticos interinstitucionales de los años 2004⁴⁶, 2005⁴⁷ y 2006⁴⁸ se puede apreciar que una proporción menor al 20% del total de imputados respecto de quienes se formalizó la investigación fueron sometidos a prisión preventiva.⁴⁹ La tabla Nro. 4 presenta los resultados de ambos años.

Tabla 4

IMPUTADOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA AÑOS 2004, 2005 Y 2006

Año	Nro. imputados sometidos a Prisión Preventiva	% imputados sometidos a Prisión Preventiva
2004	10.376	19,1
2005	14.603	18,6
2006	16.426	11,7

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos anuarios estadísticos interinstitucionales.

Se puede ver una constante entre los años 2004 y 2005 un poco menor al 20% del total de imputados formalizados en procedimientos ordinarios. Llama la atención que el año 2006 esta cifra tiene una baja muy significativa. Desconocemos con exactitud la razón que pueda explicar este fenómeno salvo especular que se puede deber al impacto que pudo haber tenido la puesta en marcha de la Región Metropolitana (Santiago) a mediados del año 2005 y que se reflejó estadísticamente en 2006. Desafortunadamente el anuario no ha sido publicado con posterioridad a la versión de 2006 con lo cual no disponemos de estos datos actualizados que permitan ver, utilizando la misma fuente, si la tendencia del año 2006 se ha mantenido. Con todo, la revisión de los datos disponibles tanto en la Defensoría Penal Pública como en el Ministerio Público en los años 2006 y 2007 tiende a demostrar que más allá de la diferencia entre los años los porcentajes de prisión preventiva respecto del total de imputados son bajos.

⁴⁶ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2004, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago junio 2005, 232 p.

⁴⁷ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2005, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago junio 2006, 272 p.

⁴⁸ Véase, Anuario Estadístico Interinstitucional Reforma Procesal Penal 2006, Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia y Defensoría Penal Pública, Santiago 2007, 267 p.

⁴⁹ Cabe señalar que el Anuario de 2003 no consigna información en la materia.

Así, la Defensoría Penal Pública reporta en su Memoria Anual de año 2006 que del total de imputados atendidos en dicho año (201.267) solo al 31,3% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, solo el 15,9% correspondió a prisiones preventivas⁵⁰. Para el año 2007 la Memoria Anual indica que del total de imputados atendidos en dicho año (247.367) solo a un 24,5% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, solo el 15,6% correspondió a prisiones preventivas⁵¹. A su vez, se afirma que el año 2005, año en que la reforma comenzó a regir en todo el país, se aplicó prisión preventiva a un 9,6% de los imputados, el año 2006 a un 7% y el año 2007 a un 6,5%, pero llamando la atención a que no obstante se ha producido una baja porcentual el número absoluto de imputados sometidos a prisión preventiva aumentó entre 2005 y 2007 de 12.193 a 17.092, es decir, cerca de un 40%⁵².

Las cifras de la Defensoría son bastante claras respecto a que en un porcentaje menor de los casos se decreta la prisión preventiva, pero tienen el problema que, aun cuando cubren un porcentaje mayoritario de los imputados del país, la Defensoría no representa al total de imputados que el sistema persigue. Por ello las estadísticas del Ministerio Público arrojan resultados un poco más representativos del universo total de casos. La Tabla Nro. 5 resume estos datos.

⁵⁰ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006, Santiago 2007, p. 51. Estos datos pueden verse también en Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2006, pp. 24 y 25. Versión electrónica de dicho informe se encuentra en la página web de la Defensoría: www.dpp.cl

⁵¹ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2007, Santiago 2008, p. 42. Estos datos pueden verse también en Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Anual 2007, pp. 28 y 29. Versión electrónica de dicho informe se encuentra en la página web de la Defensoría: www.dpp.cl

⁵² Idem p. 41.

Tabla 5
 IMPUTADOS FORMALIZADOS SOMETIDOS A PRISIÓN PREVENTIVA

Año	Nro. Imputados formalizados	Nro. prisiones preventivas	%
2006	117.962	18.682	15,8
2007	150.726	22.746	15,1
2008 ⁵⁵	91.772	12.110	13,2
Acumulado ⁵⁶	732.686	83.389	11,4

Fuente: *Elaboración propia sobre la base de Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2006, 2007 y primer semestre 2008⁵⁴.*

Como se puede apreciar, estas cifras resultan bastante consistentes con las contenidas en los anuarios interinstitucionales de los años 2004, 2005 y 2006, pero presentan alguna diferencia con las de la Defensoría. Nos parece que la diferencia de porcentaje entre los datos del Ministerio Público y la Defensoría puede deberse a dos razones. Por una parte, los datos del Ministerio Público se construyen sobre la base de imputados a quienes se les ha formalizado la investigación, dejando de lado una no despreciable cantidad de imputados en casos de menor entidad (faltas y delitos con penas privativas de libertad mínima) que son llevados adelante por el Ministerio Público por medio procedimientos especiales previstos en el Código Procesal Penal en donde no se produce formalización de la investigación y en donde normalmente no se discute ni se decreta la prisión preventiva como consecuencia de las reglas de proporcionalidad que ya hemos explicado previamente. De otra, una porción de la diferencia puede deberse a que el total de imputados atendidos por la Defensoría podría incluir a personas a las que nunca se les formaliza por otras razones distintas al procedimiento seguido en su contra (por ejemplo porque el Ministerio Público decidió no seguir adelante por motivos de política criminal por medio del ejercicio del principio de oportunidad). Cualesquiera sean las razones, los datos de todas las instituciones son bastante consistentes en ratificar el punto inicial de esta sección: la prisión preventiva se usa en un porcentaje minoritario de las personas que son objeto de persecución penal en el nuevo sistema⁵⁶.

⁵³ Ministerio Público, Boletín Estadístico 2006, pp. 43 y 44, Boletín Estadístico 2007 páginas 34 y 35 y Boletín Estadístico Primer semestre de 2008 pp. 19 y 20 y 42 y 43.

⁵⁴ Cubre primer semestre de 2008, es decir, entre el 1 de enero y 30 de junio de ese año.

⁵⁵ Cubre entre el inicio de la reforma y el 30 de junio de 2008.

⁵⁶ Cabe señalar que la Defensoría Penal Pública pone una nota de cautela en

Una forma distinta de verificar la conclusión anterior es por medio de analizar el efectivo impacto que tendría el menor uso de la prisión preventiva en los flujos penitenciarios. Lo lógico sería que a partir de un menor uso, el porcentaje de personas que en prisión preventiva en el promedio diario de los recintos penitenciarios debiera haberse reducido significativamente y, en consecuencia, aumentado el porcentaje de condenados. Al respecto, las cifras de Gendarmería de Chile⁵⁷ dan cuenta de un descenso paulatino del porcentaje de imputados presos en prisión preventiva en todo el país, ratificándose de esta forma la percepción del impacto del sistema en materia de flujo penitenciario. La tabla Nro. 6 resume estos resultados en el período 2000-2007.

Tabla 6

PORCENTAJE DE PRESOS CONDENADOS Y EN PRISIÓN PREVENTIVA EN PROMEDIO DIARIO 2000-2007 (A MAYO DE 2007)

Año	% en Prisión Preventiva y detenidos	% Condenados
2000	48,5	51,5
2001	44,6	55,4
2002	44,7	55,3
2003	44,5	55,5
2004	38,9	61,1
2005	35,0	65,0
2006	29,9	70,1
2007	24,0	76,0

Fuente: Álvarez, Marangunic y Herrera⁵⁸

sus informes estadísticos acerca del real impacto que demostraría la baja en el porcentaje de imputados formalizados y sometidos a prisión preventiva. Así, se afirma que una explicación a esta baja no pasa necesariamente por la racionalización del uso de la prisión preventiva sino por el hecho que el Ministerio Público habría aumentado la formalización de la investigación en casos de menor gravedad en los que no sería procedente esta medida. Véase Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 29. Nos parece se trata de una hipótesis a tener presente, pero que en todo caso parece no anular las conclusiones que hemos presentado. En todo caso parece necesario contar con mayores datos estadísticos para discutirla en profundidad.

⁵⁷ Gendarmería de Chile es el servicio público encargado de la custodia de las prisiones. Se trata de un órgano militarizado que depende del Poder Ejecutivo, específicamente del Ministerio de Justicia.

⁵⁸ Pablo Álvarez, Antonio Marangunic y Raúl Herrera, Impacto de la Reforma Procesal Penal en la Población Carcelaria del País, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 11, diciembre de 2007, Gendarmería de Chile, p. 122.

Según se puede observar, desde el año 2000 en donde los resultados reflejan fundamentalmente la realidad de funcionamiento del sistema anterior ya que la reforma comenzó a funcionar el 16 de diciembre de ese año en solo dos regiones (por lo que su impacto fue mínimo) se ha pasado de un 48,5% de presos sin condena a un 24%, es decir su reducción a la mitad. Cabe tener presente que estos datos no desagregan qué porcentaje de ese 24% está en calidad de detenido y quiénes de procesados por el sistema antiguo. De esta forma el 24% aglutina a un porcentaje superior del total de presos en prisión preventiva del nuevo sistema.

Este problema se subsana en la Tabla Nro. 7 que contiene los datos de Gendarmería de Chile desagregados en el período 2000-2007 obtenidos de una fuente diversa.

Tabla 7

PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA SEGÚN SU ESTADO PROCESAL EN PROMEDIO DIARIO PERÍODO 2000-2007

Año	Detenidos		Procesados		Condenados		Total	
	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%	Cantidad	%
2000	2.391	7,2	13.642	41,3	17.017	51,5	33.050	100
2001	2.115	6,3	12.891	38,3	18.614	55,4	33.620	100
2002	2.094	6,0	13.373	38,3	19.434	55,7	34.901	100
2003	1.799	5,0	14.178	39,0	20.354	56,0	36.331	100
2004	1.039	2,9	12.965	35,6	22.370	61,5	36.674	100
2005	1.090	2,9	11.739	31,7	24.204	65,4	37.033	100
2006	256	0,6	11.546	29,3	27.615	70,1	39.417	100
2007	266	0,6	10.484	24,0	32.852	75,3	43.602	100

Fuente: *Estadísticas Gendarmería de Chile*⁵⁹.

Un problema de estas estadísticas es que agrupan en una misma categoría a procesados en prisión preventiva del antiguo y del nuevo sistema en la misma categoría. Las estadísticas disponibles en el sitio web de Gendarmería de Chile que dan cuenta de la realidad penitenciaria chilena al 31 de julio y al 30 de septiembre de 2008 son de utilidad ya que hacen este ejercicio de desagregar entre las diversas categorías de personas privadas de libertad. Acorde con ellas el promedio diario de reclusos al 31 de julio estaba integrado por un 77,6% de condenados, un 21,2% de imputados en prisión pre-

⁵⁹ Datos obtenidos de Lucía Dammert y Liza Zúñiga, *La Cárcel: Problemas y Desafíos para las Américas*, FLACSO-Chile, Santiago 2008, p. 175.

ventiva, un 0,7% de procesados en prisión preventiva del sistema antiguo y un 0,4% de detenidos⁶⁰. Al 30 de septiembre un 77,4% era de condenados, un 21,6% de imputados en prisión preventiva, un 0,6% de procesados en prisión preventiva del sistema antiguo y un 0,4% de detenidos⁶¹. Se puede observar de estas cifras, además, que la tendencia al aumento de la proporción de presos condenados y la disminución de los sometidos a prisión preventiva se ha mantenido durante el año 2008.

Las cifras expuestas se reflejan también en la cantidad absoluta de presos en prisión preventiva (y detenidos) en el promedio diario anual, según lo muestra la tabla Nro. 8.

Tabla 8

NRO. PRESOS SIN CONDENA Y CONDENADOS EN PROMEDIO DIARIO 2000-2007
(A MAYO DE 2007)

Año	Nro. Presos sin Condena	Nro. condenados
2000	16.030	17.017
2001	15.006	18.613
2002	15.467	19.143
2003	15.977	19.965
2004	14.004	21.954
2005	12.829	23.875
2006	11.802	27.615
2007	10.478	33.245

Fuente: Álvarez, Marangunic y Herrera⁶².

Según se puede observar desde el año 2000 en adelante se ha producido una paulatina disminución del número absoluto de personas presas sin condena en el promedio diario a la vez que un incremento significativo de las personas condenadas. Esto hace que a pesar de la baja en el primer rubro el número de personas presas haya ido aumentando de manera significativa en Chile (de 33.000 a más de 43.000 reclusos). Sin entrar al tema de la población condenada, cabe señalar que los promedios diarios de los años 2006 y 2007 son incluso más bajos que el promedio del año 1999 (12.787 personas

⁶⁰ Véase www.gendarmeria.cl/interior_estadística.html (revisada por última vez el 16 de septiembre de 2008).

⁶¹ Véase www.gendarmería.cl (revisada última vez el 10 de noviembre de 2008).

⁶² Pablo Álvarez, Antonio Marangunic y Raúl Herrera, Impacto de la Reforma Procesal Penal en la Población Carcelaria del País, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios Nro. 11, diciembre de 2007, Gendarmería de Chile, p. 123.

según la tabla Nro. 1). Es decir luego de siete u ocho años y de haberse producido un aumento de la población penitenciaria general superior al 40% los promedios diarios de personas en prisión preventiva son inferiores a los del sistema inquisitivo. Esta situación se profundiza con las Estadísticas de Gendarmería al 31 de julio de 2008, según las cuales el 23,3% estaba compuesto por presos sin condena, es decir, un total de 11.133 personas, de las cuales solo 10.583 corresponden a imputados en prisión preventiva por el nuevo sistema. Todo esto de un total de 49.805 presos. El 30 de septiembre de 2008 esa cifra baja a un 22,6% de presos sin condena, es decir, un total de 11.521 personas (11.005 imputadas en prisión preventiva), de un total de personas presas de 50.980.

La tendencia descrita se refleja con mayor claridad si junto con analizar los números absolutos de presos sin condena en el promedio diario, considera el total de ellos en relación a la población. La tabla nº 9 contiene estos datos en tres años de vigencia del sistema inquisitivo (1985, 1989 y 1999) y los años 2007 y 2008 (promedio del 31 de julio).

Tabla 9
NRO. PERSONAS DETENIDAS Y SOMETIDAS A PRISIÓN PREVENTIVA POR CADA
100.000 HABITANTES

Año	Detenidos		En Prisión Preventiva		Total	
	Cantidad	Nro. x 100.000	Cantidad	Nro. x 100.000	Cantidad	Nro. X 100.000
1985	2.081	17,2	8.550	70,6	10.631	87,8
1989	2.423	18,7	10.751	82,8	13.174	101,5
1999	2.270	14,9	12.787	84,1	15.057	99
2007	266	1,6	10.484	63,1	10.750	64,7
2008	550	3,2	10.583	63,1	11.133	66,4

Fuente: *Elaboración propia sobre la base de Estadísticas Gendarmería de Chile y del Instituto Nacional de Estadísticas (INE)*⁶³.

Se puede apreciar que la baja no solo es en términos de números absolutos, sino que especialmente en el número de presos sin condena por cada 100.000 habitantes. Si se considera solo la prisión

⁶³ Datos del INE obtenidos de su página: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/DatPais/Copia%20de%20SalTPusuario-sOK1.xls#T1!A1 (última vez visita el día 6 de octubre de 2008). De acuerdo a ellos la población de Chile el año 1985 era de : 12.102.174; la del año 1989 era de: 12.963.457; la del año 1999 de 15.197.213; la del año 2007 16.598.074; y la del 2008 de 16.763.470.

preventiva es posible apreciar una baja cercana al 25%. Si se incluye el número de detenidos en ambos sistemas la baja porcentual es cerca de un tercio.

En este contexto, nos interesa detenernos en una aparente contradicción con las cifras de la defensoría en donde se afirmaba el incremento de personas sometidas a prisión preventiva entre los años 2005 y 2007. Nos parece que esta contradicción puede explicarse fundamentalmente porque las cifras de la tabla nº 7 se refieren a los promedios diarios de reclusos y no al número total de personas que en un año pasaron por prisión preventiva. Por lo mismo es explicable que este número sea menor. De hecho según los propios datos del Ministerio Público el total de prisiones preventivas (flujo y no promedio diario) decretadas el año 2006 fue de 18.682 y el 2007 de 22.083⁶⁴. De otra parte, como ya señalábamos las cifras de la tabla Nro. 9 incluyen a detenidos y procesados en el sistema antiguo, que no son considerados por las cifras de la Defensoría, lo que explicaría también el porqué siendo menor la cifra de la tabla Nro. 9 no se trata de una cifra tan baja que respecto a la de la defensoría. En todo caso, desde el punto de vista de los flujos de personas sometidas a prisión preventiva el nuevo sistema también muestra un impacto positivo en términos de reducción, lo que reafirma el punto que hemos sostenido hasta el momento. De acuerdo a las cifras de Gendarmería de Chile el flujo de procesados sujetos a prisión preventiva del año 1990 fueron 29.136, el año 1991 25.067, el año 1992 23.592 y en 1993 23.967⁶⁵. Como se puede apreciar todos más altos que la cifra del año 2007 a cerca de 15 años.

A la luz de los antecedentes empíricos revisados (Defensoría, Ministerio Público y Gendarmería) parece posible concluir que la reforma efectivamente está produciendo un efecto de racionalización en el uso de la prisión preventiva tal como se proyectaba en la etapa de su diseño. Con todo, la información disponible indica que este efecto de racionalización no se habría producido por igual en todo tipo de delitos. En efecto, según constata la evaluación de Baytelman y

⁶⁴ Véase Ministerio Público, Informe Estadístico Anual 2007, p. 94. Nos referimos a los años 2006 y 2007 por ser los únicos en que la reforma ha funcionado en todo el país durante todo el período. La comparación que hace la defensa entre 2005 y 2007 no considera que la reforma partió en la Región Metropolitana solo en junio de 2005 por lo que es natural que el número de prisiones preventivas decretadas haya sido muy inferior al de los años posteriores. Considerada la variación entre el año 2006 y 2007 se llega solo a un 7,5% de aumento.

⁶⁵ Véase María Angélica Jiménez, ob. cit. p. 108. Desafortunadamente no disponemos del dato de los flujos al año 1999.

Duce del año 2003⁶⁶ se hace necesario distinguir diversas hipótesis de delitos. En primer lugar, la prisión preventiva prácticamente habría desaparecido en delitos menos graves, especialmente tratándose de imputados que no cuentan con antecedentes penales previos o con antecedentes por cuestiones menores. Recordemos que en el sistema inquisitivo estas personas habrían obtenido la libertad provisional, pero, con probabilidad, antes de ello habrían estado períodos variables en prisión preventiva, desde algunos días hasta a un par de meses. En estos casos el sistema estaría utilizando en vez de la prisión preventiva a las medidas cautelares personales del artículo 155. Según constata la misma evaluación, la no utilización de la prisión preventiva en estos casos no solo obedecería a que los jueces mayoritariamente no están dispuestos a concederla, sino que, también debido a que los propios fiscales han limitado su solicitud⁶⁷. En este sentido, parece haberse consolidado el que en casos de mediana o baja gravedad (como por ejemplo hurtos o lesiones menos graves) en los que el imputado no cuenta con antecedentes penales y, además, demuestra cierto arraigo, derechamente se discute la procedencia de una medida cautelar del artículo 155. Estos hallazgos son ratificados por los datos estadísticos del sistema. Así, por ejemplo, el Anuario Estadístico Interinstitucional del año 2006⁶⁸ da cuenta que en los delitos de hurto solo un 2,3% de los imputados en procedimiento ordinario estuvo sometido a prisión preventiva y un 2,2% en los delitos de lesiones, dando incluso cuenta de una tendencia a la baja respecto de los años 2005 (3,9% en los hurtos y 4,9% en las lesiones) y el 2004⁶⁹.

Un segundo grupo de delitos en donde se produjo un efecto disminución el uso de la prisión preventiva con la reforma se encuentra en un grupo de delitos o casos que se podrían considerar intermedios en términos de su gravedad, es decir, que podrían ser sancionados con penas privativas de libertad equivalentes o superiores a tres años pero que no constituyen infracciones leves, por ejemplo, los robo por sorpresa o lesiones graves. Sin perjuicio que respecto de estos delitos la evaluación de Baytelman y Duce⁷⁰ da cuenta de

⁶⁶ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 188 y 189.

⁶⁷ En este mismo sentido se pronuncia Andrés Ritter, ob. cit. p. 58.

⁶⁸ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, p. 76.

⁶⁹ Ob. cit. p. 85. El año 2004 las cifras son levemente superiores pero también dan cuenta de un bajo uso de esta medida cautelar en este tipo de delitos, un 6,4% tratándose de hurtos y de 6,1% tratándose de las lesiones. Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, p. 72.

⁷⁰ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. p. 189.

una mucho mayor heterogeneidad de criterios que en el caso de los delitos menos graves, también constatan habría un cambio relevante de prácticas respecto al sistema antiguo. Las cifras estadísticas del sistema tienden nuevamente a ratificar esta impresión. Así, el Anuario Estadístico Interinstitucional del año 2004 da cuenta que en los delitos de robo no violento (robo con fuerza en las cosas y por sorpresa) el 29,7% de los imputados en procedimiento ordinario fue sometido a prisión preventiva⁷¹. Para el año 2005 esa cifra bajó a un 25%⁷² y en el año 2006 esta tendencia se mantuvo y se llegó a un porcentaje de 22,4%⁷³. En consecuencia, en el tiempo parece haberse profundizado el hallazgo de la evaluación del año 2003.

En cambio, se constata que la reforma no ha sido capaz de generar cambios más profundos (en el sentido de disminuir el uso de la prisión preventiva significativamente) tratándose de los delitos más graves, entendiendo por aquellos a los que tienen penas asignadas en la ley superiores a los cinco años de privación de libertad, es decir que con probabilidad si es que se dictan condenas estas serían a penas de privación de libertad de cumplimiento efectivo. Para este grupo de casos pareciera que el uso de la prisión preventiva se mantiene como constante respecto a las prácticas del sistema antiguo. La evaluación de Baytelman y Duce constata que la opinión consensuada de los actores del sistema es que en ese tipo de delitos prácticamente no existe espacio de discusión para obtener una medida cautelar personal distinta a la prisión preventiva⁷⁴. Con todo, se reconoce un efecto marginal en esta categoría de casos. Nuevamente las estadísticas del sistema tienden a ratificar estas impresiones. En el año 2004 el total de imputados en procedimiento ordinario por delitos de homicidio que fue sometido a prisión preventiva llegó a un 68,9%, en delitos de drogas un 58,4% y en delitos de robo un 52,7%⁷⁵. Estas cifras se elevan por regla general (a diferencia de lo ocurrido tratándose de delitos menores e intermedios) el año 2005, así el porcentaje de imputados sometidos a prisión preventiva en los delitos de homicidio llegó a 79,3%, en los delitos de robo a 54,0% y en los delitos de la ley de drogas a un 47,2% (única baja)⁷⁶. En el año 2006, en cambio, se produce una baja en los tres tipos de delitos consistente con la baja general en las otras categorías. Así

⁷¹ Ob. cit. p. 72.

⁷² Ob. cit. p. 85.

⁷³ Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit. p. 76

⁷⁴ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 189 y 190.

⁷⁵ Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, ob. cit. p. 72.

⁷⁶ Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, ob. cit. p. 85.

en los homicidios un 61,4% de los imputados estuvo sometido a prisión preventiva, en los robos un 42,2% y en los delitos de drogas un 34,4%⁷⁷. Como se puede observar, se trata de cifras más altas que en el resto de las categorías, pero inferiores a las que consigna el estudio de Paz Ciudadana del año 2001 contenido en tabla Nro. 2, aun cuando debe tenerse presente que no se trata de universos estrictamente comparables.

Las diferencias entre el uso de la prisión preventiva entre estas categorías de delitos se ve también reflejada en las estadísticas de la Defensoría Penal Pública. La tabla Nro. 10 resume los resultados del año 2006 y el acumulado por la defensoría desde su inicio hasta el 2006 en siete categorías de delitos.

Tabla 10
PORCENTAJES DE PRISIÓN PREVENTIVA POR DELITO INGRESADO AÑO 2006 Y ACUMULADO 2001-2006

Categoría delito	% prisión preventiva año 2006	% prisión preventiva acumulado 2001-2006
Robos	41,0	45,3
Robos no Violentos	17,6	22,4
Hurtos	1,8	2,5
Lesiones	1,9	3,2
Homicidios	61,0	62,8
Delitos Sexuales	29,4	33,6
Delitos ley de Drogas	27,9	34,7

Fuente: Defensoría Penal Pública⁷⁸

En conclusión, se puede apreciar un claro efecto de disminución en el uso de la prisión preventiva que ha tenido un impacto muy significativo tanto en el porcentaje de presos sin condena del sistema como en el número absoluto de personas en prisión preventiva en recintos penitenciarios (tanto en el promedio diario como en el flujo anual). Con todo, dicho efecto se ha focalizado en delitos de baja y mediana gravedad, subsistiendo una práctica “dura” en el uso de esta medida cautelar en los delitos más graves.

b) Duración de la prisión preventiva

Como ya indicamos, una segunda área de crítica en relación al uso de la prisión preventiva era su extensión temporal. Sin embargo, los

⁷⁷ Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit. p. 76.

⁷⁸ Memoria Anual 2006, p. 55.

datos disponibles en esta materia hacen difícil una comparación muy específica entre el nuevo y el sistema antiguo. Con todo, debido a que la reforma ha significado drásticas reducciones en los tiempos de tramitación de los procesos respecto al sistema antiguo⁷⁹, una consecuencia natural sería también que ello ha tenido impacto en la duración de las prisiones preventivas, especialmente en los delitos más graves en donde se podrían producir situaciones de mayor extensión temporal en la tramitación de los casos. En este sentido el estudio de Baytelman y Duce concluye que tratándose de los delitos más graves se habría producido un efecto de racionalización importante respecto al tiempo de duración de la prisión preventiva⁸⁰. En dicho estudio se constata que, en opinión de los actores del sistema, existiría una mayor preocupación de los defensores y de los jueces de garantía de solicitar y decretar plazos más estrictos para el cierre de la investigación que en aquellos casos en donde no hay medidas cautelares personales o las hay del artículo 155⁸¹.

Otra fuente de información que se puede utilizar para evaluar este punto es la contenida en los anuarios estadísticos interinstitucionales de los años 2004, 2005 y 2006, los cuales tienen datos sobre el promedio de duración de la prisión preventiva por categoría de delitos. La tabla Nro.11 resume las cifras de dichos estudios en las principales categorías de delito que conoce el sistema.

⁷⁹ A modo ejemplar se pueden ver los promedios de duración de los casos cerrados durante el año 2007 que constan en el Boletín Estadístico del Ministerio Público. De acuerdo con dichas cifras los robos tardaron en promedio 107 días, los robos no violentos 92 días, los hurtos 69 días, las lesiones 89 días, los homicidios 339 días, los delitos sexuales 268 días y los delitos de la ley de drogas 195 días. Si se consideran solo los casos que llegaron a juicio oral en dicho año (6.086 casos) dichos promedios naturalmente se incrementan pero se encuentran muy por debajo de los tiempos de tramitación del sistema inquisitivo. Así los robos que llegaron a juicio oral tardaron en promedio 315 días, los robos no violentos 301 días, los hurtos 356 días, las lesiones 437 días, los homicidios 393 días, los delitos sexuales 511 días y los delitos de la ley de drogas 359 días. Véase Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2007, pp. 27 y 30.

⁸⁰ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. pp. 188 y 189.

⁸¹ Estas conclusiones son compartidas por un estudio interno realizado por el Ministerio Público entre los meses de enero y marzo de 2002 en el cual se entrevistaron a 20 fiscales y 10 asistentes de fiscales en las cinco regiones que cubre el presente trabajo. El informe final de dicha investigación concluye en el punto en análisis "Un 100% señaló que las medidas cautelares en general y la prisión preventiva en particular, acortan los plazos de investigación...". Véase, Evaluación del Trabajo de los Fiscales Adjuntos del Ministerio Público, en Boletín del Ministerio Público Nro. 11, Santiago 2002, pp. 136 a 157.

Tabla 11
DURACIÓN (DÍAS) PROMEDIO PRISIONES PREVENTIVAS TERMINADAS POR
CATEGORÍAS DE DELITOS

Categoría Delito	Nro. días promedio año 2004	Nro. días promedio año 2005	Nro. días promedio año 2006
Robos	135	145	155
Robos no Violentos	117	128	139
Hurtos	83	86	87
Lesiones	95	108	112
Homicidios	179	186	219
Delitos sexuales	143	168	198
Delitos ley de drogas	140	135	146

Fuente: Elaboración propia sobre la base Anuarios Estadísticos Interinstitucionales 2004, 2005 y 2006⁸².

Se puede observar un leve incremento en los tiempos promedios en la mayoría de las categorías de delitos consignadas entre los años 2004 y 2006. Con todo, los promedios de duración nacionales para todos los delitos dan cuenta que el año 2004 este fue de 125 días y el 2005 de 107 días, es decir, una baja general de 2005. El año 2006 en cambio el promedio general fue de 123 días lo que hace que el promedio suba nuevamente aun cuando se mantenga por debajo de la cifra de 2004.

Estos datos se pueden complementar con las cifras de la Defensoría Penal Pública de los años 2005 y 2006. En ellas se trabaja con rangos de duración de la prisión preventiva y no con días promedio. La tabla Nro. 12 resume dicha información.

Tabla 12
TIEMPO PERMANENCIA PROMEDIO EN PRISIÓN PREVENTIVA POR RANGOS DE TIEMPO
AÑOS 2005 Y 2006

Rango Tiempo	Año 2005	Año 2006
Menos de 3 meses	54,4 %	55%
De 3 hasta menos de 6 meses	22,9%	23,5%
De 6 meses hasta menos de 1 año	19,1%	18,7%
1 año y más	3,6%	2,8%

Fuente: Elaboración propia sobre base datos Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006.

A partir de estos datos no nos es posible obtener conclusiones muy definitivas. Los tiempos promedios de duración parecen ser con-

⁸² Año 2004 p. 78, año 2005 p. 92 y año 2006 p. 82.

sistentes con los tiempos promedio de duración de los casos en el nuevo sistema y en los promedios se da cuenta de bajas importantes respecto a los promedios contenidos en el estudio de Fundación Paz Ciudadana contenidos en la tabla Nro. 3. Por ejemplo en los delitos de homicidio se baja de un promedio de 9,5 meses a cerca de seis. En las lesiones de 2,6 meses a menos de dos meses. Lo mismo si se comparan dichos resultados con tabla Nro. 10, particularmente en las categorías sobre seis meses y sobre un año en donde se aprecian diferencias muy significativas. Con todo se trata de universos diferentes (en tabla Nro. 3 solo casos con condena) y en donde no es posible comparar en todas las categorías de delitos debido a formas diferentes de agrupación de los delitos en los distintos estudios.

3.2.2. La utilización de otras medidas cautelares personales:

Uno de los factores que aparentemente ha contribuido de manera importante a producir estos resultados es la utilización de medidas alternativas a la prisión preventiva. Como se ha señalado en forma precedente, uno de los objetivos centrales al haber creado un sistema de medidas cautelares distinto a la prisión preventiva ha sido el de ofrecerle a la persecución penal la posibilidad de utilizar herramientas para asegurar los fines del procedimiento pero sin afectar en forma tan grave los derechos individuales de los imputados.

Las estadísticas del sistema dan cuenta que las medidas cautelares personales del artículo 155 del Código son utilizadas de manera habitual y en forma extensiva. De acuerdo a las estadísticas del Ministerio Público en la materia el año 2006 se decretaron 85.397 medidas del artículo 155 (en ese mismo año se decretaron 18.682 prisiones preventivas)⁸³ y en el año 2007, 118.116 (en ese mismo año se decretaron 22.746 prisiones preventivas)⁸⁴. Para el primer semestre del año 2008 se habían decretado 56.676 medidas del artículo 155 (período en el que se decretaron 12.110 prisiones preventivas) y el total acumulado entre el inicio de la reforma (2000) y el 30 de junio de 2008 era de 376.153 (el de prisiones preventivas era de 83.389)⁸⁵.

Como se puede observar, los datos son claros en mostrar que su número es en promedio cuatro veces superior al de las prisiones preventivas. Con todo, estas cifras no permiten saber con exactitud cuántos imputados tienen decretadas medidas cautelares personales

⁸³ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2006, p. 43.

⁸⁴ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2007, p. 34.

⁸⁵ Ministerio Público, Boletín Estadístico año 2008, pp. 20 y 43.

del artículo 155 en su contra ya que estas normalmente se ordena más de una para el mismo imputado⁸⁶. Es por ello que deben ser complementadas por otros datos. Según las cifras contenidas en los anuarios estadísticos interinstitucionales, el año 2004 un total de 41,9% de los imputados del sistema fue objeto de estas medidas⁸⁷, el año 2005 esta cifra habría bajado a un 38,6%⁸⁸ y el año 2006 también lo hizo llegando a un 27,2%⁸⁹. Las cifras disponibles por la Defensoría Penal Pública muestran porcentajes un poco más bajos en los años 2006 y 2007. Como ya vimos, la Defensoría Penal Pública reporta en su Memoria Anual de año 2006 que del total de imputados atendidos en dicho año (201.267) solo al 31,3% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, el 84,1% correspondió a cautelares del artículo 155⁹⁰. Para el año 2007 la Memoria Anual indica que del total de imputados atendidos en dicho año (247.367) solo a un 24,5% se le aplicó una medida cautelar y que del total de medidas cautelares consideradas como un universo completo, el 84,4% correspondió a medidas del artículo 155⁹¹. Descontados los imputados que estuvieron en prisión preventiva, según las cifras de la Defensoría alrededor de entre un 20 y un 25% del total de imputados atendidos por ellos habrían estado sujetos a una medida cautelar del artículo 155 en los años 2006 y 2007. No tenemos clara la explicación específica de esta diferencia entre las estadísticas interinstitucionales y a las de la defensoría, pero es evidente que ambas cubren universos diferentes. En cualquier caso, ambas estadísticas muestran que el porcentaje de imputados que obtienen algunas de estas medidas alternativas es muy superior al de imputados en prisión preventiva y que sumados ambas categorías cerca de la mitad de los imputados no estaría sujeto a ningún tipo de medida cautelar como consecuencia del proceso⁹².

⁸⁶ Es común que las medidas del artículo 155 sean decretadas en “paquetes” en contra de una misma persona de manera que se complementen entre ellas. Así, por ejemplo, un tipo de “paquete” de medidas es: la obligación de ir a firmar periódicamente ante alguna autoridad (por ejemplo ante la fiscalía cada 15 días) más la prohibición de salir del país durante el transcurso del proceso, más la prohibición de acercamiento a la víctima.

⁸⁷ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, ob. cit. p. 79.

⁸⁸ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, ob. cit. p. 93.

⁸⁹ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, ob. cit. p. 84.

⁹⁰ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2006, ob. cit. p. 51.

⁹¹ Defensoría Penal Pública, Memoria Anual 2007, ob. cit. p. 42.

⁹² Esto no significa necesariamente que se trate de imputados que no tienen medidas cautelares en su contra, ya que existe un alto porcentaje de casos en los que se adopta la decisión final del mismo (ya sea que se dicte sentencia o se acuerde

De acuerdo a los datos proporcionados por la Defensoría Penal Pública⁹³ la distribución del tipo de medidas que se utiliza es bastante desigual. La tabla Nro. 13 resume la distribución de las medidas cautelares del artículo 155 del Código Procesal Penal aplicadas a los imputados atendidos por la Defensoría Penal Pública entre los años 2005 y 2007.

Tabla 13

MEDIDAS CAUTELARES DEL ART. 155 APLICADAS A IMPUTADOS ATENDIDOS POR LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA 2005-2007

Tipo Medida	% año 2005	% año 2006	% año 2007
Arresto domiciliario total	2,2	1,6	0,7
Sujeción a la Vigilancia	5,2	5,0	6,3
Presentarse ante juez	48,3	46,8	42,1
Arraigo Nacional	22,7	21,0	16,7
Prohibición de Asistir a Reuniones	0,3	0,4	0,3
Prohibición Visitar Lugares	3,1	3,1	3,1
Prohibición Comunicarse	1,1	0,7	0,6
Prohibición Acercarse a la Víctima	16,4	17,7	21,5
Obligación de Salir de Morada	0,7	2,0	3,0
Arresto Domiciliario Parcial	0,0	0,4	2,1
Arraigo Regional	0,2	0,9	2,6
Arraigo Local	0,0	0,4	1,1
TOTAL	100	100	100

Fuente: *Elaboración propia sobre la base de Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007.*

Según se puede observar, la medida que es lejos más utilizada por el sistema es la de presentarse ante el juez u otra autoridad que supera al 40% del total de las medidas en los tres años contenidos en la tabla. Le siguen el arraigo nacional, que el año 2007 presenta una baja importante y la prohibición de acercarse a la víctima que el mismo año tiene una subida porcentual relevante similar a la baja del arraigo. En un rango menor, con bastantes variaciones en el tiempo están las demás medidas. Se puede ver cómo han existidos cambios relevantes en el uso de la obligación de salir de morada, el arresto domiciliario total y parcial y los arraigos regional y local.

Un último tema que resulta interesante indagar es en relación a

una suspensión condicional del procedimiento) en la primera audiencia, por lo que la discusión de las medidas cautelares personales se hace innecesaria.

⁹³ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 30.

la eficacia de estas medidas. La evaluación de Baytelman y Duce concluía que existía bastante consenso entre los actores del sistema acerca de la efectividad de las mismas, en dicho época se estimaba que solo entre un 10% y un 20% de los casos existirían problemas de cumplimiento y que la mayoría de los casos problemáticos se daban respecto de imputados que tenían experiencia previa con el sistema de justicia criminal. Se constataba eso sí en dicha época una preocupación respecto a que la creciente acumulación de medidas cautelares de este tipo podría traducirse en una disminución de su efectividad en tanto no se organizara más sistemáticamente un sistema de control del cumplimiento de las mismas⁹⁴.

Nuevamente las estadísticas disponibles del sistema tienden a ratificar estos hallazgos. En efecto, los porcentajes de casos en los que formalmente ha existido una revocación de medidas cautelares del artículo 155 y sustitución por una prisión preventiva son bajos. Así, según los datos de los anuarios estadísticos interinstitucionales de un total de 22.749 imputados sometidos a medidas cautelares en el año 2004, solo en 500 casos se revocaron las medidas y fueron sustituidas por la prisión preventiva, es decir, un 2,19%⁹⁵. En el año 2005, de 30.349 imputados sometidos a medidas cautelares del artículo 155, solo en 452 casos ellas fueron revocadas y sustituidas por una prisión preventiva, es decir, en un 1,49% de los casos⁹⁶. El año 2006 de un total de 38.305 imputados sometidos a estas medidas cautelares, solo en 490 casos ellas fueron revocadas y sustituidas por una prisión preventiva, es decir, en un 1,27% de los casos⁹⁷. Con todo, cabe señalar que debiera existir otro porcentaje de casos en los que se revoca una de estas medidas cautelares y se sustituye por otra misma del artículo 155 pero más restrictiva. Lamentablemente no contamos con datos que nos permitan arrojar la magnitud y frecuencia con lo cual dicha situación se produciría. Tampoco disponemos de cifras o nuevos datos que nos informen acerca de estimaciones acerca de incumplimientos de estas medidas. Con todo, si nos parece posible constar que la preocupación acerca de la falta de existencia de un sistema de control más intenso respecto de estas medidas se ha mantenido en el tiempo y, en muchos casos, constituye un aspecto que debilita la utilización de las mismas en casos más complicados.

⁹⁴ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *ob. cit.* pp 197 a 201.

⁹⁵ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2004, *ob. cit.* pp 79 y 80.

⁹⁶ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2005, *ob. cit.* pp. 93 y 94.

⁹⁷ Véase Anuario Estadístico Interinstitucional 2006, *ob. cit.* pp. 84 y 85.

Como se puede observar, las cifras y antecedentes revisados permiten concluir que las medidas cautelares del artículo 155 se están utilizando intensamente por parte del sistema. La gran cantidad de medidas decretadas da cuenta que ellas estarían cumpliendo el objetivo de reemplazar a la prisión preventiva en algunos tipos de casos que, como se revisó en forma precedente, no estarían siendo objeto de esa medida extrema.

3.2.3. La situación de los detenidos en recintos penitenciarios

Como ya mencionamos, aun cuando no se trata de nuestro foco principal de estudio nos parece relevante detenernos muy brevemente en el impacto que habría tenido la reforma respecto a las personas privadas de libertad en calidad de detenidos en los recintos penitenciarios del país. Como se pudo observar en la tabla Nro. 1, hasta mediados de los años 1990 los detenidos representaban un porcentaje de alrededor de un 10% del promedio diario de reclusos en recintos penitenciarios. Dicha cifra bajó en la segunda mitad de dicha década a un promedio aproximado de 7,5% del promedio diario, lo que representaba en números absolutos un promedio diario cercano a los 2.000 detenidos en recintos penitenciarios.

Como tuvimos oportunidad de examinar en la tabla Nro. 7, esta realidad ha cambiado radicalmente con el nuevo sistema. En los años 2006 y 2007 el promedio diario de detenidos en recintos penitenciarios fue de un 0,6% del total de la población penitenciaria y esa cifra incluso bajó a un 0,2% de acuerdo a los datos disponibles de Gendarmería de Chile al 31 de julio y al 30 de septiembre de 2008. En números absolutos el promedio de detenidos en el año 2006 fue de 256, el 2007 de 266, el del 30 de septiembre de 2008 de 213.

Se puede observar que el impacto es de una magnitud importante. No obstante ello hay quienes han criticado las modificaciones legales realizadas en esta materia el año 2005 por ampliar las posibilidades que un detenido sea mantenido en recintos penitenciarios antes de su puesta a disposición de un juez, como también lo que consideran una interpretación muy flexible de los jueces de los casos en los que se podría dejar a una persona detenida en los recintos penitenciarios cumpliéndose la normativa vigente⁹⁸.

⁹⁸ Véase Jörg Stippel, ob. cit. p. 42.

3.2.4. Algunas cautelas respecto a los resultados generales:

La información empírica recopilada en la investigación es coincidente en mostrar un impacto muy significativo de la reforma en el uso de la prisión preventiva que significaría una mayor protección del derecho a ser tratado como inocente y una puesta en práctica del principio de excepcionalidad. Desde este punto de vista la reforma estaría cumpliendo de manera muy exitosa el objetivo de aumentar la protección de garantías individuales. Los resultados parecieran indicar que poco a poco se ha ido asentando una cultura de mayor respeto a la libertad individual entre los distintos actores del proceso, evitando que la prisión preventiva sea una respuesta automática a la persecución penal. En ese sentido los propios fiscales parecieran estar jugando un rol relevante en la selección de casos en los que ellos mismos están dispuestos a solicitar la prisión preventiva. Por otra parte, las medidas alternativas a la prisión preventiva se han utilizado en forma amplia constituyéndose en alternativas reales a la privación de libertad en un porcentaje importante de casos, lo que se traduce también en una menor utilización de la misma como principal respuesta del sistema para asegurar la realización del proceso.

Con todo, no nos parece todavía posible afirmar que estos avances representen una tendencia asentada en forma definitiva en el funcionamiento del sistema. Así, paralelamente a estos desarrollos conviven algunas prácticas propias de la lógica anterior a la reforma que han persistido con el nuevo sistema introduciendo todo tipo de distorsiones y problemas. De otra parte, es posible constatar que, más allá de las prácticas, el cambio intentado por la reforma se ha dado en un contexto político muy complejo para avanzar en la dirección original de la misma. Nos quisiéramos detener brevemente en algunas cuestiones del primer tipo ya que las del segundo serán objeto de análisis más detallado en la próxima sección.

Una primera cuestión relevante a mencionar fue un hallazgo consignado por el estudio de Baytelman y Duce⁹⁹ que se refiere a importantes niveles de automatismo en la decisión judicial respecto a la procedencia de la prisión preventiva en los casos más graves. Como señaló, existía una opinión consensuada en los actores entrevistados en dicho estudio daba cuenta que, tratándose de delitos con penas superiores a los cinco años de privación de libertad, la solicitud de prisión preventiva era concedida casi en la mayoría de

⁹⁹ Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. p. 194.

los casos, sin que existiera un debate real acerca de su necesidad y procedencia. Ello daba cuenta que todavía no se producía un cambio cultural profundo en fiscales y jueces al momento de solicitar y analizar la prisión preventiva. La adecuada protección del derecho a ser tratado como inocente debiera suponer que en todos los casos los jueces hagan un análisis intenso del cumplimiento de los requisitos y de la necesidad concreta de la prisión preventiva, el que pareciera no producirse en estas situaciones. No contamos con investigaciones posteriores sobre este tema que permitan reafirmar que dicha tendencia se ha mantenido. Sin embargo, nuestra percepción –basada fundamentalmente en evidencia bien anecdótica como lo es las capacitaciones que hemos realizado a decenas de fiscales y jueces los últimos dos años sobre el tema– nos indica que es bastante frecuente que con la sola invocación de la gravedad de la pena asignada a un delito jueces den lugar a prisiones preventivas dando por acreditado la necesidad de cautela “peligro para la seguridad de la sociedad”. Ello, como hemos visto, se ve ratificado al examinar las cifras de utilización de prisión preventiva en los delitos más graves. Se trata, entonces, de un área en donde es necesario tener más cautela respecto de los reales avances de la reforma.

Una segunda área problemática se refiere al rol que cumplirían las Cortes de Apelaciones en la materia. Así, en el estudio de Baytelman y Duce se menciona que las decisiones de las Cortes de Apelaciones en casos de apelación de la prisión preventiva estarían introduciendo algunas distorsiones a esta lógica de racionalización en el uso de la prisión preventiva¹⁰⁰. Se constata en dicho estudio que las Cortes en muchas hipótesis fallarían estas apelaciones con criterios muy apegados a la lógica del sistema inquisitivo. El problema principal sería que las Cortes revocarían las resoluciones que deniegan la prisión preventiva sobre la base de consideraciones o razonamientos cercanos a la lógica del Código anterior. Nuevamente, no disponemos de información actualizada que permita dar una imagen empírica de lo que ocurriría en estos últimos años con dicho tema, pero nuestra experiencia indica que no debiera haberse producido un cambio significativo en la materia. Ratifica esto, el hecho que una parte muy significativa de las reformas que se han realizado al Código –que analizaremos un poco más adelante– se basan precisamente en esta lógica, es decir, la de darle mayor poder a las Cortes de Apelaciones para revocar decisiones de los jueces de garantía de negativas al otorgamiento de la prisión preventiva.

¹⁰⁰ Idem pp. 194 y 195.

Un tercer aspecto que quisiéramos mencionar se refiere a la inexistencia de un sistema de control institucionalizado de cumplimiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Estas básicamente quedan entregadas a los controles administrativos que realizan las fiscalías, las que no necesariamente cuentan con los recursos y sistemas para hacer un adecuado seguimiento de las mismas. La falta de un sistema de control especial e intenso ha producido diversos debates acerca de la legitimidad en el uso de estas medidas, lo que en nuestra opinión debiera abordarse con cierta urgencia ya que a mediano plazo podría traducirse en un desprestigio de las mismas y naturalmente la utilización de la prisión preventiva como primer recurso frente a necesidades de cautela reales de un caso. Como veremos más adelante, la imagen que se ha instalado en parte de la opinión pública respecto a la situación de impunidad que se generaría por no decretarse la prisión preventiva no solo obedece a errores en la comprensión del público sobre la materia sino que también a una percepción de que, al menos en alguna medida, las otras medidas cautelares personales no garantizan el cumplimiento de sus fines por la falta de control estricto de las mismas.

En cuarto lugar, quisiéramos mencionar un aspecto sobre el cual ha llamado la atención la Defensoría Penal Pública en los últimos años. Se trata de los casos en los que existe prisión preventiva no obstante el imputado del delito termina en definitiva absuelto. La Defensoría constata que el año 2007 de los 2.203 imputados que tuvieron como único término de sus casos la absolución (esta cifra no considera a imputados que tuvieron al mismo tiempo absoluciones y condenas), un total de 300, es decir, un 13,3%, estuvo en prisión preventiva durante la tramitación de la causa. Este porcentaje sería similar al porcentaje de imputados condenados que estuvo en prisión preventiva en su proceso el mismo año (15,1%)¹⁰¹. La defensoría llama la atención sobre este fenómeno y urge observar esta tendencia a futuro e investigarla más a fondo para determinar si ella da cuenta de una eventual utilización de la prisión preventiva como pena anticipada en ciertos casos. Concordamos con esta preocupación y creemos que es indispensable observarla con cuidado. Aun

¹⁰¹ Véase Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico 2007, p. 31. Como el propio informe destaca es necesario tener presente que un gran porcentaje de las condenas es por delitos con penas bastante menores en donde la prisión preventiva no es procedente o en donde los fiscales no la solicitan. A ello agregamos el hecho que en muchos casos de condena dicha decisión se adopta en la primera audiencia (por ejemplo casos de procedimientos simplificados con reconocimiento de responsabilidad de parte del autor) en los que, como consecuencia, no se discute la procedencia de ninguna medida cautelar personal.

cuando el número absoluto de personas en esta situación sea bajo, se trata de casos con un alto impacto en las personas que se ven perjudicadas, sin que existan muchas posibilidades reales de reparación de los daños que ella causa.

Finalmente, nos parece necesario destacar que los importantes avances descritos se dan en un contexto, como hemos visto, en los que el número absoluto de imputados sometidos a prisión preventiva ha ido aumentando en el tiempo. Si bien parte de ese aumento se justifica como consecuencia del proceso de implementación gradual de la reforma, ese factor no sería tan significativo a partir del año 2006 en donde esta ya se encontraba funcionando en todo el país. Como hemos visto y volveremos en la próxima sección, este aumento aparece relativizado cuando se analiza en el contexto de las formalizaciones de investigación, las que se han incrementado paralelamente e incluso en mayor proporción que las prisiones preventivas. No obstante esto, es necesario estar alerta acerca de este incremento y observar con cuidado su relación con el aumento efectivo del sistema en su capacidad de persecución penal.

3.3. Las reformas a la reforma y su impacto en materia del uso de la prisión preventiva

Desde muy temprano el proceso de reforma fue objeto de críticas desde la perspectiva de la seguridad ciudadana¹⁰². Fundamentalmente a partir de algunos casos específicos que recibieron gran publicidad, se empezó a difundir la percepción de que en el nuevo sistema procesal muchos imputados quedaban rápidamente libres, lo que en general se equiparó a impunidad. Esto he generado presiones desde diversos sectores con la idea de introducir modificaciones al funcionamiento de la reforma, especialmente en materias vinculadas a las facultades policiales para detener y al uso de la prisión preventiva que son consideradas como los aspectos más sensibles desde el punto de vista de la opinión pública en términos de la capacidad del sistema para responder enérgicamente frente a

¹⁰² Sobre este punto ver Andrés Baytelman y Mauricio Duce, ob. cit. capítulo V “Reforma Procesal Penal y Seguridad Ciudadana” pp. 203 a 226. Puede verse también el conjunto de presentaciones expuestas en el seminario realizado el 25 de octubre de 2006 en la ciudad de Santiago denominado Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal, organizado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Fundación Paz Ciudadana y facultades de Derecho de la Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales, estas ponencias fueron publicadas en un documento de trabajo de las instituciones citadas de 22 p.

la comisión de un delito¹⁰³. En lo que sigue veremos cómo este proceso ha significado cambios relevantes a la regulación original del Código Procesal Penal en dichas materias e intentaremos evaluar el impacto que dichos cambios habrían tenido en el funcionamiento real del sistema. Obviamente nuestro foco estará en lo ocurrido en materia de prisión preventiva, sin perjuicio de mencionar de manera general los otros cambios introducidos a la regulación de las facultades policiales para realizar una detención.

3.3.1. Los cambios legales

Las críticas y debates públicos sobre la materia fueron rápidamente recogidos por los parlamentarios y han dado lugar a una serie de iniciativas de reforma orientadas en general a limitar las posibilidades de liberación de los imputados en las etapas iniciales del proceso. De todas estas iniciativas han sido tres las que han concitado mayor apoyo y que se han traducido en cambios importantes al régimen cautelar, esto es que regula la situación del imputado durante el proceso.

La primera de estas reformas tuvo lugar muy tempranamente, a inicios del año 2002, cuando aún el sistema no se implantaba en todo el país. Nos referimos a la Ley Nro.19.789 de fecha 30 de enero de 2002. Esta surgió como consecuencia de las recomendaciones emanadas del informe de una Comisión de Evaluación de la Implementación de la Reforma Procesal Penal establecida por el Ministerio de Justicia durante el segundo semestre del año 2001 con el objetivo de proponer algunas correcciones que perfeccionaran el sistema frente a algunos problemas que se había detectado en la puesta en marcha inicial del mismo¹⁰⁴. El informe propuso un conjunto de medidas, algunas de las cuales suponían modificaciones legales y otras no, que debían adoptarse para superar varios de los problemas detectados. Sobre la base de estas recomendaciones, el Ministerio de Justicia elaboró un proyecto de reforma que recogió componentes significativos de las propuestas y que fue presentado a tramitación legislativa el día 31 de octubre de 2001 al Senado¹⁰⁵. El proyecto proponía modifica-

¹⁰³ Una visión panorámica de los principales debates sobre la materia en el período 2000-2007 puede verse en Pamela Vergara, Registro Histórico de los Principales Debates Respecto a la Modificaciones de la Prisión Preventiva en los Últimos 10 Años, Trabajo de Seminario I Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2007, 94 p. (texto en poder de los autores).

¹⁰⁴ Véase, Informe Comisión de Evaluación, octubre de 2001, 35 pp., documento en formato electrónico en poder de los autores. Los miembros de dicha comisión fueron Carlos Valdivieso, Juan Enrique Vargas, Cristián Riego y Rafael Blanco.

¹⁰⁵ Véase, Mensaje Nro. 108-345 de 31 de octubre de 2001.

ciones en diversas materias, pero durante su tramitación parlamentaria se acotó y se redujo básicamente a los componentes vinculados con las facultades de intervención policial en el control de identidad (ampliación de esta facultad a hipótesis de faltas y establecimiento de facultades de revisar vestimentas, equipajes y vehículos de los controlados), las citaciones y las detenciones en casos de flagrancia (ampliando las facultades de detención a algunas faltas específicas del Código Penal) y el registro de lugares cerrados (simplificando el proceso para el registro). Se consideró que esa era el área más problemática que requería reformas urgentes ya que se estimó que derivado de un deficiente tratamiento de la delincuencia menor y de las facultades policiales en materia de orden público se generaban percepciones negativas de la reforma dentro de la comunidad que afectaban seriamente la percepción de legitimidad de la misma. El proyecto fue publicado en el *Diario Oficial* el 30 de enero de 2002 causando más de alguna polémica dentro de la comunidad jurídica¹⁰⁶. Como se puede apreciar, si bien esta reforma se enmarca dentro de la filosofía que ha cuestionado al diseño del nuevo régimen de prisión preventiva, definitivamente no lo afectó directamente sino que se refirió principalmente a las facultades de la policía para detener y controlar personas, las que se ampliaron con miras a resolver algunos problemas concretos que se habían producido.

En este escenario era posible esperar que no en mucho plazo más sí se realizaran modificaciones directas en la materia. Así, la segunda reforma relevante en la materia se produjo el año 2005 y su origen estuvo en un debate parlamentario en el que se criticó fuertemente la facilidad con que, según algunos parlamentarios, se otorgaba la libertad a imputados por parte de los jueces de garantía. Este debate se desarrolló fundamentalmente en el año 2003 a propósito de la postergación de la entrada en vigencia del nuevo sistema en la ciudad de Santiago. El nuevo sistema debía comenzar a operar en la capital del país a fines del año 2004 pero el gobierno planteó una postergación de seis meses debido principalmente al retraso de las obras del Centro de Justicia de Santiago, edificio que debía albergar a los órganos del nuevo sistema. A propósito de ese debate se abrió la polémica sobre la concesión de libertades, el que concluyó con el acuerdo de, por una parte, postergar la entrada del sistema en Santiago hasta el año 2005 y, por la otra, crear una comisión que analizara

¹⁰⁶ Una visión crítica del mismo puede verse en María Inés Horvitz y Julián López, *Manual de Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago 2002, pp. 591 a 609. Un debate que reproduce en parte la polémica puede verse la sección Contrapunto de la revista *Apuntes de Derecho* Nro. 9, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2002, pp. 32 a 34.

el funcionamiento del sistema y propusiera correcciones para resolver los problemas que se venían denunciando. La comisión se constituyó durante el año 2004 y al finalizar su trabajo elaboró un reporte que reafirmó los valores del sistema pero reconoció algunos problemas operativos en su funcionamiento, planteándose diversas recomendaciones para superarlos. Dichas recomendaciones incluían también aspectos que requerían o no requerían modificación legal¹⁰⁷. Algunas de esas recomendaciones fueron luego incorporadas a un proyecto de ley que después de una larga discusión se transformó en la Ley Nro. 20.074 de noviembre del año 2005. Esta se hizo cargo de varios aspectos del nuevo sistema, pero en materia de prisión preventiva introdujo dos cambios fundamentales: por una parte, se redujeron sustancialmente las hipótesis de exclusión de la prisión preventiva¹⁰⁸ referidas a delitos de penas bajas y a casos en los que el imputado pudiese verse favorecido en la sentencia con una medida alternativa a la privación de libertad¹⁰⁹. Por la otra, se suprimió la alusión explícita al principio de proporcionalidad como límite a la aplicación de la prisión preventiva¹¹⁰. En general, tanto las discusiones de la comisión de expertos como los debates del Congreso Nacional dan cuenta de que lo que se pretendió con estas modificaciones fue otorgarle a las regulaciones legales un sentido neutro frente a la prisión preventiva, quitándole reglas de contenido restrictivo que debían operar como criterios orientadores de la decisión de los jueces pero que, en muchos casos, se habían tendido a aplicar de forma automática, sin ponderar suficientemente las complejidades de cada caso, generando algunas decisiones de mucha notoriedad que producían una enorme deslegitimación del sistema¹¹¹. Con todo, también se trató de una modificación legal que generó bastante polémica en la comunidad jurídica¹¹².

¹⁰⁷ Véase, Informe de la Comisión Nombrada para revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal, diciembre de 2004, 70 páginas (documento en formato electrónico en poder de los autores).

¹⁰⁸ Letra a) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹⁰⁹ Letra c) del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹¹⁰ Inciso primero del artículo 141 original del Código Procesal Penal.

¹¹¹ Ejemplificar de esta lógica es parte del Mensaje del Ejecutivo con el que se envió el proyecto de ley que dio origen a esta reforma. En este señalaba que: "De allí es que, para cumplir con dicha finalidad, en el presente proyecto de ley se plantean las siguientes reformas legales: a. Perfeccionamiento de la regulación de la prisión preventiva, distinguiendo de mejor manera las causales que la hacen improcedente, de modo de evitar una automatización en su interpretación, en desmedro de la calidad cautelar de esta medida." Véase Mensaje 440-350 de 22 de enero de 2004 presentado por el Presidente de la República a la Cámara de Diputados.

¹¹² Por ejemplo véase Javier Castro, *Introducción al Derecho Procesal Penal Chileno*, Legal Publishing 2008, p. 292.

Las modificaciones brevemente descritas no tuvieron el efecto de aplacar el intenso debate en los medios de comunicación ni en la clase política acerca de los problemas de impunidad que generaría la reforma procesal producto del tratamiento excesivamente liberal que supuestamente se daba en materia de prisión preventiva. Es así como en un contexto de intenso debate público sobre la materia¹¹³, en donde se caracterizaba al sistema con la imagen de una puerta giratoria¹¹⁴, se gestó una nueva modificación al régimen de las detenciones y la prisión preventiva. Esta tercera modificación, mucho más reciente, estuvo constituida por la Ley Nro. 20.253 publicada el 14 de marzo de 2008. Ella se aprobó en el marco de un acuerdo político llamado “agenda corta antidelinuencia”, que como mencionábamos se produjo en el contexto de la renovación del debate acerca de la concesión de libertades por parte de los jueces de garantía¹¹⁵. Esta ley introdujo modificaciones sustanciales a la regulación de la prisión preventiva en Chile como también algunas otras de importancia en materia de control de identidad (se redefinió la hipótesis de procedencia y se aclaró el vínculo entre control de identidad y detención por flagrancia) y detención por flagrancia (se aumentó la flagrancia a un tiempo de 12 desde la comisión del delito en algunas de las hipótesis reguladas en el artículo 129 del Código Procesal Penal).

Probablemente la reforma más importante incluida en esta ley está constituida por el nuevo inciso cuarto de la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal. En esta nueva redacción se plantea lo que podría ser entendido como una presunción de peligro para configurar la necesidad de cautela de “peligro para la seguridad de la sociedad”, en varias hipótesis que se describen: cuando el delito tenga pena de crimen; cuando el imputado tenga condenas anteriores por delitos de igual o mayor pena; y, cuando el imputado

¹¹³ Así, por ejemplo durante el segundo semestre de 2005 el FICED (Oficina de Fiscalización del Delito) dio a conocer públicamente un informe en el que se criticaba el criterio judicial que se traducía en opinión de los autores en uso bajo de la prisión preventiva en los Delitos de Tráfico de Drogas. Véase FICED, Estudio sobre las Investigaciones de Tráfico de Drogas realizada en la Zona Poniente de Santiago desde la Entrada en Vigencia de la reforma procesal penal, 6 p. Este documento fue originalmente publicado en www.emol.com una copia electrónica se encuentra en poder de los autores.

¹¹⁴ Con una mirada crítica y resumiendo este debate puede verse Mauricio Duce, Mirando Alrededor de la Puerta Giratoria, *El Mostrador*, 10 de julio de 2006.

¹¹⁵ Véase Acuerdo Político Legislativo en Materia de Seguridad Ciudadana, de 26 de noviembre de 2007, firmado por representantes de todos los sectores políticos (documento de 13 p. en formato electrónico en poder de los autores).

se encontrare bajo una medida cautelar, una medida alternativa al cumplimiento de la pena o gozando de algún beneficio de liberación anticipada en el cumplimiento de una pena¹¹⁶.

Si bien el sentido de esta norma no es completamente claro y podría ser comprendida de manera más flexible, es indudable que representa un intento bastante claro por reintroducir un régimen de inexcusabilidad como los que existieron hasta antes de las reformas de los años setenta y ochenta. No se pudo ser más explícito en la redacción del texto debido a que ello chocaría frontalmente con las disposiciones constitucionales vigentes que impiden un régimen de inexcusabilidad.

¹¹⁶ La redacción del nuevo artículo 149 quedó como sigue: "Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieran presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitieran al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieran presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes."

El otro retroceso fundamental que esta ley plantea está en la norma del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, la que establece, para un catálogo de delitos de cierta gravedad¹¹⁷, que la apelación de la resolución del juez de garantía que niega lugar a la solicitud de prisión preventiva, produce efecto suspensivo y en consecuencia el imputado debe permanecer privado de libertad hasta que la corte de apelaciones resuelva el recurso¹¹⁸. Esta regla pretende reinstalar una práctica tradicional del sistema inquisitivo de acuerdo con la cual era la Corte de Apelaciones y no el juez de primera instancia la que resolvía la prisión preventiva, estimándose en general que estos tribunales superiores tienen criterios más duros y más vinculados con el sistema inquisitivo en el sentido de vincular el procesamiento de una persona a su privación de libertad. Se trata de una modificación que ha sido cuestionada constitucionalmente en varios casos ante el Tribunal Constitucional. En los primeros casos el Tribunal Constitucional rechazó los requerimientos en sede de admisibilidad sin pronunciarse sobre el fondo de los mismos¹¹⁹. Con todo, unos días después el Tribunal Constitucional declaró admisible el requerimiento presentado por el Juez de Garantía Patricio Rondini (causa rol 1065-08). Este caso ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional por sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2008 por medio de la cual se rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad, tanto por considerarse que no impugnaba una norma aplicable a un caso concreto sino más bien se trataba de una impugnación en abstracto, como por entender que dicha norma no afectaba derechos fundamentales en caso de ser aplicada¹²⁰.

¹¹⁷ Se trata de los delitos de secuestro, sustracción de menores, violación propia e impropia, parricidio, homicidio simple y calificado y robos con violencia e intimidación.

¹¹⁸ La redacción del nuevo inciso segundo del artículo 149 quedó como sigue: "Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley Nro. 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados".

¹¹⁹ Se trata de varios requerimientos presentados por jueces de garantía que el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles por razones formales sin pronunciarse sobre el fondo del asunto (véase resoluciones del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 2008 causas rol Nro. 1057-08 y 1060-08).

¹²⁰ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2008 en

En su conjunto, los cambios al régimen de la prisión preventiva introducidos por la reforma de “agenda corta” han sido ácidamente criticados por la escasa doctrina que ha escrito sobre la materia en estos breves meses. Así, se ha señalado que ellos producirían un “...notorio cercenamiento a las garantías que rodeaban, inicialmente, al modelo procesal penal implementado en Chile a contar del año 2000”¹²¹.

3.3.2. El impacto de las reformas a la reforma

Como se ha podido apreciar, en los casi ocho años de vigencia del nuevo sistema procesal penal se ha ido produciendo un lento cambio al régimen original establecido en el nuevo Código Procesal Penal en materia de prisión preventiva. Sin perjuicio que la técnica legislativa utilizada en la elaboración de dichos no haya sido la más depurada (que ha hecho que muchos cambios sean bastante ambiguos en su redacción y alcance) y de los límites que el legislador ha tenido para avanzar en cambios más radicales, se ha ido produciendo un claro fenómeno de “endurecimiento” del sistema para permitir más fácilmente el uso de la privación de libertad en el proceso o para impedir el otorgamiento de la libertad. Pero más allá de lo anterior, se ha consolidado un medio ambiente de presión pública para los jueces en el ejercicio de sus facultades para decidir la procedencia de una prisión preventiva. Esto hace que sea muy difícil medir en qué porcentaje el comportamiento actual de los jueces se ha moldeado por las nuevas disposiciones legales o simplemente por tener un menor “espacio social” para decidir sobre la libertad de las personas. Con todo, los problemas no se quedan solo en eso, sino que los datos estadísticos disponibles dificultan bastante la obtención de conclusiones muy definitivas en la materia. Pensemos que la reforma de la “agenda corta” solo lleva algunos meses con lo cual cualquier análisis estadístico a esta altura podría arrojar resultados muy poco confiables.

El único estudio disponible que ha intentado evaluar el impacto de estos cambios legislativos se detuvo centralmente en el impacto que habría tenido la Ley Nro. 20.074 de noviembre del año 2005¹²². En

causa rol 1065-2008. La sentencia cuenta con voto de minoría del magistrado Correa Sutil quien estuvo por aprobar el requerimiento de inconstitucionalidad.

¹²¹ Véase Javier Castro, ob. cit. p. 41.

¹²² Véase Verónica Venegas y Luis Vial, Boomerang: Seeking to Reform Pretrial Detention Practices in Chile, en Pretrial Detention, Justice Initiaves Open Society, Spring 2008, pp. 44 a 56.

sus conclusiones, los autores señalan que, haciendo un análisis del porcentaje mensual de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva entre los meses de noviembre de 2004 a noviembre de 2006, contrario a lo que se podría esperar por el cambio introducido por la reforma de 2005 el porcentaje de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva se mantuvo estable¹²³. Con todo, se detecta paralelamente un fenómeno de incremento del total de personas objeto de formalizaciones de investigación y, en consecuencia, un aumento del número total de personas sometidas a prisión preventiva¹²⁴. Finalmente, consideran el porcentaje de sujetos a prisión preventiva por tipo de término del caso comparando el año anterior a la reforma y el posterior, sin que se puedan apreciar variaciones porcentuales relevantes¹²⁵. A modo de conclusión se señala que, sin perjuicio de la dificultad de dar opiniones fuertes sobre la materia, el comportamiento del sistema en el uso de la prisión preventiva pareciera ser acorde con sus principios básicos de ser una medida de carácter excepcional. Los autores especulan acerca de las explicaciones de estos resultados, señalando que ellos podrían deberse tanto a falta de espacios en recintos penitenciarios, como incapacidad de los fiscales para poder perseguir más intensamente todos los casos. Estas explicaciones no nos parecen muy persuasivas, por ejemplo porque de hecho el sistema ha ido mostrando cada vez más capacidad de procesar más casos (aumento en las formalizaciones). Se agrega una tercera explicación que nos hace más sentido, al constatare que la opinión de los principales actores del sistema entrevistados sugiere que más allá de los intentos de contrarreforma ellos han internalizado una lógica consistente con los valores que justificaron el cambio que no se vería modificada sustancialmente a pesar de las reformas legales¹²⁶.

Nuestro propio análisis de las estadísticas posteriores a la reforma del año 2005 arroja resultados similares a los del estudio ya citado. Los únicos años en que podemos analizar la evolución del total de personas sometidas a prisión preventiva a nivel nacional son los años 2006 y 2007. Hasta antes de dicho período, derivado de la entrada en vigencia gradual del sistema, las cifras nacionales no son comparables. De acuerdo a las cifras del Ministerio Público, el total de prisiones preventivas otorgadas el año 2006 fue de 18.682 y el

¹²³ Idem pp. 52 y 53.

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ *Ibíd.* p. 54.

¹²⁶ *Ibíd.*

año 2007 de 22.083, es decir en donde se produjo un aumento de 18,2%¹²⁷. Sin embargo, como hemos visto en la tabla Nro. 5, esto se produce en un contexto en donde el porcentaje de imputados formalizados subió un 27,7% entre los años 2006 y 2007 y en donde el porcentaje de prisiones preventivas del total de imputados formalizados bajó de un 15,8% a un 15,1%. Además de ello, el promedio diario de imputados presos en recintos penitenciarios se mantiene relativamente estable ambos años e incluso con tendencia a la baja según se apreció en la tabla Nro. 7. Estas cifras dan cuenta que el aumento en el uso de prisión preventiva se asocia también a un aumento en la capacidad de persecución penal del sistema, lo que impide sacar muchas conclusiones sobre el impacto de las reformas del año 2005.

Para efectos de mostrar el comportamiento y evolución de la prisión preventiva en un plazo más largo y detectar allí algún patrón de comportamiento del sistema hemos escogido observar qué es lo que ha ocurrido entre los años 2004 y 2007 en algunas regiones del país que nos parecen de especial interés para esta observación. En primer lugar, analizamos las dos primeras regiones en donde se puso en marcha el nuevo sistema, las que podrían dar cuenta de una práctica ya estabilizada en la materia al llevar casi ocho años de funcionamiento. Las tablas 14A y 14B muestran el número de imputados formalizados en dichas regiones y el número de imputados sometidos a prisión preventiva. Se agrega además un dato que cuantifica la variación porcentual de dichos números en el período.

Tabla 14A
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES PREVENTIVAS DECRETADAS IV REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	2.292	689	30,0
2005	2.695	501	18,6
2006	2.780	597	21,5
2007	4.208	509	12,1
Variación % período	183,6	- 26,2	- 59,6

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

¹²⁷ Datos obtenidos de Ministerio Público, Boletín Estadístico Primer Semestre 2008, p. 43.

Tabla 14 B
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS IX REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	4.205	904	21,5
2005	4.176	1.076	25,7
2006	7.227	1.324	18,3
2007	8.895	1.589	17,8
Variación % período	211,5	175,8	- 17,2

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Tres observaciones nos parecen relevantes de estos datos. En primer lugar, en ambas regiones se ha producido un aumento consistente del número de imputados a quienes se les ha formalizado una investigación en su contra. En la IV Región dicho aumento representa un 183,6% entre el 2004 y el 2007 y en la IX Región de un 211,5%. En segundo lugar, en ambas regiones ha existido un proceso consistente de disminución del porcentaje de imputados formalizados sometidos a prisión preventiva. Finalmente, en donde existe discrepancia es en relación al número de imputados sometidos a prisión preventiva. En la Cuarta Región el año 2007 hubo un 26,2% menos que el año 2004 y también bastante menos que el año anterior. En cambio en la IX Región también se ha dado un incremento en el uso de la prisión preventiva que llega a un 175,8% entre 2004 y 2007, apreciándose que se trata de un proceso paulatino en todos esos años. Con todo, debe anotarse que se trata de un crecimiento inferior al experimentado por el total de imputados formalizados, lo que explica que en el tiempo el porcentaje de imputados formalizados a prisión preventiva haya ido bajando.

Como se puede apreciar estos datos dificultan cualquier opinión sobre el impacto de las reformas en análisis. Un segundo grupo de regiones escogidas son la V y VIII Región. Se trata de las regiones de más grande tamaño después de la Región Metropolitana, por lo que ese factor las diferencia de la IV y IX. En ambas regiones la reforma entró en vigencia en diciembre de 2003, por lo que las tablas 15A y 15B dan cuenta de lo ocurrido en la materia prácticamente desde el inicio de la reforma en ambas.

Tabla 15 A
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS V REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	7.730	1.198	15,5
2005	10.949	1.087	9,9
2006	13.907	2.062	14,8
2007	16.295	2.203	13,5
Variación % período	210,8	183,9	- 13

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Tabla 15 B
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES
PREVENTIVAS DECRETADAS VIII REGIÓN AÑOS 2004-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2004	6.123	1.204	19,6
2005	8.442	1.668	19,7
2006	11.781	1.484	12,6
2007	15.983	1.601	10,0
Variación % período	261	133	- 49

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2004, 2005, 2006 y 2007.

Nuevamente se pueden observar algunos resultados consistentes en ambas regiones. En primer lugar, en las dos ha existido un incremento significativo y constante del total de imputados formalizados. En la V Región la variación porcentual del período es de un 210,8% y en la VIII de un 261%. En ambas también se produce un fenómeno similar con el número de prisiones preventivas otorgadas. En la V Región la variación porcentual del período es de un 183,9% y en la IX de un 133%. Por lo mismo, se puede concluir nuevamente que si bien se produce un aumento importante en el número de prisiones preventivas otorgadas, se trata de un crecimiento muy por debajo del aumento del sistema en su capacidad de perseguir a más imputados. Ello se refleja que en ambas regiones la relación porcentual entre imputados y prisiones preventivas haya disminuido en el período en porcentajes significativos.

Finalmente quisimos tomar por separado a la Región Metropolitana, que por su tamaño representa cerca del 40% del trabajo del sistema

y que, por lo mismo, en el evento de presentar cifras muy distantes a las anteriores podría afectar los promedios nacionales. La tabla Nro. 16 presenta los resultados de esta región en los dos únicos años en que la reforma ha funcionado el período completo.

Tabla 16
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES PREVENTIVAS DECRETADAS REGIÓN METROPOLITANA AÑOS 2006-2007

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
2006	42.005	8.110	19,3
2007	54.797	7.789	14,2
Variación % período	130,4	- 4,0	- 26,5

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público 2006 y 2007.

Según se puede apreciar, se mantiene la misma tendencia registrada en el resto de las regiones en relación al aumento del número de imputados formalizados y de disminución de la relación proporcional entre estos y el número de prisiones preventivas otorgadas. Pero a diferencia de las otras regiones, con excepción a la IV Región, el número de prisiones preventivas otorgadas baja un 4% entre el año 2006 y 2007.

Pensamos que una hipótesis probable que pueda explicar este escenario a la ya indicada sobre la internalización de ciertos principios en los actores del sistema, tiene que ver con el hecho que las reformas del año 2005 no afectaron de manera significativa una situación de hecho que se había consolidado con anterioridad en la reforma. En efecto, tal como hemos visto, para ciertas categorías de delitos más graves el sistema ya funcionaba con cierto nivel de automatismo, sin necesidad que se reformaran las disposiciones del Código. Por tanto, lo que hizo la ley fue simplemente reafirmar una práctica instalada y, por lo mismo, no produjo grandes cambios en los resultados estadísticos del sistema.

Como apuntábamos anteriormente, más difícil resulta aún evaluar el comportamiento del sistema con posterioridad a la entrada en vigencia de la “agenda corta” el día 14 de marzo del año 2008. Las cifras disponibles del Ministerio Público más recientes solo cubren el primer semestre de este año por lo que se trata de un período en donde solo un poco más de la mitad de los meses incluidos pudieron verse afectados por los cambios legales. En la tabla Nro. 17 comparamos

las cifras nacionales de imputados y prisiones preventivas otorgadas en los primeros semestres de cada año para ver si es posible identificar algún cambio en las tendencias observadas anteriormente que pudieran explicarse como consecuencia de esta última reforma.

Tabla 17

EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE IMPUTADOS FORMALIZADOS Y PRISIONES PREVENTIVAS DECRETADAS A NIVEL NACIONAL PRIMER SEMESTRE 2007- PRIMER SEMESTRE 2008

Año	Nro. imputados formalizados	Nro. Prisiones preventivas	% PP sobre formalizaciones
Primer semestre 2007	71.656	9.712	13,5
Primer semestre 2008	91.772	12.110	13,2
Variación % período	128,0	124,7	- 3,3

Fuente: Elaboración propia sobre base Boletines Estadísticos del Ministerio Público Primer semestre 2007 y Primer semestre 2008.

Se puede observar que las tendencias generales identificadas a nivel nacional como en las distintas regiones analizadas separadamente se mantienen en los datos presentados en esta tabla. Se produce un incremento del número de imputados formalizados y de las prisiones preventivas otorgadas, pero una baja en la relación porcentual entre ambas. Tal vez si la única diferencia que es posible notar es que el crecimiento porcentual en las prisiones preventivas otorgadas se asemeja mucho más al del total de imputados, lo que hace que la baja porcentual entre estas dos variables sea menor a la vista como tendencia general a nivel nacional entre los años 2006 y 2007. Esto podría dar cuenta de un impacto que estaría teniendo la “agenda corta” en aumentar el uso de la prisión preventiva. Con todo, se trata de un dato demasiado preliminar como para extraer alguna consecuencia muy definitiva.

Complementa a lo anterior los datos de la Defensoría Penal Pública al tercer trimestre de 2008. Así, al mes de septiembre de 2008 se observa un incremento de la existencia de imputados en prisión preventiva con respecto a la situación del mes de marzo del mismo año (período de entrada en vigencia de la agenda corta). En efecto, en el mes de marzo un 12,6% del total de imputados vigentes atendidos por la Defensoría Penal Pública estaba en prisión preventiva, en tanto a septiembre dicho porcentaje aumentó a un 13,5%¹²⁸. Si

¹²⁸ Defensoría Penal Pública, Informe Estadístico Trimestral Período julio-septiembre 2008, pp. 20 y 21.

bien se constata que la tendencia al alza proviene desde enero de 2008, el crecimiento se acelera a partir del mes de julio del mismo año. Esto lleva a concluir en palabras de la Defensoría que este aumento "... probablemente esté relacionado con las reformas legales realizadas a través de la Ley 20.253 también denominada agenda corta antidelinuencia"¹²⁹.

Como puede apreciarse todo indica que la agenda corta estaría teniendo un impacto en el aumento del uso de la prisión preventiva, pero se necesita un espacio mayor de tiempo para verificar si este incremento se consolida.

Junto con un mayor uso de la prisión preventiva un impacto posible que podría esperarse de las reformas de la "agenda corta" se refiere a una mayor extensión temporal de un porcentaje de las detenciones de personas respecto las cuales el Ministerio Público ha formalizado la investigación, solicitado la prisión preventiva en su contra que ha sido denegada y a apelado. Como vimos, el nuevo artículo 149 inciso segundo establece que en dichos casos la persona detenida queda en ese estado mientras la Corte de Apelaciones no resuelva en definitiva la solicitud de prisión preventiva. Esto debiera llevar a alargar las detenciones en estos casos al menos en 24 o 48 horas, lo que podría tener un impacto en los flujos de detenidos que pasan por recintos penitenciarios. En este sentido, las cifras de Gendarmería de Chile del 31 de julio de 2008 que revisamos en tabla Nro. 9 da cuenta de un aumento del promedio diario de detenidos en ese mes que supera en más del doble al promedio del año 2007. Esto podría indicar nuevamente un impacto de la "agenda corta", pero de nuevo se trata de un dato muy preliminar como para concluir algo definitivo. De hecho los datos del 30 de septiembre de 2008 vuelven a los rangos del promedio de los años anteriores. Es necesario esperar más tiempo y contar con mayores datos para ver si efectivamente la "agenda corta" estaría produciendo un cambio significativo en este tema.

3.3.3. El panorama futuro

Para finalizar, creemos que vale la pena enfatizar la importancia de algunas tendencias que se vienen manifestando y los efectos que su proyección en el tiempo pudiera acarrear.

¹²⁹ Idem p. 21.

La primera de ellas es la persistencia de la percepción crítica de los medios de comunicación y de la clase política sobre la concesión de la libertad durante el proceso. A diferencia de lo que pudiéramos haber pensado en otro momento, pareciera ser que esa tendencia es bastante independiente de los cambios experimentados en la realidad del funcionamiento del sistema, dado que no se apacigua de ningún modo frente a la evidencia de la mayor represividad que se viene manifestando desde el inicio mismo del nuevo sistema procesal. La comisión de cada nuevo delito que genera impacto en la ciudadanía produce la repetición de la crítica acerca de que el sistema judicial es una “puerta giratoria” por la que circulan los delincuentes. Todo esto con prescindencia de las características específicas del caso y con la existencia o no de errores o problemas específicos del sistema vinculados a él. A lo anterior se suma el hecho que en algunos pocos casos se cometen errores o se toman decisiones muy polémicas que producen un efecto muy deslegitimador del funcionamiento del conjunto del sistema porque son percibidas como la forma regular de funcionamiento del mismo.

En este contexto, pareciera claro que la demanda por mayor dureza continuará y dado el vigor legislativo que hasta ahora han demostrado sus propulsores. Es de esperar que haya nuevas expresiones de contrarreforma crecientemente contradictorias con los objetivos originales del sistema y que puedan terminar por diluir todos los progresos alcanzados.

Parece entonces urgente buscar los mecanismos para lograr establecer una comunicación más efectiva del funcionamiento del sistema frente a la comunidad al mismo tiempo que algunas herramientas que permitan evitar las conductas de los operadores del sistema que más lo deslegitiman frente a la ciudadanía. Para esto se requiere tener mucho mayor información acerca del funcionamiento del sistema que permita detectar los problemas específicos que se generen y diseñar soluciones concretas y adecuadas para cada uno de esos problemas (en algunos casos serán soluciones de gestión, en otras de capacitación, etc.)

La segunda cuestión que vale la pena resaltar es que todo este debate se da en el marco de un enorme aumento de la cantidad de casos conocidos por el sistema y al mismo tiempo de la capacidad del mismo para resolverlos. Esto, a su vez, se ha traducido en un aumento sustancial de las sentencias condenatorias y de aquellas que determinan la imposición de una pena privativa de libertad. Es por esto que, a pesar de que el número absoluto de personas que

sufren la prisión preventiva se ha mantenido relativamente estable –aunque con pequeñas bajas absolutas y en proporción a los habitantes–, su participación en el conjunto del sistema ha disminuido significativamente, lo que podemos en general considerar como un logro que es necesario preservar.

En tercer lugar, cabe resaltar que este logro ha estado especialmente vinculado a la reducción en el uso de la prisión preventiva en los delitos de menor gravedad. En los de mayor gravedad en cambio, no ha habido mayores transformaciones porque desde un inicio del nuevo sistema se tendió a hacer una aplicación relativamente generalizada de la prisión preventiva. Esta tendencia de la práctica se ha fortalecido hoy con los cambios legales y con la presión pública que han establecido un virtual régimen de inexcusabilidad para los delitos de penas de crimen (más de cinco años de privación de libertad).

En un contexto de adversarialidad, la situación descrita puede generar nuevos problemas que vale la pena identificar e investigar. Uno de ellos es la posibilidad de que esto genere incentivos para los fiscales en el sentido de imputar delitos más graves con el fin de conseguir la prisión preventiva, aunque luego en el juicio se revele la situación real de mucho menor entidad del delito realmente cometido. La otra situación que es necesario monitorear es la de que personas inocentes estén siendo sometidas a períodos importantes de prisión preventiva dada la rigidez que esta situación genera y el poco margen que se deja al juez para el manejo de situaciones dudosas o en que la prueba del supuesto material si bien puede ser suficiente para cumplir los estándares formales puede dejar márgenes de duda importantes.

Por último, hay que resaltar que la falta de abordaje sistemático de la cuestión del control de las medidas alternativas a la prisión preventiva, y más en general de la falta de control del cumplimiento de las resoluciones judiciales distintas de las que ordenan la privación de libertad, esta determinando que se consolide una situación en la cual la única respuesta cierta y creíble del sistema es la privación de libertad. Esta situación genera que todos los incentivos, tanto de los actores del sistema como los externos a él estén ordenados hacia el debate sobre la privación de libertad como una cuestión verdaderamente relevante. De allí parece previsible que si el actual estado de cosas se mantiene es probable que el progresivo aumento del uso de la privación de libertad continúe en los diversos niveles en que se manifiesta.

LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL EN COLOMBIA

DIRECCIÓN: MILDRED HARTMANN ARBOLEDA*

COINVESTIGADOR: WILSON ALEJANDRO MARTÍNEZ SÁNCHEZ**

I. INTRODUCCIÓN

A partir del año 2005 entró en vigencia en Colombia el sistema acusatorio. El proceso que lo hizo posible se inició con la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, que –en lo fundamental– modificó la regulación constitucional de las funciones de la Fiscalía General de la Nación, de un modo que fuera compatible con la estructura del sistema acusatorio. Dicha reforma constitucional fue desarrollada por la ley 906 de 2004, el actual Código de Procedimiento Penal, que ha entrado en vigencia de manera gradual en el país. Al cierre de este informe (enero de 2009), el sistema se encuentra en vigencia en la totalidad del territorio nacional.

Uno de los propósitos que impulsaron la introducción del sistema acusatorio en Colombia fue la necesidad de un verdadero respeto por las garantías fundamentales reconocidas en la Constitución y los tratados internacionales. Entre ellas, la libertad jugó un rol importante dentro del discurso que impulsó la reforma. En concreto, el hecho de que la decisión sobre la detención preventiva fuera de competencia del fiscal a cargo del caso, había generado críticas

* Colombiana. Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho Penal y Proceso Penal de la Universidad Diego Portales en Santiago de Chile. Fue corredactora del Anteproyecto de Código de Procedimiento Penal que instaló en Colombia el sistema acusatorio, y posteriormente Directora de Programas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Actualmente es consultora para Colombia de dicho Centro, profesora de la Universidad de los Andes en Bogotá y se dedica al litigio y la investigación. mildred@hartmannortiz.com

** Colombiano. Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Investigación Criminal (EGSAN). Curso de Especialización en Operaciones Bursátiles (CESA, INCOLDA, BVC). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Pompeu Fabra y Universidad de Barcelona). Becario, profesor y coordinador del área penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. wmartine@urosario.edu.co

de importantes sectores de la academia y las ONGs desde hacía tiempo. El proceso de aumento de las exigencias para detener preventivamente a un ciudadano se inició en la Constitución de 1991, avanzando por un firme camino trazado por la jurisprudencia constitucional, y produjo varios cambios legislativos, que culminaron con la expedición del Código acusatorio de 2004.

Es claro además que entre los diversos propósitos de la reforma, el respeto por la libertad es de los que menos resistencia produjo, por contraste con el propósito de hacer más eficiente la justicia, que suele encontrar algunos opositores de pensamiento de izquierda. El respeto por la libertad, en cambio, no encontró resistencia entre la academia, ni siquiera entre los políticos. De esta forma, no cabe duda que poner en práctica las exigencias de respeto por el derecho a la libertad formó parte del discurso programático en pro de la reforma. Se hace entonces necesario tomar este aspecto como uno de los indicadores que deberán señalar si el proceso de reforma ha cumplido con sus promesas o no.

Por otra parte, este proceso vivido en Colombia no es aislado; a la fecha, quince países de la región latinoamericana han realizado procesos de reforma con idearios similares, y en ellos, respetar la libertad y poner en práctica el carácter excepcional de la detención preventiva¹ ha sido uno de los propósitos más importantes y menos discutidos al momento del diálogo acerca de su conveniencia. Ello hace posible, no solamente evaluar si el proceso colombiano ha cumplido las expectativas, sino también cómo se compara el efecto producido sobre el régimen de libertad respecto de otros países insertos en este proceso regional.

Con estos fundamentos, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas ha emprendido la realización de un estudio comparativo acerca del funcionamiento de la detención preventiva en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Guatemala. El propósito es establecer si, en efecto, la reforma en estos países ha cumplido su promesa, y en caso de hallar dificultades, si estas se han presentado también en los demás países o no. El presente informe pretende entregar información que permita evaluar la situación en Colombia en relación con este propósito de la reforma procesal penal, de manera que resulte comparable con los demás países mencionados.

¹ Cfr. artículo 9.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para conseguir lo señalado, iniciaremos por describir la situación de la libertad en Colombia antes de la reforma; luego, mostraremos los elementos de la reforma como tal, relacionados con el régimen de libertad; a continuación, analizaremos cuál fue el efecto que la entrada en vigencia de la reforma produjo respecto del régimen de la libertad, así como las repercusiones de ese impacto sobre el ideario inicial reformista, para finalmente indicar lo que parecieran ser las perspectivas del tema a futuro.

En cuanto a la metodología utilizada, hemos echado mano de tres fuentes de información: la observación de audiencias de detención preventiva, la realización de entrevistas a fiscales y defensores del sistema, y el análisis de la información estadística. La muestra analizada estuvo compuesta por 13 audiencias de garantía; se entrevistó a 15 fiscales y a 8 defensores, 4 públicos y 4 privados. En cuanto a la información estadística, se tomaron en cuenta cifras de la Fiscalía General de la Nación y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC (se indica la fuente estadística en cada caso). Para la consecución de la información estadística, agradecemos el apoyo del doctor Jaime Enrique Granados Peña y de la Corporación Excelencia en la Justicia.

II. LA SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA

El régimen de la libertad ha sufrido profundas transformaciones en la historia reciente de Colombia. A continuación abordaremos de manera muy resumida este tema, pero antes de entrar en él, debe aclararse cuál era el objeto de análisis y preocupación académica. Y es que la legislación tradicional en Colombia usualmente contenía una lista de delitos para los cuales era procedente imponer la medida de aseguramiento. Es posible que se tuviese la intención de, precisamente, limitar la aplicación de la medida, que resultaría excluida para los delitos que no se encontraran allí mencionados. Y sin duda, alguien investigado por un delito excluido de la lista, tenía la garantía efectiva de no ser sometido a detención preventiva. Para esos casos, la lista era una garantía. El problema se presentaba con los delitos que sí estaban incluidos en la lista, porque en esos casos, el mensaje que llegaba al funcionario judicial era que no hacía falta ningún análisis ulterior sobre la medida de aseguramiento, sino que constatado que el imputado era investigado por una conducta que permitía la detención, ésta se aplicaba automáticamente. De esta forma, la práctica llevó a que quienes resultaban investigados por un delito de la mencionada lista, eran tratados como culpables

durante el proceso y privados de la libertad de manera casi automática, constituyendo la detención preventiva más bien una pena anticipada. Esta forma en que la regulación se aplicó en la realidad era fuertemente criticada por la academia y los defensores privados en general.

La discusión sobre la libertad y el efecto de pena anticipada que se generaba en el sistema, se unió con la discusión sobre la introducción del sistema acusatorio en Colombia, fruto de un proceso de debate académico y político, cuyos primeros orígenes pueden encontrarse en la Constitución de 1991², pero que empezó a generalizarse hacia 1997. Un sector de la academia se hizo cargo de difundir la discusión acerca de la introducción en Colombia del sistema acusatorio de procesamiento criminal, en sintonía con un movimiento regional en la misma vía.

Sintetizando ambos elementos, es posible identificar, a partir de 1991, un proceso de progresivo endurecimiento de los requisitos para imponer a una persona la detención preventiva. La primera señal de este proceso se encuentra en la propia Constitución de 1991, que impuso la necesidad de contar con *orden judicial* para restringir la libertad de las personas, así como el mandato de poner al detenido a disposición del *juez* en las treinta y seis horas siguientes a la captura³. La garantía inspirada en el sistema anglosajón buscaba evitar que los fiscales a cargo de la investigación tuvieran la competencia para decretar la detención preventiva. Este objetivo no se consiguió, porque la propia Constitución en la regulación

² Cfr. el anteproyecto de texto constitucional presentado por el gobierno en 1990, que tenía previsto un régimen plenamente acusatorio, y fue luego morigerado hacia el sistema mixto durante el debate de la Asamblea Nacional Constituyente. Ello explica por qué el texto de las garantías constitucionales exige “orden judicial” para restringir los derechos fundamentales, pero en la parte orgánica se indique a los fiscales dentro de los organismos judiciales, dejando sin efecto práctico la restricción indicada en las garantías, referida al carácter judicial de la orden.

³ Cfr. artículo 28 Superior: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Énfasis suplido.

institucional de la Fiscalía les otorgó esta competencia⁴, y porque el Código de Procedimiento que lo desarrolló, expresamente reglamentó la forma en que el fiscal puede proferir la orden de captura (cfr artículo 378 decreto 2.700 de 1991) así como decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva (cfr artículos 387 y ss de dicho decreto). Sin embargo, sí ha protegido a los ciudadanos en contra de capturas sin orden y sin flagrancia, de capturas administrativas y de órdenes dictadas por funcionarios del Poder Ejecutivo. Ha habido varias demandas de inconstitucionalidad promovidas contra legislación anterior a la Constitución de 1991, en las cuales la Corte ha declarado inconstitucionales facultades judiciales que se encontraban radicadas en cabeza de funcionarios del Ejecutivo. Por ejemplo, en el año 1993 se promovió demanda de inconstitucionalidad contra el Código de Policía, vigente desde 1970 con algunas reformas. En sentencia C-024 de 1994, la Corte Constitucional declaró inexecutable todas las facultades de capturas o detenciones por decisión de la policía en ausencia de flagrancia (se le permitía a la policía incluso detener a los testigos de una conducta punible). En otro ejemplo –aunque no de la detención sino del allanamiento sin orden judicial–, en el año 1994 se promovió demanda contra el Código del Menor de 1989, entre otras cosas porque permitía al Comisario de Familia (funcionario del Poder Ejecutivo) allanar el domicilio del menor, si consideraba que se encontraba en peligro. La Corte Constitucional declaró inexecutable la norma, aclarando que la protección de los menores en ausencia de orden judicial, podría convertirse en una excusa para allanamientos indiscriminados, en violación incluso del derecho del menor a un domicilio seguro.

En cuanto a la práctica, entrando ya en materia, el decreto 2.700 de 1991 contemplaba unos delitos que admitían la medida de detención preventiva⁵. Se trataba de los delitos de competencia de los

⁴ Cfr. artículo 250 Superior: Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. (...) Para tal efecto, la Fiscalía General de la Nación, deberá:

Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento (...)

⁵ De conformidad con el artículo 397 del decreto 2.700 de 1991, los delitos que admiten detención preventiva son Cohecho propio; Cohecho impropio; Enriquecimiento ilícito; Prevaricato por acción; Receptación; Fuga de presos; Favorecimiento de la fuga; Fraude procesal; Incendio; Provocación de inundación o derrumbe; Siniestro o daño de nave; Pánico; Falsificación de moneda nacional o extranjera; Tráfico de moneda falsificada; Emisiones ilegales; Acaparamiento; Especulación; Pánico económico; Ilícita explotación comercial; Privación ilegal de libertad; Constreñimiento para delinquir; Fraudulenta internación en asilo,

juzgados especializados, aquellos cuya pena mínima fuese igual o superior a dos años, o respecto de los delitos listados en dicha norma. Es posible que, en efecto, la lista de los delitos para los cuales procede la detención preventiva tuviera la idea de *limitar* su aplicación. De hecho, hay enorme cantidad de jurisprudencia que señalaba que la prisión preventiva no tenía un carácter sancionatorio sino preventivo. Sin embargo, el efecto producido en la práctica fue que, para estos delitos, la persona era privada de la libertad *siempre*. Ello conlleva que quienes eran investigados por los delitos indicados allí, en la práctica sufrían la pena prevista en la ley desde antes de serles impuesta una sentencia. En otras palabras, surtida la diligencia de indagatoria, si al imputado se le investiga por un delito previsto en dicho artículo, no era tratado como inocente por el resto del proceso sino como si ya hubiese sido condenado, es decir, constituía una pena anticipada. Debemos resaltar que el encabezado del citado artículo tampoco ayudaba a que su interpretación permitiera un examen de fondo (“la detención preventiva procede en los siguientes casos”).

En consecuencia, había dos tipos de problemas que dificultaban la efectiva vigencia de la garantía de la libertad: uno, referido a que era el investigador quien imponía la medida de detención preventiva, y otro, que ello dependía fundamentalmente de cuál era el delito investigado, sin considerar circunstancias más específicas. A este respecto, un litigante nos indicó:

En la práctica sí operaba como una pena anticipada, para determinados delitos. Se entendía en la práctica que era una pena anticipada y era muy poco lo que se podía hacer, cuando uno tenía un cliente sindicado de un delito de los que dice ahí, era detención fija⁶.

En este entorno, se hacía eco de un dicho que para entonces ya era clásico, según el cual “un auto de detención no se le niega a nadie”.

Un paliativo a esta situación lo introdujo la creación, en 1993, del *control de legalidad de la medida de aseguramiento*. A través de él,

clínica o establecimiento similar; Acceso carnal abusivo con menor de catorce años; Lesiones personales con deformidad; Lesiones personales con perturbación funcional; Lesiones personales con perturbación síquica; Lesiones personales con pérdida anatómica; Hurto agravado; Los contemplados en el decreto 1.730 de 1991.

⁶ Entrevista a defensor privado Nro. 1.

era posible que una vez ejecutoriada la decisión de privar de la libertad a quien era investigado, su defensor solicitara la remisión del expediente a un juez, quien debía revisar en su legalidad la medida impuesta por el fiscal (cfr. artículo 414A decreto 2.700 citado). Ya se notaba que estaba calando la debilidad jurídica de una medida tomada por el funcionario investigador, a pesar de que esta reforma no llegó al punto de exigir que el fiscal solicitara la orden al juez, porque el control era posterior.

En un principio, este control fue sumamente eficaz y frecuentemente utilizado por los litigantes, quienes lo vieron como una solución a la imposición automática de la medida. Al menos, constituía una valoración más objetiva. Sin embargo, con el correr del tiempo se introdujeron diversos obstáculos a la operación de este control. Un litigante caracterizó el fenómeno así:

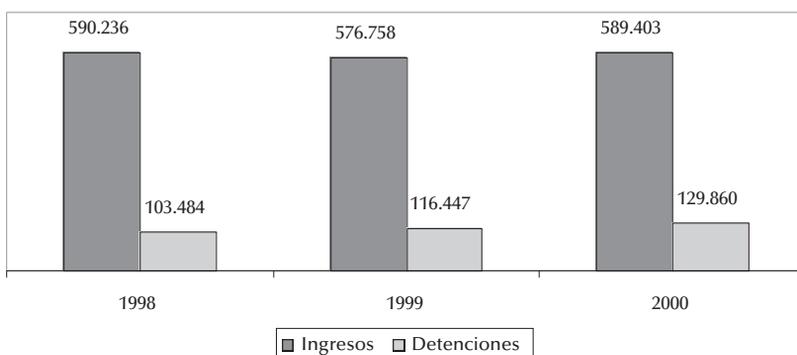
Cuando se incluyó en el decreto 2.700 de alguna manera la gente se entusiasmó y empezó a usarlo, pero con la Ley 600, eso se volvió un recurso de casación. Basta ver la regulación de la Ley 600, para darse cuenta de que, para acceder al control, los lineamientos son muy parecidos a la casación, y muchos terminaban rechazados por temas meramente formales y la gente dejó de usarlo⁷.

Al mencionar la Ley 600, este litigante se refiere a un Código de Procedimiento que fue aprobado en el año 2000. En él, mientras se afirmaba la libertad como un principio y se anunciaba la preferencia por el imputado libre, a lo largo del código este principio no se respetaba de una forma tan clara. Por ejemplo, en cuanto al control de legalidad de la medida de aseguramiento, podemos apreciar aquí una muestra de ese doble discurso: la Ley 600 no lo derogó, pero introdujo una regulación tan compleja, que en la práctica lo despojó de efectividad.

Para ilustrar el funcionamiento concreto de la institución de la detención preventiva, a continuación indicaremos las cifras correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000. Es posible señalar entonces la cantidad de casos ingresados frente a la cantidad de detenidos que había en el país.

⁷ Entrevista a defensor privado Nro. 2.

INGRESO DE CASOS Y CANTIDAD DE DETENIDOS 1998-2000



Fuente: Anuario Estadístico Fiscalía General de la Nación.

Posteriormente, un hito sumamente importante en el decurso de las exigencias para la detención preventiva lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional Nro. C-774 de 2001. En ese momento (25 de julio de 2001), se encontraba aprobado y había entrado en vigencia hacía un día el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), que básicamente conservaba la estructura del estatuto anterior, e introducía cambios que nos atrevemos a tildar de cosméticos, además de la modificación ya expuesta, en relación con el control de legalidad de la medida de aseguramiento.

La citada sentencia revisó la constitucionalidad, entre otras, de las normas legales que regulaban los requisitos para imponer la detención preventiva, entre ellas, la que contenía la lista de delitos. Se decía en la norma acusada que el requisito sustancial para imponer la medida, era la existencia de un medio de prueba (o pluralidad indiciaria) que señalara la responsabilidad del sindicado. La demanda indicaba que no resultaba justo que la imposición de la detención preventiva resultara solamente del nivel probatorio acumulado en relación con el delito.

La Corte Constitucional, en la sentencia citada, parte por indicar que el examen del tema de la detención preventiva debe siempre partir del hecho de que se trata de una **medida cautelar**. Es decir, que siempre para estudiar su configuración, debemos partir por recordar que su objetivo debe ser que sea posible aplicar la sentencia, en caso de que llegue a ser condenatoria. Continúa la Corte indicando que, por estos motivos, lo que hace compatible la detención preventiva con la presunción de inocencia, es precisamente su carácter **cautelar y excepcional**. En este punto, la Corte recuerda que el tiempo de detención

se computa al de la pena, de ser impuesta; ello, como una señal de alerta, que indica que en la práctica, es posible que el tipo de argumento que fundamenta la aplicación de la medida de aseguramiento, la convierta en una pena anticipada. Concluye la decisión que solo el carácter excepcional y cautelar de la detención preventiva, la compatibilizan con la presunción de inocencia.

Luego aborda la Corte el núcleo de su decisión, cuando afirma que no basta con que la decisión de detener preventivamente a alguien se sujete a los abstractos límites legales; dice la Corte que si ello fuese así, sería ineficaz la presunción de inocencia. En consecuencia, dice la Corte, para que la detención preventiva resulte constitucional, además de su adecuación legal, deben consultarse los fines cautelares de la medida. Veamos:

La detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal indiscriminado, general y automático, es decir que, su aplicación o práctica ocurra siempre que una persona se encuentra dentro de los estrictos límites que señala la ley, toda vez que la Constitución ordena a las autoridades públicas velar por la efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad humana (preámbulo, artículos 1º y 2º).

Bajo esta consideración, para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

En conclusión, la Corte condiciona la constitucionalidad de las normas legales que regulan la detención preventiva, a que se apliquen en cumplimiento de uno de estos tres fines:

- Asegurar la comparecencia del sindicado (es decir, para aplicarla debe probarse que hay motivos fundados para suponer que no comparecerá)
- Asegurar la integridad de las pruebas (es decir, en este caso deben demostrarse motivos fundados para afirmar que la libertad pone en peligro la prueba), o

- Asegurar la integridad de la comunidad, en el sentido de impedir (a través de la medida) la reincidencia del sindicado.

Como corolario de lo anterior, dice la Corte que la excepcionalidad de la medida se cumple, solo si se impone cuando no haya otra medida cautelar menos gravosa, que dé cumplimiento al fin de que se trate. Finalmente, indica que si la ley señala de manera taxativa cuándo procede la detención preventiva, vulnera la presunción de inocencia por el carácter abstracto de la disposición.

Ahora bien, más que definir la teoría de la medida cautelar de detención preventiva, nos interesa su puesta en práctica. Esta sentencia significó una modificación estructural a la forma en que se aplicaba la detención preventiva en Colombia. Todos los litigantes coinciden en afirmar que al cabo de algunos meses después de salida esta sentencia, todas las decisiones de medida de aseguramiento se ocupaban de manera profunda de analizar si su aplicación respondía a la protección de uno de estos fines. Un litigante indicó:

La sentencia fue emblemática, no solo por su contenido absolutamente garantista y consecuente con una norma que no era aplicada –se refiere a la presunción de inocencia–, sino que en la práctica significó un incremento importante en la calidad de las decisiones; es de las pocas sentencias que todo litigante conocía, que se volvió una herramienta de trabajo, todo el mundo sabía qué decía, todo el mundo la aplicaba⁸.

En cuanto a la lógica de la detención preventiva y sus requisitos, también coinciden todos los litigantes en que cambió radicalmente a partir de esta sentencia. En palabras textuales,

Sin lugar a dudas la sentencia cambió el discurso en torno al cual giraba la detención preventiva, porque les quitó a los fiscales la arbitrariedad y unilateralidad de la decisión, y puso a las partes a discutir acerca de la libertad y a los fiscales a justificar la restricción⁹.

Es decir, es posible afirmar que a partir de esta sentencia, la lógica de los requisitos sustanciales para la imposición de la detención preventiva dejó de ser una pena anticipada, y empezó a respetar la

⁸ Entrevista a defensor privado Nro. 3.

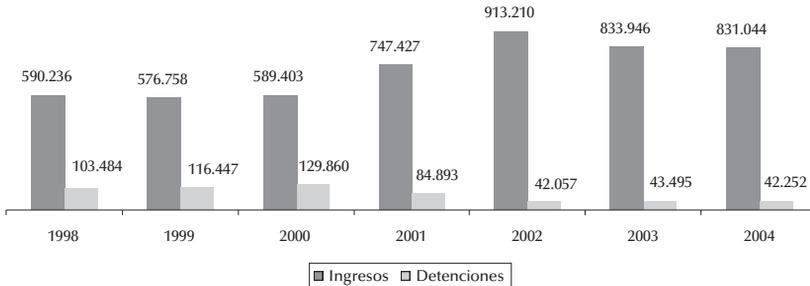
⁹ Entrevista a defensor público Nro. 1.

necesidad de demostrar los fines cautelares. Antes de la sentencia el tema central era si había una prueba creíble que demostrara la responsabilidad del sindicato, es decir, era un pronóstico de condena; a partir de la sentencia, ese elemento perdió mucha relevancia. Otro litigante sintetizó el proceso así:

“Mientras que antes de la sentencia lo fundamental era indicar cuál era el medio de prueba que señalaba la responsabilidad del sindicato como justificación de la detención, a partir de ella el elemento probatorio referido a la responsabilidad perdió toda centralidad, y la discusión acerca de si estaba o no acreditado uno de los fines se convirtió en el núcleo de la decisión (...) incluso empezaron a producirse varias decisiones en que el fiscal decía ‘está acreditada la vinculación con el hecho, pero por los fines me abstengo de imponer medida’”¹⁰.

Esa lógica diferente respecto de la detención preventiva se refleja claramente en la información estadística. La sentencia es, como señalamos, del 25 de julio de 2001, así que sus efectos se notan solo parcialmente en dicho año. Sin embargo, al comparar el 2000 con el 2002, la baja en la cantidad de personas detenidas es sumamente notable.

CASOS INGRESADOS V/S PERSONAS DETENIDAS, 1998 A 2004



Fuente: Anuario Estadístico Fiscalía General de la Nación.

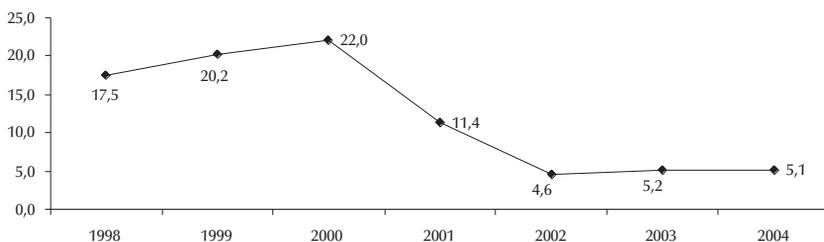
Es posible apreciar la marcada diferencia que se produce en el año 2001: mientras el volumen de casos ingresados aumenta en un 27%, las detenciones se reducen en un 35%. Como anunciábamos, la sentencia salió a mitad de año, por lo que el gran cambio se marca mejor entre el 2000 y el 2002: a pesar de que en el 2002 ingresó

¹⁰ Entrevista a defensor privado Nro. 2.

un 55% de casos más que en 2000, las detenciones –en números absolutos– se redujeron en un 68%.

El efecto de la mencionada sentencia también se aprecia claramente, cuando se analiza el porcentaje de casos ingresados, en los cuales se detuvo al imputado.

PORCENTAJE DE CASOS INGRESADOS EN QUE SE DETIENE PREVENTIVAMENTE AL IMPUTADO



Fuente: Anuario Estadístico Fiscalía General de la Nación.

Puede apreciarse fácilmente que, mientras en los años 1998 a 2000 los porcentajes de detenidos constituían cerca del 20%, a partir del 2002 estos porcentajes se sitúan alrededor del 5%. En puntos porcentuales, los detenidos bajaron a la cuarta parte de las cifras anteriores a la sentencia.

En síntesis, para el momento en que empieza a tramitarse el Acto Legislativo (año 2002), como primer paso para la reforma procesal penal, ya se encontraba asentado un discurso cuyo eje consistía en que la detención preventiva no debe ser una pena anticipada, es decir, que es inconstitucional imponerla de acuerdo con la probabilidad de condena, sino que debe cumplir unos fines cautelares. Igualmente, estos debían encontrarse asentados en pruebas (“motivos fundados”) y no podían constituir simples conjeturas del funcionario judicial.

De esta forma, la crítica más profunda que subsistía al régimen de libertad se refería a la garantía formal, es decir, quienes divulgaban la reforma consideraban una especie de *trampa* que se otorgara al fiscal el carácter de “autoridad judicial”, que le permitía tener competencia para proferir la orden de acuerdo con la Constitución. Para ellos, la norma Superior quiso precisamente evitar que el ente investigador fuese el encargado de valorar si existían los requisitos de fondo para proferir la medida de aseguramiento, por considerar que de esta forma, seguía atentándose contra el carácter excepcional de la misma, así como contra la imparcialidad judicial.

III. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA REFORMA

En cuanto al ideario de la reforma procesal penal en general, los elementos que la apoyaban eran varios y de diversa índole. Entre ellos, se cuentan aspectos operativos y de eficiencia, referidos fundamentalmente a la congestión de casos y la necesidad de fortalecer la capacidad de la Fiscalía para luchar contra la criminalidad (especialmente, organizada). También fue sustento de la reforma la necesidad de fortalecer el respecto por los derechos fundamentales y darle verdadera vida a las garantías constitucionales, especialmente, la libertad. Las preocupaciones en relación con el derecho a la libertad se referían, en primer lugar, a los altos índices de hacinamiento carcelario. En segundo lugar, al alto porcentaje de personas privadas de la libertad sin condena. Al año 2002, se reportaba que el 41% de los presos lo estaba sin condena, y las cárceles presentaban índices de hacinamiento del 136%¹¹.

Para esa época, además, se hicieron públicas varias injusticias que se habían cometido en torno a la detención preventiva, de las cuales tal vez la más emblemática fue el *Caso Hazbún*. Alberto Alfredo Jubiz Hazbún fue acusado de haber cometido el magnicidio en contra de Luis Carlos Galán Sarmiento, asesinado el 18 de agosto de 1989. Hazbún fue capturado el 22 de agosto de ese año, y permaneció en detención preventiva durante cerca de seis años¹². Se determinó que mucho antes de ponerlo en libertad, dentro del proceso era posible establecer su inocencia, a pesar de lo cual la Fiscalía lo mantuvo detenido¹³. En el proceso administrativo, la primera instancia encontró responsable al Estado y condenó el 19 de septiembre de 2006, y el proceso se encuentra surtiendo la apelación de la condena en el Consejo de Estado.

El caso se convirtió en un emblema de la injusticia a que podía llegar el Estado a través de la detención preventiva, y más adelante el Estado sería demandado por los familiares de Jubiz (al parecer el proceso se encuentra en curso). A pesar de que la decisión de detención del caso referido fue anterior a la sentencia C-774, se entendió que el problema central de dicho proceso consistía en que la valoración de las pruebas para la toma de la decisión había sido

¹¹ Cfr. www.bbc.co.uk. Estos índices de hacinamiento se producían a pesar de que una de las políticas bandera del gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) fue la construcción de cárceles.

¹² Cfr. Alfredo Alberto Jubiz Hazbún. *Yo no maté a Galán* (Bogotá: Temis, 1996)

¹³ Cfr. <http://www.primerapagina.com.co/MostrarDocumentoPublico.aspx?id=1143352>

hecha por la propia fiscalía, es decir, que el ente investigador carecía de controles materiales en cuanto a las decisiones de detención. Ello conducía a la necesidad de que la medida de aseguramiento se convirtiera en una decisión verdaderamente judicial, es decir que la fiscalía debía solicitarla a un juez y no adoptarla “por sí y ante sí”.

Como hemos anunciado, la principal modificación introducida por la reforma consistió en despojar a la Fiscalía de la facultad de dictar la medida de aseguramiento. Para ello, se reformó la Constitución, entregándole a la fiscalía la función de solicitar al juez de garantías la medida de aseguramiento. La norma incluyó los fines para los cuales puede realizarse esta solicitud¹⁴, haciendo eco de lo decidido en la sentencia C-774. Por su parte, la Ley 906 de 2004 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) recogió los desarrollos que hemos narrado, con lo cual el esquema legal para la imposición de la detención preventiva quedó como sigue:

1. Requisitos de fondo

Elementos probatorios que señalen la posible responsabilidad del imputado.

Demostración de que la medida se solicita para el cumplimiento de uno de los fines constitucionales:

- Asegurar la comparecencia del imputado
- Proteger la integridad de la prueba
- Proteger la seguridad de la comunidad (peligro de reincidencia).

Además, en la regulación del Código¹⁵, se indica el tipo de situación que debe demostrar la fiscalía, para indicar por qué considera que se cumple uno de estos fines (que no se trate de conjeturas o suposiciones).

¹⁴ Artículo 250 Superior reformado: En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

¹⁵ Cfr. artículos 308 a 312 Ley 906 de 2004.

2. Requisitos de forma

La orden de detención preventiva debe solicitarla el fiscal al juez de control de garantías, en audiencia.

Dicha audiencia debe realizarse dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura

A continuación analizaremos cómo se puso en práctica este esquema, no sin antes advertir la importancia del fortalecimiento de la defensoría pública como consecuencia del proceso de reforma. Antes de entrar esta en vigencia, la defensa de las personas de bajos recursos era hecha por abogados que no eran remunerados por esta labor (“de oficio”), y en los casos de menor gravedad, por estudiantes de derecho. Fruto de la reforma, Colombia cuenta en la actualidad con una importante cantidad de defensores públicos, a cargo de los cuales está la mayoría de los imputados del sistema.

IV. EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Ahora bien, en cuanto a la puesta en práctica de esta normativa, las audiencias que tenían lugar durante la vigencia del texto original del Código (cuyo contenido hemos resumido) en efecto contenían una intensa discusión, sobre todo, acerca de los fines cautelares de la medida. Pasaremos a continuación a ejemplificar el tipo de debate que tenía lugar allí.

Un primer aspecto que llamaba la atención, era que la fiscalía, desde el inicio, acudió con mucha frecuencia a indicar que el fin que se buscaba con la imposición de la medida era proteger a la comunidad. De manera un poco etérea y abierta con que quedó redactada la norma en su encabezado facilitaba esta estrategia. Por ejemplo, uno de los criterios que el Código señalaba debía ser demostrado para indicar el posible peligro para la comunidad, se refería a la pertenencia del imputado a una organización criminal. La fiscalía con frecuencia indicaba que “por experiencia”, se sabía que ciertos delitos solamente se cometen en una organización criminal. Típicamente, era un discurso recurrido en los casos de lavado de activos. Sin embargo, desde el inicio los jueces de garantía no se dejaron llevar por estas conclusiones “fruto de la experiencia”, sino que solicitaban a los fiscales que refirieran los elementos probatorios que fundaran esta conclusión, y ante su ausencia, negaban la imposición de la medida¹⁶.

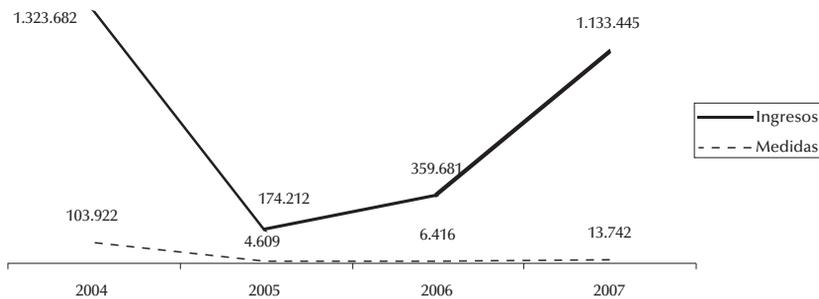
¹⁶ Cfr., por ejemplo, rad. N.I. 37.939

Otro caso recurrido estaba relacionado con la discusión entre fiscal y defensor en torno a la comparecencia del imputado. Los fiscales solían alegar la facilidad para huir y la gravedad de la pena, como factores que podrían incentivar la falta de comparecencia; los defensores, por su parte, desarrollaron de manera espontánea una rutina que consistía en solicitarle al imputado, antes de la audiencia (es decir, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la captura) pruebas de arraigo en la comunidad: registro de sus hijos, demostración de contrato de trabajo, etc. De esta forma, los defensores llegaban preparados a la audiencia, en caso de que la fiscalía decidiera valerse de este criterio. Ello nos muestra cómo, en efecto, la discusión sobre la detención preventiva se estructuró sobre un debate probatorio que incorporaba elementos probatorios objetivos, refutables, sobre los cuales se argumentaba en pro y en contra de su imposición.

Finalmente, debemos indicar que la existencia de elementos probatorios que vincularan al imputado con el delito investigado era objeto de poca discusión. En otras palabras, la argumentación en torno a la medida de aseguramiento no solía girar en torno a un pronóstico de condena relacionado con las pruebas existentes hasta el momento, sino que los fines de la medida constituían el núcleo argumentativo de esta audiencia. De esta forma, es posible afirmar que la detención preventiva no se imponía como una pena anticipada, sino que sus fines cautelares eran los protagonistas.

Ahora bien, desde el punto de vista estadístico, la entrada en vigencia de la reforma produjo las consecuencias que se habían previsto: la aplicación de la detención preventiva bajó de manera importante.

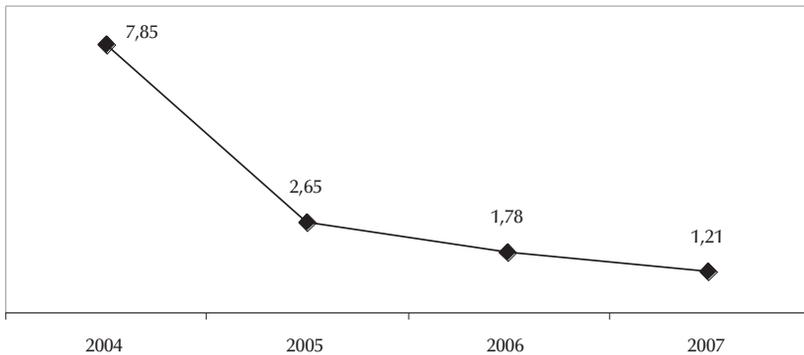
EVOLUCIÓN INGRESOS VS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO



Fuente: Boletín Estadístico de la Fiscalía General de la Nación, www.fiscalia.gov.co

En el caso anterior, podemos apreciar que entre el año 2004 y el 2005 (en que entra en vigencia la reforma en su primera fase), desciende dramáticamente la cantidad de personas que son objeto de detención preventiva (de 103.922 a 4.609). Lo que ocurre es que los ingresos de casos también descienden dramáticamente (de más de un millón de casos ingresados en 2004 a menos de 200.000 en 2005). Por ello, para apreciar mejor el efecto de la reforma, resulta más ilustrativo mostrar el cambio en el porcentaje de detenciones impuestas, respecto de los ingresos de casos.

PORCENTAJE DE CASOS INGRESADOS QUE TIENEN MEDIDA DE ASEGURAMIENTO POR AÑO



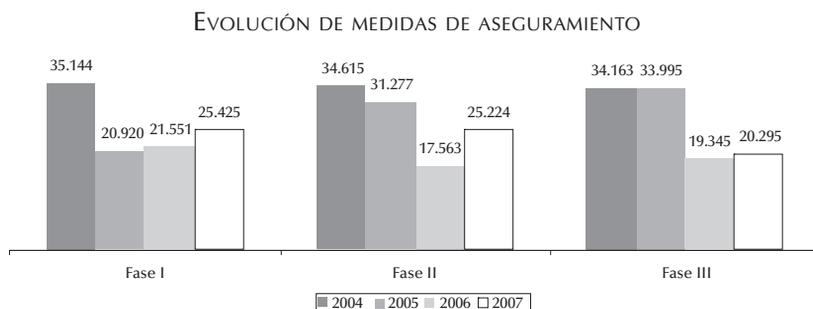
Fuente: Boletín Estadístico de la Fiscalía General de la Nación, www.fiscalia.gov.co

Vemos que mientras en el año 2004 hubo detenciones en el 7,85% de los casos ingresados¹⁷, para el año 2005 esta cifra se redujo a la tercera parte (2,65%), aun cuando solo había entrado en vigencia la reforma en una primera fase, de cuatro. Es posible apreciar también que, a medida que avanza la implementación de la reforma, el porcentaje de detenciones desciende aún más, respecto de los ingresos de casos (1,78% en 2006, 1,21% en 2007).

Hemos intentado desagregar los datos señalados, por fases. Es decir, intentamos acudir a los anexos que tiene el boletín estadístico de la Fiscalía, que está desagregado por distritos judiciales, para ver si fase por fase se puede ver el descenso en las detenciones para el año en que entra en vigencia la reforma. Lo primero que debemos indicar es que las cifras totales de detenciones, sumando todos los distritos en el

¹⁷ En un cuadro anterior mostrábamos la cifra que se encuentra publicada en el Anuario Estadístico de la Fiscalía, que daba 5,1%. Este es entonces un primer problema: la misma institución publica cifras que difieren.

anexo, no coinciden en absoluto con las que se indican en el cuerpo del informe. Sin embargo, acudiendo solo al anexo, sí demuestran una tendencia como la indicada antes: descenso para el año en que entra en vigencia la reforma (salvo para la fase III¹⁸).



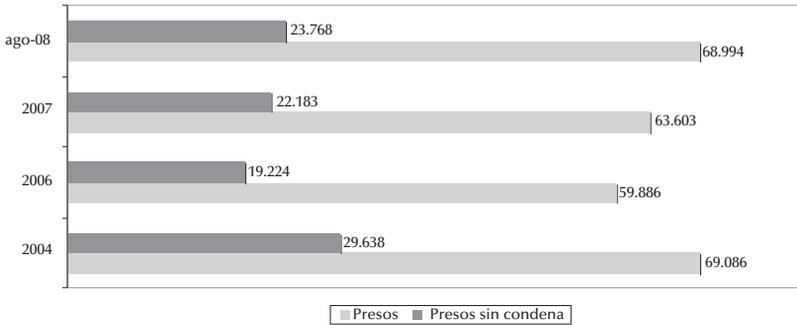
Fuente: anexo (tablas) del Boletín Estadístico de la Fiscalía General de la Nación, www.fiscalia.gov.co

En la fase I, la reforma entró en vigencia el 1 de enero de 2005. Vemos para ese año, un descenso en las detenciones de 35.144 a 20.920. En la fase II, la reforma inicia su vigencia el 1 de enero de 2006, y para ese año las detenciones descienden de 31.277 a 17.563. En cambio, en la fase III, la reforma inicia su vigencia en el año 2007, y no vemos descenso sino un ligero aumento en las detenciones, pero es posible que haya un error de digitación en un dato que genere esta distorsión (véase nota Nro. 13).

La reforma también produjo un efecto de reducción de la cantidad de presos sin condena.

¹⁸ En esta fase, creemos que el boletín tiene un error: mientras que en un distrito judicial todos los ingresos de todos los trimestres arrojan cifras de cuatro dígitos, el primer trimestre de 2007 tiene un número de ingresos de cinco dígitos. Es posible que se trate de un error, y ello explicaría la distorsión que más adelante pondremos de presente.

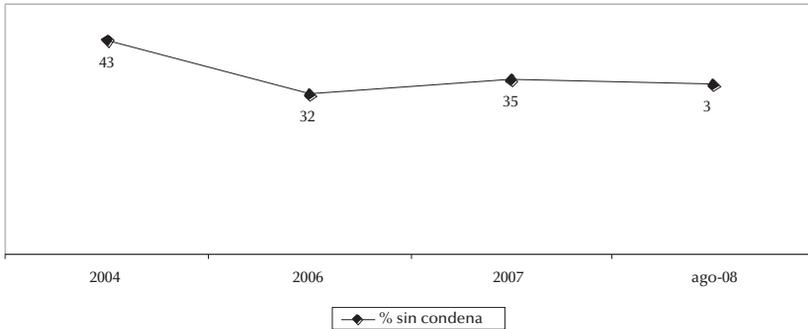
CANTIDAD DE PRESOS SIN CONDENA EN COLOMBIA POR AÑOS



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Vemos que, de 2004 a 2006 (es decir, el efecto producido por la entrada en vigencia en 2005), se redujo en más de 10.000 personas la cantidad de presos sin condena. Sin embargo, como también se redujo la cantidad total de presos, el efecto de la reforma se aprecia mejor analizando el porcentaje de presos sin condena.

PORCENTAJE DE PRESOS SIN CONDENA POR AÑOS



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

De esta forma podemos afirmar que la entrada en vigencia de la reforma produjo dos efectos frente a la detención preventiva: el primero, transparentar y fortalecer la calidad del debate en torno a su imposición, ya que es claro que en las audiencias se discute a profundidad el tema, al tiempo que se expone y solicita sustento de lo que se afirma. Además, la discusión gira en torno a los fines cautelares, y no al pronóstico de condena, respetándose la presunción de inocencia.

El segundo efecto es cuantitativo, y se concreta en una reducción de los casos a los cuales se aplica detención preventiva, así como

la disminución de la tasa de presos que no tienen condena. De esta forma es posible afirmar que la reforma, en efecto, mejoró los estándares del régimen de la libertad en Colombia.

Resultaría muy útil estudiar el tipo de casos a los cuales se aplica la detención preventiva en Colombia. Sin embargo, la forma en que la Fiscalía recauda la estadística hace imposible hacer esta comparación (ni siquiera por vía de solicitud expresa en ejercicio del derecho de petición, fue posible conseguir esta información). El problema radica en que la información se entrega indicando únicamente los tres delitos que más presos produjeron en el año, con lo cual los delitos varían de año a año, haciendo imposible comparar la información de las diversas anualidades.

V. LA CONTRARREFORMA

Al inicio del presente estudio indicamos que entre la academia y quienes participaron en el debate acerca de la reforma, no hubo discusión en cuanto a que era positivo fortalecer el régimen de libertad. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en la prensa y la población civil; éstas reaccionaron de manera bien reacia a que la mayoría de las personas quedaran en libertad durante su juzgamiento.

Este fue uno de los primeros efectos que fue posible percibir, después de la entrada en vigencia de la reforma: la mayor visibilidad sobre el proceso penal que implica la oralidad, tiene efectos que legitiman el sistema nuevo (como los juicios orales), pero también otros que se convierten rápidamente en focos de crítica en la ciudadanía y la prensa (como los archivos de casos y la libertad del imputado durante el proceso). En cuanto a la libertad, el tema que nos ocupa, la prensa suele mostrar las decisiones de los jueces de dejar libres a los ciudadanos como una señal de impunidad. En otras palabras, la prensa asocia la libertad durante el proceso a la ausencia de castigo (ver anexo Nro. 1), y hace recaer la responsabilidad sobre los jueces. De hecho, cuando las capturas son declaradas ilegales porque la policía o la fiscalía se equivocan, la prensa endilga la responsabilidad a los jueces que ponen al imputado en libertad, y no a los organismos que realizaron capturas ilegales.

Para mencionar un ejemplo (hemos puesto varios en el anexo Nro. 1), recordemos el caso que se presentó en marzo de 2007, en el cual un sargento de la armada asignado a la vigilancia de la Casa

de Nariño¹⁹, cortó por el borde y hurtó la pintura “El Cóndor” de Alejandro Obregón, que se encontraba expuesta en uno de los salones de dicho palacio presidencial. La pintura desapareció hacia el mediodía del jueves 8 de marzo de 2007, y agentes de la Sijin capturaron al sargento hacia las 4 de la tarde. Sin embargo, solamente solicitaron la legalización de la captura hacia las 9 de la noche. La audiencia se realizó al día siguiente, y en el lapso que duró la detención, el imputado confesó y reveló el paradero del cuadro, que fue encontrado por las autoridades hacia las 5 de la madrugada. Durante la audiencia el sargento decidió declarar, y bajo la gravedad de juramento señaló que había recibido maltratos, entre ellos un golpe en la cabeza con la cachá de un arma, durante la captura. El juez de garantía lo puso en libertad, generando todo tipo de reacciones adversas por parte de los fiscales y de la prensa, y el público en general entendió que el juez había “hecho respetar un mero formalismo”, es decir, que no se comprendió por parte de la ciudadanía cuál era el sentido de poner en libertad a alguien cuando se viola la garantía en cuestión.

En síntesis, es posible afirmar que la mayor visibilidad de las capturas que tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigencia del sistema, produjo también un discurso ciudadano en contra de la libertad durante el proceso. Además, solía –y suele aún– hacerse un escándalo alrededor de la negativa de una solicitud de detención, y suele identificarse como culpables del fenómeno a los jueces de garantía, tanto en los casos en que la libertad obedece a estándares de prueba, como si es la consecuencia de errores o maltratos por parte de la policía. Debido a este fenómeno, los jueces de garantía se han sentido presionados para mantener a los imputados capturados o exigirles menos a los fiscales, para decretar detenciones preventivas.

Este fenómeno también ha sido producto de la postura institucional de la Fiscalía General en este asunto. No es extraño conocer declaraciones públicas del nivel central de dicha institución, quejándose de que las personas queden en libertad. En general este discurso suele presentarse en una forma bastante gruesa, sin dar lugar a distinguir –por ejemplo– los casos imputables a los organismos de persecución, sino que simplemente se trata de “pintar como los malos” a los jueces de garantía, en la línea de afirmar que “gracias a ellos, los delincuentes quedan libres”. De hecho, en una línea coherente con lo referido, la Fiscalía se ha caracterizado por liderar varios

¹⁹ Fuente: Caracol, <http://www.caracol.com.co/noticias/400191.asp>

proyectos de ley endureciendo penas, impidiendo la aplicación de beneficios o creando nuevos delitos. Esta postura relativa a la libertad pone aún más presión sobre los jueces de garantía, porque la prensa y la ciudadanía encuentran un eco institucional para su preocupación.

Dentro de este mismo discurso, la Fiscalía General empezó a anunciar la necesidad de reformar el Código de Procedimiento Penal. El día 28 de junio de 2007 fue sancionada la Ley 1.142²⁰, por medio de la cual se reforman el Código Penal, y los dos Códigos de Procedimiento Penal vigentes (Leyes 906 de 2004²¹ y 600 de 2000²²), en orden a adoptar “medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana”. La Ley 1.142 fue consecuencia de una iniciativa conjunta del Gobierno Nacional –a través de su Ministerio de Interior y de Justicia– y de la Fiscalía General de la Nación, quienes sometieron al Congreso de la República un proyecto²³ en la idea de dotar al Estado de mejores herramientas para la lucha contra la delincuencia. La iniciativa que dio origen a la ley 1142 estuvo precedida, según sus promotores, de un diagnóstico del estado de las herramientas con que entonces disponía la Fiscalía General de la Nación, para cumplir la función de persecución penal que le fue constitucionalmente atribuida²⁴.

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley, con la expedición de la Ley 906 de 2004 la administración de justicia se habría fortalecido significativamente. Sin embargo, la experiencia adquirida luego de tres años de funcionamiento de ese sistema de procesamiento en la Capital, habría permitido identificar algunos vacíos e imprecisiones normativas que era imprescindible corregir, a efectos de que la Fiscalía General de la Nación pudiera afrontar en mejores condiciones el reto de combatir las formas de delincuencia que provocan especial impacto en la comunidad.

²⁰ *Diario Oficial* Nro. 46.673 de 28 de julio de 2007

²¹ *Diario Oficial* Nro. 45.658 de 1 de septiembre de 2004

²² *Diario Oficial* Nro 44.097, de 24 de julio del 2000

²³ Durante su proceso legislativo la Ley 1142 fue tramitada en el Senado de la República como el Proyecto de Ley Nro. 81 de 2006, y en la Cámara de Representantes como el Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006. Estos proyectos fueron publicados en la *Gaceta del Congreso* número 250 de 2006.

²⁴ Sin embargo, este “diagnóstico” no se encuentra publicado, y por la relación que se hizo de su contenido, no se trata de un documento empírico sino de las impresiones de los fiscales sobre la puesta en funcionamiento del sistema acusatorio.

En lo que hace al régimen de privación preventiva de la libertad, que es el centro de nuestra preocupación, es claro que la Ley 1.142 produjo una expansión del ámbito de aplicación de ese tipo de medidas de aseguramiento, con una correlativa reducción de los espacios de aplicabilidad del principio de libertad en el proceso penal.

A pesar de que la simple lectura de la Ley 1.142 permite observar una gran cantidad de reformas que tienen como consecuencia la expansión de la detención preventiva, sus promotores declararon insistentemente su intención de mantener el equilibrio entre garantismo y eficientismo penal, que había sido la inspiración de las anteriores reformas procesales. Al menos en la exposición de motivos, los autores de la iniciativa subrayaron que su cometido era incrementar la eficacia de la administración de justicia respecto de algunos delitos, sin que con ello se redujeran o resquebrajaran las garantías procesales vigentes para los ciudadanos. Hasta qué punto las garantías procesales existentes fueron mantenidas, y en qué medida se logró ese objetivo de mantener un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el respeto a las libertades fundamentales, es precisamente el tema del cual nos ocuparemos.

El significativo aumento de penas

Uno de los aspectos más relevantes de la Ley 1.142 en relación con el régimen de privación preventiva de la libertad, tiene que ver con la manera en que el legislador respondió a ciertas modificaciones que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia había introducido a propósito de las condiciones objetivas para la imposición de este tipo de medidas.

En una sentencia del 20 de octubre de 2005²⁵, la Sala de Casación Penal sostuvo que existía una contradicción entre el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906, y el artículo 315 *Ibidem*, la cual consistía en que, mientras el numeral 2 del artículo 313 disponía que la detención preventiva procedía cuando el delito tuviera una pena mínima que **fuera o excediera** de cuatro (4) años, en su versión original el artículo 315 disponía que las medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, procedían cuando el delito tuviera una pena mínima **que no excediera** de cuatro años. La Sala de Casación Penal, en esta sentencia, resolvió la contradicción apelando al prin-

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso 24152. Sentencia del 20 de octubre de 2005. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

cipio de libertad previsto en el artículo 295 de la Ley 906²⁶, conforme al cual es obligatorio sostener que entre dos posibles interpretaciones, debe prevalecer aquella que tenga como consecuencia la salvaguarda de la libertad individual, por encima de aquella que implique una restricción de este derecho fundamental.

La posición fijada por el máximo tribunal de la jurisdicción penal, en el sentido que la detención preventiva solo era procedente cuando el delito tenía una pena **superior** a cuatro (4) años, dejaba por fuera de la aplicabilidad de la detención preventiva una gran cantidad de delitos. En opinión del Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación, esta interpretación constituyó un régimen de aplicación de las medidas de aseguramiento distinto del pretendido con la reforma procesal del año 2004. En la exposición de motivos del proyecto que se convirtió en la Ley 1.142, el Fiscal General de la Nación y el Ministro de Interior y de Justicia, sostuvieron que *“la política criminal evidenciada por el legislador ha sido la de adjudicar detención preventiva a los delitos cuya pena mínima sea o exceda de cuatro (4) años”*²⁷.

Para responder a esta interpretación de la Corte, los promotores de la Ley 1.142 resolvieron aclarar el contenido del artículo 315, indicando que las medidas no privativas de la libertad proceden cuando la pena mínima es inferior a cuatro (4) años, dejando a salvo la posibilidad de imponer la detención preventiva cuando la pena mínima imponible es exactamente de cuatro (4) años.

Como es apenas lógico, la aplicación de la reforma introducida por el artículo 28 de la Ley 1.142, tiene como primera consecuencia legal un aumento del ámbito de aplicación de la detención preventiva, pues los delitos que tienen prevista una pena mínima de cuatro (4) años exactamente, los cuales no cumplían anteriormente el requisito objetivo para la imposición de ese tipo de medidas restrictivas a la luz de la jurisprudencia, ahora sí lo cumplen. Por esta razón, puede afirmarse que el artículo 28 de la Ley 1.142 ha expandido el ámbito de aplicación de la detención preventiva en el procedimiento penal colombiano.

²⁶ ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

²⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006 - Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso* Nro. 250 de 2006.

Yendo más lejos por esta misma vía, la Ley 1.142 dispuso también un importante aumento de las penas previstas para ciertos delitos, lo cual tuvo como consecuencia que la pena mínima imponible para ellos, quedó sobre el umbral de cuatro (4) años que exige el numeral 2 del artículo 313 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. A causa de este aumento de penas, las personas investigadas por determinadas conductas respecto de las cuales no era procedente la detención preventiva porque tenían una pena mínima menor a cuatro (4) años, ahora pueden ser afectadas con una medida de aseguramiento de esta naturaleza.

En total, el legislador aumentó la pena mínima prevista para doce delitos²⁸. La relación de los delitos respecto de los cuales procede ahora la privación de la libertad por ministerio de la Ley 1.142, es la siguiente:

Delito	Pena mínima anterior	Pena mínima prevista en la Ley 1.142.
Violencia Intrafamiliar (Art. 229 CP)	16 meses	4 años
Usura (Art. 305 CP)	De 32 a 90 meses	Se aumenta la pena básica en la mitad cuando la utilidad o ventaja triplica el interés bancario corriente certificado, con lo cual la pena mínima queda en 4 años.
Amenazas (Art. 347 CP)	16 meses	4 años
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (Art. 365 CP)	16 meses	4 años
Perturbación de certamen democrático (Art. 386 CP)	32 meses	4 años
Fraude al sufragante (Art. 388 CP)	16 meses	4 años
Voto fraudulento (Art. 391 CP)	16 meses	4 años
Favorecimiento de voto fraudulento (Art. 392 CP)	16 meses	4 años

²⁸ Para ser exactos, la Ley 1.142 incrementó la pena para catorce delitos. Además de los doce que se relacionan en el siguiente cuadro, se incrementaron las penas para el hurto calificado (Art. 240 CP) y para el ejercicio ilícito de monopolio de arbitrio rentístico (Art. 312 CP). No obstante, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 1.142, estos delitos ya cumplían el requisito objetivo de pena mínima para la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. El aumento de penas que sufrieron estos dos delitos como consecuencia de la Ley 1.142, en consecuencia, no habría significado una expansión del ámbito de aplicación de la detención preventiva frente a ellos, y por eso no se encuentran en el cuadro siguiente.

Alteración de resultados electorales (Art. 394 CP)	32 meses	4 años
Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula (Art. 395 CP)	16 meses	4 años
Receptación (Art. 447 CP)	32 meses	4 años

En relación con el aumento de penas implementado por la ley 1.142, es interesante destacar dos cosas: en primer lugar, que la mayoría de los delitos cuyas penas se incrementaron, hacen parte del título XIV del Código Penal, relativo a los delitos contra los mecanismos de participación democrática. En este sentido parece que, al menos en gran parte, la ley 1.142 respondió al propósito de fortalecer al Estado en su lucha contra las conductas con que se defrauda el régimen electoral. Propósito este que se hizo explícito en la exposición de motivos, al indicarse que como parte de la propuesta de proyecto de ley serían:

“aumentadas las penas en los delitos electorales, con la finalidad de no dejar en la impunidad las conductas de quienes compran y venden los votos. La seguridad ciudadana se ve alterada cuando personas inescrupulosas atentan contra los resultados legítimos de los certámenes democráticos. Según estadísticas con las cuales cuenta la Fiscalía General de la Nación, en las elecciones celebradas el 12 de marzo de 2006, fueron realizados 280 delitos electorales, frente a los cuales ni siquiera puede imponerse detención preventiva. De aprobarse la reforma propuesta, procederá la reclusión en establecimiento carcelario para quienes incurran en estas conductas”²⁹.

En segundo lugar, es interesante que el aumento de penas introducido por la ley 1.142, venga a sumarse a otro extenso aumento de penas que ya se había implementado mediante la Ley 890 del 7 de julio de 2004³⁰. Y es interesante, porque al sumarse el aumento de penas previsto en la ley 890 y el introducido por la ley 1.142, el resultado neto final es que, a pesar de la implementación en el año 2004 de un sistema procesal pretendidamente más garantista frente a la libertad³¹, hoy en día la detención preventiva procede para

²⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006 - Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso Nro. 250 de 2006.

³⁰ *Diario Oficial* Nro. 45.602, de 7 de julio de 2004

³¹ Nos referimos al sistema previsto en la Ley 906 de 2004.

muchos más delitos que en el año 2000, cuando estaba en vigencia un sistema de procedimiento penal aparentemente más inquisitivo, como lo era el previsto en la Ley 600 de 2000³².

Debe ser motivo de reflexión, por lo menos en materia político-criminal, que pese al enorme esfuerzo humano, económico, jurídico, tecnológico, etc., que ha hecho el Estado para implementar un sistema acusatorio que ofrezca muchas más garantías para las libertades fundamentales, reformas en materia punitiva persiguen un efecto notoriamente distinto, como lo es la expansión de la detención preventiva como medida de aseguramiento. Estudiadas de manera conjunta, las diferentes reformas que se han introducido entre el año 2004 y el año 2007, queda la impresión de que las modificaciones al derecho penal sustancial y las reformas al proceso penal, no parecen tener la misma orientación. Mientras con la reforma implementada con la Ley 906 se buscaba un sistema de procedimiento penal esencialmente *garantista* del derecho a la libertad, las dos grandes reformas en materia punitiva introducidas por la ley 890 y por la Ley 1.142, consiguen precisamente lo contrario, esto es, una expansión del recurso del Estado a la privación de la libertad como medida de aseguramiento. Sin el ánimo de emitir juicios de valor sobre cuál de todas las diferentes reformas es la adecuada, sí parece justo subrayar que aquí es visible, como mínimo, un problema de coherencia en la política-criminal del Estado.

Reforma a la detención domiciliaria

Siguiendo esta orientación hacia la expansión del ámbito de aplicación de la detención preventiva, la Ley 1.142 introdujo una serie de reformas con las cuales se reducen los supuestos de aplicación de las causales que pueden dar lugar a la obtención de beneficios, subrogados de ejecución condicional y mecanismos sustitutivos de la pena. Los artículos 27 y 32 de la ley 1.142, endurecen las condiciones para acceder al beneficio de la detención domiciliaria, a los subrogados penales como la libertad condicional, y a la prisión domiciliaria como pena sustitutiva de la prisión.

Para los efectos del presente trabajo (medidas cautelares previas a la condena), el artículo 27 de la Ley 1.142 modificó el artículo 314 de la Ley 906, introduciéndole un párrafo en el que se relacionan una serie de delitos para los cuales no procederá la sustitución de

³² Código de Procedimiento Penal anterior a la Ley 906 de 2004.

la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la detención domiciliaria. El nuevo parágrafo del artículo 314 de la ley 906, relaciona más de veintiún delitos para los cuales queda proscrito el otorgamiento del beneficio de la detención domiciliaria, debiéndose en esos casos cumplir la detención preventiva en establecimiento carcelario³³.

El endurecimiento de las condiciones para gozar de estos beneficios, subrogados y mecanismos sustitutivos responde, según la exposición de motivos, al hecho de que los delitos allí mencionados *“afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria”*³⁴. Textualmente se sostuvo que:

“La finalidad de obtener una pronta y cumplida justicia, implica una división de trabajo al interior de las ramas del poder público. En la fase normativa, el legislador debe asegurarse de que las normas jurídico penales, tanto las procesales como las sustanciales respondan de manera adecuada a las necesidades político criminales de seguridad comunitaria imperantes. Por ello, si desde el punto de vista práctico las autoridades

³³ “PARÁGRAFO. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: Los de competencia de los jueces penales del circuito especializados o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes (C.P. artículo 188); Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir (C.P. artículo 210); Violencia intrafamiliar (C.P. artículo 229); Hurto calificado (C.P. artículo 240); Hurto agravado (C.P. artículo 241, numerales 7, 8, 11, 12 y 15); Estafa agravada (C.P. artículo 247); Uso de documentos falsos relacionados con medios motorizados hurtados (C.P. artículo 291); Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de uso personal, cuando concurra con el delito de concierto para delinquir (C.P. artículos 340 y 365), o los imputados registren sentencias condenatorias vigentes por los mismos delitos; Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (C.P. artículo 366); Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (C.P. artículo 367); Peculado por apropiación en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales (C.P. artículo 397); Concusión (C.P. artículo 404); Cohecho propio (C.P. artículo 405); Cohecho impropio (C.P. artículo 406); Cohecho por dar u ofrecer (C.P. artículo 407); Receptación repetida, continua (C.P. artículo 447, incisos 1º y 3º); Receptación para ocultar o encubrir el delito de hurto calificado, la receptación para ocultar o encubrir el hurto calificado en concurso con el concierto para delinquir, receptación sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos (C.P. artículo 447, inciso 2º)”. Énfasis suplido. Queremos resaltar, por ejemplo, la inclusión del hurto calificado y algunos agravados, en un esquema legal como el colombiano, en que por la gran cantidad de circunstancias allí consideradas, no existe una hipótesis posible de hurto simple.

³⁴ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006 - Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso* Nro. 250 de 2006.

*de manera eficiente logran capturar y enjuiciar a las personas que han llevado a cabo conductas punibles que afectan gravemente las bases de la convivencia y la seguridad comunitaria, y posteriormente a esta labor eficaz –en virtud de vacíos normativos– no es posible imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, la comunidad puede ver minada la confianza en la vigencia de las normas y en la promesa constitucional de protección efectiva a sus derechos*³⁵.

Lo primero que debemos resaltar es la marcada intención de pena anticipada que contiene el discurso citado. Recordemos que, se supone, el Estado ha decidido que requiere adelantar un proceso penal para establecer quién cometió el delito; pero en el discurso, se nota una cierta intención de “ir imponiendo la pena” mientras se establece que el imputado cometió el delito, porque de otro modo, la comunidad no debiera ver minada su fe en las autoridades, por el hecho de que quienes no han sido condenados se encuentren libres; todo lo contrario: lo que produce desconfianza en la ciudadanía, más bien, es que haya muchas personas presas sin condena.

El párrafo que señalaba los delitos para los cuales no debía concederse la detención domiciliaria fue demandado ante la Corte Constitucional. El argumento central de la demanda refería que la norma pretende crear un trato desigual entre los imputados, sobre la sola base del delito imputado, de manera que se generaban “dos clases” de imputados, atentando contra la presunción de inocencia. La Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del párrafo referido. En sentencia C-318 de 2008, la Corte indicó que el solo delito imputado no puede ser tomado como el fundamento para conceder o negar este beneficio. En síntesis, sostiene la Corte que los criterios que estructuran la libertad del imputado no pueden ser puramente objetivos y abstractos, sino que deben permitir la consideración de las circunstancias personales concretas del imputado, porque de lo contrario, se trata de una pena anticipada. Concluye la Corte que la regulación de una medida como la detención domiciliaria, no puede hacerse incluyendo o excluyendo una lista de delitos.

no puede sostenerse de manera categórica que en todos los eventos previstos en el párrafo acusado, la única alternativa

³⁵ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006 - Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso* Nro. 250 de 2006. Énfasis suplido.

sea la privación de la libertad en establecimiento carcelario, puesto que aun en las hipótesis en que procede en abstracto (Art. 313 C.P.P.) la medida de aseguramiento de detención preventiva, puede ocurrir que luego del juicio de necesidad, el juez considere que, atendidas las circunstancias del caso concreto, la medida no cumpliría ninguno de los fines que constitucional y legalmente se le atribuyen (...)

En virtud de la necesidad las medidas solo pueden imponerse si concurre algunos de los fines que las justifican como son los de asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad con énfasis en las víctimas (...)

La determinación de la necesidad y gradualidad de la medida (...) exige valoraciones que entrañan la consideración de múltiples elementos empíricos y probatorios que por ende no pueden ser suministrados a priori por el legislador. Por lo tanto, las exigencias de igualdad material imponen que el examen sobre el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento, su necesidad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad se efectúe en concreto.

Una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con estos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables³⁶.

De esta forma, aunque la declaratoria es de constitucionalidad condicionada a que se interprete de acuerdo con los fines ya mencionados, en realidad nos parece que lo que hace la Corte es declarar inconstitucional el parágrafo. Pero más allá de esta discusión, lo que nos interesa resaltar es que la Corte sigue su línea jurisprudencial, en el sentido de señalar con toda claridad que el tipo de delito imputado es insuficiente para establecer las condiciones en que el imputado se encuentre antes de la condena. Este tema será relevante para el capítulo que sigue.

³⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-318 de 2008, MP Jaime Córdoba Triviño. Énfasis suplido.

Modificación legislativa sobre la relevancia de los fines cautelares de la detención

La Ley 1.142 introdujo también una importante reforma, en lo concerniente a los criterios sustanciales para la determinación de la procedencia de la detención preventiva, es decir, los fines cautelares que debían demostrarse para imponer esta medida. Para comprender exactamente el alcance de la disposición, resulta útil recapitular: la jurisprudencia constitucional había indicado, como referimos, que un pronóstico de las probabilidades de condena como sustrato de la detención preventiva, conculcaba la presunción de inocencia; de esta forma, según la jurisprudencia, la imposición de la detención implicaba la necesidad de demostrar que debían demostrarse los fines cautelares de la medida: proteger la prueba, asegurar la comparecencia y evitar la reincidencia, aun cuando este último requisito tuvo la menos afortunada redacción de “proteger a la comunidad”. Trataremos ahora las modificaciones introducidas a cada una de estas finalidades.

Reforma a la protección a la comunidad

Como queda dicho, el artículo 308 del Código de Procedimiento en su redacción original establece que la detención preventiva como medida de aseguramiento, procede cuando existen elementos materiales de prueba o evidencias físicas, de los cuales se desprenda que el imputado puede no comparecer al proceso, puede destruir la prueba o representa un peligro para la comunidad o para la víctima. Es claro que la existencia de la regulación legal tiene sentido, en la medida en que **adiciona o incluye otros criterios**, diferentes del solo delito investigado, para estimar si la libertad del imputado constituye un peligro para la comunidad. De acuerdo con lo que hemos expuesto, tomar el solo delito como sustrato para establecer si el imputado es peligroso para la comunidad, en la práctica lo que hace es suprimir el criterio adicional, convirtiendo la detención preventiva en una pena anticipada, como mostraremos a continuación.

A juicio del Fiscal General de la Nación, y del Ministro del Interior y de Justicia, como autores del proyecto, el artículo 310 imponía a la Fiscalía una carga probatoria que no siempre era posible cumplir. Dado que la norma no le permitía al juez de control de garantías imponer la detención preventiva tomando en cuenta solamente la gravedad de la conducta y la pena imponible, sino que lo obligaba a tomar en cuenta la concurrencia de alguna de las otras cuatro cir-

cunstancias allí enumeradas³⁷, la Fiscalía tenía la carga de exhibir pruebas que acreditaran que en el imputado concurría alguno de esos supuestos. La carga probatoria impuesta al a Fiscalía, no siempre podía satisfacerse y, en consecuencia, el imputado recobraba la libertad por improcedencia de la detención preventiva. En criterio de los autores de la iniciativa, la ley no debería exigir que el pronóstico de la peligrosidad del agente, estuviera dado por una serie de criterios fijos cuya demostración fuera obligatoria para el ente acusador, sino que debería abrirse la posibilidad de acudir al tipo de delito, criterio al cual, de acuerdo con la exposición de motivos, había *pasado a un segundo plano*. Esta propuesta, según se sostuvo en la exposición de motivos, es consecuente con algunos instrumentos de derecho internacional relativos a los principios mínimos de la administración de justicia:

“La detención preventiva, de acuerdo con los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe ser excepcional, necesaria y racional (C- 774 de 2001). En razón de ello, no solo se sujeta a una base probatoria mínima que indique la autoría o participación del imputado, sino igualmente a la consecución de los fines del proceso, conforme con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

*Sin embargo, en punto a la protección de la comunidad y las víctimas, como uno de los fines del proceso que garantiza la medida de detención, **la práctica ha mostrado que la gravedad y la modalidad de los hechos ha pasado a un segundo plano** en el examen de riesgo, frente a la exigencia de que la fiscalía necesariamente debe llevar a la respectiva audiencia elementos materiales probatorios o información que indique la pertenencia del imputado a una organización criminal o la continuación de la actividad delictiva o la pluralidad de delitos imputados o la existencia de investigaciones pendientes o sentencias condenatorias vigentes. Estas últimas circunstancias no siempre se presentan en un caso, a pesar de que, en virtud de la dinámica de los hechos, pueden resultar alarmantes la gravedad y modalidad de la única conducta punible (**verbigracia un secuestro extorsivo o un hurto calificado cometido por varias personas, sin que pueda sugerirse organización criminal**).*

³⁷ Cfr. artículo 310 original: la continuación de la actividad delictiva, la vinculación con organizaciones criminales, el número y la naturaleza de los delitos imputados, y la comisión anterior o concomitante de otros delitos.

Se recuerda que las Reglas de Mallorca de la Organización de las Naciones Unidas, como principios mínimos para la Administración de Justicia Penal, establecen en la regla 16 que “las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas y que, en todo caso, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”.

Así entonces, lo ideal es que el pronóstico de riesgo para la comunidad y la víctima surja de un examen conjunto del mayor número de circunstancias previstas en el artículo 310³⁸.

Nuevamente, puede percibirse claramente en el discurso que, aunque tiene un vestido compatible con la jurisprudencia constitucional, su sustrato considera que alguien es peligroso para la comunidad en virtud del delito por el cual se le acusa. Incluso, la exposición de motivos señala expresamente que alguien que ha cometido un secuestro extorsivo o un hurto calificado, es peligroso en sí para la comunidad.

Siguiendo este pensamiento, el artículo 24 de la Ley 1.142 reformó el primer inciso del artículo 310 de la ley 906, en el sentido de disponer que la **gravedad** y la **modalidad** de la conducta punible, **serían suficientes** como criterios para la determinación de la peligrosidad del agente. Los otros cuatro criterios enumerados en esa norma, cuya determinación era condición ineludible para la detención preventiva, se mantuvieron dentro de la redacción de esta nueva norma, pero ahora su verificación es **opcional** para el juez de control de garantías. Ahora el juez de control de garantías puede fundamentar el pronóstico de peligrosidad del imputado en la gravedad de la conducta, o en su modalidad, es decir, solamente debe atender al delito imputado. Ya no se requiere para la imposición de una detención preventiva, que concurra en el imputado alguna de las cuatro circunstancias descritas en la norma³⁹.

³⁸ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nro. 23 de 2006 - Cámara de Representantes. *Gaceta del Congreso* número 250 de 2006. Énfasis suplido.

³⁹ ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1.142 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo

Nos parece que lo primero que debe ser objeto de análisis es la introducción de estas expresiones de *gravedad* y *modalidad* del delito, como sustrato fundamental para la decisión de imponer la detención preventiva. Y es que se trata de expresiones bien ambiguas. ¿Qué es la gravedad y modalidad de la conducta punible? A nuestro entender, no son conceptos que puedan concretarse en pruebas específicas. Preguntamos entonces a los fiscales qué entienden por la gravedad y modalidad de la conducta punible. Nuestro hallazgo es que cada fiscal lo interpreta diferente. Uno de ellos nos indicó:

*Que sea de más impacto, por lo menos yo lo manejo así*⁴⁰

Otro fiscal señaló:

*Quiere decir que haya agravantes*⁴¹

Un tercer fiscal entrevistado indicó:

*Se refiere a la repercusión pública que tiene la conducta*⁴²

Y una cuarta opinión de otro fiscal, refiere:

*Es que sea doloso, los delitos peligrosos son los dolosos*⁴³

Lo que queda claro a través de estas entrevistas es que los mismos fiscales no tienen claro qué es eso de la *gravedad* y *modalidad* de la conducta punible. Esto confirma que se trata de adjetivos que abren una puerta de discrecionalidad. El efecto final es que permiten burlar la reglamentación legal que exige demostrar alguna señal objetiva y fundada de peligrosidad, permitiendo más bien imponer detención preventiva cuando quien esté a cargo de tomar la decisión, le parezca que la conducta es peligrosa. Como hemos indicado, el criterio de “peligro para la comunidad” ya tenía una redacción des-

con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional”.

⁴⁰ Fiscal entrevistado Nro. 2.

⁴¹ Fiscal entrevistado Nro. 2.

⁴² Fiscal entrevistado Nro. 3.

⁴³ Fiscal entrevistado Nro. 4.

afortunada en el código original, por cuanto resulta bastante etéreo el concepto: si se tiene en cuenta que todas las conductas descritas en la ley penal son peligrosas para la comunidad (*ultima ratio*), entonces todos los procesados, sin excepción, deberían ser considerados peligrosos y quedar sometidos a la detención preventiva como medida de aseguramiento. Si se piensa que *peligrosa* es la persona que realiza conductas peligrosas, y se admite que las conductas descritas en la ley penal están allí debido a su peligrosidad, entonces debería concluirse, en sana lógica, que todas las personas que realizan conductas descritas la ley penal son peligrosas, y que por ende todas ellas deberían ser sometidas a detención preventiva. Nos parece que hubiera sido más afortunado seguir la expresión que acuña la propia jurisprudencia internacional citada en la sentencia C-774, que se refiere a “peligro de reincidencia”⁴⁴.

No debemos dejar de lado el texto literal de la reforma: **será suficiente** la gravedad y modalidad de la conducta punible. Ya hemos mostrado que estos conceptos no tienen un contenido concreto susceptible de verificación. Entonces, ¿qué es lo suficiente? El primer inciso del nuevo artículo 310 de la Ley 906, lo que contiene es una presunción de peligrosidad deducida, no de la gravedad de la conducta, sino del *nomen juris* del tipo penal. En síntesis, lo que hace la reforma en punto a este fin de proteger a la comunidad, es decirle al juez: **olvide los fines; es suficiente la conducta imputada**. Esta conclusión, en nuestro criterio, es inconstitucional según la citada sentencia C-774 de 2001.

La reforma al criterio de asegurar la comparecencia

Como hemos señalado, uno de los principales fines cautelares que debe observar la medida de aseguramiento es asegurar la comparecencia del imputado. De manera consecuente, el artículo 312 original del Código indicaba que, para establecer si se requiere asegurarla, el juez deberá establecer el arraigo del imputado en la comunidad, la gravedad del daño causado y la actitud que el imputado ha mostrado a ese respecto, y el historial del imputado en cuanto a la comparecencia (es decir, si ha acudido a las citaciones que se le hayan hecho, en este procedimiento o en otros). De esta forma, el legislador del 2004 quiso mostrar qué tipo de situaciones objetivas deben demostrarse, para establecer que se requiere la medida para asegurar la comparecencia del imputado al proceso.

⁴⁴ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Neumeister vs Austria.

La reforma que se hizo mediante la Ley 1.142 de 2007, buscó un efecto similar al ya señalado, respecto de la protección a la comunidad. Se reformó el encabezado del artículo 312, de modo que se le ordena al juez valorar, **en especial, la gravedad y modalidad de la conducta punible**, para concluir si existe el peligro de que el imputado no comparezca⁴⁵.

No debemos perder de vista el panorama general: para que la detención preventiva sea compatible con la presunción de inocencia, es decir, para que no constituya una pena anticipada, los fines cautelares de la medida **deben ser diferentes, esto es, adicionales** al puro delito imputado, según la jurisprudencia constitucional. Ello significa que imponer la detención preventiva sobre la sola base del delito imputado, es inconstitucional porque atenta contra la presunción de inocencia. Aquí, la reforma claramente ordena que el juez tome **en especial consideración** el delito imputado, es decir, incluso en la más generosa de las interpretaciones, los fines cautelares de la medida deben estar en un segundo plano (además de todas las objeciones señaladas, en cuanto a los calificativos de *gravedad y modalidad*).

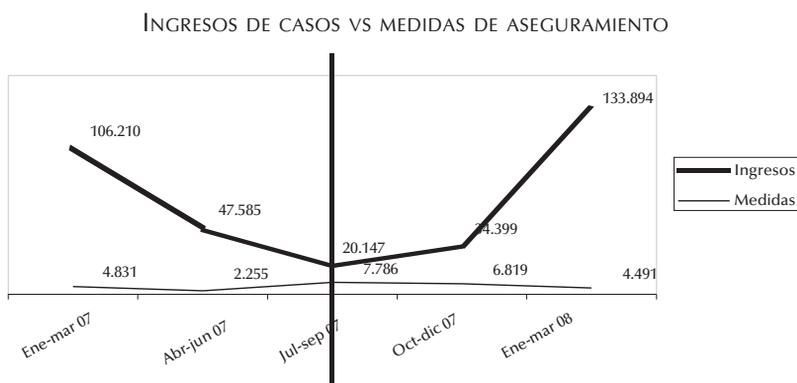
VI. EFECTOS DE LA CONTRARREFORMA

Ahora bien, visto el objetivo perseguido por el Gobierno y la Fiscalía con la Ley 1.142, veremos cuál fue el efecto cuantitativo producido en la práctica. Claramente, la expectativa era que aumentaran de manera significativa las detenciones preventivas. Veamos el comportamiento que muestra la estadística. La ley 1.142 entró en vigencia el 28 de junio de 2007, es decir que debió producir efectos de elevación de las detenciones a partir del segundo semestre del año 2007. En el cuadro que sigue, desagregamos la cantidad de casos ingresados al sistema, así como la cantidad de detenciones impues-

⁴⁵ Artículo 312 reformado: Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores:

1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
2. La gravedad del daño causado y la actitud que el imputado asuma frente a este.
3. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior, del que se pueda inferir razonablemente su falta de voluntad para sujetarse a la investigación, a la persecución penal y al cumplimiento de la pena. Énfasis suplido

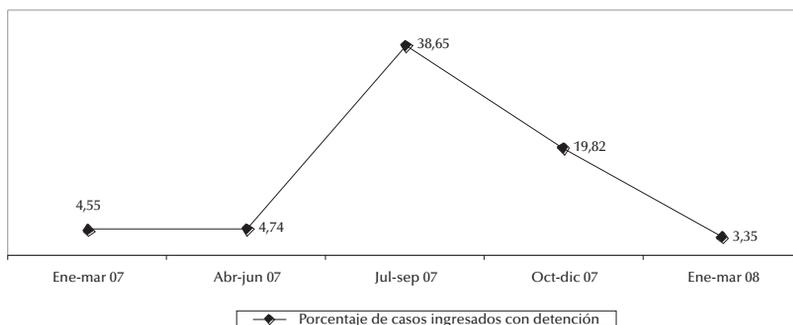
tas, por trimestres del año 2007, incluyendo hasta donde existe información publicada a la fecha de cierre del presente informe. La estadística muestra el siguiente comportamiento en las detenciones preventivas. La línea vertical simboliza la entrada en vigencia de la contrarreforma introducida por la Ley 1.142.



Fuente: Boletín Estadístico Fiscalía General de la Nación, www.fiscalia.gov.co

Como podemos ver, del segundo semestre de 2007 al tercero, la cantidad de detenciones preventivas aumentó de 2.255 a 7.786, a pesar de que los casos ingresados descendieron a menos de la mitad. Ello sugiere que conviene analizar el porcentaje de casos ingresados, en los cuales se impuso esta medida cautelar, desagregados por trimestres.

PORCENTAJE DE CASOS INGRESADOS EN QUE SE IMPUSO DETENCIÓN PREVENTIVA



Fuente: Boletín Estadístico Fiscalía General de la Nación, www.fiscalia.gov.co

Lo que podemos apreciar es que, en efecto, al entrar en vigencia la citada ley, en puntos porcentuales se multiplicaron las detenciones casi por diez (del 4,74% al 38,65%), respecto de los casos ingresa-

dos. Sin embargo, las cifras muestran un claro descenso a lo largo de los meses siguientes, y la última cifra, referida a 2008, indica un porcentaje de detenciones menor al anterior a la mencionada ley.

Con el objeto de explicar este comportamiento, indagamos al respecto a los actores, quienes en general nos señalaron que la entrada en vigencia de dicha ley produjo un efecto más modesto que el esperado. Lo primero que debemos destacar es que todos los actores, sin excepción, señalaron que las audiencias sobre medida de aseguramiento siguen incorporando la discusión sobre los fines de la medida, de manera preponderante. Ello ya nos indica que el efecto buscado por la Ley 1.142, es decir, suprimir la discusión sobre los fines cautelares, no se consiguió en la realidad. Suponemos entonces que la lógica instalada por la jurisprudencia constitucional, aun anterior a la introducción del sistema acusatorio, se mantuvo vigente.

En segundo lugar, ya en un tejido más fino, los fiscales nos indicaron lo que, a su juicio, fue el efecto práctico logrado por la entrada en vigencia de la Ley 1.142. Nos dijeron:

Pues la Ley -1.142- sí aumentó las detenciones, porque ahora es más fácil que a uno el juez le falle que el imputado es peligroso para la comunidad (...) hubo un cambio porque inicialmente sí había que demostrar más cosas

Otro fiscal señaló

Ya es suficiente la gravedad de la conducta para acreditar la peligrosidad del agente. La Ley 1.142 lo limitó a la gravedad

En el mismo sentido, otro fiscal indicó

En los delitos graves, ya se presume que el fin de la medida es proteger a la comunidad

Ningún fiscal nos habló de cambios significativos en materia de comparecencia, o de protección de la prueba. Todos señalaron, por el contrario, que el cambio en el eje argumentativo en las audiencias de medida de aseguramiento, se concretó en los casos en que el fiscal afirma querer proteger a la comunidad. Ello nos llevó a indagar expresamente por la discusión acerca de los fines de la medida de aseguramiento, preguntar a los actores si la discusión acerca de ellos ha cambiado gracias a la entrada en vigencia de la ley. La respuesta que obtuvimos fue coherente con lo que hemos analizado. Por ejemplo, un fiscal señaló:

Uno sí sustenta los fines, es un riesgo muy grande dejar el vacío

Otro fiscal, en la misma vía, refirió

Uno igual sustenta cuáles son los fines, porque si no el juez no tiene elementos para hacer su ponderación.

Ello nos confirma nuestra aproximación inicial: al parecer, los actores han introyectado la lógica de la jurisprudencia constitucional, en el sentido que una medida de aseguramiento sin fines cautelares no debe imponerse, porque atenta contra la presunción de inocencia. En otras palabras, los fines cautelares como sustrato principal de la medida de aseguramiento se instalaron en la dinámica de la medida de aseguramiento, aún a pesar de la contrarreforma.

De hecho, les preguntamos a los defensores cómo enfrentaban la argumentación en las audiencias en que se solicita la detención. En concreto, indagamos si ellos, al referirse a que no se encuentran acreditados los fines, tienen que acudir a algún argumento que le reste vigencia a la Ley 1.142, para poder así discutir si están o no presentes los fines. Nos sorprendimos cuando ninguno pareció entender que se requería esa reflexión. No les parece necesario hablar de la vigencia de la Ley 1.142, porque nadie discute que la argumentación sobre los fines es un requisito para imponer esta medida.

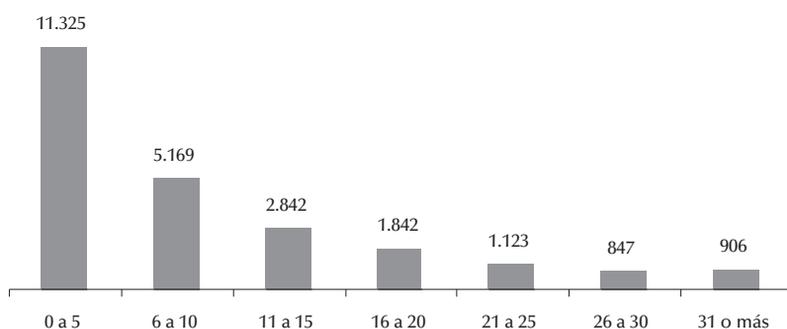
Siendo ello así, sacamos dos conclusiones acerca de la Ley 1.142. La primera, que el efecto práctico producido es que relajó el estándar para determinar la necesidad de proteger a la comunidad. Es decir, que el esfuerzo probatorio y argumentativo que debe hacer el fiscal cuando afirma que este es el fin de la medida, es ahora más bajo que antes de la vigencia de dicha ley. A este punto concreto se referiría la afectación a la garantía de la libertad con la contrarreforma.

Nos parece que el punto más grave a este respecto, es que los desmesurados aumentos de pena, sí cambian de manera esencial el espectro de delitos a los cuales les es aplicable la detención preventiva. Se requeriría un trabajo con estadística más desagregada, para poder apreciar si estos aumentos de pena han modificado el tipo de delitos a los cuales se aplica esta medida cautelar.

La segunda conclusión, es que los efectos de esta ley han retrocedido con el tiempo. Si bien se produjo un efecto inmediato de aumento radical en los casos que resultaban con detenido, a lo largo de algunos meses este efecto ya no es notorio.

Finalmente, este proceso de evolución que se ha mostrado a través del presente informe parece haber producido igualmente efectos en la duración de la detención preventiva. En el año 2008, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario publicó la información estadística referida a la duración de la detención preventiva. La forma de indicarlo fue señalar rangos de duración en meses, cuantificando los imputados que se encuentran en cada rango.

DURACIÓN DE LAS DETENCIONES - CANTIDAD DE RECLUSOS POR MESES DE RECLUSIÓN EN DETENCIÓN PREVENTIVA 2008



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Es decir, del total de imputados, 11.325 permanecieron en detención entre 0 y 5 meses; 5.169 estuvieron entre 6 y 10 meses privados de la libertad, etc.

Como podemos apreciar, del total de detenidos preventivamente (24.054), casi la mitad dura detenida menos de seis meses. Lamentablemente, no disponemos de datos sobre la duración de las detenciones antes de la reforma; pero sí podemos mostrar un dato que ilustra que el promedio era mucho mayor: la duración máxima de la etapa de investigación en la Ley 600 era de 120 días (más o menos 4 meses), 180 si eran 3 o más imputados⁴⁶. Vencido este término sin que hubiera acusación, el imputado podía solicitar la libertad. Este, además, no era el término total de la detención, sino que si en él la Fiscalía dictaba la acusación, se interrumpía este plazo y el imputado continuaba privado de la libertad hasta la culminación de la etapa de juzgamiento, o hasta que transcurrieran 6 meses sin que se iniciara la etapa de juzgamiento⁴⁷ (pero la audiencia de juzgamiento

⁴⁶ Cfr. artículo 365 numeral 3, Ley 600 de 2000.

⁴⁷ Cfr. artículo 365 numeral 5, Ley 600 de 2000.

se instalaba y se suspendía varias veces, para ser continuada meses después). En un cálculo optimista, si la acusación se profería dentro del término y la audiencia de juzgamiento no era suspendida, el imputado podía durar legalmente detenido 10 meses. De esta forma, resulta claro que en el pronóstico del Legislador, el promedio de los imputados duraba bastante más tiempo en detención, que los datos recién mostrados para el año 2008.

VII. PERSPECTIVAS

Hemos mostrado cómo el Gobierno Nacional y la Fiscalía, como estrategia de “seguridad democrática”, han optado por reformar la ley con el objeto de eliminar, o al menos reducir radicalmente, la consideración a los fines cautelares de la medida de aseguramiento. Este objetivo ha sido conseguido de manera sumamente moderada, por dos motivos: el primero es que esta discusión se encuentra instalada en la lógica discursiva de los actores desde 2001, gracias a la jurisprudencia constitucional. En otras palabras, la Ley 1.142 no pudo contrarrestar el efecto que la sentencia C-774 ya había producido en la discusión sobre el tema.

El segundo paliativo de la contrarreforma, será lo que haga a futuro la propia Corte Constitucional. Los artículos reformados que regulaban los criterios a demostrar para acreditar los fines de la medida (310 y 312), se encuentran demandados ante la Corte y pendientes de sentencia. A la fecha de corte de este informe, no se ha proferido aún la sentencia correspondiente, ni ha salido el comunicado de prensa. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia que se ha proferido, es esperable que la Corte siga su línea, y condicione la constitucionalidad de estos artículos a que sean interpretados con prescindencia del delito imputado, es decir, manteniendo la vigencia de los fines cautelares como criterio preponderante. Sería, por decir lo menos, curioso que habiendo proferido la sentencia C-318 de 2008 (la referida al parágrafo de la detención domiciliaria), ratificando el razonamiento sobre los fines, ahora en relación con la regulación más sustantiva de estos, fallara la constitucionalidad de la contrarreforma, que lo que hace es prácticamente suprimir estos fines del debate sobre las detenciones.

Como hemos indicado en varios apartes del informe, el carácter etéreo con que se reguló el fin de evitar la reincidencia, dándole el desafortunado nombre de “proteger a la comunidad”, se presta para ampliar más y más el espectro de situaciones a las cuales se apli-

ca. En efecto, la principal modificación práctica que obtuvo la ley 1.142 en materia de libertad, consistió en “presumir” la peligrosidad para ciertos delitos, es decir, limitarse al tipo de delito para imponer la detención preventiva, en franco retroceso respecto de un proceso iniciado incluso antes de la reforma procesal penal.

En una visión más global, lo que se observa es que la Fiscalía General tiene un discurso que podría tildarse de “carcelero”. Además de los aumentos de penas que hemos referido, ya hemos referido las demás leyes que aumentaron las penas, por iniciativa legislativa de la Fiscalía. Y por si fuera poco, el Fiscal ha anunciado iniciativas que no han llegado al Congreso, pero que van en la misma vía, pidiendo pena de muerte y prisión perpetua para ciertos delitos (en contravía de la Constitución, además). De manera que, como perspectiva, es claro que de la Fiscalía vendrán más iniciativas en la vía de restringir el principio de libertad, y será rol de la academia introducir racionalidad en la política criminal, para evitar caer en un régimen penal de garantías discapacitadas.

VIII. ANEXO 1

Notas de prensa atacando decisiones de los jueces de poner en libertad a ciudadanos

Hechos del 8 de marzo de 2007

Ordenan la libertad de suboficial implicado en el robo del cuadro de Obregón en Palacio

Fuente: *Caracol 3/9/2007 - 21:22:00*

En libertad quedó el suboficial de la Armada Nacional Edward Jair Ardila German, acusado del robo de un cuadro del maestro Alejandro Obregón, que estaba en el salón del Consejo de Ministros en la Casa de Nariño.

El juez 42 con función de garantías, Edgardo Sánchez, declaró ilegal la captura del suboficial, al considerar que fue retenido en forma irregular. La detención la realizaron policías de la Sijín, quienes lo abordaron sobre las cuatro de la tarde del jueves y solo solicitaron la legalización de la captura a las 8 y 40 de la noche. Después de las nueve de la noche, es decir, cinco horas y media después, fue notificada oficialmente la captura, lo que para el juez, es una acción ilegal.

Para fundamentar dicha ilegalidad, el sargento declaró bajo juramento lo ocurrido y dijo que fue sometido a maltratos, incluido un golpe en la cabeza con un arma. El juez pidió investigar las irregularidades presentadas por parte de los policías que hicieron la aprehensión. Según el juez, la Fiscalía deberá presentar nuevamente la solicitud de captura para que se realice una nueva audiencia de imputación.

El cuadro fue recuperado pero la seguridad de la Presidencia es cuestionada

La seguridad en la sede presidencial de Colombia, el sitio más seguro y vigilado del país, quedó en entredicho a pocas horas de la llegada del presidente de Estados Unidos, George Bush, tras confirmarse el robo del cuadro El Cóndor, de Obregón.

El secretario general de la Casa de Nariño, Bernardo Moreno, dijo en Caracol Radio que el cuadro desapareció misteriosamente al me-

diodía del jueves, del salón donde se reúnen los ministros y el presidente Alvaro Uribe. El lugar no tenía cámaras de seguridad, por lo que por espacio de dos horas los miembros de la seguridad estuvieron revisando rincón por rincón cada uno de los lugares de la Casa de Nariño para encontrar al responsable. Dos horas después, las cámaras de los corredores captaron los movimientos sospechosos de uno de los sargentos, quien salió sigilosamente vestido con una gabardina de Palacio. Los miembros de seguridad lo identificaron como el sargento Edward Jair Ardila, quien llevaba 4 años en la Armada Nacional, y a quien recientemente le habían dado un mes de incapacidad por problemas psiquiátricos.

El secretario privado de la Casa de Nariño relató que “cuando las cámaras hicieron zoom, captaron al sargento haciendo movimientos extraños y hasta simpáticos. Aparentaba estar tomando fotografías con su cámara. Baja por una escalera, sube por otra, se movía mucho por los salones. Luego sale con toda tranquilidad de la Casa de Nariño, porque era muy conocido y nadie sospechó”.

Las autoridades comenzaron la búsqueda de Ardila Jiménez y lo encontraron hacia las 5:00 pm del mismo jueves del robo. “Más o menos a las 12:00 de la noche, él confesó y a las 5:00 am del viernes, encontramos el cuadro en una caseta de San Victorino. El cuadro que medía 1.90 x 2 metros fue cuidadosamente cortado con un elemento con mucho filo y desprendido de su marco que quedó colgado en la pared. Está un poco maltratado pues el sargento lo debió doblar para metérselo en la gabardina. Ahora hay que evaluar exactamente qué daño sufrió el cuadro”, señaló Moreno.

El secretario de Casa de Nariño, reconoció que es urgente replantear la seguridad dentro y fuera de Palacio y tomar medidas para que no se vuelvan a presentar este tipo de hechos.

Fabiola murió y el responsable de su tragedia quedó libre

Fuente: http://www.eluniversal.com.co/noticias/20081001/ctg_suc_fabiola_murio_y_el_responsable_de_su_tra.html

Fabiola Gómez Montes de Oca, muerta.

El presunto victimario fue capturado por la Policía cinco minutos después de los hechos y al día siguiente quedó en libertad.

El cadáver de Fabiola fue llevado ayer en la tarde a Zaragocilla. Sus vecinos protestaron con el ataúd por la decisión judicial que otorgó la libertad del responsable.

Raúl Morales y demás miembros de la familia Gómez Montes de Oca conocieron las dos informaciones casi de manera simultánea.

Inicialmente se enteraron que el presunto responsable de la tragedia que hoy viven fue dejado en libertad. Después, a las siete de la mañana de ayer, los médicos del Hospital Universitario del Caribe les confirmaron que Fabiola Esther Gómez Montes de Oca acababa de fallecer.

La mujer, de 27 años, permanecía en estado de coma en la Unidad de Cuidados Intensivos a causa del balazo que recibió en la cabeza el domingo a las 5 y 30 de la mañana, mientras estaba en la puerta de su casa, en el sector El Libertador, de Zaragocilla.

“Dos familiares se encontraban con ella. Estábamos esperanzados porque en la madrugada comenzó a respirar sin ayuda mecánica y abrió un ojo. Nos sorprendimos cuando los médicos sacaron a quienes estaban con ella y al poco rato dijeron que había muerto”, cuenta una tía de la víctima.

Por ahora, y a menos que la decisión judicial sea cambiada, el presunto culpable de que tres niños de menos de 10 años se hayan quedado sin mamá seguirá libre.

Ramiro Alvarado Blanco, de 47 años y oriundo de San Onofre (Sucre), fue dejado en libertad el lunes, a las 5 y 20 de la tarde, por el Juez Sexto Penal Municipal con funciones de garantías, quien consideró que hubo inconsistencia en el informe presentado por la Policía por el horario de captura. Asimismo sumó a esa situación el hecho de que el arma homicida no ha aparecido.

Alvarado Blanco fue retenido minutos después de los hechos cuando escapaba en una moto Suzuki AX-100, de color rojo. Tras ser capturado, el fiscal seccional 18 ordenó su arresto. Esa decisión, sin embargo, no fue tenida en cuenta por el juez.

Las autoridades esperan que con lo sucedido con Fabiola Gómez se ordene nuevamente la captura del principal sospechoso.

La muerte de la mujer y la libertad del presunto agresor llevó a

sus vecinos en Zaragocilla a realizar una protesta ayer en la tarde exigiendo justicia. Con pancartas y gritos recorrieron varias calles pidiendo castigo para el responsable.

Sus últimas palabras

Todos los domingos, sin excepción, Fabiola, su abuela e hijos, acudían bien temprano a una iglesia evangélica en el barrio Nuevo Bosque para orar. Faltaban como cinco minutos para las 5 y 30 de la mañana cuando la mujer se levantó al escuchar una algarabía en la puerta de su casa.

“Qué suerte que esos muchachos se hayan sentado en ese lugar a comentar lo que habían hecho durante la pelea callejera que sostuvieron minutos antes en el sector Bajo Libertador.

“Ella salió y les dijo: ‘ya vienen ustedes a armar bulla con las peleas que buscan en otros lados. Siempre los golpean’. Esas fueron sus últimas palabras. Después apareció el tipo haciendo tiros desde una moto y fue cuando le dio. Ella trató de esconderse en el apartamento pero hasta allá llegó el tipo y le disparó”, relata su tía.

Los allegados de la víctima aseguran que la pelea en el baile con un picó que es de propiedad del señalado como principal sospechoso comenzó cuando al hijo de este le quitaron de la boca una arepa de huevo.

“Parece que los que viven por la casa le quitaron la arepa al hijo del sujeto y ahí empezó todo. El individuo los persiguió y al llegar a la calle lo hizo disparando. Mala hora que Fabiola saliera a ver qué pasaba”, dice su tía.

Julio 23 de 2008

De nuevo en libertad presunto sujeto que ponía bombas para cobrar recompensas

Fuente: <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu13465.htm>

El presunto ‘traficante de información’ que hace unas horas se entregó al CTI de la Fiscalía en Bogotá, quedó en libertad por no tener antecedentes penales.

El presunto desmovilizado, Jair Romero, había sido denunciado por

el Gobierno Distrital por haber preparado atentados en la capital de la República y luego dar información para cobrar las recompensas.

Fuentes del CTI de la fiscalía, confirmaron que Jair Romero se presentó ante las autoridades y dejó un acta en la que advierte que se siente amenazado por los señalamientos que le hizo el alcalde de Bogotá, Samuel Moreno.

Al quedar en libertad, Romero expresó su decisión de presentarse a las autoridades en el momento en que estas lo requieran.

La entrega

En el búnker de la Fiscalía se presentó Jair Romero, el sujeto que era buscado desde hace varios días por las autoridades y quien fue denunciado por el alcalde mayor Samuel Moreno.

Romero aseguró que se presentó voluntariamente ante el CTI para desmentir las versiones presentadas anteriormente por el Alcalde Mayor, quien lo calificó de ‘traficante de información’.

Según algunas versiones de prensa, el sujeto es un guerrillero desmovilizado que hace parte del programa de Reinserción de la Presidencia de la República.

Al momento de ingresar a la Fiscalía, Romero aseguró que tiene pruebas para sustentar sus denuncias y que toda la información suministrada a las autoridades es verídica. A la vez señaló que las denuncias del alcalde Moreno Rojas son falsas y que gracias a ellas, su vida está en peligro.

Alcalde Moreno se mantiene en las denuncias

Al respecto, el alcalde aseguró que se cuidó mucho antes de dar a conocer la identidad del supuesto ‘terrorista de información’; sin embargo, “yo esa información la pude corroborar con las distintas agencias del Estado. Está clara la participación de esta persona en cuatro atentados que no se perpetraron”, afirmó a Caracol Radio.

Por último el alcalde afirmó que será “la Fiscalía y los organismos de judicialización los que determinen si él es o no culpable”, dijo.

Estuvo detenido y quedó en libertad

En días pasados, las autoridades reportaron que Romero había sido detenido con algunos explosivos en su poder, pero tuvo que quedar

en libertad por un procedimiento judicial. “Espero que los organismos de investigación sean capaces de entregar todas las pruebas para que no vuelva a salir”, dijo el alcalde Moreno Rojas.

Puso bombas, informó dónde estaban y pretendía cobrar recompensas

Según las autoridades, el ‘traficante de información’ fabricó la bomba, la puso, la detonó y luego les informó a las autoridades para cobrar la recompensa. Así lo manifestó el alcalde Moreno.

Según la investigación, Romero instalaba las bombas en sitios específicos de la ciudad y luego les informaba a las autoridades para que estas las desactivaran; luego cobraba la recompensa.

“Esta persona contrataba a algunas otras para poner detonantes y pólvora y entonces llamaba a las autoridades para cobrar la recompensa”, denunció Moreno Rojas luego de un Consejo de Seguridad realizado en la localidad de Kennedy en el suroccidente de Bogotá.

El alcalde aseguró que el sujeto alcanzó a participar en cuatro falsos positivos en la capital de la República.

Los hechos ocurrieron este año los días 21 de abril (barrio El Tunal), 8 mayo (carrera Primera con calle 48 B sur, San Cristóbal) 18 julio (cerca al Club de Suboficiales del Ejército en la Colina Campestre) y el 28 de junio (calle 44 sur en un separador de la carrera 20), informaron las autoridades.

El sujeto utilizaba cargas de bajo poder (no mayores a 250 gramos) y por lo menos en dos ocasiones logró burlar a las autoridades. Sin embargo, hasta el momento no se ha conocido si el sujeto alcanzó a recibir algún dinero por la información suministrada.

Reclamo del alcalde al MinDefensa

En días pasados, en una reunión realizada en la Hacienda Presidencial de Hato Grande, se vio al alcalde Moreno muy ofuscado y reclamándole, lejos de las cámaras, al ministro de Defensa Juan Manuel Santos.

En dicha charla también estuvieron el director de la Policía, general Óscar Naranjo y el comandante del Ejército, general Mario Montoya.

Publicado el día 28 de septiembre de 2005

Libertad del secuestrador del avión de Aires reveló fallas en el sistema de justicia oral

Fuente: http://www.fac.mil.co/?idcategoria=4841&facmil_2007=fe2958d2bfc1a59

Aunque Porfirio Ramírez continúa vinculado a la investigación, no tendrá vigilancia y solo deberá acudir a audiencia cuando la justicia lo determine.

El hombre que puso en vilo al país el pasado 12 de septiembre quedó en libertad porque el fiscal del caso y la jueza, que en primera instancia ordenó su detención, tuvieron fallas en su proceso.

Ramírez es un minusválido que produjo la movilización del presidente Álvaro Uribe y de la cúpula de las Fuerzas Armadas para presionar el pago de una indemnización.

El Juez 52 Penal, Eduardo Castellanos, quien revisó el caso en segunda instancia, ordenó la libertad de Ramírez al considerar que tanto la jueza de primera instancia como la Fiscalía no sustentaron sus actuaciones bajo los requisitos del nuevo sistema penal oral.

La Fiscalía, dijo, no presentó las suficientes evidencias que comprometerían a Ramírez con el secuestro. Y la jueza, explicó, “no analizó el contenido de la prueba, no se sabe con qué elementos tomó su decisión”.

El abogado defensor, Alberto Prieto, argumentó en la audiencia celebrada en Paloquemao, esas posibles fallas.

“La Fiscalía no presentó entrevistas, información de policía judicial. Por eso cae en un déficit de sustentación, se quedó en el campo de la especulación”, y explicó que la decisión de la juez fue “un juicio de valor sobre la conducta de Ramírez”.

“No es un peligro”

Prieto insistió en que su defendido no es un peligro para la comunidad porque incurrió en un delito “ocasional y emocional”, y por ello insistió en que debería quedar libre o por lo menos bajo una detención domiciliaria, debido a su delicado estado de salud.

El juez acogió estos argumentos y coincidió que ni la Fiscalía ni la

jueza demostraron que Ramírez “era un peligro para la comunidad”.

Sin embargo, penalistas consultados por este diario consideraron que sí se cumplía con los requerimientos para mantenerlo privado de libertad, por lo menos bajo una detención domiciliaria.

La fiscal del caso, Aurora Ramírez, quien se mostró contraria a la decisión, dijo que Ramírez fue capturado en flagrancia y portaba dos granadas.

“Él sale en libertad hoy, pero queda sujeto a que una vez la Fiscalía solicite nuevamente la medida de aseguramiento, otro juez de control de garantías decida y argumente” (ver ‘qué sigue en el proceso’).

1 de octubre de 2008

Conmoción en San Juan Nepomuceno

Violadores de menores quedaron en libertad

Fuente: http://www.eluniversal.com.co/noticias/20081001/ctg_suc_violadores_de_menores_quedaron_en_libert.html

Fue la peor noche para Karen y Ángela (*). Eran las 11 de la noche del pasado 24 de septiembre. Las adolescentes, de 10 y 15 años, respectivamente, dormían acompañadas de otra joven, de 18, en una casa del sector conocido como El Campo, en el corregimiento de San Cayetano.

Las versiones oficiales indican que a esa hora llegaron a ese lugar dos hombres armados y con los rostros cubiertos con pasamontañas. Las adolescentes dicen que los delincuentes llevaban una escopeta y un revólver.

“Entraron prácticamente con facilidad e inmediatamente se dirigieron hacia el cuarto donde dormía el dueño del inmueble. Lo ataron a él, a su esposa y a un hermano de nosotras. Los sujetos se identificaron como integrantes de las Farc”, relata la mayor de las víctimas.

Posteriormente encendieron una grabadora y se dirigieron a la habitación de las niñas. De allí sacaron al patio a la menor de ellas y a la joven de 18. Ambas fueron abusadas sexualmente. La otra también fue sometida a vejámenes sexuales.

Los sujetos escaparon una hora después en medio de los gritos de

sus víctimas. La denuncia del hecho fue puesta en conocimiento de las autoridades al día siguiente.

Con la colaboración de la comunidad, la Policía capturó dos días después a los dos presuntos violadores, conocidos con los alias de “Herí” y “Lucho”.

El fiscal de turno, sin embargo, y para sorpresa de todos, ordenó la libertad de ambos, porque, según él, se realizó una presunta captura ilegal, pues no fue en flagrancia.

El personero municipal, Fernando Rodríguez, dice que no le parece justa la decisión. “Hasta los mismos detenidos habían declarado el hecho como verdadero y el fiscal no tuvo en cuenta estas declaraciones dadas por los presuntos violadores a la Sijín”, comenta el funcionario.

En San Cayetano y San Juan Nepomuceno sus habitantes están consternados y exigen justicia para los responsables de este hecho.

13 de agosto de 2008

Cae sujeto armado hasta los dientes

Fuente: Periódico “La Patria” Manizales, Colombia

Las autoridades capturaron a un sujeto que supuestamente le alquilaba armas a delincuentes de Manizales. Sin embargo, quedó en libertad luego de la audiencia de control de garantías. La razón del juez fue la falta de antecedentes penales del procesado.

Al investigado lo capturó la Policía Caldas en desarrollo de una operación que busca contrarrestar a los grupos de delincuentes que proveen armas a los criminales de la ciudad. La aprehensión fue en un barrio popular. Durante el allanamiento, los uniformados se incautaron de siete armas de fuego, munición y proveedores.

“Según las investigaciones adelantadas, los delincuentes adquieren las armas en lugares estratégicos, donde las compran o alquilan para utilizarlas en homicidios, atracos, hurtos a residencia y en el denominado fleteo, intimidando a sus víctimas y despojándolas del dinero y elementos de valor”, dijo el coronel John Jaime Ospina Loaiza, Comandante del Departamento de Policía Caldas, por medio de un comunicado de prensa.

Según el oficial, en desarrollo de la investigación y gracias a la colaboración de cooperantes, se lograron ubicar algunos inmuebles utilizados para esta actividad. Los elementos decomisados y el detenido quedaron a órdenes de las autoridades competentes.

Elementos incautados

Estos fueron los elementos que encontraron en la casa del detenido

- * 1 pistola Smith & Wesson, calibre 9 milímetros.
- * 1 pistola marca Colt, calibre 22 milímetros.
- * 1 pistola marca Ferndelli, calibre 7,65 mm.
- * 3 revólveres marca Smith & Wesson, calibre 38 largo.
- * 1 escopeta marca Remington, calibre 12 milímetros.
- * 131 balas calibre 38 largo
- * 139 balas para pistola calibre 9 milímetros.
- * 25 balas calibre 16 milímetros.
- * 4 proveedores
- * 2 kilos de pólvora
- * 2 salvoconductos vencidos
- * un radioteléfono

Hechos de El Campín

Libre agresor tras firmar compromiso

Bogotá, 19 de sept.

Fuente: <http://www.fiscalia.gov.co/PAG/DIVULGA/noticias2005/otros/Spcampin19.htm>

El agresor de un hincha de fútbol en el estadio El Campin de Bogotá firmó hoy acta de compromiso ante la Fiscalía y quedó en libertad.

Agentes de policía judicial, Sijin, pusieron a disposición del fiscal 200 de la URI de Paloquemao a John Freddy Aroca Chacón, de 26 años, después de agredir a Julián Alexander Castaño Peláez, de 27 años.

La investigación determinó que Aroca Chacón atacó a Castaño Peláez con arma cortopunzante que le causó heridas de consideración durante el encuentro Millonarios-Quindío disputado este domingo.

Tanto atacante como atacado son seguidores del onceno bogotano.

Realizadas las diligencias para establecer la veracidad de los he-

chos, y tras comprobar que el indiciado Aroca Chacón no presenta antecedentes judiciales quedó en libertad.

De acuerdo con el acta de compromiso suscrita, el indiciado se presentará ante las autoridades, cuando estas lo requieran. Aroca Chacón es investigado por el delito de lesiones personales.

El proceso continúa para determinar el grado de las lesiones de las que fue víctima Castaño Peláez. Para tal fin se tendrán en cuenta los resultados de Medicina Legal.

IX. ANEXO 2

Pautas de entrevistas utilizadas

a) *Pauta de entrevista para fiscales*

1. ¿Cuál ha sido el efecto del sistema acusatorio sobre el régimen de la libertad? (¿Es más exigente, menos exigente o igual?; ¿se incluye otro tipo de argumentos, o son los mismos que en el sistema de la ley 600? ¿Su percepción es que hay más o menos presos preventivos?)
2. ¿Por qué se expidió la Ley 1.142 de 2007?
3. ¿Cuál ha sido el efecto en la aplicación de la Ley 1.142 de 2007? ¿Ha cambiado la discusión sobre la detención preventiva? (¿Se discuten los fines cautelares? ¿Sigue vigente la jurisprudencia constitucional? ¿Varía el análisis según el delito?)
4. ¿Qué entiende usted por “gravedad y modalidad de la conducta punible” en la regulación de la Ley 1.142?

b) *Pauta de entrevista para defensores*

1. ¿Cuál es su percepción de la introducción del control de legalidad de la medida de aseguramiento, con la Ley 81 de 1993? (¿Fue realmente un control material de la detención preventiva? ¿Elevó la calidad de las decisiones de los fiscales en cuanto a la detención?)
2. ¿Identifica usted la sentencia de la Corte Constitucional C-774 de 2001? En caso afirmativo, ¿qué opina de su contenido? ¿Incidió en su trabajo cotidiano? ¿Cuál fue la principal modificación que se produjo, en la práctica del sistema, con este pronunciamiento?
3. ¿Cómo caracterizaría usted el régimen de libertad en vigencia del sistema acusatorio? ¿Hubo algún cambio que usted atribuya a esta reforma?
4. ¿Identifica usted la Ley 1.142 de 2007? ¿Hubo cambios en la práctica judicial a partir de su entrada en vigor? ¿Qué cambios ha notado usted?

REPORTE DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR

DIEGO ZALAMEA LEÓN*

1. ANTECEDENTES:

1.1. Visión general: la reforma procesal penal en Ecuador

La aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal en el Ecuador se realizó el 13 de enero del año 2000. Esta norma puso en vigencia de forma inmediata algunos artículos que recogen en lo principal normas relativas al debido proceso, en tanto que la totalidad del nuevo sistema entró a regir el 13 de julio de 2001. El plazo de año seis meses que medió entre la aprobación y la aplicación del modelo acusatorio-oral tuvo como objeto el otorgar la oportunidad a que las instituciones realizaran todo el trabajo de adaptación necesario. Es importante destacar que Ecuador no optó por una entrada en vigencia escalonada, el sistema procesal penal entró en vigencia en simultáneo en todo el país.

Cuando se propuso el cambio de modelo en la justicia penal, hubo ofertas de variaciones profundos en materia de calidad del servicio, se hizo referencia a logros tales como: celeridad; consecución de seguridad ciudadana; realización efectiva de ciertos principios como la contradicción, concentración, intermediación, derecho a la defensa e igualdad de armas; mayor participación de las víctimas y de los acusados; transparencia y auditoria social mediante la publicidad; reestructuración administrativa y funcional de las instituciones; efectividad en la persecución criminal; reparto más lógico de las funciones de investigar, acusar, defender y administrar justicia; superar ciertos problemas endémicos como el abuso de la prisión preventiva, violaciones a los derechos fundamentales, secretismo

* Ecuatoriano, Magíster en Criminología de la Universidad del País Vasco. Jefe del Programa de protección a Víctimas y Director nacional de política penal (E) de la Fiscalía. Autor de varios diseños de gestión institucional para el sistema oral. Consultor en proyectos del Banco Mundial, CEJA y USAID; Coordinador de la Asociación de Facultades de Jurisprudencia y Docente Universitario.

de los procesos, hermetismo en el funcionamiento de las instituciones, olvido de las víctimas, divorcio con la sociedad y el ciudadano común, formalismo, ritualismo e indiferencia por los resultados en materia de servicio al público y finalmente una vieja aspiración de la justicia penal ecuatoriana, la creación de una institución técnica que otorgue el servicio de defensa penal. De manera lamentable, una de las características del período de impulso de la reforma fue el instaurar un debate centrado en el aspecto discursivo, en general no existió un proceso de producción estadística de la realidad, ni una proyección de las metas esperadas, en este sentido se perdieron una serie de referentes válidos para evaluar sus consecuciones y otorgar criterios claros a los actores para direccionar prácticas.

En este sentido, los mismos propulsores colocaron una vara alta con la cual medir a este proceso que estaba por nacer, debido a que hubo una relación directa entre la oferta realizada y las expectativas generadas. La reforma procesal penal constituye un hito para la justicia ecuatoriana, es el primer paso, tendiente a una transformación integral del sistema de justicia, cuyo ideario se recogió de manera original en la Constitución del año 1998 y tenía por pilar la plena vigencia de las normas del debido proceso y el modelo dispositivo-oral. Es importante destacar que es la primera experiencia en el proceso reformista y a pesar de que en materia legislativa y de implementación sufrió un sinnúmero de debilidades, ha sido en la rama jurídica donde se ha verificado un real esfuerzo por conseguir cambios palpables. En las restantes áreas que el proceso ha alcanzado, como el derecho laboral y el derecho de niños, niñas y adolescente, hasta la fecha los procesos de implementación han sido en extremo pobres y es legítimo discutir si en realidad han existido¹.

Con el objeto de otorgar una idea más clara del proceso de reforma sufrido en Ecuador, es útil diferenciar dos momentos distintos, el trabajo realizado para conseguir la aprobación normativa y el efectuado para la implementación: en la primera etapa existió una importante movilización de la sociedad civil, académica y del sector público, la misma que consiguió introducir en la mesa del debate el sistema de justicia penal; proceso que llegó, incluso a permear a un cierto sector de la ciudadanía, aspecto que no deja de ser destacable en una sociedad, donde la mayor parte de sus integrantes suelen

¹ El caso de la reforma laboral es gráfico, la debilidad de la implementación llegó a tal extremo que en el tema netamente jurídico, en lo básico consistió en agregar al articulado vigente un par de audiencias. En tanto que en la implementación, no ha existido esfuerzo alguno, ni siquiera una capacitación seria a los actores.

mantenerse ajenos a estos procesos. Una vez aprobado el nuevo Código de Procedimiento Penal, se entra a una segunda etapa marcada por una rápida pérdida de vigor en el proceso, de hecho el criterio que la define, es la escasa planificación y casi nula implementación, en gran medida el proceso quedó confiado al sano entender de los actores. La falta de una imagen clara del vuelco que significaba para el sector justicia y la sociedad ecuatoriana, el introducir un nuevo modelo de justicia penal, produjo que la reforma fuese tomada como si se tratase de un simple cambio legislativo, por ese motivo, se pensó que para enfrentarlo bastaba con difundir entre los actores los conocimientos de un cuerpo legal y se dejó de lado temas claves como: el rediseño funcional de las instituciones, revisión integral de los procesos y flujos internos, incorporación de nuevos perfiles profesionales, formación en habilidades requeridas para los nuevos perfiles, desarrollo de herramientas informáticas, etc.

1.2. Visión general: prisión preventiva

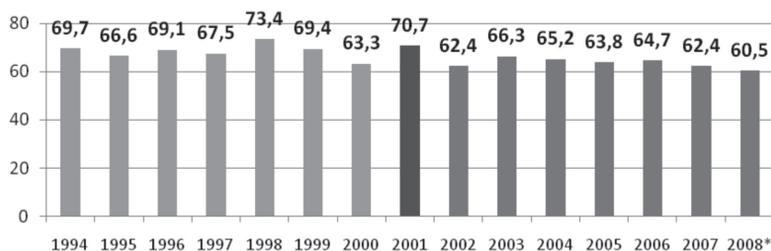
La prisión preventiva ha sido uno de los problemas más serios de legitimidad que ha tenido de manera tradicional el sistema procesal penal en el Ecuador, con el efecto de reflejar la situación actual es útil destacar ciertas cifras que reflejan su repercusión. Como se anotó en el numeral anterior ello llevó a que uno de los motivos esgrimidos para sustentar el cambio normativo, fuese el relacionado con la consecución de una variación importante en el funcionamiento de esta medida cautelar. A pesar de no haber tenido este discurso una base empírica, basada en hitos fundamentales tales como la línea de base y las metas prefijadas; se forjaron una serie de frase tipo que en base a una repetición más o menos sistemática terminaron por permear al menos en buena parte de los profesionales del derecho; por ejemplo: “con el sistema escrito se detenía para investigar, con el modelo oral se investigará para detener”, “con el sistema oral se terminará este tráfico de boletas de detención y excarcelación” y “se acabó la práctica de encarcelar como mecanismo para cobrar deudas”.

Pero desde el punto de vista más conceptual, el discurso utilizado careció de profundidad. Un ejemplo gráfico de esta realidad, consistió en la poca discusión sobre las variaciones estructurales que conllevaba el nuevo esquema funcional; de hecho en términos generales el avance que fue vendido consistió en destacar que se privaba de iniciativa para que se adopte esta medida cautelar al acusador particular; sin negar que este aspecto pueda tener interés, pero el debate fue ligero y no llegó a abarcar los cambios en realidad profundos.

a) Uso de la prisión preventiva en razón del número de privados de libertad. A pesar del tradicional divorcio del sector justicia ecuatoriano, con la evaluación y medición de la realidad de la calidad de servicio público que presta, gracias a la Dirección Nacional de Rehabilitación social, que a lo largo del tiempo ha llevado datos de la incidencia de presos sin sentencia en el total de internos, es posible graficar de manera clara la magnitud del problema y su incidencia en la legitimidad del sistema penal. Con el objeto de reflejar el alcance adquirido por esta problemática, se ha tomado como base el año en que entró la reforma y períodos similares (7 años) antes y después de este hito

Cuadro 1

PORCENTAJE DE PRESOS SIN SENTENCIA EN RELACIÓN AL TOTAL DE INTERNOS POR AÑO



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

Las cifras otorgadas por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social permiten sacar un par de conclusiones referentes a la incidencia de la prisión preventiva en el total de la población penitenciaria: el promedio de presos sin sentencia en Ecuador durante estos 15 años corresponde a 66,3%, esto quiere decir que 2 de cada 3 internos han sido presos preventivos. La disparidad existente entre presos preventivos y condenados –2 a 1–, de por sí refleja una desproporción en la tendencia de utilizar la privación de libertad de carácter cautelar en relación a la capacidad estatal de llevar hasta el final la persecución penal, este solo hecho ilegítima el uso que de ella se hace, porque refleja con claridad que la mayoría de los encarcelamientos cautelares terminan por ser aplicados a personas que nunca perderán su estatus legal de inocentes². Si se parte de que la naturaleza cautelar de la prisión preventiva como se analizará más adelante, conlleva como uno de sus requisitos³ el análisis de que el

² Es importante anotar que la proporción es bastante más de la mitad de presos preventivos que no serán condenados, porque el tiempo máximo de la prisión preventiva es de un año, por tanto varias veces inferior al promedio de las condenas; en este sentido para mantener una proporción estable en las cárceles de 2 a 1 se requiere una alta población preventiva que se renueve constantemente.

³ De hecho el más elemental.

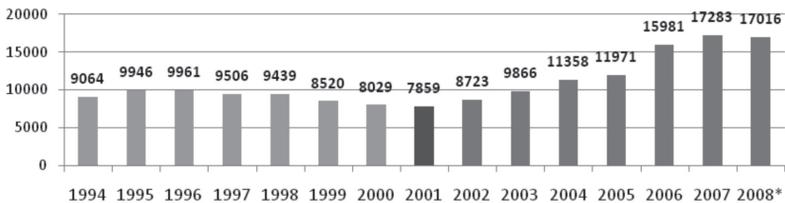
caso reúne los elementos suficientes como para que sea previsible que llegue a juicio⁴, no resulta posible explicar estas cifras sin reconocer una grave distorsión funcional.

Si se realiza un análisis comparativo, tomando como punto de ruptura el año en que entró en vigencia el nuevo Código de procedimiento penal, se observa que el período anterior alcanza 68,4% de presos preventivos, en tanto que en el posterior llega a 63,6%. Es claro que hay una reducción, pero por lo modesto del resultado dista mucho de la oferta de: "limitar el abuso de la prisión preventiva"; de hecho, una conclusión más adecuada sería anotar que el efecto alcanzado, consistió en consolidar el tradicional abuso, esta vez bajo la etiqueta de la oralidad.

Un dato anecdótico es que en el año que entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (2001), fue precisamente el que marcó una ruptura a la alza en la aplicación de esta medida cautelar, pues como se puede comprobar, quebró una racha descendente en el porcentaje de presos sin sentencia y fijó uno de los picos más significativos de toda la curva; este dato marcó una de las mayores decepciones de las personas que realizaban un seguimiento a la realidad del funcionamiento del sistema penal ecuatoriano, incluso llevo a una profunda frustración de un sector importante del movimiento reformista.

Cuando se profundizó en el análisis y se trabajó con referentes distintos a porcentajes, se pudo acceder a datos que permiten reflejar otras caras de la realidad:

Cuadro 2
NÚMERO DE INTERNOS A NIVEL NACIONAL POR AÑO



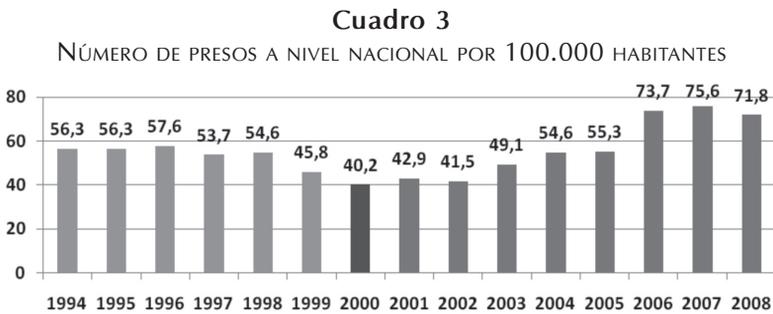
Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

⁴ Incluso como más adelante se analizará la interpretación se rige solo por el texto legal, se puede sostener que el estándar puede ser más alto, porque las 2 exigencias consagradas en el artículo 167 a este respecto: indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública e indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice, pueden interpretarse como muy cercanos al estándar requerido para la condena.

Este enfoque revela una realidad un tanto desconcertante, la entrada en vigencia del nuevo sistema marcó un punto de inflexión en el cual el número de internos que caía de manera reiterativa durante 5 años, se revierte y adquiere una tendencia inequívoca al alza, de hecho en los últimos 7 años la población penitenciaria ha crecido en más del doble. Esta realidad ha tenido un impacto directo en las condiciones de vida de los internos y ha generado un problema social grave; su magnitud se obtiene, al comparar esta tendencia creciente en la población penitenciaria, versus el estancamiento de la infraestructura física disponible –capacidad de 7.477 internos–.

Con el objeto de introducir la variable de la población en el estudio, se optó por reflejar la incidencia en relación a la población, en concreto cifrado por el número de privados de libertad por cada 100.000 habitantes:



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

El efecto que se produce al observar el fenómeno de la población penitenciaria desde la perspectiva del crecimiento poblacional, consiste en morigerar el brusco crecimiento de los últimos 8 años, pero de ninguna manera cuestiona la tendencia.

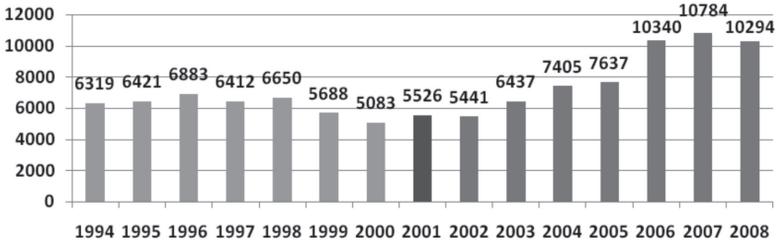
El brusco ascenso en el número de internos condujo a la necesidad de abandonar el estudio basado únicamente en porcentajes y la necesidad de introducir un nuevo referente, porque el aumento registrado en el total de presos preventivos, sin lugar a dudas que constituye una variable que tiene el potencial para afectar a la realidad de la comprensión de la prisión preventiva.

La tendencia es clara y es innegable el efecto que en realidad produjo el nuevo Código de Procedimiento Penal, para graficar la variación sufrida, basta anotar que la cifra de presos preventivos que

presentaba el último año del sistema escrito –2000– frente al 2008, refleja que el número de presos preventivos pasó de 5.083 a 10.294. Por tanto resulta que el efecto realmente conseguido consistió en duplicar el número de personas sometidas a esta medida cautelar en un lapso de 8 años, en un país que presenta un crecimiento poblacional que se ubica en el 1,9% anual⁵.

Cuadro 4

NÚMERO DE PRESOS PREVENTIVOS A NIVEL NACIONAL POR AÑO



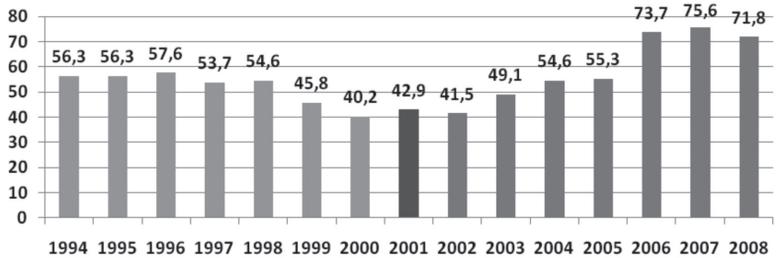
Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

Con el objeto de eliminar la distorsión que pudiese traer el incremento poblacional una vez más se realizó un cálculo en base a los datos de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social en relación al incremento poblacional según las cifras oficiales del INEC y los resultados han sido los siguientes:

Cuadro 5

NÚMERO DE PRESOS PREVENTIVOS A NIVEL NACIONAL POR 100.000 HABITANTES



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

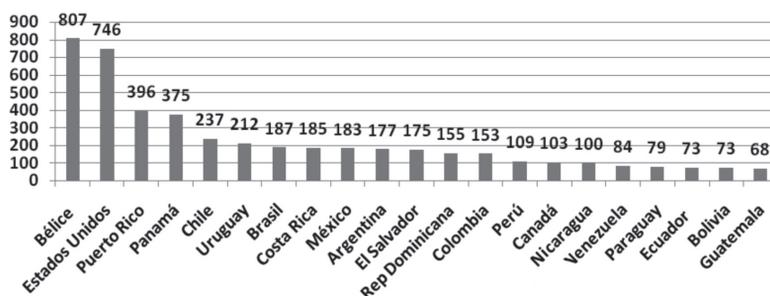
* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

⁵ El análisis en profundidad si fue realmente el sistema oral el que produjo este resultado se lo reserva para más adelante.

Como se puede ver con esta nueva variante la tendencia se morige-
ra, pero resulta claro que se mantiene la escalada que ha significado
el sistema oral para los presos preventivos.

Para terminar este análisis resulta de interés, introducir una pers-
pectiva regional referida la número de privados de libertad por cada
100.000 habitantes.

Cuadro 6
NÚMERO DE PRESOS POR 100.000 HABITANTES (AÑO 2004)



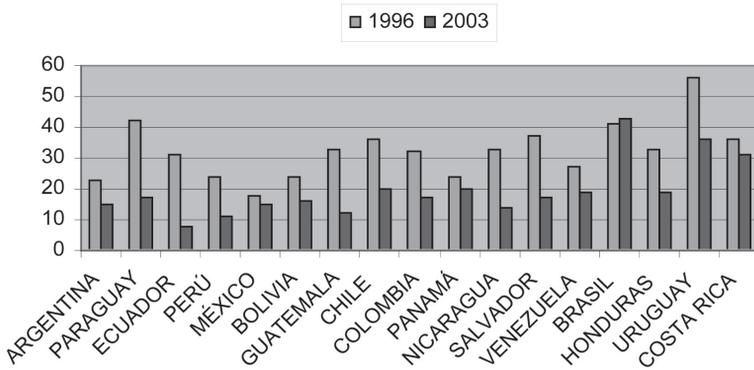
Fuente: *Reporte Sobre la Justicia de las Américas*⁶.

Es importante introducir la perspectiva regional porque como se pue-
de ver, la tendencia de crecimiento detectada en los últimos años, lo
único que aparentemente haría es aproximarle al Ecuador a la media
de la región; en este sentido, en realidad no existe un problema de
sobreencarcelación. Dado que este dato es un tanto inquietante, se
requiere intentar una explicación; a pesar de que con los datos exis-
tentes no se puede proponer una conclusión clara, resulta útil al me-
nos analizar unas cuantas explicaciones posibles: la primera, podría
ser que esta cifra se deba a un régimen con altos niveles de respeto
a los derechos individuales que limite la privación de libertad; pero
cuando se observan los datos del porcentaje de presos sin sentencia,
resulta difícil sostener esta hipótesis. Una segunda opción posible
sería el que se trate de una sociedad pacífica con una baja incidencia
criminal; a pesar de que no se han desarrollado estudios que tiendan
a aproximarse a esta realidad de una manera más o menos sustentada,
esta conjetura al menos se confronta con la experiencia diaria de sus
ciudadanos. La tercera explicación posible se relaciona con un esta-
do con una baja presencia en la sociedad, donde un porcentaje más
elevado de lo normal de la conflictividad se canaliza por instancias

⁶ CEJA (2005), *Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005*, p. 22, Santiago.

ajenas a las vías institucionales; dada la historia reciente de la falta de institucionalidad estatal en todos los ámbitos que se ha evidenciado en estas dos últimas décadas, parece ser una explicación bastante más cercana a la realidad social ecuatoriana; de hecho hay estudios que si bien no demuestran en su integridad esta postura, sí apuntalan esta hipótesis:

Cuadro 7
ÍNDICE DE CONFIANZA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA



Fuente: *Latinobarómetro*⁷

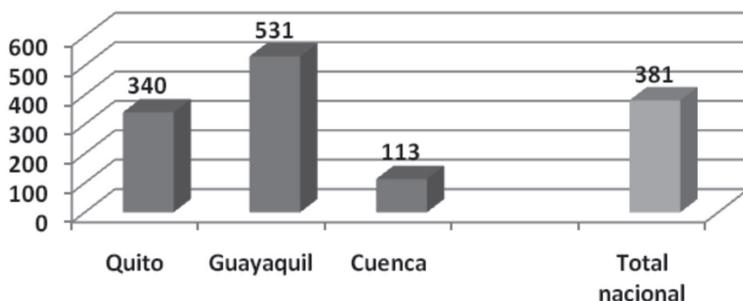
Como se puede ver para el año 2003 Ecuador era el país que más baja confianza tenía en el sistema judicial en la región, y de manera adicional frente al año 1996 es uno de los que mayores caídas presenta.

b) Uso de la prisión preventiva en razón del tiempo. En la región existe ya una conciencia de que el fenómeno del abuso de la prisión preventiva es de naturaleza compleja, y sus múltiples aristas van más de una aplicación indiscriminada. Esta realidad ha permitido que se realicen estudios por ejemplo de los lapsos temporales que deben enfrentar los detenidos hasta el día del juicio. El primer referente disponible guarda relación con el lapso que medió entre la detención y el juicio⁸.

⁷ Estudio disponible en: <http://www.latinobarometro.org>

⁸ Zalamea, Diego y Cordero, Sandra (2006), Segunda evaluación del sistema Procesal Penal, p. 101 y ss. Fundación Esquel: Quito.

Cuadro 8
 PROMEDIO DE DÍAS DESDE LA DETENCIÓN HASTA EL JUICIO

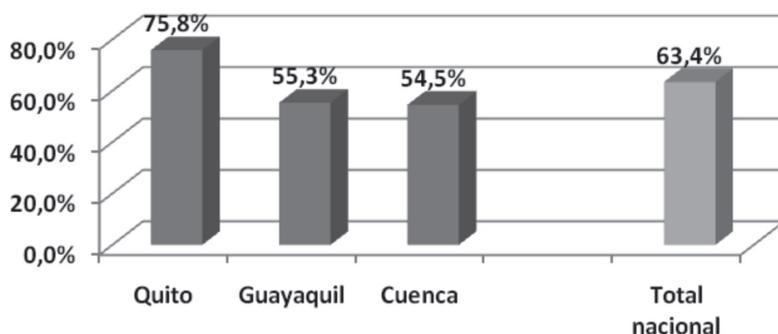


Fuente: Fundación Esquel.

La cifra que refleja el promedio nacional de por sí muestra que la variable tiempo de empleo deslegitima la forma como se ha aplicado la prisión preventiva. Por compleja que sea la investigación resulta inadmisibles el tiempo promedio que se alcanza; a pesar de que por mandato legal desde que inicia la prisión preventiva en ningún caso por mandato legal, la investigación podría superar los 90 días.

Para tener una visión de la magnitud del problema, es de interés introducir una variante que afecta de manera relevante al tema tiempo de privación de libertad: la incidencia de enjuiciados en flagrancia:

Cuadro 9
 PORCENTAJE DE CASOS FLAGRANTES FRENTE A LA TOTALIDAD DE SENTENCIAS



Fuente: Fundación Esquel.

Al amalgamar la cifras del tiempo de detención y el porcentaje de casos en flagrancia, se obtiene una perspectiva más real del problema de legitimidad que se enfrenta, debido a que de manera habi-

tual, en este tipo de infracciones desde el primer momento se cuenta con casi la totalidad de la información requerida y no hay motivo para que la investigación no se cierre en un par de semanas. Bajo esta óptica, la realidad es que se alcanza un promedio de privación de libertad hasta la sentencia de 381 días, a pesar de que el 63,4% de los casos que llegan a juicio son flagrantes⁹. Además, resulta llamativo que las dos grandes ciudades donde el problema se vuelve realmente inmanejable sean precisamente las que mayor incidencia de delitos flagrantes presentan.

A manera de conclusión se puede anotar que en conjunto los problemas de ilegitimidad en el manejo de la prisión preventiva en Ecuador son de magnitud y se manifiestan en dos ejes: un exagerado número de presos preventivos en relación a la población privada de libertad y en segundo lugar el promedio cada privado pasa tiempos en extremo largos bajo esta condición cautelar. Se deja constancia de que, debido a que por el momento no se cuenta con los elementos de juicio necesarios, se reserva para más adelante el análisis de si el sistema oral tiene o no capacidad para influir en la aplicación de la prisión preventiva.

c) Empleo de la prisión preventiva de manera ilegal. En los últimos meses una institución pública nueva, la Unidad Transitoria de Defensoría Pública ha conseguido logros institucionales relevantes y con ellos se ha evidenciado una faceta del uso de la prisión preventiva, que si bien había una percepción, hasta el momento no había cifras para relevarlos.

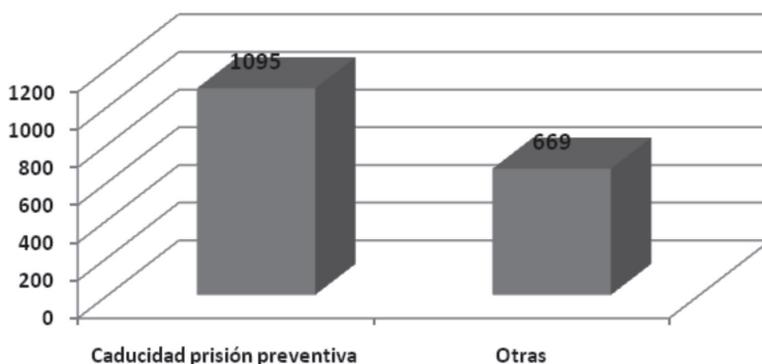
Esta institución es creada mediante Decreto ejecutivo Nro. 563 publicado en el registro oficial Nro. 158 del miércoles 29 de agosto de 2007 y su real funcionamiento se inicia en los primeros meses de 2008. A pesar de su escaso tiempo de vigencia, consigue la excarcelación de un número relevante de detenidos, con una especial incidencia en presos ilegales en razón de la caducidad de la prisión preventiva¹⁰.

⁹ Se debe tomar en cuenta que hay razones para pensar que la realidad haya mejorado, porque estos datos se tomaron en el período que estuvo vigente la “detención en firme”, figura que como más adelante se anotará fue creada para evadir la caducidad de la prisión preventiva establecida por mandato constitucional. Lamentablemente no existe un estudio más actualizado sobre este tema.

¹⁰ A pesar de que como se analizará más adelante, la garantía de la caducidad ha sido de manera ilegítima reducida en su margen de acción en razón de una ley interpretativa que vulnera el mandato constitucional.

Cuadro 10

NÚMERO DE INTERNOS QUE RECUPERARON LA LIBERTAD EN RAZÓN DE LA CAUSA



Fuente: Unidad Transitoria de Defensoría Pública.

* Ámbito: nacional, universo de liberados.

Como se puede apreciar el 62% que ha recuperado su libertad gracias a la gestión de esta institución, ha sido a causa de la caducidad de la prisión preventiva; a pesar de que en la otra categoría se amalgaman un número de casusas legales que superan la decena, todas juntas llegan al 38%.

Es importante anotar que esta institución atacó de manera intensiva este problema y en este momento si bien no se puede hablar que el problema ha desaparecido, pero su impacto ha pasado a ser marginal. A pesar de ello, es importante ocuparse de la realidad que tradicionalmente se ha vivido, si se parte de la cifra de presos preventivos del año 2007, se verá que el 10% de los privados la libertad de manera cautelar permanecían en la cárcel por la incapacidad estatal de realizar seguimiento a un control elemental como el tiempo de privación de libertad. Esta realidad es a su vez un indicador de un problema más amplio, si no se efectúa un seguimiento referido a un punto básico y sencillo como el lapso de detención, resulta ilusorio creer que hay un seguimiento a la necesidad actual del mantenimiento de la medida cautelar.

Como se puede ver en Ecuador las vertientes de ilegitimidad del uso de la prisión preventiva son múltiples y el diagnóstico realizado, se ve corroborado con una cierta trayectoria de condenas recibidas por la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos debido a violaciones en esta materia. La presencia de casos paradigmáticos como Suárez Rosero, Tibi y Chaparro Lapo, han sacado a relucir

una amplia gama de violaciones relacionadas con la privación de libertad y el empleo de la prisión preventiva; para efectos de otorgar un cierto orden se las ha agrupado de acuerdo a su naturaleza. En primer lugar violaciones relacionados con la detención y el procedimiento previo a la resolución de prisión preventiva: privación de libertad arbitrarias e incumplimiento de requisitos legales y trámite procesal¹¹; detenciones sin orden judicial¹²; incumplimiento de la obligación de llevar sin demora la persona para que un juez revise la legalidad de la privación de libertad¹³; detenciones sin informar su causa o motivo¹⁴; mantener incomunicado al privado de libertad¹⁵; empleo de la incomunicación de forma que cabe dentro del estándar de trato cruel inhumano y degradante¹⁶. En segundo lugar se hallan las violaciones relacionadas con la propia resolución de la prisión preventiva: falta de cumplimiento de los requisitos de supuesto material –mérito sustantivo– y necesidad de cautela¹⁷, ausencia de motivación en las resoluciones de prisión preventiva¹⁸. Por último, acciones posteriores a la resolución: falta de control permanente de que las causas y fines de la prisión preventiva justifiquen su mantenimiento¹⁹; uso de la prisión preventiva fuera del estándar de plazo razonable²⁰; empleo de la prisión preventiva no acorde al principio de presunción de inocencia²¹; falta de argumentación de pedidos tendientes a revisar la necesidad de la medida cautelar²²; incumplimiento de su deber de adecuar su normativa jurídica para garantizar que las personas sean juzgadas en un plazo razonable, en razón de imponer excepciones por el tipo de delito; negar el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo destinado a que un juez o tribunal revise la legalidad de la detención²³.

¹¹ Caso Suárez Rosero párrs. 44 -47. Caso Tibi párrs. 95-103.

¹² Caso Suárez Rosero párr. 56. Caso Chaparro y Lapo párr. 66.

¹³ Caso Chaparro y Lapo párrs. 84-86. Caso Tibi párrs. 114-119.

¹⁴ Caso Chaparro y Lapo párrs. 71-73. Caso Tibi párrs. 108-113 y 185-189.

¹⁵ Caso Suárez Rosero párrs. 50-52.

¹⁶ Caso Suárez Rosero párrs. 90-92.

¹⁷ Caso Chaparro y Lapo párrs. 101-119. Caso Tibi párrs. 104-107.

¹⁸ Caso Chaparro y Lapo párrs. 98-119.

¹⁹ Caso Chaparro y Lapo párrs. 106-119.

²⁰ Caso Suárez Rosero párrs. 68-75. Caso Tibi párrs. 166-177.

²¹ Caso Suárez Rosero párrs. 76-78. Caso Tibi párrs. 178-183.

²² Caso Chaparro y Lapo párrs. 101-119.

²³ Caso Suárez Rosero párr. 66, 68. Caso Tibi párrs. 126-138

2. MARCO LEGAL

Es importante adoptar cuatro perspectivas para analizar el tema de la prisión preventiva: la primera el marco constitucional en el que se reguló esta medida cautelar; la segunda, la forma como se la ha regulado; en tercer lugar, el marco legal en relación a las otras medidas cautelares, y la última, referente a la posibilidad de instaurar el diseño acusatorio oral para esta resolución. La evaluación de las normas se efectuará en base a dos criterios, el primero de carácter negativo, donde el criterio se basará en no impedir que la filosofía a establecer se realice; el segundo nivel de naturaleza proactiva, se basa en la constatación de que la norma estimule el cumplimiento de los principios que el sistema quiere defender.

a) Marco Constitucional. Para analizar el marco jurídico que ha regulado la prisión preventiva, es útil partir de las normas constitucionales que sirvieron de soporte para su estructuración y de piedra de tope para su vigencia. En este caso concreto es de interés registrar la normativa pertinente, en 3 Constituciones sucesivas; el análisis hace referencia exclusivamente a las normas que tiene repercusión en la prisión preventiva, por razones de espacio se han dejado de lado otros temas colaterales como los recursos para revisar la legalidad de la detención.

Constitución 1978-1998	Constitución 1998-2008	Constitución vigente
<p>Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías:</p> <p>h) nadie es privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante.</p>	<p>Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:</p> <p>6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas...</p> <p>8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa...</p>	<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.</p> <p>9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión.</p> <p>Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.</p> <p>11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.</p>

La matriz inserta resulta gráfica para demostrar que en la sociedad ecuatoriana ha existido una progresiva toma de conciencia sobre la relevancia que un manejo adecuado de la prisión preventiva tiene para un estado de derecho; estos tres hitos dibujan una tendencia conceptual clara: el punto base –Constitución de 1978–, muestra una concepción donde la prisión preventiva no era objeto de interés, de hecho, no hay norma que regule de manera expresa su funcionamiento, el marco constitucional se circunscribe a regular los supuestos para una privación de libertad legítima. El estado intermedio se ve reflejado por la Constitución de 1998, donde se evidencia ya una preocupación por esta figura procesal, en concreto se eleva a derecho constitucional, el plazo máximo de vigencia de esta medida cautelar. Por último, la Constitución de 2008, consagra de manera bastante completa los estándares aceptados internacionalmente para la legitimidad de esta figura procesal: Regula con claridad su naturaleza cautelar y restringe su esfera de acción al peligro de fuga, alternativa respetuosa de su naturaleza; regula de manera clara su carácter de medida excepcional; establece de manera taxativa su carácter subsidiario, su aplicación está condicionada a que las medidas de menor intervención no basten para cumplir sus fines cautelares; recoge plazos para su vigencia; reconoce la facultad de los juzgadores de en cualquier momento revisar esta medida y poder sustituir por medidas que impliquen menor restricción a los derechos del procesado²⁴. El proceso de construcción de las garantías constitucionales ha tenido un influjo profundo en el desarrollo legislativo de esta figura procesal en el marco legislativo.

b) Regulación de la prisión preventiva. Un primer dato llamativo, a pesar de que el nuevo Código de Procedimiento Penal, propuso una serie de variaciones profundas en el funcionamiento de la prisión preventiva, resulta curioso que la regulación a primera vista parece muy similar a la establecida el anterior modelo procesal.

²⁴ En este punto se queda un tanto corto frente a los estándares de la legislación internacional de Derechos Humanos, porque la Corte Interamericana ha establecido la obligación del Estado de revisar la necesidad de mantener esta medida cautelar, mientras que la Constitución se limita a otorgar la facultad.

Anterior Código	Código Actual
<p>Art. 170. - A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o real.</p> <p>Art. 177.- El juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:</p> <p>Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad;</p> <p>Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.</p> <p>En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.</p> <p>Art. 179.- Si de los antecedentes procesales se estableció que el objeto del proceso es de aquellos sancionados con una pena que no exceda de un año de prisión y que el acusado no ha sufrido condena anterior, el Juez se abstendrá de dictar el auto de prisión preventiva.</p>	<p>Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado a acusado al proceso o para garantizar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:</p> <p>Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;</p> <p>Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,</p> <p>Que se trate de un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.</p> <p>Art. 168.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado, por el juez o tribunal competente, por propia decisión o a petición del fiscal...</p> <p>Art. 169.- Caducidad de la prisión preventiva.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión...</p>

Un análisis comparativo estricto entre los dos marcos legales lleva a la conclusión que no hubo rupturas profundas en cuanto a la concepción misma de la medida cautelar. De hecho los dos elementos básicos de esta figura –supuesto material y necesidad de cautela– están recogidos de manera muy similar. Una aproximación más detallada, lleva a la conclusión que existieron básicamente tres cambios referidos:

El primero, cuya relevancia se evidencia, cuando se parte de que en un proceso de reforma la ley es una herramienta política que debe incentivar el cambio propulsado, y en este sentido, no sería justo dejar de anotar que hubo un avance sustancial. Debido a que si bien la anterior normativa reconocía la escancia cautelar de la medida, pero como se puede notar en la matriz adjunta, fue regulada en una norma general que incidía en todas las medidas cautelares, pero en la práctica esta fórmula hizo que los actores marginasen este elemento propio de su estructura y se arraigaron usos en los que el único requisito efectivamente requerido para la aplicación de esta medida cautelar fue el supuesto material. Por ello es que la re-

forma procesal penal en Ecuador tuvo que enfrentar una cultura que había impuesto que la aplicación de la prisión preventiva estuviese divorciada de su esencia: naturaleza cautelar. Es importante dejar constancia de que este cambio no fue casi discutido y de hecho pasó desapercibido para la gran mayoría del sector justicia

La segunda variación fue en realidad la que los impulsores de la reforma mayor relevancia le otorgaron al momento de la difusión; en lo básico consistió en eliminar la iniciativa que tenía el acusador particular para solicitar la adopción de la privación de libertad cautelar; con respecto a su efectividad el análisis se lo reserva para más adelante.

El último cambio consiste en que el nuevo Código reguló en la norma legal el plazo máximo de vigencia establecido en la Constitución desde el año 1998. Al ya haber estado en vigencia por un par de años en razón de la norma suprallegal, fue un avance en materia de coherencia normativa, pero desde la perspectiva práctica trajo muy poco influjo²⁵.

Si el enfoque se centra en las debilidades, por el momento vale la pena destacar un par de temas centrales. Si el análisis se centra en el supuesto material existe una debilidad²⁶; merece una crítica el haber adoptado una fórmula que era propia de la prueba tazada, ya que el establecer “indicios suficientes de la existencia de un delito” e “indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice” como estándar en un sistema de libre valoración de la prueba, se puede entender como suficiente para una condena²⁷ y ello causaría un problema serio de funcionalidad. A pesar de que

²⁵ Es importante anotar que a partir de 1992 ya había un plazo de prescripción que estaba regulado en el Código penal en el artículo innumerado luego del 114, el mismo que prescribe: *“Las personas que hubiesen permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conduzca el proceso. De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuviesen encausados, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso”*.

²⁶ Este requisito se halla recogido en los numerales 1 y 2 del artículo 167 en el Código de Procedimiento Penal.

²⁷ Para más información sobre este tema, véase Duce Mauricio y Riego Cristián (2002), Universidad Diego Portales, Santiago.

la redacción no ha favorecido al cambio cultural, tampoco se convertido en una traba, porque entre los actores hay una conciencia que el nivel de exigencia no es similar; el problema surge, porque la falta de claridad sumado a la poca profundización en el tema, ha ocasionado una disparidad de criterios, donde la normativa corre con la responsabilidad de falta de incentivos para orientar una aplicación adecuada y uniforme.

Con referencia a la necesidad de cautela, como se destacó, su introducción en el texto que regula expresamente la prisión preventiva resulta tal vez el avance más significativo, ya que ha sido capaz de relevar la esencia de la figura esto es el constituir una herramienta cautelar para salvaguardar la administración de justicia²⁸. Debido a que hasta antes de la reforma, a pesar de estar contenida como principio general de todas las medidas cautelares, desde el punto de vista real, tener un caso con posibilidades de éxito procesal era sinónimo de prisión preventiva; de hecho, se consiguió forjar un uso generalizado que coincidía a la perfección con la etiqueta de pena anticipada, porque su aplicación estaba en estricta relación con la evidencia disponible y sin ninguna vinculación a la necesidad de garantizar los intereses de la realización de la justicia.

Sin negar el avance alcanzado, el paso del tiempo ha mostrado que la fórmula adoptada fue débil para intentar influir en una cultura arraigada. En la práctica se constata que no ha sido suficiente para estimular un verdadero cambio conductual, de hecho, más adelante se introducirán cifras inequívocas de que la norma no produjo resultados perceptibles estadísticamente. El problema central, desde el punto de vista legal, estuvo en que este elemento no fue redactado de manera taxativa como requisito; al existir en el propio artículo una enumeración de los requerimientos y en un contexto en el que la cultura imperante supeditaba al supuesto material la privación de libertad, en la práctica, la redacción careció de la fortaleza para conseguir un cambio conductual y este elemento estructural fue invisibilizado²⁹.

²⁸ En concreto se hace referencia al inciso primero donde con claridad se establece que el motivo para dictar la prisión preventiva es la necesidad de garantizar la presencia del imputado a juicio.

²⁹ El problema alcanza un nivel de relevancia tan alto, que a pesar de que para levantar los datos que se recogen en este estudio se ha tenido que revisar por encima de 150 resoluciones que se dictaron bajo el sistema escrito, en ninguna de ellas se ha plasmado una discusión o resolución referida a este elemento. De hecho, como se anotará más adelante todavía los casos donde se consigue este avance con el sistema oral son minoritarios.

c) Contrarreforma. Con el objeto de alcanzar una visión integral del proceso, resulta de interés describir un capítulo que marcó un cambio profundo en la normativa de la prisión preventiva. Luego de la primera época surgió una tendencia reaccionaria, que consiguió materializar sus pretensiones a raíz de un delito puntual que causó fuerte conmoción social. El 13 de enero de 2003 en el Registro Oficial Nro. 743 se introduce una reforma al Código de Procedimiento Penal, con el objeto de crear una supuesta nueva medida cautelar de carácter personal denominada: “detención en firme”³⁰. Esta estratagema legislativa tuvo como intención reformar el marco legal de la prisión preventiva, sin someterse a los límites constitucionales establecidos para esta figura procesal³¹. En concreto dos fueron los fines: en primer término, se consiguió vaciar de contenido la garantía constitucional que limitaba el tiempo máximo de la prisión preventiva³², debido a que bastaba que hubiese auto de llamamiento a juicio para que el límite máximo de duración fijado para la prisión preventiva quedase sin efecto, porque supuestamente el acusado pasaba a un nuevo estatus legal donde esta garantía ya no surtía efecto. El segundo objetivo consistió en incorporar una fórmula que permitió otorgar a todos los delitos con pena máxima superior a un año la categoría de inexcusables para efectos de su aplicación a autores y cómplices³³, debido a que por el hecho de llegar a este momento procesal de manera obligatoria tenía que dictarse la privación de libertad. Esta figura procesal a pesar de haber consagrado una violación a los derechos humanos sin parangón en la historia reciente, consiguió tener vigencia desde enero del 2003 hasta el 23 de octubre del 2006, fecha en que se publica en el suplemento del Registro Oficial Nro. 383 la resolución del Tribunal Constitucional que la declaró inconstitucional.

³⁰ Art. 173-A. Detención en firme.- A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa de juicio y evitar en suspensión, el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá ordenar la detención en firme del acusado con excepción de los casos siguientes:

- 1.- Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y,
- 2.- Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión.

Si el acusado tuviese en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme.

³¹ Es importante anotar que esta pretensión ya había sido presentado en una ocasión anterior y fracasó en el Congreso Nacional por inconstitucional, en ese momento se usó la etiqueta de “reclusión preventiva”.

³² 1 año para los delitos de prisión y 2 años para los delitos de reclusión.

³³ La única alternativa a la privación de libertad generada por la detención en firme era la caución, con los mismos límites establecidos para su procedencia en la prisión preventiva. Las restantes medidas alternativas y otras opciones para revisar su aplicación como la apelación o la revocatoria quedan proscribas.

De manera lamentable, esta figura consiguió forjar una cultura donde los operadores de justicia se acostumbraron a tener un fuerte colchón de impunidad referido al incumplimiento del plazo establecido para la caducidad de la prisión preventiva. Es así que apenas sintieron los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se pasó una nueva reforma, cuya finalidad una vez más fue vaciar de contenido a la garantía de la prescripción de la medida cautelar; norma que está vigente hasta el momento:

“Art.- 1 A continuación del artículo 169, añádase lo siguiente:

Si no pudiera realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensable para la resolución del caso, de los peritos, intérpretes, o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha insistencia suspenderá ipso jure los plazos determinados en este artículo hasta la fecha que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente por parte del respectivo secretario.

No se considera, por consiguiente, que ha excluido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva.

Lo señalado en los incisos precedentes comprende las actuaciones unilaterales de imputado o acusado cuando, con deslealtad procesal provoquen incidentes o dilaciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, hoy cumplan en forma deliberada las disposiciones del Juez o Tribunal para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad.

Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas hayan sido negadas.

Es importante ocuparse de la estrategia que se utilizó para plasmar esta norma, mediante los medios de comunicación funcionarios

judiciales repitieron por un cierto tiempo, una serie de anécdotas referidas a prácticas que adoptaban los acusados para entorpecer el proceso, y mediante su amplificación por los medios de comunicación, se estructuró una presión social suficiente, como para conseguir que el Congreso mediante una vía ilegítima –norma de rango inferior– establezca un límite al derecho constitucional consagrado. Pero nada se dijo sobre ciertos problemas centrales en esta materia, temas como: uso estándar de los fiscales de no cerrar la investigación en plazos de 90 días, problemas estructurales en la convocatoria y realización de audiencias, desorganización y colapso de las cortes superiores para tender los recursos³⁴, desorganización en los centros de rehabilitación social y en los traslados de los internos, etc.

Merece una mención una estratagema de último momento, al plasmar ya el texto legal se cambia de manera conveniente el concepto y a pesar de que se intenta disfrazar el alcance³⁵, es evidente que se subordina los derechos de la persona a cualquier circunstancia “no imputable a la administración de justicia”, por tanto actuaciones de un terceros –peritos, testigos e intérpretes– terminan por legitimar la limitación de los derechos del acusado. En la práctica se han impuesto criterios aún más ambiguos y arbitrarios, por ejemplo, incluso en contra de norma expresa, buena parte de los juzgados y tribunales descuentan el tiempo que demora la tramitación de recursos como la apelación, debido a que asimilan el uso de un derecho a recurrir a una estrategia para dilatar el trámite³⁶.

b) Regulación en el contexto de las restantes medidas cautelares.

Una óptica imprescindible para analizar la realidad de la legislación de la prisión preventiva, demanda estudiar el sitial que esta medida adquiere frente a sus similares. En esta materia el cambio que significó el nuevo Código de Procedimiento Penal es relevante; porque a pesar de que la Constitución de 1998 no introdujo ninguna norma al respecto, el marco legal pasó de una normativa que reconocía la caución como única alternativa distinta a la prisión preventiva, a un esquema complejo donde ya se reconocieron algunas opciones cautelares. El cambio conceptual es significativo, porque de manera

³⁴ Por ejemplo de acuerdo a la segunda evaluación de Fundación Esquel, la resolución de una apelación tarda en su resolución 153 días.

³⁵ Véase, inciso segundo.

³⁶ A pesar de estas interpretaciones legales y jurisprudenciales, la Unidad Transitoria de defensoría Pública en menos de un año logro la libertad de más de 1.000 detenidos por esta causa.

implícita se adopta el principio de diversificación y se visualiza la posibilidad de que la necesidad cautelar puede ser satisfecha mediante alternativas distintas a la privación de libertad.

ART. 171.- SUSTITUCIÓN.- SIEMPRE QUE SE TRATE DE UN DELITO SANSIONADO CON Pena que no exceda de 5 años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito el juez o tribunal puede ordena una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que el designe; y,

La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de 65 años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el Art. 169 de este Código.

El reconocer que existió un avance relevante, no se contrapone con el hecho de dejar constancia que a nivel legislativo existen debilidades serias en materia de la regulación de la prisión preventiva en el marco de las restantes herramientas cautelares. El punto de partida del análisis, se centrará en determinar cuál es el sitio que ocupa la privación de libertad entre la gama de medidas cautelares de carácter personal recogidas; dentro de este nivel la labor concreta consiste en visualizar si la legislación optó por la postura de que las medidas personales de menor intervención son “sustitutivas” o “alternativas” a la prisión preventiva. Debido a que de esta toma de postura, en la práctica dependerá su funcionalidad y tendrá repercusiones serias en materia de derechos: la primera concepción adopta una visión en la cual la prisión preventiva es la medida tipo y las restantes quedan sumidas a un papel secundario, de hecho, por concepto la “sustitución” implica la necesidad de que exista de forma previa una privación de libertad y que solo en un segundo momento, esta pueda ser variada por una opción de menor intervención. En tanto que la filosofía de que las restantes medidas tienen la calidad de “alternativas”, genera un escenario en el que

la privación de libertad es una de las opciones posibles, donde se puede optar para garantizar los fines cautelares por esta o cualquier otra opción, sin que excluya la posibilidad de que luego de aplicada también pueda ser mutada.

La legislación en este punto es en extremo ambigua. Si se parte de la primera visión, existen argumentos suficientes para sostener que se optó por esta concepción, ya que el título mismo del artículo 171 es “Sustitución” y en el último inciso al referirse a personas de la tercera edad vuelve a usar este término; de hecho la postura mayoritaria que se ha forjado dentro de los operadores de justicia esta de manera clara alineada con esta cosmovisión filosófica. Pero como se puede ver el propio artículo, en el primer inciso, en el momento de regular las opciones que implican menor intervención, utiliza el apelativo de “medidas alternativas a la prisión preventiva”. Por tanto, el texto legal no aclara la disputa porque el contexto obliga a pensar que el legislador usó estos términos como sinónimos y no ingresó al debate que se plantea.

Por ello, para dilucidar este punto hasta antes de la vigencia de la nueva Constitución, había que realizar una labor de pesaje de los principios y valores recogidos en la norma constitucional e incluso tener que recurrir a la normativa y jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, a partir del 20 de octubre de 2008 este tema se ha saldado de una manera clara porque, como se puede observar en el numeral 11 del artículo 77 antes transcrito, expresamente se regula la opción de optar de manera directa por cualquier otra medida, e incluso, de manera adicional impone que todas las restantes serán utilizadas con criterio de prioridad frente a la privación de libertad; ante esta realidad la única opción jurídica es aceptar que se trata de “medidas alternativas”. Pero la necesidad de recurrir a normas constitucionales ante la ambigüedad normativa, de por sí, muestra un problema serio en el segundo nivel de análisis que se planteó para evaluar toda la legislación, de hecho, tanto incentiva esta interpretación que salvo excepciones en la cultura jurídica vigente, se ha aceptado que la privación de libertad es requisito previo para las restantes opciones procesales.

Es importante profundizar sobre una realidad, el nuevo marco constitucional impone una seria revisión de la normativa vigente respecto a la prisión preventiva; es fácil constatar algunos problemas de coherencia serios, la citada declaratoria de prioridad de las otras medidas cautelares y el haberle otorgado el rango de excepcional a la privación de libertad cautelar, impone al menos revisar tres

aspectos: en primer lugar, se requiere incluir como requisito para la aplicación de la prisión preventiva, la obligación del juzgador de constatar que la finalidad cautelar que persigue la prisión preventiva no se satisface con una medida de menor intervención.

En segundo lugar, de manera adicional se requiere revisar los requisitos anotados para la procedencia, porque en este momento los requisitos legales para la procedencia de las herramientas que deberían recibir preferencia, son más altas que las establecidas para aquella opción que debería ser excepcional³⁷; en concreto se hace referencia a las exigencias de que la pena máxima del delito no debe superar los 5 años y la no reincidencia genérica; porque en la práctica convierten a la medida que es de “ultima ratio” en la que en gran cantidad de delitos es la única aplicable.

Igual consideración merece el caso de la caución, que a pesar de que por su naturaleza está obligada seguir en el estatus de medida sustitutiva, sus límites de aplicabilidad no pueden ser mantenidos como hoy están porque nuevamente se vulnerarían los mandatos constitucionales de excepcionalidad de la prisión preventiva y de aplicación prioritaria de las opciones de menor intervención. Una simple lectura de la legislación vigente demuestra la actual ilegitimidad de la regulación adoptada³⁸, debido a que para efectos de su admisibilidad se establece un sistema de triple filtro sucesivo: se proscriben los delitos sancionados con reclusión, cuando el imputado hubiere sido condenado por delito de acción pública y cuando se hubiere ejecutado la caución en el mismo proceso. En este caso con el agravante que esta limitación se replica sobre la medida que

³⁷ De las normas transcritas por ejemplo se puede observar que: en las medidas de menor intervención en la reincidencia es un requisito mientras que en la prisión preventiva no existe esta limitante. En cuanto a la vigencia en relación a la pena, mientras que la prisión preventiva se aplica para todo delito cuya pena máxima supere el año, resulta que las medidas alternativas tenían un tope en los delitos cuya pena máxima llega a cinco años. Este hecho demostraría que conceptualmente el Código intentó limitar el uso de las opciones que hoy deberían ser prioritarias a los delitos menos graves, opción no aceptable.

³⁸ Art. 174.- Suspensión. Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva o de la detención en firme, cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente que podrá consistir en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera.

Art.175.- Prohibiciones. No se admitirá caución en los siguientes casos:

1. En los delitos sancionados con reclusión;
2. Cuando el imputado hubiere sido condenado anteriormente por delito de acción pública; y,
3. Cuando el imputado o acusado por cualquier motivo hubiese ocasionado la ejecución de la caución en el mismo proceso.

mayor potencialidad ha mostrado tener en aquellos países donde el sistema oral se halla asentado.

Un tercer aspecto hace referencia a la necesidad de variar la legislación que regula la revisión de la medida cautelar, en razón que la nueva Constitución prevé de manera taxativa la facultad de los juzgadores de aplicar en cualquier momento la variación de la privación de libertad a una medida de menor intervención y además determina la naturaleza excepcional de la privación de libertad; en este sentido, se requiere legislar al menos dos aristas: la primera, es regular la obligación de los juzgadores de revisar periódicamente que la necesidad cautelar y el medio por el cual van a cumplir esta labor; y, en segundo lugar, se requiere ampliar hacia otros supuestos la posibilidad de revisión, por ejemplo, la excepcionalidad de la medida implica el cerrar la puerta a que se pueda mantener sin motivación más allá del tiempo razonable para cerrar la investigación o realizar el juicio.

Lo anotado en este par de párrafos finales sirve para dar cuenta de que en Ecuador los ejes centrales de la prisión preventiva, esto es su naturaleza cautelar y su carácter excepcional, son conceptos que están es construcción y si bien el punto de partida en materia jurídica que se tuvo que afrontar hace una década ha sido una de las realidades más duras de la región, es evidente que se ha iniciado un proceso sostenido de avances estratégicos que ha conseguido dibujar una nueva realidad, e incluso, el marco legal vigente por mandato constitucional está llamado a ser de tránsito, debido a que es indispensable emprender en una revisión profunda, de hecho, ya hay una fuerte corriente para reformar de forma integral el Código de procedimiento penal y a pesar de que hay fuerzas que pretenden no plasmar en la real dimensión el marco constitucional, todavía el proceso no se decanta.

Para terminar este apartado se anotará que también existen problemas que no se relacionan con la incompatibilidad del marco constitucional, sino con la propia forma como se regularon las medidas de menor intervención: en primer lugar, las alternativas recogidas si se compara con otras legislaciones más avanzadas, se podrá notar que son escasas y en especial preocupa la ausencia de medidas destinadas a proteger a víctimas y testigos que se ocupa, de una de las modalidades más comunes para atentar contra el desarrollo del proceso. En segundo lugar la no regulación del uso de dispositivos electrónicos que en algunos países se han convertido en una verdadera respuesta la privación de libertad. Por último, se halla el

problema de cómo se reguló el arresto domiciliario, donde se limitó al mecanismo para su ejecución la vigilancia policial, este método en extremo caro y rígido, ha impedido que en muchos casos donde bastaría supervisión se termine por no utilizar por falta de recursos humanos.

c) Aplicabilidad del sistema oral. La reforma en Ecuador partió de uno de los marcos constitucional más promisorios posibles para la introducción del sistema acusatorio oral, debido a que gran parte de los pilares del nuevo sistema procesal penal se hallan consagrados como normas de rango constitucional. El solo anotar que principios tales como: oralidad, dispositivo, concentración, contradicción, intermediación, publicidad³⁹, celeridad y debido proceso constan en la norma suprema, y que además el Ecuador ha suscrito la gran mayoría de tratados internacionales de Derechos Humanos y les reconoce el rango de norma constitucional, basta para tener claro el acervo del cual parte el proyecto de reforma. De hecho, la normativa supralegal se ha convertido en una herramienta que ha mostrado tener un alto potencial en materia de efectividad y legitimidad para apuntalar el proceso.

De manera lamentable, en el momento que se estructuró la norma, no se tomó conciencia de la profundidad del cambio que la norma suprema conllevaba, y el legislador en lo básico descuidó que las reglas referidas al debido proceso⁴⁰ no son solo aplicables a la resolución de fondo sino a toda resolución que se adopte en el trámite⁴¹; este error conceptual generó un escenario oscuro para el tema que nos ocupa. En primer lugar, existe un problema serio de falta de estímulos para adoptar un nuevo procedimiento que sea en integridad oral, de hecho, no se establece de manera clara cuál es el trámite para resolver la prisión preventiva; en lo básico solo se consagra que el juez podrá dictar la prisión preventiva por iniciativa propia o a petición del fiscal⁴². Pero en este caso existe un problema incluso anterior, la normativa sí constituye un obstáculo para realizar la filosofía consagrada por la Constitución y por la propia visión programática de la reforma, en concreto se reguló un artículo que si

³⁹ Con las excepciones reguladas en la ley.

⁴⁰ Modelo oral y acusatorio; principios de intermediación, contradicción, derecho a la defensa y publicidad.

⁴¹ Artículos 191, 155 y 24 de la anterior Constitución.

⁴² Esta sola norma ya es poco respetuosa del modelo procesal adoptado, pues otorga al juzgador iniciativa para su adopción, facultad que no encaja en una lógica acusatoria.

bien es de carácter general referido al accionar de los fiscales, pero de manera explícita proscribire la posibilidad de adoptar el modelo de audiencias en toda la etapa investigativa: el artículo 66 establece “debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia y, por escrito, en los demás casos”.

Cuando se estructuró la nueva Constitución se tenía ya la experiencia de lo que había significado el no tener un modelo procesal coherente, por ello, se tomaron como punto de partida los logros de la Constitución de 1998 y se enfocó el avance en esta materia, precisamente en crear una norma capaz de terminar con un debate instaurado sobre si la oralidad se satisfacía con su implementación en el juicio; es así que hoy Ecuador cuenta con una norma clara y una herramienta que se espera incentive un cambio real en la administración de justicia:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

3. REALIDAD DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO ACUSATORIO ORAL EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

Sin negar la relevancia del proceso de reforma legal que como se ha visto en una década ha sido vigoroso e intenso, en Ecuador existió un capítulo que marcó una variación a la postre más relevante para efectos de la real aplicación de la medida cautelar: la introducción del sistema oral para la adopción de estas medidas cautelares.

El proceso de implantación del sistema oral para efectos de la prisión preventiva, no comienza con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal; como se anotó, se partió de un marco legal que no incentivó el cambio de paradigma, incluso que de manera expresa renunció a su aplicación en toda la fase investigativa; este hecho, sumado a un proceso de implantación débil que no fue capaz de cuestionar la realidad anterior, hizo que en la primera época los actores ni siquiera se plantearan una modificación en los usos tradicionales. Es así que la real reforma, se instaura a

partir de que ciertos funcionarios en esfuerzos inicialmente focalizados, comienzan a cuestionar el “statu quo” y adoptar nuevos procedimientos; de hecho, la estrategia aplicada de alguna manera se asemeja a la filosofía de “guerra de guerrillas”.

El proceso de reforma en el Ecuador puede ser dividido en tres grandes etapas; claro que si se analiza con profundidad cada una de ellas, contó con sus propias fases marcadas por avances y retrocesos, pero en términos generales puede considerarse que hubo: una primera etapa vivida en la ciudad de Cuenca, cuyo principal aporte fue el haber generado una ruptura con la lógica tradicional, tuvo el mérito de experimentar con el sistema oral y conseguir trazar el camino para todo este proceso; la segunda, se desarrolla en la provincia del Cañar su aporte se centra en profundizar los conceptos y generalizar los avances a otras materias y resoluciones, el alcance conseguido, durante una época permitió a esta jurisdicción vivir la experiencia de una administración de justicia en materia penal, realmente cercana al paradigma oral; y, la última, el proceso de generalización a nivel nacional, que hasta el momento presenta serias dificultades, pero, que se trata de un proceso vivo donde todavía muchas de las batallas centrales están por disputarse.

3.1. Metodología

A pesar de que el presente estudio no tiene la pretensión de basarse en datos con validez formal, en el sentido de partir de una muestra estadísticamente representativa de la realidad nacional, debido a que ese no es su objetivo, además que por limitantes como tiempo y recursos no sería posible plantear con seriedad alcanzar esta finalidad. Sin embargo se ha buscado estructurar estudios puntuales, estratégicamente direccionados para reflejar tendencias funcionales y superar en nivel de análisis basado en percepciones y construcciones de carácter teórico o normativo.

Dado que la introducción del sistema oral referida inicialmente a la prisión preventiva y luego a las resoluciones adoptadas en la etapa investigativa, ha sido la experiencia de mejora a la justicia más estudiada en los últimos tiempos⁴³, al momento se cuenta con un acervo

⁴³ Primer estudio: Zalamea Diego (2005), Audiencias en la etapa de investigación, en Reformas procesales en América Latina: Experiencias de innovación Vol. III y Reformas procesales en América Latina: Discusiones locales Vol. II, CEJA: Santiago. El segundo estudio: Zalamea Diego y Cordero Sandra (2006), Segunda evaluación del sistema procesal penal, Fundación Esquel: Quito.

importante de información y análisis; en especial es importante destacar que la mayoría de ellos incluyen estudios estadísticos, es más, al haberse usado una metodología única, ha dado incluso lugar a pequeños análisis de tendencia. La realidad anotada, permitió adoptar una metodología apta para priorizar los recursos disponibles, mediante la utilización combinada de datos obtenidos de estudios anteriores y levantamientos estadísticos propios, se buscó dibujar un bosquejo claro del proceso vivido. En concreto en aquellos temas donde ya existen levantamientos, tales como: la experiencia de Cuenca y la situación vivida con el sistema escrito en los dos polos de desarrollo, se utilizan los datos que contiene el estudio “La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación”⁴⁴ –en adelante “estudio anterior”–, por ser el más actualizado y completo; en tanto que se levantan datos propios para reflejar la realidad anterior en las ciudades de Portoviejo y Azogues antes no estudiadas y la variaciones que ha sufrido desde que se implantó el sistema oral en los dos polos de desarrollo Quito, Guayaquil.

Con el objeto de evitar un factor de distorsión relevante que pudiera afectar a las muestras y hacer ilegítima la comparación, en todos los casos en las diversas ciudades se estudiaron solo casos de detención en flagrancia.

De manera adicional, se introducen ciertas valoraciones fruto de una metodología de carácter cualitativo basado en la revisión documental de actas de audiencias y de solicitudes y resoluciones adoptadas bajo la modalidad escrituraria. Su utilidad en este estudio, se circunscribirá a relevar temas más valorativos, a los que las cifras estadísticas no permiten llegar tales como la existencia e intensidad del debate sobre cada tema.

Tercer estudio: Riego Cristián (2007), La oralidad en etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca, Ecuador, en Reformas procesales en América latina, Vol. IV. CEJA, Santiago.

Cuarto estudio: Zalamea Diego (2007), La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación, CEJA, Santiago.

Zalamea Diego (2008).

Quinto estudio: Zalamea Diego (2007), El Juez de garantías: experiencia en el austro, en Foro Nro. 8, Corporación editora Nacional.

⁴⁴ Zalamea Diego (2007), La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación, CEJA, Santiago.

3.2. ETAPA I: La experiencia de la ciudad de Cuenca

3.2.1. Descripción del proyecto

Esta experiencia tuvo su origen en un proceso de capacitación bien concebido. De manera conjunta, funcionarios de la Función Judicial y del Ministerio Público recibieron un curso bastante completo sobre litigación oral, el mismo que tuvo lugar, entre los meses de julio y noviembre del 2003⁴⁵. A partir de este momento, en la ciudad de Cuenca, los actores decidieron crear un espacio donde las instituciones pudiesen discutir ciertos problemas y coordinar acciones. Una de las preocupaciones que surgieron fue la falta de oralidad en la fase investigativa; al analizar este problema, resolvieron que a pesar de la existencia de la norma expresa en contrario que fue citada, en virtud de los diversos mandatos constitucionales y de los tratados internacionales vigentes, desde el punto de vista jurídico la opción de interpretación más adecuada conllevaba la adopción de un modelo de audiencias.

En el mes de agosto de 2004 en una de las reuniones entre la Función Judicial y el Ministerio Público, encabezados por sus máximas autoridades –Presidente de la Corte Superior de Azuay y Ministro Fiscal Distrital–, se nombra una representante de cada Institución para la elaboración de un proyecto. Para su puesta en marcha, las distintas instituciones decidieron firmar un proyecto-compromiso, con el fin de conseguir una base sólida que permitiera por un lado, una mejor implementación y por otro, resguardar el proyecto de la previsible reacción de sectores conservadores. El 16 de agosto del 2004 se firma el compromiso interinstitucional.

Es importante anotar que los actores tuvieron el acierto de montar un proceso serio de preparación, donde se afrontaron temas centrales tales como: conseguir una alianza sólida entre los funcionarios de las diversas instituciones; revisión funcional profunda, donde los usos y procesos institucionales se subordinaron a las necesidades del servicio –ej. turnos interinstitucionales–; se afrontó el problema de infraestructura, el Consejo de la Judicatura adecuó una sala de audiencias; se estructuró una Comisión interinstitucional encargada del seguimiento y toma de correctivos. La entrada en vigencia de esta experiencia fue el día 13 de septiembre de 2004.

⁴⁵ Financiada por Fundación Esquel y ejecutada por un equipo de docentes nacionales e internacionales liderados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

En términos generales una audiencia de este tipo puede ser resumida en la siguiente dinámica: en un primer momento, el juez instala la audiencia y se abre un espacio de discusión sobre la legalidad de la detención. La segunda etapa es la de formulación de cargos, donde se concede la palabra al fiscal, quien de creer pertinente abre la instrucción fiscal mediante la descripción oral de los hechos que imputa y la consecuencia legal de la conducta; en caso de creer necesario, la defensa puede pedir aclaraciones, pero, al tratarse de un acto potestativo del fiscal, no puede oponerse ni pedir que se varíe la tipificación. En un tercer momento, el fiscal puede solicitar una medida cautelar y justificar su pertinencia, en este caso si la defensa puede oponerse a la solicitud; el debate se centra en tres aspectos: el hecho de que el delito que se imputa se sancione con una pena máxima superior a un año; el supuesto material, esto es constatar la existencia de la suficiente evidencia como para pensar de manera razonable que el caso puede llegar a juicio⁴⁶; la necesidad de cautela que implica, motivos suficientes para pensar que si no se priva de la libertad al acusado, no se va a conseguir su comparecencia a juicio, en general las argumentaciones giran en torno al arraigo social como motivación para no fugarse, los incentivos para evadir justicia –ej. pena probable– y los actos anteriores que demuestren su voluntad de colaborar o no con la justicia. Como último paso previo al cierre de la audiencia, el juez pronuncia su resolución. Es importante anotar que el esquema descrito tiene por finalidad representar exclusivamente su estructura, por el momento no tiene la intención de reflejar la realidad del debate.

3.2.2. Objetivos

La adopción de esta metodología tuvo como objetivo central el implementar el sistema oral en la resolución de las medidas cautelares, como un medio para hacer efectivos los principios del debido proceso, el sistema acusatorio oral y mejorar la calidad del servicio público que la justicia penal ofrece. En concreto se plantearon las siguientes metas: conseguir un sistema más garantista que evite el abuso de la prisión preventiva, otorgar celeridad a las decisiones judiciales y adoptar un modelo funcional que impulse la puesta en marcha del sistema acusatorio-oral. Es lamentable que al momento de estructurar los objetivos no se hayan cuantificado los resultados esperados, este hecho, priva de un referente válido para evaluar los logros alcanzados.

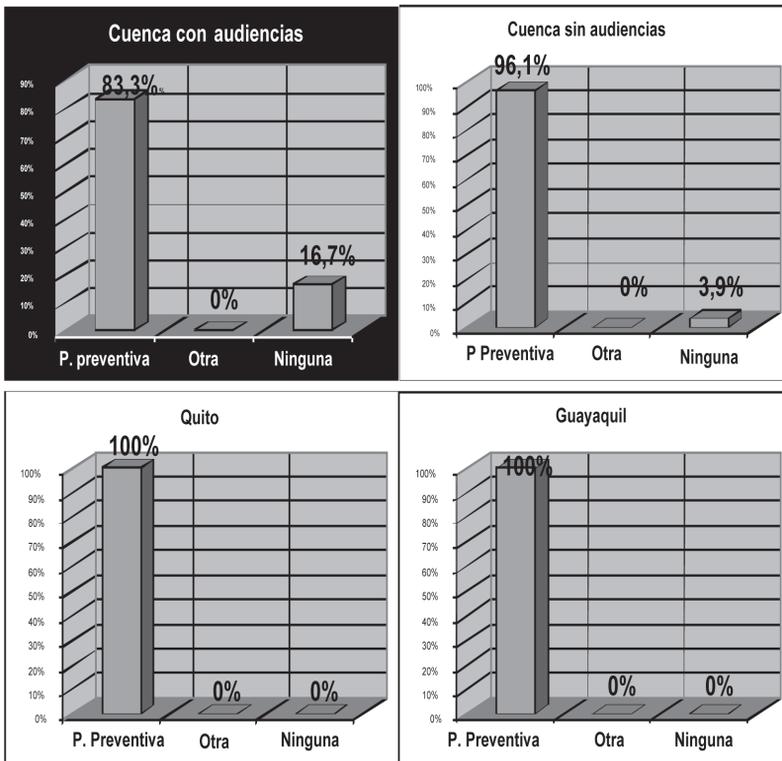
⁴⁶ Numerales 1 y 2 del artículo 167 de Código de procedimiento penal.

3.2.3. Resultados

Con el objeto de reflejar cómo había variado la realidad anterior respecto al comportamiento de los actores, se tomó una muestra de 30 casos en flagrancia en las tres principales ciudades, y en el caso de Cuenca se obtuvo una muestra representativa de la realidad que se vivía antes y después de la entrada en vigencia del sistema oral para adoptar esta resolución.

a) Disminución del abuso de la prisión preventiva.- Se debe partir de que el abuso de la prisión preventiva, se forja mediante actitudes concretas de los actores, por ello resulta de interés analizar cómo la introducción del sistema oral consiguió variar prácticas de los fiscales y jueces. El primer parámetro hace referencia a la proporción de casos en que los fiscales solicitan la prisión preventiva.

Cuadro 11
SOLICITUDES FISCALES



Fuente: Estudio Anterior.

Los cuadros insertos permiten sacar un par de conclusiones: La primera reflexión se extrae de los cuadros referidos a la ciudad de Cuenca, la introducción del sistema oral produce una ruptura en la conducta de los fiscales, muestra que las pretensiones de privar de la libertad a los ciudadanos se refrenan de manera clara, de hecho el número de casos en que no se solicita la prisión preventiva es 4 veces mayor al obtenido con el diseño escrito.

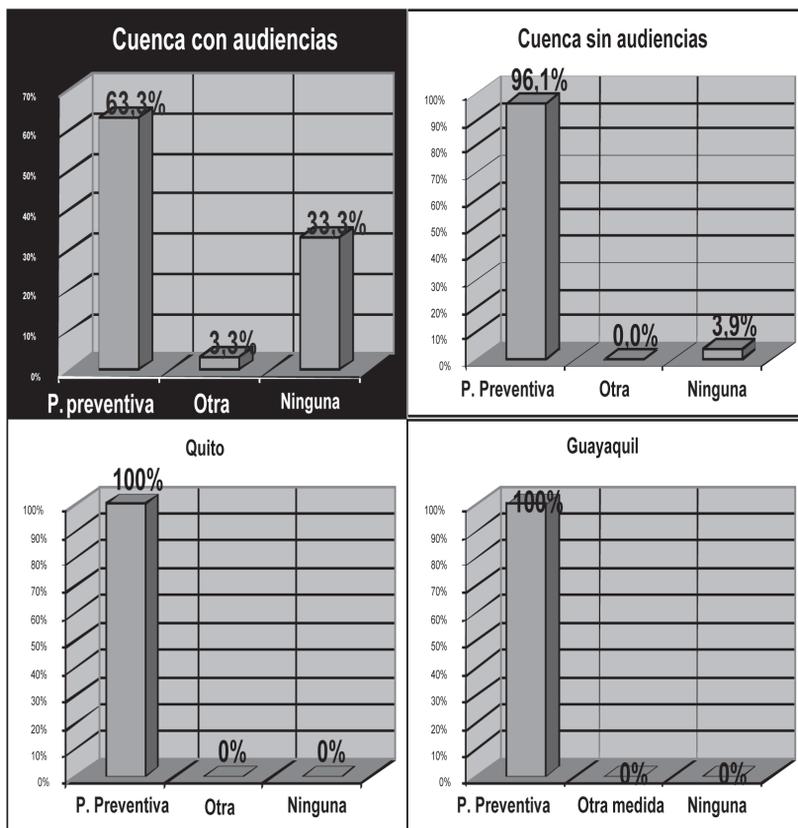
Una segunda conclusión, se obtiene al agrupar los cuadros en razón a la metodología aplicada, en la categoría correspondiente al sistema oral solo queda el cuadro referido a Cuenca con audiencias, en tanto en los que acogen la modalidad escrita se agrupan los restantes. Esta nueva perspectiva permite confirmar y generalizar los resultados obtenidos en el párrafo anterior, debido a que en el país antes de la introducción del sistema oral existe una clara tendencia entre los fiscales a que sea una regla el solicitar la privación de libertad⁴⁷, en tanto que ingresa el sistema oral y se observa un cambio de comportamiento porque casi en un 17% no se solicita. Es interesante anotar que este logro se consigue, en la esfera conductual de un actor que por mandato misional, tiene un legítimo interés en el uso de la prisión preventiva, porque así se garantiza una efectiva aplicación de la justicia; por tanto este primer acercamiento deja entrever la existencia fuertes estímulos capaces de haber variado usos arraigados, a pesar de por medio existir un interés misional.

Si el mismo ejercicio realizado al comportamiento de los fiscales, se lo aplicó a las resoluciones judiciales y se obtuvieron los siguientes resultados.

En esta ocasión la comparación realizada entre el comportamiento antes y después de la vigencia del sistema oral en Cuenca, muestra que las diferencias se profundizan; la brecha a nivel de caso donde no se aplica la prisión preventiva luego del cambio de modelo, frente a lo que sucedía con la metodología escrita es 9 veces superior; además que el solo hecho de que 1 de cada 3 imputados de delitos flagrantes no sea privado de su libertad, es una realidad que rompe con la tradición jurídica.

⁴⁷ Se parte que las 3 ciudades en conjunto reflejan una línea de comportamiento nacional, aspecto que puede ser motivo de discusión.

Cuadro 12
RESOLUCIONES JUDICIALES

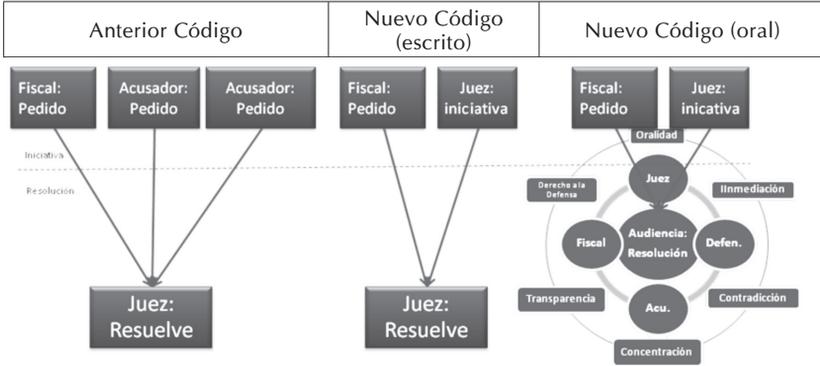


Fuente: Estudio Anterior.

Esta constatación permite dilucidar un tema que quedó planteado en el apartado de antecedentes de la prisión preventiva: los pobres resultados del nuevo Código de Procedimiento Penal no se debieron a la incapacidad del sistema acusatorio oral para limitar el abuso de la prisión preventiva, sino a su no aplicación. Un dato llamativo es que el proceso de filtrado se da con un aporte mínimo de las medidas sustitutivas (3,3%), aspecto que muestra que los actores se mueven con bastante más comodidad por las alternativas extremas y no por las medidas de menor intervención.

Un esquema de flujos permite comprender mejor las variaciones producidas.

Cuadro 13
 DIAGRAMAS FUNCIONALES DE ACUERDO AL CÓDIGO VIGENTE Y A LA
 METODOLOGÍA PROCESAL QUE SE APLICA



**En los tres modelos el juez conserva la facultad de tomar la decisión por iniciativa propia.*

Estos cuadros comparativos muestran que el único cambio en materia del trámite para la resolución que trajo el nuevo Código de Procedimiento Penal fue proscribir la posibilidad de que el pedido lo realice el acusador particular, pero el esquema funcional quedó intacto.

En conjunto, el nuevo Código de Procedimiento Penal adoptó dos estrategias basadas en la lógica tradicional: por un lado desde el punto de vista legal, introduce en el artículo que regula la prisión preventiva el requerimiento de la necesidad de cautela dado que antes por no constar había sido invisibilizado; por otro, proscribe la iniciativa de un actor que tiene un interés en conseguir la privación de libertad: acusador particular. Desde la óptica imperante, esas medidas parecen bastante acertadas y profundas, pero la perspectiva del funcionamiento real refleja su nulo impacto. Debido a que si bien es cierto que no existen datos del anterior modelo que permitan visualizar la línea de base para una comparación más certera, pero las cifras relevadas de los logros alcanzados por el Nuevo Código con la modalidad escrita, de por sí cierran la puerta a cualquier posibilidad de mejora –Quito y Guayaquil 0% de depurado y Cuenca 3,9%–. Además que esta constatación guarda total coherencia con la realidad del cuadro 1 de este estudio, que muestra que la tendencia de presos preventivos no sufrió ningún cambio radical con la entrada en vigencia del Nuevo Código.

Esta realidad cambia de manera radical el momento en que se adopta un esquema de audiencias, donde sin mediar cambio nor-

mativo, con su implantación se consigue un viraje sustancial. Esta realidad permite arribar a una conclusión importante, parece que el problema del abuso de la prisión preventiva no pasa por un proceso de depuración y refinamiento del marco legal ni de perfeccionar las prácticas tradicionales, sino que parece necesario pensar en la necesidad de generar una ruptura que implique una variación en la forma como se administra justicia en materia de privación de libertad cautelar.

Un punto de reflexión adicional consiste en la constatación de que uno de los problemas más duros de legitimidad del nuevo sistema acusatorio oral, ha sido la incapacidad de la mayoría de los sistemas judiciales donde se ha implantado, para conseguir dotar de un sustento real al perfil del juez de garantías. Si se compara la suerte sufrida por las peticiones fiscales en relación a las resoluciones judiciales con el sistema escrito, se puede constatar en cada una de las jurisdicciones la nula relevancia de este actor al momento de permear el deseo estatal de privar de la libertad a los ciudadanos; resulta hasta simbólico que estos resultados se presenten, en la resolución que por su complejidad y trascendencia alcanza el nivel de paradigmática entre las confiadas al juez de garantías. En tanto que los resultados del sistema oral son alentadores, una de cada dos negativas, se produce por iniciativa del juzgador y uno de cada cinco pedidos fiscales es negado. Estas cifras parecen reflejar que el nacimiento del juez de garantías parece ir de la mano con la implantación del diseño oral en la fase investigativa⁴⁸.

Por último, se ha podido constatar que el nuevo modelo ha conseguido instaurar cambios incluso medibles en la realidad penitenciaria⁴⁹.

b) Otorgar celeridad a las decisiones judiciales. El estudio anterior, para efectos de la medición de la realidad de Cuenca frente a las 2 grandes ciudades, otorga un par de referentes importantes sobre la realidad del nuevo esquema funcional en el referente del tiempo.

El cuadro refleja una realidad de por sí gráfica, por tanto no demanda de mayor análisis. Para la toma de esta resolución en el parámetro temporal, las ciudades con el sistema escrito en relación

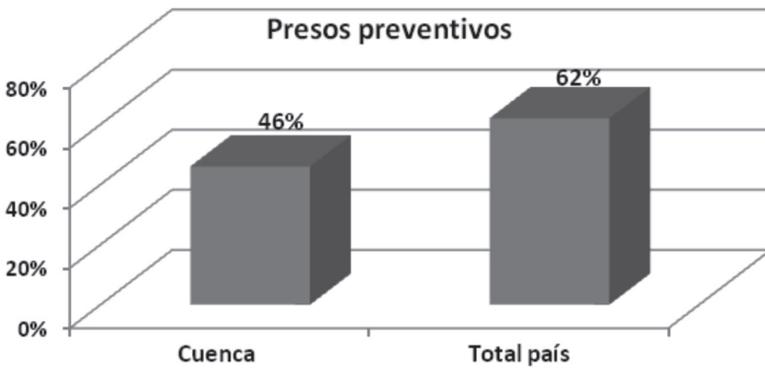
⁴⁸ Sobre este tema para más información véase, Zalamea Diego, El Juez de garantías: experiencia en el austro, en Foro Nro. 8, Corporación Editora Nacional.

⁴⁹ Cifras de la Dirección Nacional de Rehabilitación social correspondientes al año 2007. Los logros podrían ser mayores porque este centro recibe internos de otras ciudades.

a la que aplica el sistema oral, consiguen los siguientes resultados: Quito 26 veces más, Guayaquil 11 veces más, y Cuenca un 29% adicional cuando lo hacía sin audiencias. Las cifras consiguen ser tan elocuentes, que llevan a plantear una reflexión sobre todo el funcionamiento penal; si bien este estudio no es estadísticamente representativo, ni el trámite de prisión preventiva un reflejo de la realidad del trámite procesal, pero, al menos debe ser motivo para estudiar la posibilidad de que el sistema oral, si se aplica de manera integral, podría tener un impacto en la celeridad procesal, que hay en día es una de las mayores demandas de la sociedad.

Cuadro 14

PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS EN CUENCA EN RELACIÓN AL TOTAL PAÍS

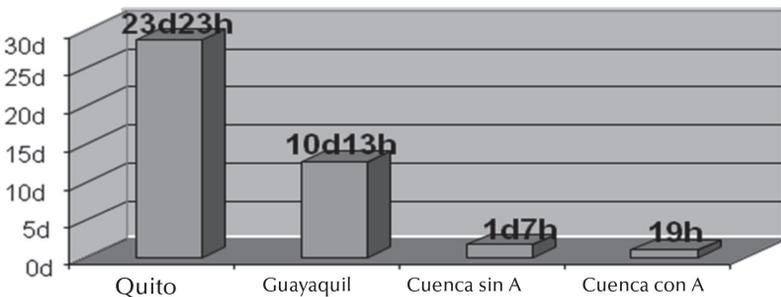


Fuente: Dirección Nacional de rehabilitación social

* Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

Cuadro 15

PROMEDIOS ENTRE DETENCIÓN Y APREHENSIÓN



Fuente: Estudio Anterior

El segundo referente, resulta incluso más interesante para las garantías individuales. Consiste en determinar en cuántos casos se llega

a cumplir la garantía de que entre la aprehensión y la decisión del juez, se ha respetado el lapso máximo de 24 horas⁵⁰:

Los resultados muestran que en el sistema escrito las violaciones son sistemáticas: 4 de cada 5 en Cuenca sin audiencias, 9 de cada 10 en Quito y una violación total en Guayaquil. Esta realidad es casi contrapuesta a los resultados obtenidos por el sistema oral, donde se registra un incumplimiento de 1 de cada 10 casos en Cuenca con el sistema de audiencias. Por tanto el cambio sufrido a causa de la introducción del sistema oral, puede ser descrito en los siguientes términos: se pasó de un escenario donde la violación de la garantía constitucional era la regla, a una realidad donde los incumplimientos son minoritarios.

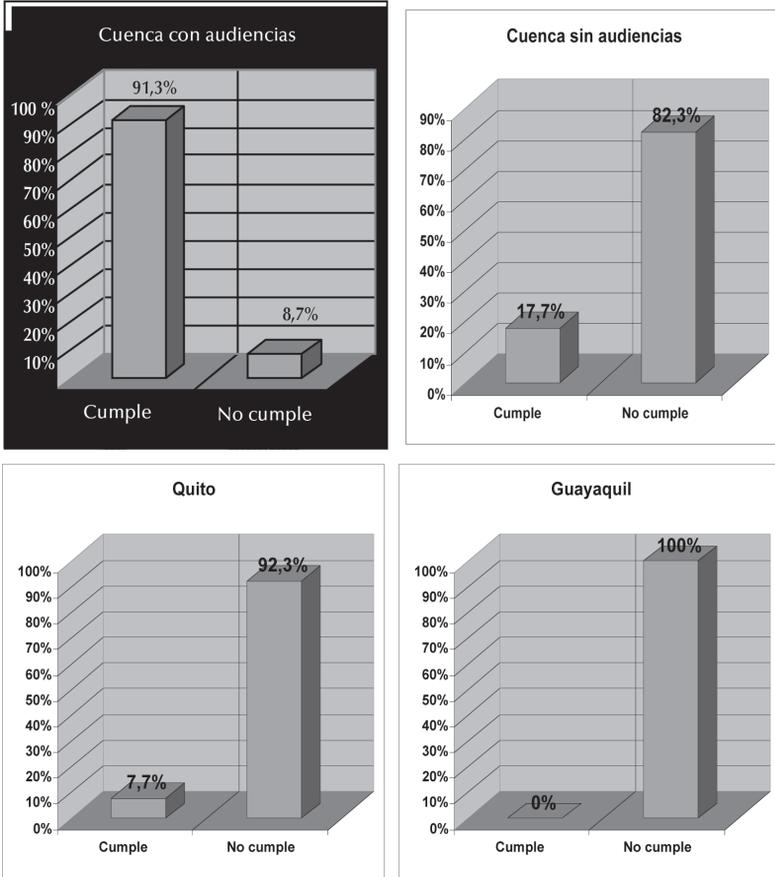
Para terminar, dado que el estudio anterior introduce datos de interés para reflejar una cierta tendencia del comportamiento de esta experiencia en el tiempo resulta de interés la menos introducir dos referentes:

El primer cuadro deja entrever una conducta estable con una cierta baja en el período intermedio; en el estudio original como explicación se ensaya el realizar un parangón con las fases que ha pasado la experiencia y la baja estadística (año 2005) coincide con una crisis profunda donde la división entre los actores casi lleva a la caída del modelo; en tanto que los picos altos coinciden con períodos de mayor consenso y estabilidad.

El segundo cuadro, en cambio, muestra un aprendizaje de la administración de justicia por disminuir las violaciones aspecto realmente relevante, porque muestra un avance en el respeto a los derechos fundamentales y un aprendizaje por parte de los actores.

⁵⁰ La ley establece que entre la aprehensión y la puesta a disposición del juez no deben mediar más de 24 horas. Esta norma ha llevado a dos interpretaciones: la primera, que el tiempo se debe medir hasta el momento que llega la notificación de la fiscalía a manos del juez, en la que se le informa que ha sido detenido un ciudadano. La segunda, que el tiempo debe medirse hasta que toma la decisión el juez. Debido al espíritu de la norma y las repercusiones para los derechos fundamentales en este estudio se utilizará la segunda.

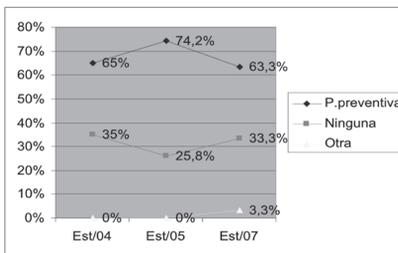
Cuadro 16
PORCENTAJE DE RESPETO A LA GARANTÍA DE LAS 24H



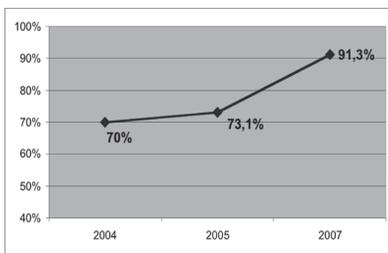
Fuente: Estudio Anterior

Cuadro 17

Tendencia Resoluciones judiciales



Tendencia del porcentaje de casos en que se cumplió garantía 24 horas



Fuente: Estudio Anterior.

Más allá de las variaciones temporales la relevancia de este estudio de comportamiento en el tiempo, para los fines de estudio de la prisión preventiva, es que los logros, en el caso de la experiencia de Cuenca, pueden calificarse ya como consolidados, esto es se excluye la posibilidad que sea fruto de un primer momento de euforia y que luego que el comportamiento de los actores tienda a volver a la realidad anterior. Hay buenas razones para sostener que la introducción del sistema oral marcó una diferencia permanente en el uso de esta medida cautelar.

La experiencia de la ciudad de Cuenca consiguió su primera réplica, fruto del trabajo de los mismos actores en junio de 2007, la metodología oral para discutir medidas cautelares se ha reproducido en la ciudad de Guacaleo (31.587 habitantes) y el proyecto se implementó sin mayores novedades.

c) Perspectiva cualitativa. Desde el punto de vista cualitativo esta experiencia trajo un avance muy relevante de ser destacado; un análisis de las actas de audiencia y una comparación de pedidos y de resoluciones de prisión preventiva, permite observar que con la entrada del sistema oral en un número de casos minoritario pero representativo, aparecen argumentaciones referidas a la necesidad de cautela y en concreto del peligro de fuga. A diferencia de las actas de las audiencias del sistema escrito, donde en las 3 ciudades de manera invariable, muestra una lógica donde la existencia de supuesto material es sinónimo de prisión preventiva; este estudio muestra sin lugar a dudas, la debilidad que fue anotada en su momento: la falta de una redacción que consagre la necesidad de cautela como requisito llevó a que los actores la hayan marginado de manera casi absoluta.

Este avance que cómo se ha anotado no es generalizado, pero desde la perspectiva cualitativa toma una relevancia inusitada, porque en Ecuador constituye el primer paso para que la aplicación de esta medida cautelar responda a su razón de ser y pueda adquirir legitimidad.

Desde luego es importante anotar que las discusiones tienden a ser básicas, hay deficiencias técnicas importantes y la mayoría de actores todavía no rompen la visión tradicional, donde indicios del cometimiento del delito y de la responsabilidad como autor o cómplice son fundamento suficiente para la privación de libertad cautelar.

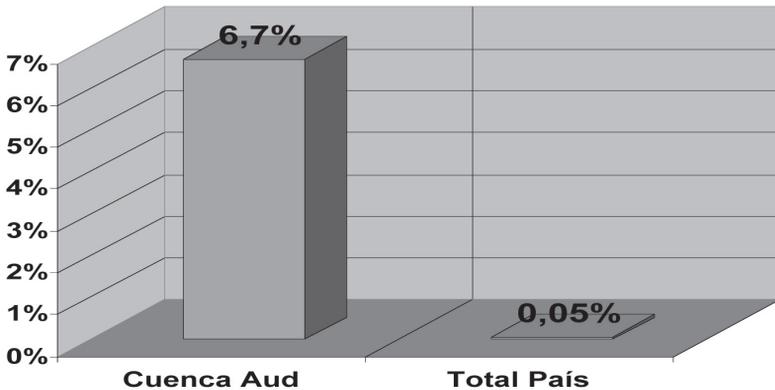
d) Influjo de las medidas alternativas al juicio oral en el uso de la prisión preventiva. El sistema acusatorio oral trae consigo una serie de herramientas que permiten llegar a resoluciones de fondo prácti-

camente en la primera audiencia⁵¹. Estas opciones procesales toman relevancia en materia de prisión preventiva porque limita desde dos perspectivas su uso: el primero, si se resuelve de manera inmediata el caso, es evidente que ya no se aplicaría la medida cautelar; en segundo lugar si se aplica en etapas tempranas disminuye el tiempo de empleo de manera radical. En Ecuador estas vías han tenido una seria traba legal para su implementación, salvo el procedimiento abreviado y la conversión, no han sido reguladas.

La potencialidad del sistema oral para la aplicación de estas herramientas procesales, se hace evidente en una fase avanzada del proceso de implementación en esta ciudad, cuando una crisis profunda que puso en peligro todo el modelo llevó a que la sociedad civil decidiera apoyar el proceso y reinstalar el espacio de diálogo que se había quebrado⁵², escenario que permitió analizar algunas alternativas y en concreto experimentar con estas opciones procesales. Dadas las limitaciones legales los beneficios palpables se evidenciaron en el uso del procedimiento abreviado.

Cuadro 18

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN CUENCA EN RELACIÓN AL TOTAL NACIONAL



Fuente: Estudio Anterior

Este cuadro invita a una de reflexión, el que en delitos flagrantes se alcance aproximadamente en un 7% de casos sentencias con-

⁵¹ Se hace referencia a alternativas procesales como: procedimientos abreviados, conversiones, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento y juicio simplificado.

⁵² Fundación Esquel.

denatorias en menos de 24 horas, es algo inédito para la justicia ecuatoriana. De manera lamentable, el poco seguimiento empírico del funcionamiento de la administración de justicia ha impedido que buena parte de la comunidad jurídica de esta ciudad y de la gran mayoría a nivel nacional, se hayan enterado de un logro de esta magnitud. Es interesante plantear una reflexión sobre el motivo por el cual la oralidad puede potenciar de una manera tan drástica el empleo de estas medidas procesales; la razón parece estar en que un escenario donde los involucrados se dan cita en momentos muy cercanos a la comisión del delito, es un espacio adecuado para poder discutir salidas negociadas.

Estas herramientas toman mayor relevancia en virtud del momento por el cual pasa el Ecuador, la Función Legislativa empezó el conocimiento de un proyecto donde se incluyen toda la gama de vías alternativas en sentido estricto y métodos de simplificación procesal. En este escenario el potenciar resoluciones tempranas, parece ser una de las opciones reales para marcar una disminución del empleo de la privación de libertad cautelar.

3.3. Etapa 2: Experiencia en la provincia de Cañar

3.3.1. Descripción de la experiencia

Esta etapa se basa en la experiencia adquirida en la ciudad de Cuenca, los éxitos y fracasos del proceso fueron la base para su estructuración. El punto de interés de esta experiencia consiste en que los actores no se conformaron con replicar el modelo anterior, sino que deciden romper de forma radical con la visión tradicional y adoptar la metodología de audiencias para todas aquellas decisiones que se resuelvan en la etapa investigativa, es más ampliarlas a materias como tránsito y adolescentes infractores.

En agosto de 2007 en el Distrito de Cañar se convoca a una reunión donde estuvieron presentes los funcionarios de la Función Judicial, Ministerio Público, Policía Judicial, defensores de la Corte, representantes del Colegio de Abogados, Universidades y Consultorios Jurídicos gratuitos, destinada a discutir la aplicación de la metodología oral, en ella se llegó al acuerdo de poner en marcha la metodología oral en la etapa investigativa, pero sin fijar todavía los márgenes. El proyecto fue liderado por las cabezas institucionales: Ministro Fiscal Distrital, Presidente de la Corte Superior de Justicia y Jefe Distrital de la Policía Nacional y contó con el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Política Penal del Ministerio Público.

Para su implementación se trazó un cronograma: de la semana del 2 al 10 de septiembre de 2007, se ejecutó un curso de 40 horas de duración con todos los actores. Evento que tuvo dos finalidades: el desarrollo de habilidades en la litigación en etapas previas al juicio y el llegar a acuerdos puntuales sobre la forma como se iba a implementar la nueva metodología. En las dos primeras ciudades Azogues (población 64.910 habitantes) y Biblián (20.727 habitantes) entró en vigencia el 10 de septiembre de 2007; en los 3 meses siguientes se efectuó similar capacitación en las dos restantes ciudades y entró en vigencia el modelo en Cañar (58.185 habitantes), y la Troncal (44.268 habitantes), con lo cual se cubrió la totalidad de la provincia.

3.3.2. *Objetivo y alcance*

El objetivo de esta intervención fue instaurar el modelo oral en la etapa investigativa. Con el objeto de introducir una visión gráfica de la profundidad de la intervención, se introducen dos cuadros que permiten realizar un análisis comparativo con la realidad de Cuenca:

Cuadro 19

AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA: ALCANCE EXPERIENCIA DE CUENCA

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	(-)	-	-	-	-	-
Instrucción fiscal	X	-	-	-	-	-
Medidas cautelares	x	-	-	-	-	-
Revisión medida cautelar	-	-	-	-	-	-
Control cierre investigación	-	-	-	-	-	-
Desestimaciones	-	-	-	-	-	-
Conversiones	-	-	-	-	-	-
Procedimientos abreviados	x	-	-	-	-	-
Otras vías alternativas*	No prevé la ley	No prevé la ley	-	-	-	-

Fuente: Estudio Anterior

* En materia de tránsito y adolescentes infractores, se prevén otras vías alternativas al juicio oral tales como: acuerdos reparatorios en la primera área y en la segunda, conciliación, suspensión del proceso a prueba, remisión a un programa de orientación.

Cuadro 20

AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA: ALCANCE EXPERIENCIA DE AZOGUES

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	X	X	X	X	X	X
Instrucción fiscal	X	X	X	X	X	X
Medidas cautelares	X	X	X	X	X	X
Revisión medida cautelar	X	X	X	X	X	X
Control cierre investigación	X	X	X	X	X	X
Desestimaciones	X	X	X	X	X	X
Conversiones	X	X	X	X	X	X
Procedimientos abreviados	X	X	X	X	X	X
Otras vías alternativas	No prevé la ley	No prevé la ley	X	X	X	X

Fuente: *Estudio Anterior*

La entrada en vigencia de este esquema produjo un cambio profundo en el funcionamiento de la administración de justicia, por primera vez en la práctica se otorgó un servicio público cercano al paradigma oral.

3.3.3. Repercusiones para la prisión preventiva

Por su naturaleza fue un proyecto que cambió la realidad de la administración de justicia, por el objeto de este estudio, se han escogido cinco aristas introducidas en esta nueva etapa:

a) Control de detención. Como se puede constatar en el cuadro referido a la ciudad de Cuenca, se lo pone entre paréntesis como no implementado, pues, a pesar de que en teoría se instauró esta función, un análisis de su real funcionamiento muestra que la línea conceptual adoptada por los actores, le vació de contenido real. Debido a que, en la práctica la detención ilegal no implica un obstáculo para que continúe la audiencia y se dicte cualquier medida cautelar incluida la prisión preventiva. El único efecto real de la violación de los derechos fundamentales es un oficio dirigido a los mandos policiales en el que se le hace conocer de lo sucedido, pero, según manifestaciones de los propios actores no se tiene noticia de que en la práctica, haya generado una sanción concreta.

En el distrito de Cañar se adoptó la concepción opuesta y se instauró de manera efectiva un control de legalidad de la detención. Esto es, si se determina que el sujeto fue detenido de manera ilegal, la audiencia no puede continuar y no se debe ya discutir ningún tema adicional, porque ello implicaría que el Estado se beneficia de su propia negligencia y de la violación que cometió en contra de los derechos fundamentales⁵³. El solo hecho de poner en marcha un modelo con repercusiones claras para las violaciones, generó repercusiones visibles, por ejemplo: en el primer mes de funcionamiento, no hubo un solo caso en que una persona hubiese recuperado su libertad por esta causa; debido a que los actores tomaron las medidas para no estar incurso en violaciones; de la misma manera, fue gráfico observar como luego de haber sido parte del proceso, la Policía Nacional a la semana siguiente partió con una capacitación sobre los procedimientos y supuestos de aprehensión.

b) Potenciación de la necesidad de cautela. Un punto bajo de la experiencia de Cuenca fue el limitado influjo que consiguió en la práctica la discusión de la necesidad de cautela como fundamento para la aplicación de la prisión preventiva; a pesar de que se reconoce en algunos actores actuaciones destacadas, en términos generales es innegables que constituyó una debilidad. Con este antecedente, en Cañar se diseñó un par de estrategias tendientes a superar este inconveniente: la primera durante el período de capacitación se trabajó de manera intensiva este tema y se dotó de las herramientas necesarias a los actores para su utilización.

El segundo aspecto conlleva mayor interés y hace referencia a la constatación de que la dificultad de entablar una discusión referida a la necesidad de cautela con efectividad no solo pasa por las destrezas de los actores, sino por la posibilidad real de contar con la información requerida en un período corto de tiempo (24 h.). Ante esta realidad, se estructuró una miniunidad interinstitucional apostada en el Ministerio Público encargada de constatar el arraigo social del detenido; cuya estructura administrativa no pasó de un policía y de un funcionario de la Fiscalía a tiempo parcial, en tanto que el equipamiento requerido fue una moto una computadora y un teléfono. Incluso, se desarrolló un modelo de fichas que permiten estandarizar la información y esquemas funcionales para que con anticipación las partes pudiesen contar con antecedentes y poder

⁵³ Además que es la única opción compatible con el artículo 7 numeral 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 9 numeral 4 del Pacto de derechos civiles y políticos.

confirmar cualquier información que creyesen conveniente. En principio se trató de una herramienta bastante sencilla y artesanal que abarcaba puntos gruesos del arraigo social, tales como: Aspecto laboral, Información domiciliaria y Aspecto familiar⁵⁴; para su tabulación no se contó con ninguna metodología que permitiese una labor predictiva a un que sea básica; su único fin fue dotar de cierta información a los actores para entablar una discusión con cierta información disponible el día de la audiencia.

Lo curioso es que una herramienta básica como la anotada, ha mostrado tener la potencialidad de marcar una diferencia en el litigio y resolución de un tema tan trascendente como la necesidad de cautela, porque en especial para los defensores ha sido el instrumento que le ha permitido poner sobre la mesa del debate un elemento central como es el arraigo social y permitirle otorgar otra dimensión al debate. que el contar. En la práctica el tener información sobre una materia tan concreta en un lapso corto como son 24 horas, para un defensor marca la diferencia entre poder litigar o no uno de los pilares esenciales de la necesidad de cautela y por tanto de la prisión preventiva. Incluso parece interesante anotar que se ha podido constatar que esta herramienta ha sido hasta un señuelo para conseguir introducir a los actores a un debate que todavía les cuesta.

El paso del tiempo, permite afirmar, se ha convertido en una herramienta trascendente para efectos de mejorar la calidad de las audiencias, de manera lamentable no se ha encontrado una metodología para mostrar su influjo de forma cuantificable. Pero es justo anotar que goza de una aceptación generalizada entre los actores y, a pesar de que esta experiencia tuvo que soportar un escenario poco propicio⁵⁵, el acervo de legitimidad alcanzado desde el primer momento, le ha permitido subsistir sin mayores contratiempos a la inestabilidad que estuvo sujeta este proyecto y que le impidió un adecuado seguimiento.

c) Control de cierre de la investigación. Esta herramienta está destinada a hacer realidad una de las consecuencias de la excepcionalidad de la prisión preventiva; el carácter subsidiario de la privación de libertad obliga a garantizar que su aplicación se limite al tiempo estrictamente necesario. A pesar de que no existe una mención ex-

⁵⁴ Véase Anexo 1.

⁵⁵ Aproximadamente a los dos meses, debido a la inestabilidad institucional de la Fiscalía, institución que lideraba el proceso perdió el apoyo técnico y sobre todo las labores de seguimiento y toma de correctivos se suspendieron.

presa en el Código, pero basados en las funciones que se asignan al juez penal, las normas constitucionales y los tratados internacionales sobre la materia, los actores resolvieron introducir esta fórmula y discutir en audiencia el tiempo necesario para el cierre de la investigación; vale la pena indicar que el proceso de capacitación parece haber dado sus frutos, porque efectivamente en ciertas actas se ha podido constatar que se han instaurado argumentaciones efectivamente dirigidas a las diligencias que faltan por realizarse y al tiempo que conllevaría su práctica. De hecho, su vigencia consiguió marcar una ruptura con la realidad anterior, debido a que con anterioridad se había impuesto como regla el período máximo establecido por la ley (90 días), en tanto que por ejemplo, de acuerdo al seguimiento realizado por el encargado del proyecto por parte de la Fiscalía, en las 9 resoluciones que se dictaron prisión preventiva se establecieron lapsos que se situaban entre 25 y 45 días.

El uso de esta herramienta dota a la justicia penal de una nueva perspectiva, introduce un nivel de exigencia sobre el sistema penal para responsabilizarse del uso de la privación de libertad en el tiempo, debido a que una medida que pudo estar justificada en el momento de adoptarse, puede volverse ilegítima, cuando se abusa de ella por negligencias administrativas, fallas de coordinación o displicencia de ciertos funcionarios. La nueva filosofía introduce una visión pragmática comprometida en defensa de las garantías básicas, establece una clara diferencia en el nivel del daño que se causa en virtud del tiempo de privación de libertad. Es importante anotar que desde el punto de vista conceptual, resulta un cambio de paradigma radical, el superar el concepto de que el tiempo de la investigación esté constreñido por una norma legal generada en abstracto, para abordar la labor de garantizar que en el caso concreto la privación que la necesidad cautelar realmente demanda.

d) Revisión de la prisión preventiva. Esta vía permite analizar si aquella decisión que se adoptó hace un tiempo responde a las circunstancias actuales del caso⁵⁶. Aplicada para rever la prisión pre-

⁵⁶ La legislación ecuatoriana no consagra la figura de revisión sino la limita a la revocatoria de la prisión preventiva, por tanto los requisitos establecidos solo se han estructurado para los supuestos en que se desea dejar sin efecto esta medida cautelar. Esta disposición genera un doble estándar, porque consagra procedimientos y requisitos distintos si el pedido va dirigido a revisar cuándo se otorgó la privación de libertad, frente a cuándo fue negada. En el segundo supuesto, esto es cuando se pide que se dicte la prisión preventiva que antes fue negada, esta solicitud es ajena a la revocatoria tal como se ha consagrado en Ecuador, por ello las normas que regulan esta vía no le son aplicables. Factor que en

ventiva, consigue instaurar un eje adicional para que el principio de excepcionalidad consiga efectivizarse. De hecho, el plazo dictado por el juzgador para el cierre de la investigación en esta ciudad, se operativizó a través de una audiencia de revisión, donde el fiscal tiene la carga de demostrar que el no cumplimiento del plazo tiene una justificación legítima, caso contrario se otorga la libertad.

La novedad que conllevó la introducción del sistema oral en esta materia, consistió en permitir realizar un relanzamiento de esta figura, debido a que la discusión que se requiere suele ser bastante fina y el sistema tradicional al no contar con un modelo que permita una valoración a este nivel, había enraizado prácticas bastante toscas, donde en términos generales primaban la presentación de pedidos poco fundamentados y rechazos en serie sin mayor argumentación; escenario que desincentivó su uso y que marginó la relevancia de esta figura. El generar un espacio para una discusión concreta parece haber cambiado el panorama, debido a que de inmediato surgieron cifras llamativas, en los primeros 15 días se pasaron 2 audiencias de revocatoria y una se concedió el pedido, realidad inusual, sobre todo si se toma en cuenta que Azogues es una ciudad pequeña y sin mucha demanda para el sistema penal⁵⁷. Es importante anotar que desde el punto de vista de la necesidad de cautela el aporte de esta alternativa procesal permite alcanzar, un nuevo ángulo para su plena realización, potenciar un mecanismo efectivo para restringir la privación de libertad solo a los casos que en el momento se justifique su mantención.

e) Medidas alternativas a la prisión preventiva. En esta materia el avance puede ser discutido si se produjo en esta etapa, debido a que en Cuenca los actores ya visualizaron el debate de si las me-

la práctica no significa que se ha cerrado la posibilidad de revisar la negativa de esta medida cautelar personal, sino que ha forjado un escenario en el que este pedido queda sometido a la sola voluntad del solicitante y por ejemplo, a diferencia del primer supuesto, el fiscal no debe pasar por un requisito previo de admisibilidad que consiste en la necesidad de justificar un cambio en las circunstancias que sirvieron para adoptar la resolución original y, con ello se abre una puerta para presentar al mismo juzgador un caso que ya fue resuelto sin que haya variado en absoluto las circunstancias; realidad que vulnera la igualdad de armas y la seguridad jurídica, además que este doble estándar tiende a favorecer la aplicación de una medida que es excepcional. Dado que en criterio del autor, esta deficiencia legal dadas las normas constitucionales vigentes y los principios que el sistema procesal consagra, debería ser interpretada como revisión, en este estudio se preferirá esta denominación.

⁵⁷ De manera lamentable, debido a que estas audiencias no se regularon en los reglamentos de la Corte Suprema, en este momento ya no se aplican.

didas cautelares se concebían como “sustitutivas” o como “alternativas” y conceptualmente, resolvieron que la segunda concepción era la aplicable; debido a que la primera forma de entender a las medidas de menor intervención convertía la medida que debía ser la excepcional en la norma. Incluso, los datos estadísticos reflejan una mínima incidencia de las medidas no privativas de libertad, y en este caso concreto se aplicaron de manera directa otras opciones procesales como prohibición de salir del país. En tanto que como se verá más adelante la aplicación que alcanza las medidas cautelares en la ciudad de Azogues, justifican de por sí la resolución adoptada.

El aporte de este avance consiste en otorgar al sistema penal la posibilidad de graduar una respuesta adecuada al caso, en relación al potencial de las opciones procesales disponibles, y solo en caso de que los intereses de la realización de la justicia lo justifiquen, se priva de la libertad. A diferencia de lo que sucedía bajo el paradigma de medidas “sustitutivas”, donde a pesar de que la necesidad cautelar podía ser satisfecha por otra medida no privativa de libertad, de manera necesaria debía dictarse la prisión preventiva, para solo en un segundo momento poder cambiar de opción procesal.

f) Caución. Dado el potencial de esta alternativa procesal, se ha preferido hacer una mención especial a la caución. Dados los problemas existentes en el uso tradicional, se requiere una mención para comprender la magnitud del problema que se enfrentaba. La práctica tradicional había implantado una aplicación divorciada de la realidad, ya que actitudes inmovilistas llevaron a un vaciado de contenido de esta figura; en un momento donde el país comenzó a vivir un proceso inflacionario, para evitar los problemas de desactualización de los montos fijados en el marco legal, hizo que se utilizaran como referente los salarios mínimos vitales, pero cuando el problema se agudizó, y dado que esta herramienta también se había utilizado en buena parte de la economía, el gobierno decidió para no subir este componente –para no causar un efecto en cadena–, crear una serie de bonificaciones adicionales y congelar este rubro, es así que con el tiempo el salario mínimo vital llegó a tener un valor de 4 dólares. Para esta figura el problema surgió cuando los jueces no cambiaron de parámetros para fijar los montos en estas unidades y la gran mayoría de fianzas se fijaban entre 4 y 20 salarios mínimos vitales (de 16 a 80 dólares), práctica que erosionó el contenido de esta figura y la convirtió en sinónimo de impunidad. Esta figura ha caído en un círculo vicioso profundo, debido a que el desprestigio como se utiliza es grande, tal vez ello explica los lí-

mites legales tan severos que fueron referidos, a su vez ello dificulta su aplicación y se incrementa el desprestigio.

Ante este panorama se decidió utilizar una estrategia dividida en dos fases, la primera dirigida a volver a otorgar sentido a esta figura, en base a una discusión en audiencia se buscó fijar montos reales que garanticen la presencia en juicio del imputado y se vio que si bien el límite legal era una traba, en la práctica para la gran mayoría de delitos permitía administrar justicia. La segunda fase, que lamentablemente no llegó a concretarse porque se puso ya en vigencia la tercera etapa que más adelante se detalla, estaba destinada a una ampliación significativa de la esfera de esta medida sustitutiva con la utilización de la pena en concreto⁵⁸ como mecanismo para mejorar la administración de justicia. A pesar de todo el logro conseguido, no es despreciable, debido a que es la única experiencia en el Ecuador donde se ha encontrado que una medida de menor intervención, tiene el potencial de realmente conseguir amalgamar la necesidad de garantizar la presencia a juicio y la presunción de inocencia, en términos bastante adecuados, por ello, abre la esperanza para revalorizar esta figura e instaurar una real alternativa a la privación de libertad cautelar⁵⁹.

3.3.4. Resultados

Esta segunda etapa no solo consiguió una esfera de aplicación mayor, sino que de manera adicional, en la aplicación de la prisión preventiva obtuvo una variación sustancial. En esta jurisdicción la muestra tomada fue de 20 casos antes y después del ingreso del sistema oral:

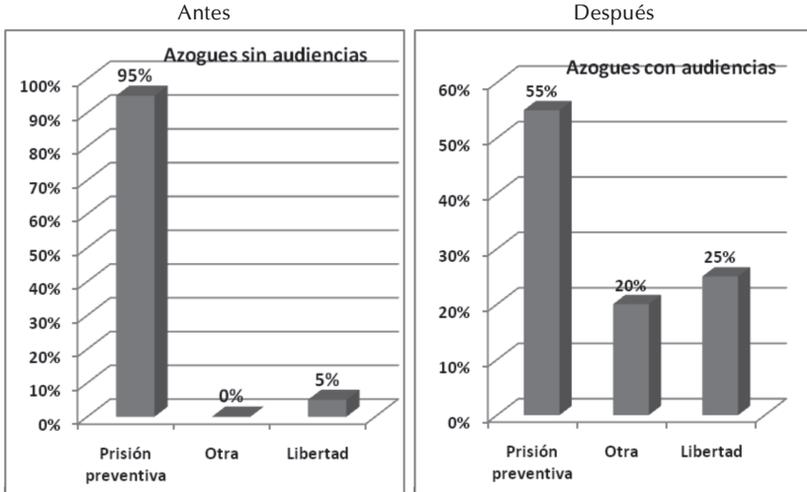
Las cifras son gráficas, el nivel de depurado alcanza un 45%, cifra que hasta el momento no se había obtenido. Los posibles motivos que se han encontrado para esta variación son dos: el primero, relacionado con una capacitación intensiva previa a la implementación, que le permitió partir a esta experiencia con una base más sólida. En segundo lugar el haber adoptado una estructura administrativa diseñada para producir información referida al arraigo social.

⁵⁸ Consideración de la pena con la variación producida ya sea por atenuantes o agravantes.

⁵⁹ La caución se discute de manera oral cuando se da en el marco de la audiencia, pero dado que no consta en el reglamento si no se da en ese primer momento, se usa la metodología escrita.

Cuadro 21

NIVEL DE DEPURADO EN RAZÓN DEL SISTEMA PROCESAL QUE SE APLICA



Pero si el análisis se centra en las medidas de menor intervención, se constata una ruptura frente a una realidad anterior que se había convertido en uno de los mayores fracasos; como se puede ver, la regla en las restantes jurisdicciones ha sido una nula incidencia y la excepción una repercusión marginal. Por primera vez se consiguió que estas opciones procesales adquieran un real impacto, ya que 1 de cada 5 detenidos en flagrancia se le aplica una vía alternativa; factor que es digno de destacar porque refleja que los actores comienzan a buscar respuestas diversas para necesidades cautelares disímiles. La realidad anotada coloca a esta jurisdicción ante nuevos retos, por ejemplo, en los próximos meses se comenzarán a requerir procesos de seguimiento para constatar qué tan efectivos han resultado, debates sobre las potencialidades y debilidades de cada opción procesal, etc.

3.4. Tercera etapa: generalización de la experiencia

3.4.1 Descripción del proyecto

El éxito de las dos etapas anteriores produjo una creciente conciencia del avance que para la administración de justicia significaba la introducción de la metodología oral. El Ministerio Público, que era la institución que en este momento tenía el liderazgo en este proceso, contaba con una estrategia bastante estructurada para la imple-

mentación progresiva a nivel nacional, de hecho la experiencia de Cañar era solo el primer paso. La idea básica consistía en comenzar por provincias más bien pequeñas y menos conflictivas, con la perspectiva de reservar para el último los centros más grandes y complejos –Quito y Guayaquil–, bajo la premisa de que la mejor manera de enfrentar el reto que suponían los dos polos de desarrollo, era abordarlos en un momento en el que ya se contase, con un acervo de experiencia y legitimidad acrecentado por los logros anteriores.

Por circunstancias coyunturales y de índole política, la Fiscalía decide apartarse del diseño original y apostar por una generalización indiscriminada en todo el país. En un momento donde su institucionalidad estaba amenazada, se renunció a los criterios técnicos y se adoptó la implementación de esta metodología como una herramienta para afianzar a la cabeza institucional que en ese momento corría peligro; el impulsar una ejecución agresiva de un modelo que ya para ese entonces era reconocido bajo la etiqueta de “exitoso”, se esperaba que generase réditos en materia de legitimidad. Es así como se presenta un proyecto y consigue la aprobación de un instructivo por el seno de la Corte Suprema de Justicia, el mismo que se publica en el registro oficial 221 del miércoles 28 de noviembre de 2007, con el mandato de aplicar la metodología oral de manera inmediata en todo el país⁶⁰.

Este aparente progreso, en la práctica, termina por implicar un período agrídulce para el proceso, debido a que si bien simboliza una victoria clara del proceso de reforma a nivel nacional en un tema estratégico como las medidas cautelares; los altos costos que se deben afrontar dejan un saldo ambivalente: el primero, hace referencia a la profundidad del proyecto, el instructivo inicial fue realizado en base a la experiencia de Cuenca, por tanto parte de una visión limitada, donde básicamente las audiencias se restringen a la primera audiencia de delitos flagrantes en materia penal. De manera casi inmediata hay una reacción basada en la experiencia de Cañar, donde se plantea de manera clara que se trata de un esquema que si bien en su momento constituyó un avance, era evidente que ya resultaba restringido y rígido al menos frente a lo que había sucedido en los últimos meses en esta circunscripción; este movimiento genera la publicación del segundo reglamento, en el que se incluyen todas las

⁶⁰ A pesar del éxito en la implementación del sistema, la estrategia no consigue frenar las intenciones del proceso político y a los pocos meses se descabeza al Ministro Fiscal General de la Nación. A partir de este momento se abandona todo intento de planificación e implementación progresiva y focalizada.

materias de derecho penal especial, incluso infracciones de adolescentes, pero no se consigue ir más allá de la primera audiencia, por tanto la metodología oral no se aplica para resoluciones tales como: pedidos de sustitución posteriores, caución, revisión, y apelación, tampoco se adopta la discusión del cierre de la investigación. Este escenario lleva a que se haya establecido un doble estándar, a pesar de que para efectos de las anotadas resoluciones, entran en juego los mismos valores que para la prisión preventiva y están vigentes las mismas normas constitucionales y supraleales, se deja intacta una metodología que en los considerandos de los propio instructivos, se había reconocido que violentan los principios del debido proceso.

El segundo sacrificio que se tuvo que aceptar es la renuncia a un proceso intensivo y planificado que había demostrado ser efectivo y que avanzaba a buen paso; de hecho, cuando se da el cambio de cabeza institucional en la Fiscalía⁶¹, ya se había conseguido un primer acuerdo con los actores de la provincia de Loja y estaba programado para que durante tres semanas se desarrollasen dos cursos interinstitucionales –Loja y Macará–; escenario en el que se esperaba conseguir acuerdos puntuales que permitiesen viabilizar el proceso en la totalidad de la provincia. Pero el proyecto se trunca de manera abrupta y de cierta forma, una vez más, el proceso queda confiado a la voluntad y sano entender de los actores de cada jurisdicción.

3.4.2. Resultados

En este escenario la fecha formal de entrada de funcionamiento es el 24 de noviembre de 2007, pero se debe dejar constancia que ante la nula implementación, su real vigencia fue paulatina hasta que los actores se enterasen y decidiesen adoptar esta metodología en la práctica, en ciertas jurisdicciones, llegó a tomar un par de meses. Dado el desconcierto que generó la vigencia de una metodología desconocida para la mayoría de los actores, las prácticas adoptadas han sido de lo más variopinto imaginables, de hecho hay un nivel de distorsión tal, que a pesar de ser una exageración, se puede sostener que hay tantos de modelos como el número de jurisdicciones donde la metodología se aplica. Solo para citar algunos de los problemas que se han detectado: en materia de los participantes en las audiencias, existen jurisdicciones especialmente en materia

⁶¹ La estrategia no consiguió evitar esta caída inminente.

de tránsito y en delitos no flagrantes donde se pasan audiencias sin la presencia del imputado, de igual manera sin el defensor o a pesar de su presencia no se le otorga la palabra. En materia de consecuencias jurídicas de la detención ilegal, incluso al margen de disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se han buscado subterfugios para no otorgar la libertad, por ejemplo: vía enviar comunicaciones a las autoridades policiales, no otorgar ninguna consecuencia jurídica, impedir discutir este tema⁶² o supuestamente corregir las ilegalidades cometidas en la propia audiencia⁶³. En materia de respeto a los derechos fundamentales, en la mayoría de jurisdicciones se tiende a establecer un doble estándar, cuando se trata de delitos socialmente graves –narcotráfico, violaciones, contra la vida–, existe una tendencia a violar los procedimientos establecidos, por ejemplo vaciar de contenido a la resolución de detención ilegal. En materia de litigio, la falta de claridad de fiscales y defensores sobre el punto a discutirse, ha generado usos disfuncionales tales como: audiencias donde la discusión se centra en la legalidad de la misma y no en los temas de fondo, análisis sobre la culpabilidad del acusado, el peligro que el imputado representa para la sociedad, los efectos del abuso de la prisión preventiva en el hacinamiento en la cárcel, en tanto, que por lo general no hay la más mínima referencia a la esencia misma de la prisión preventiva: la necesidad de cautela. Con referencia a la conducción de la audiencia: se han instaurado prácticas poco claras, como reuniones previas a la audiencia entre el juez y el fiscal para discutir si se realiza o no la audiencia y si se deja en libertad al sospechoso; hay un traspaso de ciertas prácticas del sistema escrito, por ejemplo en algunas ciudades es muy común que la audiencia comience con la lectura del parte policial por parte del secretario del juzgado y actitudes rígidas como otorgar una vez la palabra a cada actor y no otorgar derecho a la réplica. En materia de toma de resoluciones, es casi absoluta la falta de argumentación real de las resoluciones. Por último en materia de registro, la inseguridad de los juzgadores, ha llevado a prácticas no muy transparentes como omitir en el acta las intervenciones de los defensores, excluir cualquier incidente incómodo e incluso en la ciudad capital negarse a utilizar un sistema de grabación que ya se halla instalado en la sala de audiencia.

⁶² Por ejemplo en la ciudad de Quito en materia de tránsito se cambió el nombre de “audiencias de legalidad de la detención a la de “formulación de cargos”, con el fin de impedir discutir este tema.

⁶³ Por ejemplo el Consejo de la Judicatura a instruido a los jueces en caso de que exista una queja de falta de lectura de los derechos o incomunicación, que en ese momento el juez le lea los derechos o le preste una llamada de su celular.

El proceso ha sido marcado por la improvisación y desde el punto de vista cualitativo es indiscutible que tienen debilidades más serias que las Jurisdicciones de Cuenca, Gualaceo y el distrito de Cañar. En este contexto, resultaba de interés tener una idea del impacto conseguido en materia de utilización de la prisión preventiva, por ello en los datos no existentes Portoviejo antes y después de la entrada del sistema oral y Quito y Guayaquil⁶⁴ con el sistema oral casi todo el esfuerzo de levantamiento de datos de este estudio, se centró en las dos grandes ciudades y en una tercera que es la capital de Manabí la tercera provincia del país: Portoviejo (283.430 habitantes) que a pesar de tener especial relevancia hasta hoy no había sido motivo de estudio⁶⁵.

La primera conclusión que salta a la vista es que sin importar la ciudad que se trate y las difíciles circunstancias que debieron afrontar⁶⁶, las diferencias alcanzadas en el nivel de depurado para efectos de la aplicación de la prisión preventiva, es relevante. En el caso de Quito y Guayaquil el panorama es claro, debido a que 1 de cada 3 casos flagrantes hoy no reciben prisión preventiva, cuando antes la aplicación era mecánica. Incluso, Portoviejo que presenta un comportamiento atípico, porque parte de un nivel de depurado alto con el sistema escrito –3 veces mayor que el que presentaba por ejemplo Cuenca– y que de manera paralela alcanza el más bajo nivel entre todas las ciudades con el sistema oral –aproximadamente 20 puntos menos–, incluso así la diferencia entre un sistema y otro es de 2 a 1.

Si el análisis se centra en lo sucedido en los dos grandes polos, en referencia a las cifras alcanzadas por Cuenca, resulta inquietante que en las tres ciudades más grandes del país, a pesar de presentar condiciones diversas en su implementación, presenten un comportamiento casi idéntico desde el punto de vista estadístico; la sorpresa en concreto consistió en que la tercera ciudad no presente mayor nivel de depurado, frente a jurisdicciones donde la implantación tuvo problemas serios. Este hecho llevó a una revisión de las actas y en concreto a analizar las causas por las que se producía el depura-

⁶⁴ En las dos grandes ciudades se tomó como muestra los casos reportados en febrero por los defensores públicos (Quito 47 y Guayaquil 92), en tanto que en Portoviejo fueron 30 casos.

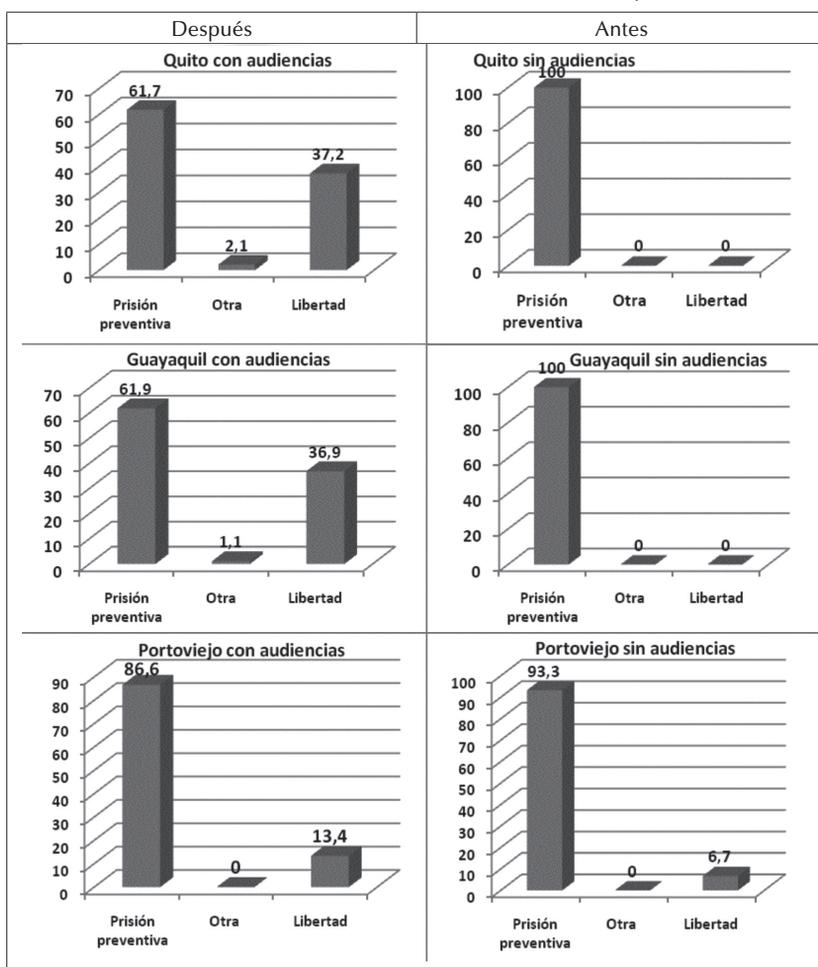
⁶⁵ Los datos estadísticos de Portoviejo fueron levantados gracias al apoyo del Diplomado en derecho Procesal de la Universidad Laica de Manta.

⁶⁶ Estas ciudades partieron de condiciones cualitativamente más complejas que Cuenca, la decisión de implementar esta metodología no fue fruto de un consenso sino de una imposición que les vino dada por una resolución de la Corte Suprema de Justicia y el Ministro Fiscal General.

do; desde el punto de vista cualitativo, se encontró una diferencia, el filtrado en las dos grandes ciudades parece estar en una fase anterior, el sistema mayoritariamente todavía se ocupa de violaciones de los cuerpos policiales; en tanto que en Cuenca se observa un depurado más fino; hay mayor incidencia de casos donde no se da paso a la privación de libertad por no haberse cumplido con el supuesto material e incluso en pocas ocasiones llega a negarse por no estar justificada la necesidad de cautelar; sin que esto quiera decir que no hay casos de detención ilegal.

Cuadro 22

NIVEL DE DEPURADO EN RAZÓN DEL SISTEMA PROCESAL QUE SE APLICA



Es un punto interesante, el comportamiento diferenciado de los Cuerpos de Seguridad en Cuenca y el distrito de Cañar en relación a las restantes ciudades, ello conlleva al menos dos aristas que vale la pena destacar: en primer lugar, refleja que de manera efectiva el sistema de justicia cuando se hace cargo de manera seria de crear mecanismos que dejen en evidencia las arbitrariedades policiales a mediano plazo tienen el potencial de variar los esquemas conductuales, a pesar de que como se anotó la justicia no decidió cortar de manera radical con estas prácticas. En segundo lugar, se podría pensar a simple vista que el tiempo disciplinó a un determinado grupo de agentes, pero ello es solo parcialmente cierto, debido a que una debilidad seria de la Policía ecuatoriana es la incesante rotación de su personal; este hecho hace más convincente la hipótesis de que entre los cuerpos policiales y los sistemas judiciales hay una permanente tensión —efectividad y respeto a los derechos fundamentales—, por ello es que los uniformados actúan de manera diferenciada de acuerdo al sistema de justicia con el que tienen que tratar.

Para terminar, es importante referirse a una arista relevante para el tema en estudio, por si fueran pocas las causas de ilegitimidad del uso de la prisión preventiva que el sistema escrito había instaurado, de manera adicional se debe agregar el hecho de que un sector relevante de casos se originaba en actuaciones que violentaban los derechos fundamentales y que la justicia no era capaz de depurarlos.

4. ESTADO ACTUAL

Como en su momento se anotó, el proceso de implantación del sistema oral pasa por un momento de crisis, entendida en su real magnitud; si bien es cierto existen riesgos serios, como: que echen raíces prácticas disfuncionales, que bajo un nuevo antifaz se vuelen una serie de prácticas basada en la vieja lógica, que muchas de las herramientas del sistema oral sean dejadas de lado por la falta de las habilidades de los actores, e incluso que el poco soporte técnico y real de estas audiencias lleve a un proceso de erosión y hasta de caricaturización.

Pero también es una realidad reconocida desde hace tiempo que los períodos críticos constituyen oportunidades, hoy resulta innegable que la introducción de audiencias orales marcó el surgimiento de un período nada habitual para la justicia ecuatoriana. Este tema ha conseguido instaurar una dinámica a momentos hasta vertiginosa en un sector regularmente marcado por el inmovilismo; solo a manera de ejemplo se describirá la producción de normativa infralegal: la

Corte Suprema de Justicia ha expedido 3 instructivos, dos de ellos publicados en el registro oficial (Nro. 221 del miércoles 28 de noviembre de 2007 y Nro. 316 de 15 de abril de 2008) y el último dictado el 27 de agosto del 2008 que en el momento que se realiza en este estudio todavía no se publica en el Registro Oficial y por tanto no entra en vigencia. La centralidad de este tema hace que a pesar que el tercer instructivo no entra en vigencia, la Comisión de implementación de la Reforma Procesal Penal integrada por las cabezas institucionales del sector justicia, en base a una propuesta de la Unidad transitoria de Defensoría Pública, ya ha preparado un borrador para un cuarto instructivo, todo ello cuando se vive un momento de incertidumbre, porque por ejemplo es inminente un nuevo cambio total de la Corte Suprema de Justicia. El Ministerio Público también ha dictado su normativa interna para la actuación de los fiscales en estas audiencias, por ejemplo: las “Directrices para la actuación de ministros, agentes fiscales, fiscales adjuntos, procuradores, secretarios y amanuenses” de fecha 2 de julio de 2008 y el Oficio circular Nro. 00191 de 10 de enero de 2008 del Ministro Fiscal General (e) dirigido a los ministros fiscales distritales en la que ordena a los fiscales actuar en audiencias.

Desde luego, el aporte de la normativa secundaria es limitado y hay muchos otros aspectos de los cuales ocuparse, por su relevancia se destacarán dos: el primero hace referencia al déficit en la formación de los actores, en especial en materia de destrezas para enfrenar estas audiencias. Ha sido una grata sorpresa que la institución más débil del sistema, la Unidad transitoria de defensoría pública ha sido la única que hasta el momento ha formado a sus profesionales de todo el país en esta materia. Otro punto débil es la falta de esquemas operativos y funcionales interinstitucionales que permitan orientar el accionar de las instituciones, lamentablemente una propuesta destinada a aprobar un conjunto con criterios administrativos conjuntos que permitiera generar turnos, flujos funcionales y responsabilidades concretos, no fue aprobada por la Subcomisión de implementación porque se subvaloró frente a los instructivos que regulan las audiencias como tales.

En todo caso el panorama es todavía impredecible, pero en términos generales hay razones para ser optimistas, uno de las fortalezas del sector justicia ecuatoriano ha sido el que ha tenido que afrontar tal vez el escenario más duro de los procesos de reforma a nivel regional y a pesar de que está muy lejos de superar sus debilidades, de manera permanente ha dado muestras de ser una reforma viva y de no perder capacidad de reacción. En cuanto a este proyecto en

concreto como se anotaba goza de vigorosidad, incluso, comparativamente con los avances en el resto de la reforma penal, es indiscutiblemente que ha conseguido mayor dinamismo⁶⁷, por tanto el escenario es complejo y duro, pero hay razones para ser optimistas.

5. ENSEÑANZAS Y PERSPECTIVAS

Visto el proceso en retrospectiva, cuando está próximo a cumplir 5 años desde que entró en vigencia (Cuenca), se puede constatar que ha estado marcado por un inusual grado de intensidad, debate y capacidad de experimentación; factores que configuran un acervo nada despreciable dentro de una cultura jurídica donde estos ingredientes suelen ser escasos.

En décadas pasadas se realizó un profundo proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la prisión preventiva, su aporte fue determinante para fraguar una conciencia del abuso endémico en su empleo. Esta fase consigue estructurar una serie de estándares mínimos para su legitimidad, incluso consigue que sean recogidos en las legislaciones de buena parte de los países de la región, así como se plasmarlos en convenios supranacionales. Sin negar en lo absoluto este avance; el punto que es importante dilucidar, es por qué a pesar de que a lo largo del tiempo se multiplicaron los estudios, procesos de capacitación y reformas legales, todos estos esfuerzos no fraguaron en cambios relevantes. En tanto que las cifras expuestas a lo largo de toda la experiencia de aplicación del sistema oral en Ecuador, muestran que bastó la entrada en vigencia del sistema oral⁶⁸, para que sin mediar proceso de capacitación, reforma legal o cambio de personal alguno⁶⁹, se genere una ruptura profunda. La afirmación tantas veces repetida de que el sistema oral produce información de mayor calidad, parece que al menos en el tema de la prisión preventiva es susceptible de ser confirmada estadísticamente, porque de otra manera no se entiende cómo es que se pasó de que la flagranza sea sinónimo de prisión preventiva, a un filtrado

⁶⁷ Por ejemplo un esfuerzo relevante que desarrollaba el Ministerio Público en materia de reforma funcional desde aproximadamente un año atrás parece haberse estancado.

⁶⁸ Cuenca, Quito, Guayaquil y Portoviejo. Se excluye a las cuatro ciudades del distrito del Cañar porque ahí existió un proceso de formación.

⁶⁹ Por tanto si había problema de corrupción, a no ser que el nuevo modelo haya variado las prácticas no parece haber otra razón para un cambio.

de 1 de cada 3 casos⁷⁰. Es importante anotar que esta verificación guarda armonía con el tipo de resolución, porque el resolver si es necesario privar de la libertad a una persona para asegurar su presencia en juicio, demanda de un valorar sutil⁷¹, ello explica porque una metodología más precisa produce variaciones significativas.

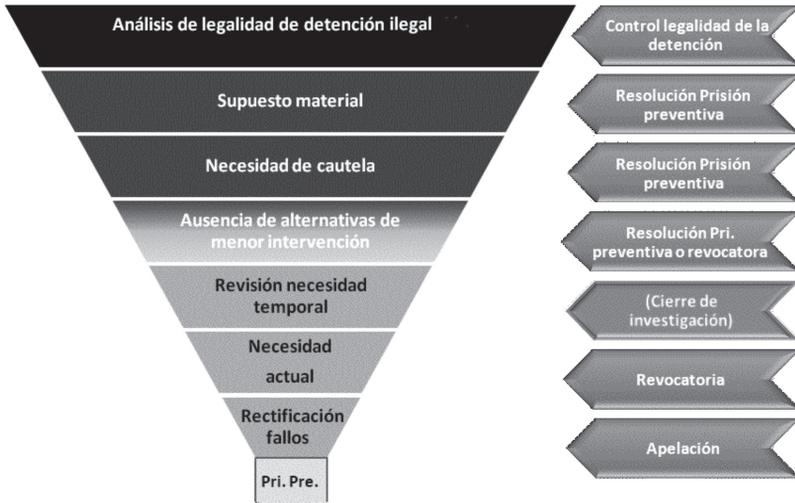
La perspectiva anotada abre al menos dos retos centrales, que a nuestro entender marcan el momento que vive el proceso de reforma en cuanto a las medidas cautelares en Ecuador: el primer reto consiste en afrontar una serie de debilidades generados por un proceso marcado por la improvisación; no debe llevar a confusiones el hecho de que se hayan detectado variaciones estadísticas relevantes, con la no presencia de dificultades; de hecho, desde el punto de vista cualitativo, todavía prevalecen una serie de prácticas aberrantes y viejos usos del sistema escrito que bregan por colarse. De manera adicional, con una visión estratégica se debe tener en cuenta que existen ciertos nichos, donde un trabajo bien encaminado puede producir mejoras importantes, en concreto se hace referencia a la necesidad de cautela y la consecuencia de la detención ilegal.

El segundo reto, que es el que por su envergadura y potencialidad merece mayor análisis, guarda relación con la profundidad del proceso. Si se parte de que el principio básico que se intenta garantizar es la excepcionalidad de la prisión preventiva y que para su realización práctica se han establecido una serie de herramientas, el objetivo central consiste en estructurar un conjunto orgánico de instrumentos que permitan hacer realidad la filosofía de la privación de libertad cautelar; donde el sistema oral será el medio para potenciar cada una de las herramientas. En principio la estrategia parece prometedora porque en lo sustancial implica resoluciones muy similares a la de la prisión preventiva; es coherente pensar que al aplicar la misma lógica que ya mostró funcionar en resoluciones semejantes, es una opción con probabilidades de éxito. Para comprender la estrategia es útil estructurar un esquema funcional de las diversas herramientas:

⁷⁰ Excepto Portoviejo.

⁷¹ De hecho entran en juego aspectos tales como: vínculos de carácter personal, familiar, social y patrimonial que el sujeto tiene en esta colectividad; los incentivos para fugarse, la implicación de sus actos anteriores y la existencia de indicios suficientes que hagan presumir que el caso llegará a juicio.

Cuadro 23
FILTROS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA



Los filtros graficados según su naturaleza se han representado con 3 colores, el primero que se relaciona con el color negro para aquel requisito que es previo a la consideración de esta medida cautelar; azul oscuro, los que deben cumplirse para la resolución de prisión preventiva; y los graficados en celeste los que hacen referencia a alternativas procesales posteriores.

a) Legalidad de la detención. Se ha dotado de un color único dentro del gráfico, debido a que simboliza un filtro previo; una aplicación legítima de la prisión preventiva en primer término pasa por constatar que los casos en los que se vaya a discutir esta medida cautelar no se haya de por medio mediado una detención ilegal. No es admisible que se pueda dar paso a la prisión preventiva en estos supuestos, porque ello implicaría que el Estado se beneficia de su propia negligencia y de la violación que cometió en contra de los derechos fundamentales⁷².

b) Estándares mínimos de la prisión preventiva. Como se anotó la decisión de prisión preventiva para alcanzar legitimidad debe

⁷² Además que es la única opción compatible con el artículo 7 numeral 6 de la Convención interamericana de Derechos Humanos y art. 9 numeral 4 del Pacto de derechos civiles y políticos.

cumplir con los requisitos del supuesto material⁷³ y necesidad de cautela; estos dos filtros deben satisfacerse para dictarse la resolución de prisión preventiva, por ello se los incluye con una coloración única. En Ecuador por mandato se debe incluir un tercer requisito que se detalla en el literal siguiente.

c) Ausencia de alternativas de menor intervención. Este tamiz tiene por finalidad el constatar que se use la prisión preventiva solo en forma subsidiaria, esto es previo análisis de que no existe una medida alternativa de menor intervención que sea capaz de garantizar los intereses de la realización de la administración de justicia. Se lo ha agregado con un color degradado porque su aplicación es posible: de manera previa, en la propia discusión de la prisión preventiva o en una discusión posterior, en el último caso se materializa a través de la figura de la revocatoria.

e) Revisión necesidad temporal. La excepcionalidad de la privación de libertad lleva implícita, el requerimiento de garantizar que su utilización sea tan limitada en el tiempo como las circunstancias del caso demandan. Esta herramienta que en nuestra legislación no consta está destinada a dotar a la justicia penal de una nueva perspectiva, introduce un nivel de exigencia sobre el sistema penal para responsabilizarse del uso de la privación de libertad en el tiempo, debido a que una medida que pudo estar justificada en el momento de adoptarse, puede volverse ilegítima, cuando se abusa de ella por negligencias administrativas, fallas de coordinación o displicencia de ciertos funcionarios. La filosofía que existe atrás de esta figura es de carácter pragmática comprometida en defensa de las garantías básicas, establece una clara diferencia en el nivel del daño que se causa en virtud del tiempo de privación de libertad. Es importante anotar que en algunas jurisdicciones a pesar de no existir norma expresa en virtud del mandato constitucional se está ya aplicando.

f) Necesidad actual. Esta labor se cumple mediante la figura de la revocatoria, permite analizar si aquella decisión que se adoptó hace un tiempo responde a las circunstancias actuales del caso, de esta

⁷³ Hay autores como Alberto Bovino que consideran que el supuesto material o mérito sustantivo, es un requisito para la persecución penal, este criterio se adapta más a sistemas escritos o denominados mixtos, porque en ellos el proceso penal comienza con anterioridad, pero en un sistema oral integral el proceso es la audiencia de juicio y todo lo anterior son actos investigativos que cuando implican una limitación a los derechos de una persona requieren orden judicial. Véase: Bovino Alberto (2007), *Aporías, sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo*, en Foro Nro. 8, Corporación editora Nacional: Quito.

manera, consigue instaurar un eje adicional para que el principio de excepcionalidad consiga efectivizarse. La legislación vigente no es de lo más adecuada, debido a que consagra opciones procesales que corresponden a una revocatoria por causas de mandato legal –numerales 2 y 4 del artículo 170⁷⁴–, con casos que se trata de verdaderas revisiones de la medida cautelar donde requiere volver a valorar las actuales circunstancia y observar si en este momento se justifica mantener la prisión preventiva, sustituir por otra medida cautelar o revocarla –numerales 1 y 3 del artículo 170–.

A manera de conclusión se puede anotar que Ecuador en materia de prisión preventiva, partió de un escenario poco propicio desde el punto de vista legal y funcional. A pesar de que el proceso iniciado ha tenido que afrontar problemas serios, como falta de cultura jurídica en el tema, prácticas atávicas, contrarreforma e iniciativas frustradas por débiles procesos de implementación; sin embargo, visto el proceso global de la última década, es indudable, una vigorosidad nada despreciable y una serie de iniciativas que finalmente terminan por dar frutos. Por ello, a pesar de que el presente es sombrío, en el caso ecuatoriano hay razones para ser optimistas.

6. IDENTIFICACIÓN DE FACTORES CLAVE PARA EL PROCESO

Apoyo Técnico. Ecuador vive un momento clave en el cual es clave, porque como se ha anotado esta en un momento donde precisamente la justicia penal en materia de medidas cautelares se está rediseñando y es el momento para intentar incidir en la concepción y usos de los actores. El apoyo técnico al en cuatro frentes:

Aspecto legal. En este momento en la Asamblea Nacional se discute las reformas al Código de Procedimiento Penal y un eje central es el tema de las medidas cautelares. Es importante anotar que Ecuador enfrenta el reto de plasmar en la legislación los principio de excepcionalidad de la privación de libertad y el uso prioritario de medidas alternativas al juicio oral. Por ese motivo sería oportuno un apoyo técnico y el manejo de legitimidad y consenso que puede facilitar ciertos organismos o actores de reconocido prestigio; sobre todo para disipar ciertos temores. La limitante en este tema es que una intervención debería ser inmediata porque caso contrario no tendría efecto.

⁷⁴ Su aplicación en el un caso es consecuencia legal del sobreseimiento y en el otro no pasa de constatar que la privación de libertad ha superado los límites legales.

Aspecto administrativo. Ecuador en lo básico nunca superó la estructura feudal donde cada judicatura, despacho fiscal y defensor son un mundo aparte, bajo este esquema funcional es predecible lo que puede pasar cuando deban asumir una carga laboral basado en la masiva realización de audiencias. Por ello, sin una intervención profunda se vuelve capaz de reorganizar las instituciones se vuelve difícil si no va acompañada de nuevos esquemas funcionales. Es importante destacar que un colapso en esta etapa afectaría de manera directa a las medidas cautelares, porque las resoluciones de esta materia constituyen el grueso de las que ventilan en esta etapa, un manejo desprolijo, bajo paradigmas caducos pondría en riesgo el trabajo de actores que se han jugado por este proyecto y erosionaría el naciente movimiento reformista de Ecuador.

Con respecto específicamente a las medidas cautelares sería prioritario un traspaso de metodologías, como las de servicios previos al juicio, porque como se anotó esfuerzos artesanales dieron resultados prometedores, por ello el introducir esquemas técnicos sería un tema de interés. De la misma forma metodologías para el seguimiento del cumplimiento de las vías alternativas al juicio oral, para hacer sustentable el proceso, es imprescindible conseguir que su aplicación deje de ser sinónimo de impunidad.

Capacitación. En materia de capacitación, hay dos puntos críticos: el primero si se consigue variar la realidad funcional de las instituciones sería el capacitar a estos nuevos perfiles profesionales y las habilidades requeridas para un buen desempeño. En cuanto a la esfera profesional del derecho el tema central estaría en el desarrollo de destrezas en litigación y conducción de audiencias; en el caso ecuatoriano como contraparte los profesionales que podrían servir de contraparte me permito sugerir a la Dra. Julia Elena Vázquez, Cristóbal Machuca y quien escribe, debido a que han sido quienes han trabajado de manera regular temas de formación en litigación oral, pero se tendría que analizar el tema de que dos de las tres personas no han trabajado en litigación en etapas previas, por tanto se requeriría un apoyo anterior, y tal vez formar a nuevos instructores.

Acuerdos. Por último, sería interesante un apoyo como ya se ha realizado en otras ocasiones, donde la participación de instructores internacionales pueda consistir en aprovechar su prestigio, para conducir debates y llegar a acuerdos; debido a que en este momento dentro del panorama nacional, sobre estos temas no hay todavía personas de consenso que se aglutinen a todos los actores.

ANEXO 1

UNIDAD DE VERIFICACIÓN DE ANTECEDENTES PERSONALES FORMATO DE VERIFICACIÓN DE DATOS

1. Disponibilidad Aportar información:	Sí	No
---	----	----

2.A. Disponibilidad aspecto laboral:

Tiene trabajo:	Sí	No	
Identifica:	Sí	No	
Nom.			
Telf:	Sí	No	
Dir:	Sí	No	
Negocio propio:	Relación de dependencia:	Temporal:	Permanente:
Tiempo de empleo o negocio:		años:	
Cargo o labor:			
Ingresos mensuales:			
Comentario:			

2B. Confirmación laboral

Confirma actividad:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma identificación:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma tipo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma tiempo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma Cargo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma sueldo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Comentario:				

3A. Domicilio

Propio	Familiar	Arrendado	Temporal	permanente
Tiempo de residencia ciudad:				
actual domicilio				
Comentario:				

2B. Confirmación domiciliaria

Confirma Dirección:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Tiempo de residencia:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Confirma tiempo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí

3A. Familiar

Padre familia	hijo de familia	vive independiente			
Descripción núcleo familiar:					
Tiene dependientes:	Sí	No	Es dependiente:	Sí	No

3B. Confirmación familiar

Confirma posición familiar:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Confirma descripción:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí
Confirma dependencia:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí
Comentario:				

ANEXO 2

Con posterioridad a la culminación del presente informe, la legislación procesal penal de Ecuador tuvo una modificación integral que en sus líneas generales incorpora la oralidad en la toma de decisiones más relevantes del proceso, incorpora las salidas alternativas y profundiza la regulación del juicio oral. Adicionalmente, se toca a la prisión preventiva y el régimen de medidas cautelares en general, información que parece relevante para la consideración del lector al analizar este informe. A continuación, se reproduce la modificación específica al régimen de medidas cautelares.

REGISTRO OFICIAL NRO. 555 - MARTES 24 DE MARZO DE 2009 SUPLEMENTO

REGISTRO OFICIAL

Administración del Señor Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República del Ecuador
Martes, 24 de Marzo de 2009 - R. O. No. 555

SUPLEMENTO

ASAMBLEA NACIONAL

COMISION LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACION

LEY: Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal

Art. 32. Sustitúyase el artículo 159 con el siguiente:

Art. 159. A fin de garantizar la intermediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.

Art. 33. Sustitúyase el artículo 160, por el siguiente:

Art. 160. Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6 del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro;
- 2) La retención; y,
- 3) El embargo.

Art. 34. A continuación del Art. 160, añádase el siguiente artículo innumerado:

Art.- Audiencias para la medida cautelar de prisión preventiva. Desde el inicio de la instrucción, la medida cautelar de prisión preventiva deberá ser resuelta en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones previstas en este Código.

Al efecto, el juez de garantías penales convocará a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia.

La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento.

El juez de garantías penales escuchará en primer lugar al fiscal; luego concederá la palabra a la contraparte y promoverá el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados. El juez de garantías penales decidirá en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resulte directa y procesalmente relacionado.

La comunicación de la resolución, que en todo caso será oral, bastará como notificación a los sujetos procesales.

Toda convocatoria a audiencia llevará la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuará en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que contenga tal convocatoria.

Se redactará un extracto de la audiencia, la cual contendrá la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el juez de garantías penales. El acta será suscrita por el secretario.

Art. 35. Sustitúyase el artículo 161 por el siguiente:

Art. 161. Detención por delito flagrante. Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite.

Art. 36. A continuación del artículo 161, añádase el siguiente artículo innumerado:

Art.- Audiencia de calificación de flagrancia. El juez dará inicio a la audiencia identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 217 de este Código. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción el fiscal especializado que avoque conocimiento, en caso de haberla.

Art. 38. Agréguese en el artículo 167, a continuación del numeral 3, los siguientes numerales:

4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Art. 39. A continuación del artículo 167 agréguese el siguiente artículo innumerado:

Art.- La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código.

Art. 41. En el artículo 169, agréguese un inciso que diga:

Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma pro-

videncia que la declare el juez dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso;

Art. 42. Sustitúyase el artículo 171, por el siguiente:

Art. 171. Revisión. El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;
- b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Poli-

cía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales.

Art. 43. Sustitúyase el artículo 172 por el siguiente:

Art. 172. El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez de garantías penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizará conforme a lo establecido en el presente Código.

La impugnación y la concesión del recurso no tendrán efecto suspensivo, ni serán causa que obstaculice la prosecución de la investigación fiscal o del proceso.

Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al superior.

La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos jueces la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Nacional la sanción será impuesta por el tribunal en Pleno, con exclusión de los jueces que incurrieron en el retraso.

Art. 176. Caución. La procedencia y monto de la caución se discu-

tirá en audiencia pública. El monto deberá ser suficiente para garantizar la presencia del procesado al juicio; para el efecto se tomará en cuenta las circunstancias personales del procesado y el delito de que se trate. En ningún caso el monto establecido podrá ser inferior al de los daños y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularán los daños personales y económicos sufridos, los ingresos que ha dejado de percibir fruto del delito causado, el patrocinio legal, el daño causado a su núcleo familiar y el tiempo invertido por parte del afectado.

El juzgador podrá negar el pedido de caución cuando por la gravedad del caso, el interés público o el incentivo de fuga, considere que no procede.

El fiscal, el ofendido o el procesado, pueden apelar de la resolución judicial, si consideran que el monto fijado no corresponde a las circunstancias procesales. La apelación se concederá en efecto devolutivo.

Art. 47. Sustitúyase el artículo 191 por el siguiente:

Art. 191. Modalidades. Para asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y las indemnizaciones pecuniarias, el juez de garantías penales podrá ordenar sobre los bienes de propiedad del procesado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar. Estas medidas cautelares solo podrán dictarse cuando el caso reúna las condiciones necesarias como para hacer previsible que el procesado pueda ser llevado a juicio como autor o cómplice y que la necesidad de precautelar la administración de justicia así lo impugnan.

Art. 50. En el Libro IV, antes del Título I, agréguese el siguiente Título innumerado:

Título: NORMAS GENERALES PARA LAS AUDIENCIAS

Art. Trámite de las Audiencias. Las partes podrán proponer cualquier tema que crean procedente, con excepción de los que entran en contradicción con el debido proceso, aquellos en los que exista una prohibición legal o afecten de manera ilegítima a uno de los derechos de las partes.

Se pueden plantear temas tales como: legalidad de la detención; solicitudes referidas a adoptar medidas para que la Fiscalía y la

Policía no violen los derechos del procesado; resoluciones para autorizar ciertos actos investigativos; auto de apertura de la instrucción fiscal; medidas cautelares, revisión de las medidas cautelares o apelación de las medidas cautelares; cierre del tiempo de investigación cuando se haya dictado prisión preventiva; procedimientos alternativos al juicio como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados.

Son actores indispensables para la válida realización de una audiencia; el juez o tribunal de garantías penales, el fiscal, el abogado defensor y el procesado.



REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL. PRISIÓN PREVENTIVA EN GUATEMALA

LUIS R. RAMÍREZ GARCÍA
OSWALDO SAMAYOA (ASISTENTE)
INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES DE
GUATEMALA

SITUACIÓN PRISIÓN PREVENTIVA EN GUATEMALA

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que se presenta a continuación tiene como finalidad exponer el estado de situación de la aplicación preventiva en Guatemala. La coyuntura política de demanda social por mayor eficiencia del sistema de justicia, incluso a costa de reducir las garantías constitucionales, es propicia para reiniciar una discusión sobre esta institución jurídica, que durante la historia del pensamiento del derecho procesal penal, contribuye a caracterizar la naturaleza y contenido de los cuerpos normativos, y en especial, una variable para identificar las prácticas judiciales.

Congruente con lo anterior, la transformación de la justicia penal, iniciada en 1994, contempló la reorientación de la utilización de las medidas de coerción en general, y específicamente, proponer como principios de orientación, que la prisión preventiva debería utilizarse como último recurso para garantizar la presencia de las personas al proceso, que su duración fuera por el menor tiempo posible, de tal manera de cumplir con el principio de que el imputado sea juzgado en un tiempo razonable, y por último, que la prisión preventiva se realizara en condiciones de respeto a la dignidad humana.

Un elemento indispensable para iniciar un balance sobre el grado de cumplimiento de dichos propósitos, debe partir por valorar la profundidad que implica la transformación de la justicia penal, en el sentido de que las transformaciones normativas (de un modelo inquisitivo a uno adversarial), sin bien son necesarias para realizar

nuevos paradigmas en la justicia penal, han resultado insuficientes para dotar de racionalidad al sistema.

Luego de 15 años de implementado el nuevo modelo procesal, hemos podido comprobar que desactivar el sistema inquisitivo de las prácticas judiciales, requiere transformaciones en distintas áreas del sistema de justicia penal que no alcanzan con la modificación legislativa: mejora y reorientación del significado concreto de acceso a la justicia; transformación en las ideas jurídicas e ideológicas que sustentan las prácticas inquisitivas de los funcionarios judiciales; modificaciones profundas en la organización y gestión de los recursos humanos y materiales de las instituciones de justicia, las cuales tengan como base la eficiencia, especialidad y calidad de un servicio público; y la inversión y racionalidad en la administración de los escasos recursos económicos.

También se ha podido comprobar que postergar acciones de cambio estructural, dentro de una estrategia a corto, mediano y largo plazo, trae como consecuencia que las viejas prácticas del sistema inquisitivo se reajusten en la dinámica cotidiana de funcionamiento judicial, permitiendo de esta manera, que los futuros cambios adquieran complejidades difíciles de superar.

La prisión preventiva constituye una variable que, por conformar uno de los ejes de cambio de la justicia, refleja con toda claridad en qué medida se realizan la transformación en la justicia. La presente reflexión tiene como punto de partida el análisis de la normativa procesal en materia de medidas de coerción, para luego presentar un bosquejo general sobre el grado de desarrollo de las instituciones de justicia. Se ha tratado de enriquecer la discusión con inclusión de información empírica, la disponible en estudios específicos y que producen las agencias del sistema, con la finalidad de establecer una relación directa con la realidad del funcionamiento de justicia en materia de medidas de coerción.

Las variables seleccionadas, niveles de prisionización, relación entre prisión preventiva y otras medidas de coerción, duración de la aplicación de medidas de coerción, condiciones de los centros de privación de libertad, y costos de la prisión preventiva, contienen una serie de indicadores que permiten verificar, en parte, el funcionamiento estructural de las medidas de coerción. Consideramos que, a partir de la inclusión de variables empíricas, es posible enriquecer un debate que pretende buscar nuevos argumentos para enfrentar la especulación de discursos jurídicos complacientes con

políticos especulativos, autoritarios y muchas veces carentes de criterio para la definición de políticas de persecución penal.

II. REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

En la historia republicana de nuestro país (1821-2007), únicamente se han realizado cinco cambios de legislación completa en materia procesal penal (1834, 1877, 1898, 1973 y 1992). La implementación de estos cuerpos normativos no necesariamente significaron la intención de cambio en la forma de administrar justicia, entendido este como la adquisición de un conjunto de normas que contienen nuevos paradigmas sobre: los derechos de las personas dentro del proceso; designar nuevos roles a los sujetos procesales; estructurar de determinada forma la persecución delictiva; organizar la investigación y el juicio con características diferentes, y proveer mecanismos y formas para la revisión de la sentencia.

Si reducimos nuestra descripción a cambios de modelos normativos, entendido como la designación de nuevos paradigmas para administrar justicia tal como lo expresamos en el párrafo anterior, en nuestra vida republicana solamente se presentan tres cambios de modelos sustanciales: 1834, con los Códigos de Livingston; 1877 y 1898 con la codificación de modelos inquisitivos con la influencia del positivismo y 1992, producto de la influencia de reformas realizadas en América Latina, tendientes a ajustar las legislaciones ordinarias a los principios de garantía previstos en la Constitución y en los Tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El modelo inquisitivo sobrevivió incluso hasta 1994, fecha en que entra en vigencia una nueva legislación procesal penal de tendencia acusatoria¹. Esta legislación coincide con los procesos de transición política hacia la democracia iniciados en 1986 con una nueva Constitución y consolidados por los Acuerdos de Paz en 1996 que dieron fin al Conflicto Armado Interno, período durante el cual se cometieron graves violaciones a los derechos humanos dentro del esquema de la doctrina de la Seguridad Nacional.

De lo anterior se deduce que el sistema de justicia penal, en su accionar directo y omisión para garantizar la impunidad, forma parte

¹ En 1973 fue aprobado un nuevo Código Procesal Penal, durante la época del gobierno militar de Arana Osorio, el cual tiene los mismos principios ideológicos y formas jurídicas del Código Procesal de 1879.

esencial del conjunto de mecanismos coactivos para el ejercicio del poder. Su utilización, y en especial el de la prisión preventiva, adquiere durante el transcurso de la historia en sus distintos momentos coyunturales, una diversidad de finalidades, desde el control ciudadano ejercido por los mecanismos policiales en la selección de conflictos y personas vulnerables, en defensa de intereses propiamente de sectores económicos, como el trabajo forzado, y la orientación propiamente dicha de instrumento de represión política.

Por las razones expuestas, la reforma judicial iniciada en 1992, no es simplemente un mecanismo de ajuste normativo a la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos y modernización de la justicia, incorpora estos elementos, pero además incluye las demandas históricamente acumuladas para legitimar el uso del poder punitivo dentro de límites, incorpora al sistema de justicia dentro del contexto de gestión de la conflictividad social como *ultima ratio* y con ello una participación directa en el logro de la paz social. Estas circunstancias conforman a la reforma judicial en un proceso social de cambio complejo y sometido por lo tanto a presiones sociales de distinta índole, en especial relativas a garantizar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente marginados, al respeto de los derechos humanos, la transparencia en su funcionamiento y a la eficacia en la persecución delictiva para enfrentar los altos índices de violencia, no solo los relativos a hechos de lesa humanidad cometidos durante el conflicto armado, sino también aquellos que afectan la administración pública como la corrupción, narcotráfico y los altos índices de muertes violentas.

Las principales innovaciones del nuevo proceso penal, Decreto 51-92, que constituyen un reto de transformación cultural y administrativa de la justicia penal, contienen: a) el establecimiento de un juicio oral y público, con inmediación, concentración y contradictorio; b) transformación de mecanismos preparatorios del juicio, modificando las funciones del Ministerio Público, ampliando la participación de la víctima y redefiniendo el papel de la policía; c) una profunda modificación al régimen de la acción pública, permitiendo la reparación a la víctima, criterios de selección, salidas alternativas y fórmulas conciliatorias, proponiendo una mejor solución al conflicto; d) ampliación de los derechos del imputado y creación de la defensa pública penal para aquellas personas que no puedan pagar un abogado; e) nuevos mecanismos de control de duración del proceso que permitan la materialización de una justicia pronta y cumplida; f) simplificación de las fórmulas y trámites del procedimiento, acentuando el carácter adversarial y otorgando preeminencia a los

problemas sustanciales antes que los mecanismos burocráticos; g) fortalecimiento de las etapas judiciales de ejecución de la pena, permitiendo al condenado la defensa de sus derechos no limitados por la sentencia; y h) mayor participación comunitaria, a través de las organizaciones sociales, para la persecución de hechos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en especial las violaciones a los derechos humanos. Dentro de este contexto, las medidas de coerción procesal y en especial la prisión preventiva, constituye un eje transversal.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL MODELO DEROGADO (DECRETO 52-73)

a. Características Generales del Modelo Derogado

El Código Procesal Penal derogado (Decreto 52-73) forma parte de un programa político criminal de “reforma de la justicia”, propuesto por los gobiernos militares de turno, que incluye también un Código Penal (Decreto 17-73), actualmente en vigencia, influido por el Código Penal Tipo para Iberoamérica, la dinámica de la guerra fría y el enfrentamiento armado interno (1960-1996), es decir, de corte contrainsurgente. Además de estos cuerpos normativos, dentro de este programa político criminal, se incluyen otras leyes que amplían los poderes policiales de detención, tales como La Ley de la Defensa de las Instituciones Democráticas y la Ley de Orden Público (todavía en vigencia), que regula los estados de excepción y permiten la restricción de garantías Constitucionales.

El modelo procesal del Decreto 52-73 (CPPD), asimiló prácticamente, con algunas modificaciones, la influencia del Código Procesal Penal de 1898, con características inquisitivas, recibidas del Código de Procedimientos Penales de 1879 de España, el cual ya había abandonado la tendencia mixta de la época². En lo que se refiere a la jurisdicción, prevalecía el juez de instrucción, quien concentraba las funciones de dirección de la investigación y control de garantías dentro del proceso, incluso, hasta 1987, el mismo juez de instrucción era el responsable de dictar la sentencia de primer grado; la persecución delictiva, la otorgaba al Ministerio Público, además de contemplar la acción popular, sin embargo, atribuía a los jueces la

² Herrarte Alberto, Derecho Procesal Penal, El Proceso Penal Guatemalteco, Centro Editorial Vile, Guatemala, 1989, p. 289.

potestad de intervenir de oficio en la investigación en los delitos de acción pública, para lo cual debía instruir un sumario; la persecución penal debía realizarse por cualquier delito de acción pública, prevaleciendo el sentido de principio de legalidad procesal; el sistema de pruebas estaba definido en forma legal, aunque en su valoración propugnara la sana crítica, sin embargo, su producción era indistinta si se realizaba dentro del período de investigación o durante la etapa del juicio, además de contemplar la confesión como prueba central, pues al realizarse dentro de las formalidades de ley, se simplificaba la duración del proceso; el sistema de recursos contemplaba el de apelación y casación, pero además todos los fallos tenían que ser revisados para ratificarse en las salas de apelaciones; la defensa pública de los pobres estaba a cargo de estudiantes; la víctima podía participar como acusador particular, pero su participación estaba relegada a proporcionar información para la toma de decisiones y como última característica central, el procedimiento era escrito en todas sus etapas, lo cual facilitaba la delegación de funciones, reforzaba su carácter secreto y disminuía las posibilidades de concentración, continuidad, contradicción y publicidad.

b. Medidas de Coerción Personal

Todas las medidas de coerción personal, en donde se incluye la prisión preventiva, se encuentran descritas en el Libro Segundo relativo a la Investigación. Las medidas previstas son: detención, prisión provisional, libertad provisional y la detención domiciliaria. La detención puede realizarse por flagrancia o por orden de juez, tiene una duración de cinco días, período en el cual el juez de instrucción debe tomar decisiones respecto a la libertad simple u otra medida de coerción personal descrita (art. 543 CPPD).

Por medio de la prisión provisional o prisión preventiva (art. 541 CPPD), el juez de instrucción asegura los resultados del juicio y formaliza la detención de una persona dentro del proceso. Los requisitos que exige para su aplicación únicamente se refieren al desarrollo de la imputación, es decir que de las acciones de investigación aparezca la existencia de un hecho delictivo; y que de lo actuado también pueda deducirse que el imputado podría ser culpable. En cuanto a la duración de esta medida de coerción, no se estipula ninguna salvaguarda, salvo que pueda revocarse o reformarse cuantas veces se crea conveniente durante todo el proceso (art. 545 CPPD).

La libertad provisional es otra forma de coerción procesal con dos modalidades: bajo caución juratoria; y la otra de libertad bajo fian-

za. La caución juratoria procede cuando no existen motivos suficientes para aplicar la prisión preventiva, pero de las actuaciones, se deduce que puedan lograrse otros medios de comprobación que obligan de nuevo la prisión del sindicado (art. 557 CPPD). Además de esta condición, se puede también aplicar cuando se ejecute provisionalmente una sentencia absolutoria, una sentencia condenatoria, siempre y cuando no se espere la aplicación de la pena efectiva por cualquier motivo; el procesado hubiere cumplido la pena; y por revocación del auto de prisión preventiva (art. 592 CPPD). La medida consiste en el juramento que hace el sindicado de presentarse ante el juez cuantas veces le sea citado; si incumple este juramento, será ordenada su detención y procesado por el delito de perjurio.

La libertad provisional bajo fianza se puede otorgar bajo prohibiciones relativas al tipo de delito, calificado en forma inicial por el hecho objeto del proceso, y características de derecho penal de autor. En lo que se refiere a delitos, se presentan dos modalidades, la primera prohibición es en cuanto a la duración de la pena; y en segundo lugar a prohibiciones a aplicar este beneficio para determinados delitos. En el primer caso se puede aplicar a delitos cuya pena sea la multa y la duración de la pena máxima no excediere los cinco años. Existe prohibición expresa de aplicar este beneficio cautelar para determinados delitos, sin importar el monto de la pena, tales como: homicidio simple o calificado, traición, rebelión, sedición, robo, hurto, malversación, fraude, delitos contra las instituciones democráticas, importación, fabricación, tenencia o uso de armas prohibidas o explosivos, delitos de relacionados con drogas, sabotaje, violación a menor de edad, secuestro y delitos en general que tengan fines subversivos. En lo que se refiere a derecho penal de autor, existe prohibición de aplicar a procesos instruidos en contra de reincidentes y delincuentes habituales. En forma excepcional se puede aplicar la fianza para delitos mayores de cinco años, siempre y cuando se presente la posibilidad de que el procesado no vuelva a prisión por algún motivo o haya cumplido la tercera parte de la pena y el delito fuere conmutable, pero la exclusión de los delitos específicos es absoluta. En estos últimos casos, no se podrá aplicar sin que previamente sea revisada de oficio por una sala de apelaciones (art. 573 CPPD). Otras prohibiciones para la fianza se refieren a delitos de naturaleza culposa: pilotos de transporte colectivo, en estado de ebriedad o drogas, no haber prestado auxilio a la víctima pudiendo hacerlo, seguridad de la familia sin garantizar los alimentos.

La detención domiciliar se puede aplicar, previa caución juratoria,

cuando se trate de delitos cuya sanción sea la multa y la pena no exceda de tres años (Art. 583 CPPD). Además de estos requisitos respecto a la pena, son aplicables las disposiciones relativas a la excarcelación bajo fianza (585 y 589 CPPD), y otras circunstancias, como la naturaleza del hecho, su repercusión social, la conducta anterior del procesado, su profesión u oficio, la forma en que se desenvuelve habitualmente en su comunidad, su necesidad de trabajo en razón directa del número de personas que están bajo su dependencia económica (es decir empresario), su arraigo, la posibilidad de fuga u ocultación. La duración de esta medida puede ser limitada en el tiempo o mientras dura el proceso, en todo caso, podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte en cualquier momento (art. 583 CPPD).

c. Aplicación de la Prisión Preventiva en el Modelo Derogado

Las características generales del CPPD y el contenido de las normas que regulan la aplicación de las medidas de coerción personal, permiten proponer como premisa de análisis de que la aplicación de la prisión preventiva fue la principal medida de coerción utilizada, coherente con el sistema inquisitivo. Esto se puede deducir no tanto por las condiciones que se estipulan para aplicar esta medida, sino por las limitaciones a la aplicación de las otras medidas de coerción que favorecen la libertad durante el proceso. La normativa relativa a la libertad preventiva de por sí es general y dentro de los límites racionales al exigir un grado de probabilidad considerable del desarrollo de la imputación, aunque no contempla, como intenta hacerlo la doctrina procesal clásica, los requisitos formales del peligro de fuga y obstaculización de la verdad. La no inclusión de estos presupuestos queda subsanada con lo estipulado en el artículo 550 CPPD, relativo a la limitación en la aplicación de la “la detención o prisión, debe efectuarse de manera que perjudique lo menos posible a la persona y a su reputación. Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar los resultados del proceso”.

Las limitaciones a la aplicación de las medias estipuladas en la libertad provisional y la detención domiciliaria, dejaba a la judicatura condicionada a aplicar la prisión preventiva casi con exclusividad.

A lo anterior debe agregarse que la doble función del juez de instrucción, investigar todos los delitos y garantizar los derechos dentro del proceso, lo dejaba prácticamente sin la posibilidad de aplicar en forma racional la prisión preventiva. Esta circunstancia, debe

complementarse con la forma procesal del desarrollo escrito en todas sus actuaciones, lo cual favoreció la delegación de funciones y la burocratización de la investigación.

Un proceso escrito, la delegación de funciones, una defensa pública débil, concentración de funciones de investigar y garantizar derechos por parte del juez de instrucción y principios normativos limitados para aplicar alternativas a la prisión preventiva, condicionaba un proceso ineficiente e incapaz de proteger los derechos humanos durante el proceso. Una imagen posible de cómo funcionaba esta etapa procesal, en caso de ser detenida una persona de escasos recursos económicos, sería la siguiente: el desarrollo de la declaración indagatoria en un escritorio sentados alrededor un oficial con una máquina de escribir y enfrente un estudiante de derecho al lado del sindicado. En primer lugar un conjunto de preguntas “cajoneras” sobre la identificación exhaustiva del procesado, luego de lo cual, sería “interrogado” sobre los hechos (art. 410 y 411 CPPD). El proceso escrito prácticamente estaba regulado al permitirse al sindicado redactar sus respuestas y dictar su declaración (art. 413 y 419 CPPD). Luego de esta declaración, el sindicado continuaba detenido, pues la resolución de auto de prisión provisional se realizaba durante los primeros cinco días de la detención y la declaración indagatoria dentro de las cuarenta y ocho horas. El proyecto de auto de prisión provisional lo realizaba el oficial a cargo del trámite del expediente y remitía el proyecto al juez para su firma. Después de las respectivas correcciones, en el mejor de los casos, se procedía a realizar los avisos al centro de detención y las notificaciones respectivas. En estos términos, la detención quedaba formalizada hasta que se dictara una resolución que suspendía el procedimiento o bien se continuaba hasta sentencia. La duración de la prisión provisional quedaba sujeta a la duración del proceso hasta la sentencia firme, a los recursos de apelación presentados o bien a modificaciones que de oficio o a petición de interesado, decidiera el juez durante el proceso.

Bajo estas circunstancias podría esperarse que los niveles de prisionización durante la vigencia del CPPD fueran abultadas. No se cuenta con investigaciones precisas que develen su funcionamiento, sin embargo, la información disponible refleja contradicciones sobre el potencial de arbitrariedad normativa expuesta. Esto merece explicaciones específicas. Si comparamos los niveles de prisionización con otros países durante ese período, Guatemala, junto a Bolivia, refleja los niveles más bajos. Esta situación puede explicarse desde varios puntos de vista, en primer lugar, es importante considerar que la estructura social de Guatemala presenta características económi-

cas agrarias y por lo tanto rurales. La presencia de la justicia en el interior de la República, si se considera como base el municipio, era subsidiaria, en el entendido que en los lugares en donde no existiera juez de paz, dichas funciones se delegaban al alcalde municipal. Esto cambió con la Constitución de 1986, la cual concentró la función jurisdiccional en el Organismo Judicial. A partir de esta fecha se inició la expansión de al menos la judicatura de paz comarcal, la cual concentraba varios municipios.

La pregunta que resulta en este aspecto es sobre la gestión de la conflictividad social en áreas con poca presencia judicial. Al respecto, resaltan dos explicaciones posibles, la primera referente a que la composición étnica de la población, que refleja una estructura de más del 40% de población indígena, concentrada en su mayoría en la regiones norte y occidental del país, y organizadas en comunidades indígenas con características culturales claramente diferenciadas, lo cual caracteriza a la sociedad guatemalteca como pluricultural y multilingüe. Esto implica la existencia de una diversidad de sistemas jurídicos, que contienen tanto normas como también autoridades propias (administrativas y religiosas), que aplican procedimientos de conformidad con sus valores y cosmovisión. Esta realidad jurídica y autoridades propias, fue observada como resolución de conflictos a través de la "costumbre" local, sin darle un reconocimiento por parte de las autoridades oficiales como un sistema jurídico legítimo y diferenciado. Sin embargo, el derecho propio fue utilizado por las comunidades indígenas como mecanismo de resolución de conflictos con mayor legitimidad que el derecho oficial, no solo por ajustarse a sus valores, sino también por los costos económicos y formas de comunicación más fluida, que implica el idioma propio y menor burocratización que la justicia oficial.

Otro tema importante de resaltar, en especial durante el conflicto armado interno, fue que la poca presencia de las instancias de justicia (judicatura, fiscales y policía) en el interior del país, fue substituida por unidades militares, las cuales conformaron una organización social paralela (comisionados militares y patrullas de autodefensa civil), que en su conjunto conformaron la concentración de poder para la toma de decisiones sobre gestión de la conflictividad social local. Esto significó subordinar la función del sistema de justicia y de gestión tradicional de resolución de conflictos a un segundo plano.

Estos factores constituyen la base para explicar, en términos generales, el porqué teniendo mecanismos jurídicos que vulneran cla-

ramente el debido proceso, los niveles de privación de libertad no hayan sido tan abultados.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE DECRETO 92-73

a. Fuentes de derecho comparado

i. Código Procesal Tipo

El proceso de reforma de la justicia penal en Guatemala tiene sus orígenes histórico-políticos en la transición democrática iniciada en 1986 con una nueva Constitución y primeras elecciones democráticas luego de cincuenta años de golpes de Estado y fraudes electorales. Este proceso de transición tuvo un impulso significativo con la finalización del conflicto armado interno en 1996, a través de los Acuerdos de Paz entre la Guerrilla y el Gobierno, luego de más de treinta y seis años de guerra, los cuales dejaron graves secuelas de violaciones a los derechos humanos y una situación deplorable en las instancias de justicia. Durante varios años, Guatemala fue objeto de observación por parte de NNUU, incluso con relatores especiales. Una de las recomendaciones, producto de los relatores de NNUU, fue la transformación de la administración de justicia. La propuesta normativa que diseñó la Corte Suprema de Justicia en 1990 e impulsó su presidente Edmundo Vásquez Martínez, contempló un programa político criminal integral: Código Procesal Penal, Código Penal y Ley Penitenciaria. De estos, solo entró en vigencia el primero, el cual contó con la asesoría de los juristas latinoamericanos Julio Maier y Alberto Binder, y los guatemaltecos Alberto Herrarte y César Barrientos Pellecer. Su propuesta fue innovadora, pues contempló la legislación más avanzada en la materia vigente en Alemania, Italia, otros países del continente Europeo, anteproyectos elaborados por juristas de Guatemala, legislación latinoamericana y el Código Procesal Tipo para Iberoamérica, producto de la reflexión que destacados juristas de la región realizaron durante años.

De esta cuenta, el Código Procesal Penal de Guatemala, que entró en vigencia en julio de 1994, constituye el primero de una nueva corriente de pensamiento, que desarrolla los principios constitucionales, los tratados en materia de derechos humanos e introducir instituciones jurídicas novedosas para la región con el fin de optimizar la eficacia de la justicia penal y al mismo tiempo el desarrollo de las garantías establecidas en la Constitución.

Las principales innovaciones, que constituyen un reto de transformación cultural y administrativa de la justicia penal, contienen: a) el establecimiento de un juicio oral y público, con intermediación, concentración y contradictorio; b) transformación de mecanismos preparatorios del juicio, modificando las funciones del Ministerio Público, ampliando la participación de la víctima y redefiniendo el papel de la policía; c) una profunda modificación al régimen de la acción pública, permitiendo la reparación a la víctima, criterios de selección, salidas alternativas y fórmulas conciliatorias, proponiendo una mejor solución al conflicto; d) ampliación de los derechos del imputado y creación de la defensa pública penal para aquellas personas que no puedan pagar un abogado; e) nuevos mecanismos de control de duración del proceso que permitan la materialización de una justicia pronta y cumplida; f) simplificación de las fórmulas y trámites del procedimiento, acentuando el carácter adversarial y otorgando preeminencia a los problemas sustanciales antes que los mecanismos burocráticos; g) fortalecimiento de las etapas judiciales de ejecución de la pena, permitiendo al condenado la defensa de sus derechos no limitados por la sentencia; y h) mayor participación comunitaria, a través de las organizaciones sociales, para la persecución de hechos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en especial las violaciones a los derechos humanos.

En lo que respecta al Código Procesal Tipo para Iberoamérica relacionado con la Prisión Preventiva, contiene una regla general sobre las medidas de coerción, artículo 3: El imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que este Código autoriza; tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.

En la definición de las medidas de coerción en concreto, el CPTIPO, sigue la corriente de definir la prisión preventiva (art. 202) y las medidas sustitutivas (art. 209), sin considerar las medidas de coerción en su conjunto, de tal manera que seleccionar aquellas que garanti-

cen los resultados del juicio en forma proporcional, tomando como base el principio de excepcionalidad de las medidas de mayor afectación para el imputado.

Para su aplicación se deben cumplir ciertos requisitos. Uno de carácter sustancial y otros de carácter procesal. El primero se refiere al desarrollo de la imputación, tanto en relación al hecho constitutivo de delito, y sobre la participación del imputado en el mismo. El otro de criterio de naturaleza procesal, es decir, el peligro de fuga y de obstaculización de la verdad. Al respecto de estos criterios, se considera el primero como aceptable, no así el segundo, relativo a obstaculizar la averiguación de la verdad. Binder en este sentido opina: “si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad³”. En cuanto al principio de peligro de fuga, su inclusión es congruente con el principio de que el CPPTIPO prohíbe el desarrollo de un juicio en ausencia, por tanto, la posible sustracción al proceso, constituye una razón para aplicar la prisión en forma preventiva (art. 266).

Para resguardar el principio de proporcionalidad, el CPPTIPO en su artículo 202, contempla que “No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada, en aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera una pena privativa de libertad que deba ejecutarse”.

Congruente con este principio y con el de excepcionalidad de la prisión preventiva el CPPTIPO (Artículo 209), contempla la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, siempre que con ellas pueda evitarse el peligro de fuga y la obstaculización de la verdad. Las medidas contienen prohibiciones relativas a visitar algunos lugares, comunicarse con personas o salir de determinadas circunscripciones territoriales; también contemplan obligaciones relativas a someterse al cuidado o vigilancia de determinadas personas o instituciones, así como también presentarse al juzgado o tribunal en forma periódica. Dentro de ellas contempla la caución económica. En los casos concretos, el juez o tribunal deberá observar que el imputado tenga la capacidad de cumplirlas.

Respecto al control sobre la duración de la prisión preventiva y la

³ Binder Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 199

necesidad de su aplicación, el CPPTIPO contempla la obligación de examinar de oficio cada tres meses los presupuestos que fundamentaron su aplicación (art. 219). El mismo derecho tiene el imputado de solicitar su revisión en cualquier momento (art. 220). También se podrá ordenar la cesación del encarcelamiento (art. 208), cuando la duración de la prisión preventiva llegara al término de la posible pena a aplicar, incluyendo los beneficios penitenciarios; así también, cuando llegara a un año, que en caso de existir sentencia condenatoria se podrá extender tres meses más. El Tribunal de Casación podrá prorrogar un año más la prisión preventiva, a pedido del Ministerio Público o del tribunal de sentencia. En este caso, el control de la duración y los presupuestos está a cargo de este tribunal.

Para minimizar la afectación de la privación de libertad como mecanismo de coerción, el CPPTIPO contempla orientaciones sobre las condiciones de tratamiento de la prisión preventiva (art. 217). Estas condiciones se refieren a centros diferenciados con los de condena, lugares limpios, comida nutritiva, recepción epistolar sin límites, salvo restricciones por peligro de fuga, lectura y escritura sin limitación, acceso al trabajo voluntario, visitas mínimas semanales, autorización para proveerse de salud según el caso o brindarle la atención adecuada, posibilidad de convivencia interna adecuada, libertad ambulatoria interna, asistencia religiosa si lo solicita y recepción de información sobre las normas internas del establecimiento carcelario.

El CPPTIPO provee mecanismos adecuados para garantizar que la prisión preventiva cumpla las finalidades procesales, de tal manera de separar el tratamiento con la condena. Toma como base del cumplimiento, los criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad de su aplicación, en especial el principio de menor afectación posible.

b. Análisis normativo de las medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal (Decreto 53-92).

La influencia del CPPTIPO es evidente en la nueva legislación procesal. Respecto a las medidas de coerción, el principio de aplicación general del Artículo 3 es el mismo del Artículo 14 del CPP. “El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección. Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restric-

tivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades. Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que este Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado”.

El CPP sigue la tendencia del CPPTIPO al separar la prisión preventiva (Artículo 259) de las medidas sustitutivas (Artículo 264). De esta forma, queda el juez siempre con la decisión de verificar la aplicación de la prisión preventiva y luego la posibilidad de una medida sustitutiva, sin dejar taxativamente una lista de medidas de coerción amplia, de tal manera de aplicar la que resulte, según los criterios de proporcionalidad y excepcionalidad, aquella favorable para garantizar el resultado del proceso y afecte en menor medida al imputado.

La aplicación concreta de la prisión preventiva está relacionada únicamente con el desarrollo de la imputación, es decir la existencia de un hecho punible y motivos racionales para creer que el imputado ha participado en ese hecho, asumiendo el criterio que la Constitución establece en su artículo 13. El CPP contempla como orientación que para los hechos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. La expresión presunción razonable, indica que necesariamente tendrán que existir evidencias objetivas sobre este extremo, que por el modelo de tendencia acusatoria le corresponde probar al Ministerio Público⁴. En este sentido, se aparta de los criterios establecidos por el CPPTIPO, el cual incluye estos presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva sin considerar la gravedad del hecho.

⁴ Para el peligro de fuga el CPP presenta las siguientes orientaciones: 1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. 2. La pena que se espera como resultado del procedimiento. 3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el sindicado o imputado adopta voluntariamente frente a él. 4. El comportamiento de sindicato o imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La conducta anterior del imputado. Para la obstaculización de la averiguación de la verdad, el CPP contempla (artículo 263) 1. Destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba. 2. Influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Y 3. Inducir a otros a realizar tales comportamientos.

Sobre el criterio de peligro de fuga, el CPP contiene un criterio adicional en relación con el CPPTIPO. En el inciso 5 del Artículo 262, contempla la conducta anterior del imputado, lo que implica un criterio de carácter subjetivo, tendiente a la peligrosidad del sindicado. Con el fin de resguardar el principio de proporcionalidad y mínima afectación el CPP contempla la aplicación de sustitutos a la prisión preventiva, al igual que el CPPTIPO, en el sentido de aplicarlas siempre y cuando el peligro de fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad pueda en forma razonable evitarse por otras medidas con menor afectación para el imputado. De esta forma se contemplan sustitutos a la prisión preventiva similares a las del CPP-TIPO⁵. Los criterios para su aplicación se refieren a que exista posibilidad de cumplimiento del sindicado, en especial lo relativo a la caución económica. La diferencia en su aplicación con el CPPTIPO, estriba en el criterio restrictivo para delitos graves.

A diferencia del CPPTIPO, la legislación procesal debe incluir aquellas medidas aplicables en situaciones especiales, tal el caso de los indígenas, que constituyen cerca de la mitad de la población, y además por la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual contempla en su artículo 10 lo relativo a las sanciones penales: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Como tratado internacional en materia de derechos humanos, dicho precepto es superior al CPP, y por lo tanto integrarse en forma directa para su aplicación. Su impacto en la aplicación de la prisión preventiva es importante, por cuanto la sanción que se podría esperar, en caso de indígenas, pueda ser una distinta a la privación de libertad, se aplicaría el precepto relativo a la excepción estipulada en el artículo 261 relativo a que: no se po-

⁵ Las medidas sustitutivas que se pueden aplicar son las siguientes: 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. 2) La obligación de someterse a cuidado o vigilancia de una persona o de institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal. 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe. 4) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal. 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares. 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. 7) La prestación de una caución adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

drá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción.

Al igual que el CPPTIPO, el CPP contempla mecanismos para el control sobre los presupuestos que originaron su aplicación, así como también sobre su duración. En el primer caso, el defensor o el propio imputado podrán solicitar la revisión de la prisión preventiva, o cualquier otra medida de coerción, en cualquier momento del proceso. Dichas solicitudes se aceptarán, siempre y cuando hubiesen variado las circunstancias que motivaron su aplicación (Artículo 277). Se entiende, de conformidad con los criterios de la prisión preventiva estipulados en el artículo 259, que se incluyen los criterios relativos al desarrollo de la imputación, tanto del hecho considerado como delito o bien sobre la participación del imputado.

En cuanto a la duración de la prisión preventiva, los controles que estipula el CPP son similares al CPPTIPO. La prisión preventiva cesará cuando su duración alcance la pena que se espera, incluyendo en la misma los beneficios penitenciarios posibles; así como también cuando haya durado un año y exista una sentencia de condena, la cual se podrá extender tres meses adicionales. También contempla el control de duración por parte del órgano responsable de casación, en nuestro caso la Corte Suprema de Justicia. En este caso existen diferencias sustanciales con el CPPTIPO. En primer lugar, el tribunal de casación la puede otorgar de oficio, y también a requerimiento del tribunal o del Ministerio Público. En segundo lugar, a diferencia del CPPTIPO, la Corte Suprema de Justicia puede extender su aplicación cuantas veces sea necesario, estipulando las medidas adecuadas para acelerar el proceso y el tiempo de duración. Un control estipulado, al igual que el CPPTIPO, es el relativo a recurrir ante las salas de apelación el agravio concreto en la aplicación de la prisión preventiva.

En cuanto al régimen de la prisión preventiva, el CPP recoge los principios estipulados en la Constitución⁶ y en forma específica del CPPTIPO, en el sentido de separar el régimen de la prisión preventiva y de la condena, garantizando jurídicamente la afectación mínima (artículo 274). De la misma manera, contempla orientaciones para el reglamento de prisión preventiva dentro de los centros de

⁶ La CR contempla en su artículo 19 el Sistema Penitenciario y los fines de la pena de prisión, y el Artículo 10 contempla la separación entre centros de prevención preventiva y condena.

privación de libertad, lugares adecuados y limpios, recepción de cartas, salvo que exista peligro de fuga o bien continuación de la actividad delictiva, visitas conyugales, asistencia religiosa según sus creencias, libertad ambulatoria de acuerdo con las instalaciones, asistencia de salud, incluso de su confianza a su costa, derecho al trabajo y al salario en forma mensual, disponer de tiempo libre y convivencia interna, acceso a materiales de lectura y escritura, revistas y periódicos sin restricción. La verificación de las condiciones en que se presenta la prisión preventiva, está a cargo del juzgado o tribunal que tiene a su cargo el proceso, pudiendo nombrar un inspector específico para el efecto (artículo 275).

La metodología estipulada para la toma de decisión sobre la prisión preventiva o una medida sustitutiva y su revisión es en audiencia oral. Esto se deduce tomando en cuenta que la decisión sobre las medidas de coerción se realiza inmediatamente después de haber recibido la primera declaración del imputado, la cual se realiza en forma oral, de conformidad con los artículos del 81 al 91 del CPP. Luego de la primera declaración, el juez decidirá sobre la situación jurídica del imputado, falta de mérito o bien una medida de coerción (Artículo 272), después dictará el auto de procesamiento, el cual tiene la función de ligar al proceso al imputado y fijar el objeto de la investigación⁷.

En términos generales, el modelo del CPP permite la utilización de la prisión preventiva dentro de límites. La normativa al respecto presenta los criterios establecidos por el CPPTIPO con algunas diferencias que podrían generar interpretaciones extensivas en su utilización. Esto último se presenta en no agregar en forma expresa los criterios del peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad para aplicar la prisión preventiva (Artículo 259); incluyendo estos requisitos como excepción para casos de menor gravedad (Artículo 261). Entre los criterios para considerar el peligro de fuga, agrega aspectos relativos a la conducta anterior del imputado, lo cual significa incorporar criterios de peligrosidad social, propios de la corriente positivista. Establece mecanismos de control en cuanto a su duración⁸, revisión sobre los criterios originales que

⁷ Algunos jueces en la práctica han decidido dictar el auto de procesamiento, luego de lo cual discuten sobre las medidas de coerción, pues tiene mayor lógica ligar al proceso a la persona y luego discutir sobre las medidas de coerción.

⁸ Artículo 323 CPP, estipula un plazo de seis meses máximo para finalizar el período de investigación, a partir del Auto de Procesamiento, período dentro del cual, las partes podrán solicitar al juez que fije un plazo para finalizar la investigación. Este

fundamentaron su aplicación⁹, así como también el derecho a recurrir la resolución ante un órgano diferente cuando presente algún agravio concreto¹⁰. En cuanto a su duración, establece como límite un año, luego de lo cual requiere un control especial por parte de la Corte Suprema de Justicia, la que podrá ampliar su límite cuantas veces sea necesario, convirtiendo su duración en forma indeterminada¹¹.

c. Modificaciones al modelo normativo original (Decreto 92-73)

El CPP, hasta el año 2008, ha sido modificado por seis decretos del Congreso de la República y por tres sentencias de la Corte de Constitucionalidad (CC). No todas tienen relación con la aplicación preventiva, sin embargo, el resultado de dichas modificaciones ha significado ampliar su utilización con fines de eficacia judicial, en detrimento de las garantías constitucionales de juicio previo, defensa e inocencia.

Para comprender de mejor manera los motivos de estas modificaciones, es importante una referencia sobre el proceso de implementación del CPP a partir de 1994, año en el cual entró en vigencia dicha normativa. El Congreso de la República aprobó el CPP en 1992, dejando un período de entrada en vigencia de un año, tiempo durante el cual se debían realizar cambios de estructura organizacional, creación de otras leyes como la Ley Orgánica del Ministerio Público, crear la defensa pública dentro del Organismo Judicial y procesos de capacitación y difusión adecuados para preparar condiciones culturales mínimas del cambio de procesos escritos a orales y nuevos roles administrativos.

En forma paralela, el proceso político implicó las negociaciones de paz para finalizar el conflicto armado, además de un intento de golpe de estado provocado por el propio gobernante de turno, Serrano Elías, en 1993. Estos elementos, aunado a la falta de experiencias en América Latina sobre la transición, provocaron una solicitud para ampliar el término de entrada en vigencia para la nueva normativa para 1994. La entrada en vigencia en este último año, estuvo llena de improvisaciones, incluso la Ley del Ministerio Público fue apro-

Artículo fue derogado y substituido para fijar un plazo determinado de tres meses cuando exista prisión preventiva, y de seis meses en caso de medida substitutiva.

⁹ Artículo 277 CPP.

¹⁰ Artículo 404 inciso 9 CPP.

¹¹ Artículo 268 CPP.

bada apenas dos meses antes, la defensa pública no estaba organizada en forma adecuada y la Policía nunca fue incorporada para conocer sus nuevas funciones. Con este panorama y las condiciones de incrementos de violencia que generaron sensaciones de inseguridad ciudadana, los cuales provocaron que en 1996 se aplicara la pena de muerte en dos casos, significaron un señalamiento público sobre que los niveles de impunidad tenían relación con la falta de respuesta efectiva por parte del sistema de justicia. La respuesta del Legislativo al respecto fue modificaciones en la legislación penal para incrementar las penas de prisión y la pena de muerte en algunos casos, lo que también llevó a modificaciones en materia procesal, en especial para limitar la aplicación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

b.1) El Decreto Legislativo 32-96, en 1996 luego de dos años de vigencia del CPP, modificó el Artículo 209 CCP, restringiendo la utilización de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, adicionando el siguiente párrafo: "No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado. También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto Nro. 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado".

Esta modificación había sido precedida por una instrucción de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se prohibía a los jueces de paz resolver la situación jurídica del imputado, lo cual en forma tácita significaba que podría continuar la detención policial más allá de las 24 horas estipuladas por la Constitución. El agregado de este artículo, resulta importante comprenderlo dentro del contexto de la política judicial de acceso a la justicia. Los jueces de paz constituyen la única presencia permanente del sistema de justicia en todos los municipios, por lo que están en disponibilidad las 24 horas. El CPP les delegó competencia para resolver la situación jurídica de las personas detenidas cuando, por cuestiones de horario o días de feriado, los jueces de primera instancia de la localidad no estuvieran presen-

tes. Algunas denuncias sobre supuestos actos de corrupción, provocó que la Corte Suprema de Justicia, asumiera funciones fuera de la ley, limitando la competencia de los jueces de paz en este sentido. Esta situación provocó también que se modificara la competencia de los jueces de paz en este decreto legislativo, limitando a los jueces de paz aplicar alguna medida de coerción y resolver su situación jurídica del detenido (Artículo 44). El resultado de esta disposición fue limitar su competencia a resolver las faltas y asumir las funciones del Ministerio Público en los lugares en donde no existiera presencia institucional, entre otras funciones. Esta imposibilidad y la ausencia de jueces de primera instancia de turno, limitó a los jueces de paz, en caso de delitos, a poner en conocimiento del detenido la imputación concreta y trasladar el caso a los jueces de primera instancia. Esta situación afectó la duración de la detención policial y tomar la decisión sobre una medida de coerción más allá del plazo establecido para la detención policial, en especial cuando esta se realizaba fuera de horarios, feriados y fines de semana.

El Decreto 32-96, también agregó el artículo 264 bis al CPP, el cual facilitó la aplicación de detención domiciliaria para los imputados de delitos culposos en accidentes de tránsito, agregando además una fianza personal, pudiendo prestarse ante notario, la policía o jueces de paz. El mismo artículo agrega la prohibición de otorgar este beneficio a pilotos de transporte colectivo o comercial sino garantizan las responsabilidades civiles, quienes al momento del percance se encuentren en estado de ebriedad, no tengan licencia vigente, no haber prestado ayuda a la víctima pudiendo hacerlo, y para los que se dieran a la fuga. Este decreto, modifica el Artículo 320 del CPP en el sentido de agregar que el Auto de Procesamiento lo dictará el juez a requerimiento del Ministerio Público, innecesario al considerar que la acción penal, de conformidad con el Artículo 251 de la CR, está a cargo del Ministerio Público, sin embargo, resulta importante por cuanto fortalece el sentido acusatorio del proceso, garantizando la imparcialidad del juez y al mismo tiempo implica una interpretación extensiva para las medidas de coerción, en el sentido de que las mismas solamente puedan resolverse a requerimiento del ente acusador oficial.

La distorsión sobre la racionalidad para aplicar la prisión preventiva es evidente, pues se estipularon delitos específicos sobre los cuales no se podían aplicar medidas sustitutivas y además de limitar a los jueces de paz para resolver la situación jurídica de los detenidos. La interpretación de los jueces en estos hechos, fue que la simple sindicación por estos delitos, constituye la base para aplicar la prisión

preventiva, sin que para el efecto sea necesario verificar el grado de imputación, la gravedad del hecho y los requisitos de peligro de fuga y obstaculización de la averiguación de la verdad. Las estadísticas reflejan este impacto: “los primeros años de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal la población carcelaria descendió de 6.000 a 5.700. Sin embargo, dos años después, la población creció a 6.600 presos¹²”. De esta forma, si bien la prisión preventiva podría considerarse en algunos casos como una pena anticipada, bajo las actuales circunstancias se convirtió en una pena directa, pues al finalizar la fase de investigación, la decisión en el procedimiento abreviado, en muchos casos es la clausura provisional, la aplicación del principio de oportunidad o bien un sobreseimiento. Así por ejemplo, en el año 2006 se aprecia dicho impacto en las estadísticas penitenciarias: “en el diagnóstico penitenciario de 1996 (hombres), el 2% de la población condenada está por posesión para el consumo, mientras que un 7% de los que están en prisión preventiva se encontró por este delito. En el caso de robo la situación es más ilustrativa. Cerca del 8% de la población condenada estaba por este delito mientras el 22% estaba en prisión preventiva”¹³.

b.2) El decreto 103-96, del año 1996, contiene un conjunto de modificaciones a leyes de naturaleza tributaria, en donde se incluyen modificaciones al CPP y CP. Dichas modificaciones responden al intento de fortalecer la capacidad del Estado en sus responsabilidades sociales, así como también a los compromisos derivados de los Acuerdos de Paz de ampliar la base tributaria a 12% del PIB. Este conjunto de modificaciones incluye nuevas figuras delictivas, ampliación de penas privativas de libertad y deducir responsabilidad a las personas jurídicas¹⁴. La modificación en materia procesal penal, consiste en que la Superintendencia de Administración Tributaria, SAT, se constituya por ley en querellante adhesiva en los procesos de evasión y defraudación fiscal (Artículo 116 CPP), así como también la posibilidad de que dicha instancia pueda solicitar medidas cautelares en forma directa ante el juez que conoce la causa y el juez de paz, sin necesidad de intervención del Ministerio Público (Artículo 278 CPP)¹⁵.

¹² Ramírez Luis, Informe de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Guatemala, Revista Centroamericana Justicia Penal y Sociedad, ICCPG, Nro. 19, año 2003, p. 148

¹³ *Ibíd.*, p. 149.

¹⁴ Ramírez Luis, Tendencias de la Política Legislativa en Guatemala, año 2000-2006, Editorial Sur.

¹⁵ El Artículo 278 del CPP original, contiene que las medidas cautelares de natu-

b.3) Resolución Corte de Constitucionalidad de fecha 27-2-97. La Corte de Constitucionalidad establece en esta resolución, que el Artículo 320 del CPP es inconstitucional en forma parcial, en lo relativo a que el Auto de Procesamiento, deba ser solicitado y resuelto en base a lo solicitado por el Ministerio Público por afectar la independencia judicial. Dicha resolución, en forma errónea, no considera que la petición del fiscal será un límite mínimo. Esta modificación podría interpretarse en el sentido de que también el juez puede agravar la petición del fiscal respecto a las medidas de coerción procesal. Es decir, resolver prisión preventiva, a cambio de que el fiscal solicitara una medida sustitutiva.

b.4) Decreto 79-97 del Congreso de la República. En 1997 el Congreso emite un conjunto de reformas al CPP con distintas finalidades. En el preámbulo de este decreto, en consideraciones, se estimulan motivos relativos a que el sistema de justicia debe atender las demandas de las víctimas de delitos a través de mecanismos de conciliación, es importante fortalecer la intervención del Ministerio Público como ente acusador, la necesidad de incluir los usos y costumbres de las comunidades indígenas dentro de la justicia oficial, la necesidad de fortalecer las formas orales en el proceso penal e incluir mayor protagonismo por parte de los jueces de paz en la resolución de los conflictos penales.

Si bien el referido decreto presenta modificaciones respecto a otorgar mayor protagonismo al Ministerio Público en las funciones de investigación, así como también organiza el procedimiento intermedio para evitar que el "expediente" de investigación se convierta en fuente de información para el tribunal de sentencia, las modificaciones no profundizan en eliminar el sistema de comunicación escrita, que ha significado un problema recurrente para agilizar los procesos, e incluir las formas orales como preeminentes durante la etapa preparatoria.

El decreto enfatiza modificaciones en la discrecionalidad de la acción penal pública: incorpora la conciliación, como mecanismo de simplificación procesal; incluye la posibilidad de que el imputado asuma determinadas acciones, además de las referidas a la reparación, en su compromiso para aplicar el criterio de oportunidad; y crea los juzgados de paz comunitarios, como experiencia suscepti-

raleza patrimonial para garantizar las multas y reparaciones (embargo, y demás medidas de coerción), se registrarán por el Código Procesal Civil.

ble de verificación, con competencia en lo penal, para que puedan aplicar “los usos y las costumbres” de los pueblos indígenas para resolver infracciones penales, aplicando también medidas de coerción.

En materia de prisión preventiva, la modificación sustancial es en cuanto determinar en tres meses el tiempo razonable para que el Ministerio Público presente sus peticiones ante el juez que controla la investigación (acusación, sobreseimiento y clausura provisional). En el modelo original, el fiscal tenía seis meses para presentar el acto conclusivo, o bien solicitar una prórroga. Con esta modificación, se establece en tres meses el plazo máximo cuando exista prisión preventiva (Artículo 323 y 324 bis, CPP) y seis meses en el caso de medida sustitutiva (324 bis).

b.5) Decreto Legislativo 30-2001, año 2001. Este decreto se crea en momentos de tensión para consolidar el Pacto Fiscal, mecanismo propuesto por los Acuerdos de Paz para incrementar la recaudación tributaria. El fracaso de las negociaciones entre los actores sociales, en especial entre la organización empresarial, CACIF, sectores de sociedad civil y el Gobierno por establecer una reforma tributaria. Dicha reforma ha sido históricamente rechazada por los sectores empresariales, en especial aquella que implique impuestos directos, es decir que afecten la renta. Por su parte el CACIF, en teoría, insiste en ampliar la base tributaria, mejorar los mecanismos de recaudación y tiene como base de la recaudación los impuestos indirectos, con lo que se pretende afectar el consumo. El debate social se concentró en aumentar la recaudación tributaria a lo propuesto por los Acuerdos de Paz, 12% del PIB, pues luego de seis años al 2001 de la firma de la paz, la recaudación tributaria no logra superar el 10% del PIB, con lo cual no se fortalece la respuesta del Estado a las exigencias sociales de seguridad, justicia, educación, salud e infraestructura entre otras.

La respuesta del Gobierno de Alfonso Portillo (2000-2004), ante la imposibilidad de una reforma fiscal de fondo, fue recurrir al poder punitivo, para lo cual presentó una serie de modificaciones legislativas. Esta decisión fue criticada por diversos sectores sociales, en especial por la iniciativa privada, quienes manifestaron la intención del gobierno por crear un “terrorismo fiscal”. La propuesta normativa penal tiene como finalidad aumentar las penas de prisión relativas a los delitos de fiscales (Artículos 358 “A”; 358 “B”; 358 “C”; 358 “C”; y 358 “D” del CP), eliminar el beneficio de conmutar la pena de prisión por pago de dinero en delitos tributarios (Artículo 51CP) y la suspensión condicional de la persecución penal en estos

delitos cuanto no se hubieren cancelado el monto adeudado, tasas, multas e intereses (Artículo 72 CP).

Las modificaciones en materia procesal, tienden a incluir la aplicación de la suspensión condicional de la persecución penal en los delitos tributarios, siempre y cuando hubiere cancelado el monto de los impuestos retenidos o defraudados, los intereses y multas; elimina la posibilidad de sobreseer el proceso cuando se hubieren cancelado las obligaciones tributarias, salvo las del régimen de aduanas, que provocaron el ilícito penal (Artículo 328 y 330 del CPP), situación que no existía en el modelo original, sino producto de las modificaciones al CPP a través del Decreto 103-96 (ver supra); y la prohibición expresa de aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva, salvo la caución económica, si el imputado no prestaba garantía para el pago de lo adeudado al fisco. Esto último, conlleva a la aplicación obligatoria de la prisión preventiva para los delitos de naturaleza tributaria, la cual perdura durante el proceso, siempre y cuando el imputado no preste garantía patrimonial sobre las obligaciones tributarias pendientes (Artículo 264 CPP). La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucional esta última parte: “se aprecia que el límite que se pretende regular en la norma impugnada, referido a que la medida sustitutiva de caución económica para el evento de procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero debe concederse “siempre y cuando la misma no sea inferior al cien por ciento (100%) de los tributos retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, que a petición del Juez determine la administración tributaria”; carece de razonabilidad y atenta contra la presunción de inocencia contenida en el artículo 14 del texto matriz, pues sin tomar en cuenta que el proceso penal no está en su etapa conclusiva, se impone como condición para el otorgamiento de una medida sustitutiva de caución económica, el pago de un mínimo del cien por ciento de los tributos que se denuncia como retenidos o defraudados, así como los recargos, multas e intereses resarcitorios, lo que configura un pago anticipado de una sanción económica que implícitamente debe cumplir el procesado para gozar de una medida de sustitución, lo cual resulta ser un contrasentido del espíritu de la norma que regula de manera general el goce de las medidas de sustitución de la prisión preventiva, que se hace más evidente si se atiende al hecho de que en el momento procesal en el que se decide el otorgamiento de una medida sustitutiva de prisión, aún no se ha determinado la culpabilidad del imputado; y aparte de ello, en contraposición a dejar al arbitrio del juez quien de una manera racional decide sobre la procedencia del

otorgamiento de una medida sustitutiva de prisión de acuerdo con los parámetros generales que fija el propio Código Procesal Penal, la norma impugnada condiciona el raciocinio judicial respecto de dicho otorgamiento, a una determinación (de una suma dineraria) que debe hacer una autoridad que carece de potestad jurisdiccional, segregándose con ello la potestad que a los jueces ordinarios ha conferido el artículo 203 de la Constitución.

Evidenciando esta Corte que el párrafo antes transcrito viola lo dispuesto en los artículos 14 y 203¹⁶ constitucionales, procede declarar la inconstitucionalidad del mismo; y así debe resolverse en esta sentencia al hacer el pronunciamiento legal correspondiente” (Caso 1551-2001, CC, de fecha 23/1/03). De esta forma, la limitación a aplicar medidas sustitutivas quedó salvada, con la jurisprudencia de la CC, de la siguiente manera: “En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica”.

b.6) Resolución Corte de Constitucionalidad. La CC resolvió declarar inconstitucional la prohibición de aplicar una medida sustitutiva en el caso del hurto agravado, por considerar que dicha prohibición atenta contra el principio de proporcionalidad, ya que la misma no contiene violencia. El recurso ante la CC fue planteado en términos generales, en el sentido de que el CPP al proponer dicha prohibición en el Artículo 264, modificación realizada por el Decreto 32-96, contradice el principio de inocencia e independencia judicial que contenidos en los artículos 14 y 203 respectivamente de la CR.

b.7) Decreto 51-2002, año 2002. Este Decreto fue propuesto por iniciativa de la Corte Suprema de Justicia. El objetivo, según la CSJ, es “descongestionar” (sic), la carga de casos que tienen los juzgados de primera instancia. Para lo cual se reorganizan la judicatura de paz: jueces de paz que controlan la investigación; jueces de paz de sentencia; y jueces de paz móviles (Artículo 44, 44 bis y 44 ter del CPP). Los primeros, tendrán competencia para controlar la investigación en aquellos delitos cuya pena no supere los cinco años, salvo los de narcoactividad que serán competencia exclusiva de los juzgados de primera instancia; los segundos, realizarán el juicio de los casos anteriores; y los terceros tendrán aquella competencia que

¹⁶ Artículo 14 inocencia; y 203 independencia judicial. CR

les asigne la CSJ, con la característica de ser itinerantes en determinado territorio¹⁷. La justificación para reorganizar la judicatura de paz, salvo los de jueces de paz comunitarios, fue que los juzgados de primera instancia estaban sobrecargados y los jueces de paz, en algunos lugares, no tenían suficiente carga de trabajo. Con esta reestructuración y distribución de competencia, se aprovecharía la capacidad instalada de los jueces de paz para mejorar el acceso a la justicia.

En lo que se refiere a las medidas de coerción, el decreto delega competencia a los jueces de paz para resolver la situación jurídica de los detenidos por la policía según la competencia asignada, es decir, la devolución parcial para aplicar la prisión preventiva o bien una medida sustitutiva. De la misma manera este decreto estipula un plazo máximo de 45 días, en caso de prisión preventiva, para que el Ministerio Público presente alguna solicitud conclusiva de la investigación; y tres meses si existiera alguna medida de coerción (Artículo 324 ter).

En cuanto a los controles sobre la duración de la prisión preventiva, la delega a las Salas de Apelaciones, cuando el caso esté siendo conocido por los juzgados de paz o por los jueces de primera instancia; y en la Corte Suprema de Justicia cuando el caso esté bajo su conocimiento. Con anterioridad, dicho control estaba bajo control exclusivo de la Corte Suprema de Justicia. Este plazo puede ampliarse cuantas veces sea necesario, fijando en cada decisión el plazo concreto (Artículo 268 CPP).

La aplicación de este Decreto está sujeto, ya sea en general o región específica, a que la Corte Suprema de Justicia, emita un dictamen relativo a la existencia de condiciones favorables para su aplicación, es decir, que el juez del lugar sea abogado; el personal esté calificado para aplicar la normativa; que la Defensa Pública y el Ministerio Público cuenten con el personal idóneo en la localidad (Artículo 9 Decreto 51-2002). Esta condición ha servido de fundamen-

¹⁷ Tomar en cuenta la primera reforma del CPP en 1996 (Decreto 32-96), comentado al inicio de este capítulo, en la cual se limitó la competencia de los jueces de paz para resolver la situación jurídica de los detenidos por la policía, es decir, dictar auto de prisión o una medida sustitutiva, en aquellas situaciones que por cuestión de horario o feriados no estuvieran los jueces de primera instancia. La competencia de estos juzgados se redujo a resolver las faltas, aplicar el criterio de oportunidad en los delitos de menos de tres años y a suplir las funciones del Ministerio Público en aquellos lugares en donde esta institución no tenía competencia (Artículo 44 CPP).

to para que dicho decreto no sea aplicado en ninguna región, pues la Corte Suprema de Justicia anterior nunca emitió un dictamen al respecto, como tampoco lo ha hecho la actual CSJ que inició sus funciones en el año 2004.

d. Consideraciones de la política legislativa en materia de prisión preventiva

El modelo original del CPP, propuesto por el Decreto 73-92, ha sido alterado en materia de medidas de coerción en su estructura fundamental. De esta manera, se ha desvirtuado uno de los ejes transversales de la Reforma de la Justicia Penal: utilizar la prisión preventiva como excepción y no como regla, tal como se venía desarrollando con el modelo inquisitivo derogado. Las reformas legislativas al CPP, sin excepción, modificaron en forma directa o indirecta la utilización de la prisión preventiva. El resultado de estas modificaciones en general, en sentido de modelo normativo, ha sido potenciar las posibilidades de uso arbitrario de la prisión preventiva, extendiendo su aplicación sin considerar el principio básico que estipula la Constitución sobre el desarrollo de la imputación, tanto referido al hecho delictivo como a la existencia de motivos racionales y suficientes para creer que la persona detenida pudo haber cometido el hecho o participado en el (Artículo 13 CR).

Dicho principio fue complementado por resolución de la CC del año 1987, la cual estipula que “La regla general es la libertad personal, por lo que la excepción es la prisión provisional... la cual solo se justifica por su finalidad asegurativa o cautelar (en donde entrarían los valores seguridad y bien común). Aparte, claro está, que estas circunstancias deben ser valoradas por el juzgador para decidir acerca de la conveniencia de dictar el auto de prisión, debe ajustarla al tenor legal, el que, como en la situación de Guatemala, tiene como marco infranqueable a la propia Constitución de manera directa... Según este marco legal superior, la prisión preventiva tiene la naturaleza jurídica de una medida cautelar o asegurativa, y se configuran en ella los siguientes elementos: 1 Debe ser excepcional. 2. No debe ser una pena anticipada, esto es que en ningún caso puede ser aplicada con fines punitivos, como pudiera presentirse en cierta legislación que excluyera la facultad de ponderación del juez para decretarla o revocarla. 3. No debe ser obligatoria, esto es, como lo afirmara el Consejo de Europa en su resolución 11/86 que “la autoridad judicial ha de ser libre para tomar su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso”; y 4. Debe durar lo menos posible”.

Esta resolución de la CC, que interpreta el sentido del Artículo 13 y 14 de la CR relativo a los motivos para la prisión preventiva y el principio de inocencia, incorpora la contradicción existente entre eficacia de la justicia y el respeto a la libertad y dignidad de las personas. Esta tensión, según expresa la CC en esta resolución, se debe resolver dentro del criterio de excepcionalidad y menor afectación. En tal sentido, será el juez, de acuerdo a la información que provean las partes dentro del proceso, quien tiene la potestad jurisdiccional para resolver.

Las reformas legislativas que modifican las medidas de coerción descritas, en general, no profundizan en esta interpretación constitucional. Las tendencias de modificación legislativa se orientan en tres sentidos: las primeras a resolver los índices de impunidad de aquellos delitos que causan mayor alarma social (decreto 32-96); las segundas a realizar cambios que faciliten la implementación de la reforma de la justicia (Decretos 79-97, y 51-2002), de los cuales el último decreto resulta inaplicable, y que si bien estas modificaciones no constituyen ampliación a la utilización de la prisión preventiva, reorganizan la competencia de los órganos judiciales y los plazos de duración de la privación de libertad; y el tercer grupo de modificaciones (Decretos 103-96 y 30-2001), tienen como finalidad incrementar la recuperación de tributos a través de la justicia penal.

Las pretensiones de las políticas legislativas en los tres sentidos descritos, han resultado fallidas: la impunidad de hechos graves continúa sin modificación sustancial¹⁸; los cambios necesarios para sostener la propuesta del nuevo CPP, requiere cambios estructurales en las instituciones, previo a realizar modificaciones legislativas necesarias; y por último, la recaudación tributaria a través de la justicia penal, continúa con serias deficiencias de efectividad¹⁹. Por esta razón, la apuesta de la política legislativa por modificaciones al sistema penal, entre las que se encuentran la ampliación de la utilización de la prisión preventiva, con el objetivo de “mejorar” la efectividad del poder punitivo, constituye un fracaso, el cual conlleva además el detrimento de las garantías constitucionales.

La jurisprudencia constitucional no ha sido contundente en hacer valer los principios básicos de los derechos humanos en esta ma-

¹⁸ En los delitos contra la vida, se estima que únicamente el 4% de los delitos reciben una respuesta efectiva. Monterroso Javier. La Investigación Criminal, Ediciones del Instituto, 2008, p. 79.

¹⁹ Citar trabajo de la recaudación tributaria por la vía judicial.

teria, sus resoluciones más importantes son contradictorias. La sentencia de este tribunal de 1987, descrita anteriormente, desarrolla ampliamente los límites que deben establecerse sobre la imposición de la prisión preventiva, rescatando la función jurisdiccional para decidir en los casos concretos, y agrega que la inclusión de aplicar en forma obligatoria la prisión preventiva, vulnera la independencia de los jueces. Las siguientes resoluciones fueron menos explícitas y contradictorias. Por ejemplo, en la resolución del año 2000, a pesar de que el recurso se presentó impugnando la prohibición de aplicar medidas sustitutivas en determinados delitos, debido a que afecta las garantías de un debido proceso y defensa (Artículo 12 CR), inocencia (Artículo 14), motivos para aplicar prisión preventiva (Artículo 13 CR), e independencia judicial (Artículo 203 CR), la CC, únicamente consideró aplicable el principio de proporcionalidad... En el caso de la resolución del año 2001, la CC consideró, en el caso de la prohibición de aplicar medidas sustitutivas para los delitos de naturaleza tributaria, que sí viola el principio de inocencia y de independencia judicial. Es evidente que esta resolución es congruente con la jurisprudencia del año 1987, sin embargo, es importante considerar que en materia tributaria, la CC ha sido restrictiva para ampliar los tributos. La contradicción de sus resoluciones, aun cuando sean apegadas a derecho como en este último caso, denota una tendencia por la protección de intereses de sectores económicos.

V. CAMBIOS INSTITUCIONALES Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

a. Introducción

A partir de la entrada en vigencia del nuevo CPP en 1994, la institucionalidad de la justicia inició un proceso de transformaciones motivadas por la intención de realizar ajustes que exigía la implementación de la nueva normativa. El cambio en su conjunto no fue objeto de una planificación estratégica clara, pues se carecía de la experiencia adecuada para asumir las transformaciones que implican las nuevas funciones asignadas y en especial, la ausencia de experiencias en procesos orales. Como proceso de cambio se pueden identificar dos etapas: la primera de 1994 a 1996, en la cual se realizó un proceso intensivo de capacitación y reorganización mínima que permitiera el funcionamiento de las instituciones. Realizar los cambios al mismo tiempo en que se prestaba el servicio, significó mantener prácticas, organización y mecanismos de gestión propios del sistemas inquisitivo, algunas de las cuales perviven hasta la fecha. La

segunda etapa, de 1996 al 2004, responde al período más intenso de implementación de los Acuerdos de Paz luego de la finalización del conflicto armado interno en 1996, los cuales contemplan el compromiso de realizar cambios profundos en la justicia. Durante esta etapa, se contó con el respaldo de la comunidad internacional, que se convirtió en un actor clave para el fortalecimiento institucional²⁰.

Es importante también anotar que la reforma de la justicia, del modelo inquisitivo cuya relación estaba concentrada entre el juez y la policía, hacia un modelo adversarial, implica un impacto en el sistema de organización de las instancias de justicia, en especial debido la desaparición del juez de instrucción, quien unificaba las funciones de control de garantías y dirección de la investigación, esta última ahora a cargo del Ministerio Público y la primera bajo la responsabilidad del juez de garantías. El contradictorio, característica central del modelo adversarial, está entrelazado también en las relaciones interinstitucionales, dependiendo de las funciones que cada instancia cumpla. Si bien es cierto que para el sistema penal en su conjunto rige el principio de legalidad, la contradicción del modelo adversarial, implica que algunas instancias estén más ligadas a la eficacia de la justicia y otras con mayor énfasis en las garantías. La prisión preventiva, y las medidas de coerción en general, comprenden instituciones ligadas a la eficacia, por lo tanto la carga de probar su necesidad y eficiencia responde a aquellas responsables de la eficacia, tal el caso de la policía, el Ministerio Público y el Sistema Penitenciario. En cuanto a la defensa, su función será provocar el resguardo de las garantías para evitar su utilización arbitraria. El juez, en este caso, tendrá la función de decidir si cumplen los requisitos legales y fácticos de conformidad con la información que provean las partes, en el entendido de que prevalece, en caso de duda o uso arbitrario, la libertad del imputado.

b. Judicatura

El Poder Judicial se convirtió desde el inicio en el protagonista principal del proceso de reforma. La Escuela de Estudios Judiciales,

²⁰ La Misión de Naciones Unidas para Guatemala, MINUGUA, contempló una estrategia de fortalecimiento de las instituciones de justicia, en la que su principal preocupación fue la implementación de la nueva normativa, en especial en el Ministerio Público, Defensa Pública, Poder Judicial y Sistema Penitenciario. En igual sentido se orientó el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, Unión Europea, la Agencia para el Desarrollo de Estados Unidos, USAID, Unión Europea y otras agencias de países de la Unión Europea.

ahora Unidad de Capacitación, UNICAP, iniciaron un proceso de capacitación y divulgación sobre la nueva normativa procesal. Las acciones de fortalecimiento consistieron en ampliar el despliegue juzgados de paz en todos los municipios; y juzgados de primera instancia y tribunales de sentencia en los departamentos. La principal preocupación en un primer momento fue la implementación de los juicios en la forma prevista, orales y públicos, lo cual se logró en gran medida. Sin embargo, la etapa preparatoria mantuvo resabios del procedimiento escrito. La capacitación de los jueces se pudo institucionalizar hasta la implementación de la Ley de la Carrera Judicial en el año 1999, la cual obliga realizar convocatorias y cursos específicos para jueces de paz y jueces de primera instancia.

La pervivencia de prácticas judiciales inquisitivas durante las etapas previas al debate, en especial lo relativo a los procedimientos escritos que facilitan la delegación de funciones, el trámite del expediente y el carácter secreto en la toma de decisiones, facilitó que la toma de decisiones en materia de medidas de coerción mantuviera mucho del sistema inquisitivo derogado: los oficiales de los juzgados recibían la primera declaración del sindicado, y en el mejor de los casos, el juez se acercaba para realizar algunas preguntas centrales, luego de lo cual, se realizaban proyectos de resolución que eran presentadas al juez para realizar los cambios y firma final. De esta forma, la intermediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción que se pretendía en todo el procedimiento, no se alcanzó en su totalidad. Algunas experiencias aisladas consistieron en realizar la toma de decisiones en tres niveles: primero la recepción de información general del imputado frente al oficial; luego la recepción sobre los hechos y preguntas por parte de la defensa y el fiscal con la presencia del juez; y por último la redacción final del acta respectiva por el oficial de trámite, la cual era revisada por las partes para cerciorarse de la exactitud de lo sucedido, ya sin la presencia del juez, en seguida, la realización por escrito del auto de prisión preventiva. Con estas formas, el trámite del expediente siguió su inercia cultural inquisitiva en las etapas previas al debate.

Estas prácticas sobrevivieron por más de diez años con el nuevo CPP, hasta que el diseño de dos modelos iniciaron un cambio cultural importante: los tribunales de turno en la ciudad capital y el modelo de gestión judicial por audiencias en la ciudad de Quetzaltenango. El resultado de esta última experiencia produjo que la Corte Suprema de Justicia emitiera en el año 2005 el Reglamento General para Juzgados y Tribunales Penales, el cual propone una nueva organización interna de los órganos jurisdiccionales y la ges-

ción judicial por audiencias. La organización interna contempla la división de funciones administrativas y jurisdiccionales, la primera a cargo del secretario o administrador y la segunda bajo responsabilidad del juez, abandona la asignación tradicional de seguimiento de casos por parte del oficial, para implementar unidades funcionales de comunicación, atención al público y asistencia en la sala de audiencias. La decisión se toma directamente en la audiencia y se comunica la resolución a las partes en forma inmediata. Para garantizar el registro de la audiencia, se realizan grabaciones digitales del audio, de las cuales se entrega copia a los interesados. Para formalizar el acto, se realiza un acta resumida que contiene información sobre el objeto de la audiencia, los participantes y un resumen de la parte resolutive, la cual es firmada por las partes.

La realización de estos modelos ha provocado resultados exitosos para agilizar los procesos y garantizar que la toma de decisiones en las etapas previas al juicio cumpla con las formalidades de una audiencia oral y pública. Su implementación no ha sido del todo pacífica y contundente, pero se ha podido observar un alto grado de aceptación por parte de los jueces y de la dirección política de la Corte Suprema de Justicia.

Los juzgados de turno por su parte, han permitido que la decisión sobre las medidas de coerción se realice en audiencias orales y dentro de los plazos establecidos en el CPP. De los 22 departamentos del país, estos modelos se han implementado en 13 con diferentes niveles de éxito y profundidad en sus aspectos fundamentales.

Cuadro 1

JUZGADOS CON AUDIENCIAS ORALES EN LAS ETAPAS PREVIAS AL JUICIO (NOVIEMBRE 2008)

Departamento	Modelo Reglamento Tribunales Penales	Juzgados de Turno
Guatemala		
Ciudad Capital		2
Mixto		2
Villa Nueva		2
Escuintla		2
Quetzaltenango		
Ciudad Quetzaltenango	2	
Coatepeque	1	
San Marcos	2	
Huehuetenango	2	
Totonicapán	2	
Sololá	2	
Chimaltenango	2	
Chiquimula	2	

Zacapa	2	
Jutiapa	1	
Alta Verapaz	2	
Baja Verapaz	2	

Fuente: *Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe. 2007.*

c. Ministerio Público

Con la entrada en vigencia del CPP en 1994, el Ministerio Público (MP), es prácticamente una institución nueva. Su presencia en el anterior procedimiento, en el mayor de los casos, fue decorativa, pues la función del juez de instrucción absorbió la dirección de la investigación. En la primera etapa de vigencia del CPP procesal penal, 1994-1996, inició un proceso de crecimiento sin precedentes, sin embargo, los procesos de fortalecimiento se orientaron a consolidar una organización refleja del tradicional juzgado de instrucción, lo cual consolidó un funcionamiento burocrático sobre los controles de la investigación policial y de las acciones de persecución penal. Durante los últimos años ha realizado diversos esfuerzos de transformación institucional, muchos de los cuales con el respaldo de la comunidad internacional, además del soporte financiero y político que recibió del gobierno en los últimos cuatro años.

Su organización jerárquica, a diferencia del Poder Judicial, le permite diseñar e implementar políticas uniformes de persecución penal, las cuales operan como obligatorias para los fiscales para casos concretos. Y para situaciones específicas, el Fiscal General, podrá emitir instruir por escrito a los fiscales. De esta forma se han emitido una serie de instrucciones generales²¹ que deberían facilitar la toma de decisiones de los fiscales en la persecución penal en los casos concretos. Una de estas instrucciones se refiere a cómo deben actuar los fiscales en relación a la solicitud de medidas de coerción (10-2005). Dicha instrucción fue emitida en el año 2005 y contiene:

- Elementos de interpretación constitucional sobre la naturaleza de la prisión preventiva, las medidas sustitutivas y orientaciones sobre los principios de inocencia, proporcionalidad, necesidad, legalidad y excepcionalidad.

²¹ Las Instrucciones Generales se refieren a diversos temas relativos a buscar la eficacia del ejercicio de la persecución penal: investigación en casos de violencia intrafamiliar, medidas de coerción, persecución de adolescentes en conflicto con la ley penal, escena del crimen, salidas simplificadoras del proceso, atención a la víctima, extradición, etc.

- Orientaciones generales, pero con mayor precisión que la ley, para considerar el peligro de fuga y la obstaculización de la averiguación de la verdad.
- Obligación de verificar el desarrollo de la imputación y considerar la gravedad del hecho dentro de una pena determinada, 15 años, para la solicitud de la prisión preventiva. La instrucción amplía la lista de delitos graves a aquellos de lesa humanidad y excluye la posesión para el consumo²², pero recomienda al fiscal que verifique la legalidad de la detención y al mismo tiempo que existan elementos de convicción claramente definidos, de tal manera de no dejar la simple sindicación de un hecho grave para solicitar la prisión preventiva. En todo caso, orienta a los fiscales a verificar información con testigos y víctimas proporcionada por la policía, de tal manera de presentar información convincente en la primera declaración.
- Orienta a los fiscales a verificar la posibilidad de aplicar un mecanismo de solución temprana previsto en la ley, criterio de oportunidad, suspensión de la persecución penal y procedimiento abreviado, antes de solicitar una medida de coerción.
- Proporciona orientaciones para que, en caso de personas indígenas, verifique información con líderes comunitarios de su localidad, para verificar la posibilidad de aplicar los criterios propuestos por el Convenio 169 de la OIT.
- En caso de mujeres detenidas, contempla criterios sobre la necesidad de aplicar medidas de coerción menos gravosas en caso de madres con hijos pequeños.

En términos generales, la instrucción general sobre la prisión preventiva es positiva para orientar las funciones claves del Ministerio Público en la persecución delictiva: garantiza que las medidas de coerción, en especial la prisión preventiva, cumplan su finalidad cautelar dentro de los límites legales; y el control de legalidad sobre las funciones policiales de detención. La problemática de esta instrucción general, y de todas las emitidas, es la ausencia de mecanismos de seguimiento y exigibilidad para su aplicación.

²² Recordemos que dentro de las modificaciones al CPP se encuentra la prohibición de aplicar medidas sustitutivas para algunos delitos, dentro de los cuales están los de narcoactividad. La posesión para el consumo, que es de este tipo de delitos, según la ley no se podría aplicar una medida sustitutiva. Esta instrucción permite a los fiscales excluir este delito como delito grave.

d. Defensa Pública

La defensa pública penal, como prestación de servicio público específico es muy reciente. La misma ha pasado por varias instituciones que cumplen varias funciones, las cuales en forma adicional se han hecho responsables de ejercer la defensa de las personas pobres. Antes de la entrada en vigencia del CPP en 1994, estaba a cargo de los estudiantes de derecho a través de los distintos Bufetes Populares de las facultades de derecho. El CPP introdujo que el derecho de defensa técnica para personas carentes de recursos, fuera ejercido por abogados adscritos a la Defensa Pública, la cual dependería del Organismo Judicial. A pesar de contar con el respaldo internacional de MINUGUA y otras instancias de apoyo, su presencia fue muy reducida para las necesidades del medio. En 1997, como parte del cumplimiento de los Acuerdos de Paz, se creó el Instituto de la Defensa Pública Penal, Decreto 129-97, como entidad con autonomía funcional de los tres poderes del Estado, que administra la prestación del servicio público de defensa para aquellas personas carentes de recursos económicos. Si consideramos el carácter selectivo del sistema penal, en el cual quedan atrapadas aquellas personas con menores recursos económicos²³, la función de la defensa pública penal resulta vital para el desarrollo del derecho de igualdad material.

La presencia institucional durante su primera etapa, hasta 1997, la Defensa Pública Penal contaba con 37 defensores en toda la República (13 área metropolitana; 21 en los departamentos y 3 en los municipios con mayor población). Con el apoyo internacional, en especial con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), ya instituida como entidad independiente, llegó a tener en el año 2002 cerca de 471 defensores²⁴. El crecimiento fue insostenible, debido a que los fondos provenían de un préstamo, que al concluir su período dejaría a la institución únicamente con su presupuesto. Para el año 2006, no se contaba ni siquiera con un abogado de la defensa pública penal por cada cien mil habitantes, en total en toda la República alcanzaron en ese año 255 abogados²⁵.

En relación a la prisión preventiva, se han establecido, como política institucional, orientaciones específicas para, limitar su apli-

²³ Observatorio de Justicia Penal, *Revista Justicia Penal y Sociedad*, Nro. 27, p. y ss.

²⁴ Informe de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Guatemala, *Revista Justicia Penal y Sociedad* Nro. 19, Guatemala, 2004, pp. 72 y ss.

²⁵ Observatorio de Justicia Penal, Primer Informe, *Revista Justicia Penal y Sociedad* Nro. 27, Guatemala, 2007, p. 41.

cación, solicitar su revisión, determinar si la subsunción se podría realizar por otro delito, verificar lugar de arraigo en busca de aplicación de otra medida menos gravosa, verificar el grado de la imputación y obligaciones de visitar a los presos preventivos al menos dos veces al mes. Estas obligaciones mínimas son objeto de verificación periódica por la supervisión interna de la defensa pública penal. Sobre grupos vulnerables, la defensa pública cuenta con un proceso de formación sobre género para detectar mecanismos especiales de protección a la mujer; la unidad de atención en caso de indígenas; y para jóvenes en conflicto con la ley penal. Uno de los problemas que no se aprecian con mucha regularidad, es la utilización de jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objeto fundamentar aquellas decisiones que podrían indicar arbitrariedad en el uso de la prisión preventiva²⁶.

e. Policía Nacional Civil

Todas las funciones policiales están a cargo de la Policía Nacional Civil (PNC), la cual fue creada en el año 1996, también como producto de los Acuerdos de Paz. La PNC cumple funciones de prevención, reacción e investigación de hechos delictivos. Como institución, no fue incorporada dentro del proceso de reforma judicial, por lo que sus prácticas de intervención están relacionadas con un mayor énfasis en la prevención que en la investigación. Por esta razón, la flagrancia constituye la mayor frecuencia de detención (95%). Además de funciones policiales, mantiene el control de la detención policial durante las primeras 24 horas, y también controla algunos centros de prisión preventiva (27) de 45²⁷.

f. Sistema Penitenciario

De las instituciones del sector justicia, el Sistema Penitenciario, junto con la PNC, son las que presentan mayor retrasado en cuanto a desarrollo institucional y respaldo político. Hasta el año 2006 carecía de una Ley Orgánica, lo cual significó que la implementación de políticas de transformación, a raíz de la reforma judicial y de la transición democrática en 1996, presenten serios obstáculos para su puesta en marcha. De las instituciones de justicia, el Sistema Penitenciario no constituyó una preocupación central en los Acuerdos

²⁶ Entrevista Patricia Secaida, Supervisora Defensa Pública.

²⁷ Elaboración propia en base a Información proporcionada por la Policía Nacional Civil.

de Paz, pues no existe ninguna mención de compromiso al respecto, esto no significa que durante el proceso de implementación, no haya sido objeto de preocupación por diversos sectores sociales e internacionales²⁸. La Ley del Régimen Penitenciario (Decreto 33-96), contempla, de conformidad con la Constitución (Artículo 10 y 19), la separación de régimen entre prisión preventiva y condenas. La separación está en función de las finalidades, la primera para asegurar la presencia durante el proceso (Artículo 29), y la segunda con fines de resocialización. El Régimen de la prisión preventiva lo describe el Artículo 29 en los siguientes términos: “Las autoridades en los centros preventivos deberán favorecer el desarrollo de actividades educativas, laborales, deportivas y culturales, tomando en cuenta que las personas detenidas preventivamente únicamente se hallan privadas de su libertad en la medida que sirva para impedir su fuga o la obstrucción de la averiguación de la verdad. En consecuencia, no se le puede privar de sus derechos o facultades ni obligar a realizar otras actividades penitenciarias que aquellas vinculadas con la finalidad de su detención. La persona detenida preventivamente tiene el derecho a ser tratada como inocente. Los permisos a que se refiere el artículo 27, podrán ser otorgados por el juez competente”. La implementación de la ley está programada para diez años, de tal forma que su cumplimiento es incierto, y depende de la voluntad política del gobierno de turno. Luego de su vigencia en el año 2007, los cambios han sido mínimos, y ni siquiera se ha cumplido con la reglamentación respectiva para cada centro de detención.

VI. IMPACTO DE LA REFORMA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

El sistema de justicia penal, que comprende el conjunto de normas e instituciones responsables de realizar el poder punitivo del Estado, constituye, en definitiva, la relación de poder entre Estado y ciudadano en donde se pone en juego con mayor intensidad el grado de respeto por la libertad y dignidad de la persona. En términos generales, el poder punitivo, como violencia legítima ejercida por el Estado, conforma en sí misma un coste social para la libertad de las personas, con miras a reprimir la conducta desviada en espera de conseguir la paz social. El coste social de la justicia penal puede observarse en tres niveles: el primero, relativo a la definición de las conductas prohibidas, definición de los delitos, que comprenden

²⁸ La MINUGUA elaboró un diagnóstico sobre el estado de situación de las cárceles en el país en 1996. A raíz de dicho informe, se pudo comprobar las condiciones inhumanas en que se encuentran los privados de libertad.

la restricción a la libertad de las personas en abstracto; la segunda se refiere al sometimiento coactivo de una persona sospechosa de haber cometido un hecho delictivo a un juicio; y el tercer costo se refiere a la represión o punición de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una infracción de naturaleza penal²⁹.

Como es lógico apreciar, el coste de someter a una persona sospechosa a un proceso penal tiene el riesgo de provocar injusticias, que se incrementan si esta persona ha sido sometida a la prisión preventiva. En primer lugar, es posible que la persona sometida a un proceso sea liberada por una sentencia absolutoria, o bien por una decisión de finalizar o imposibilitar la persecución penal en forma anticipada (falta de mérito, desestimación, sobreseimiento y clausura provisional). Podríamos afirmar que la prisión preventiva se justificaría en la medida en que se logre una sentencia condenatoria, y esto en forma parcial, pues de lo contrario, se pensaría que toda condena debió realizarse bajo el amparo de la prisión preventiva, lo cual no es del todo acertado, pues es posible que los mismos resultados del juicio puedan realizarse con medidas menos aflictivas, las cuales garantizan en mejor forma la legitimidad del juicio previo, el principio de inocencia y de defensa. Esta es la razón de incluir como requisitos para su aplicación, la existencia de elementos objetivos sobre el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. De lo contrario, perdería su razón cautelar y asumiría fines punitivos, ya sean estos retributivos o de prevención.

Los costes de la justicia o injusticia por la utilización de la prisión preventiva, también deben observarse como mecanismo de la selectividad del sistema de justicia penal a través de sus agencias³⁰, esto es a partir de la puesta en marcha de los distintos programas de política criminal propuestos en las instancias de justicia, ante la imposibilidad real de responder a la conflictividad violenta que ofrece la sociedad. El término "propuesto" debe ser matizado, pues se podría creer que existe, además del programa político criminal de conductas prohibidas definidas como delitos y la legislación procesal penal que justifican y orientan la persecución delictiva, estrategias predefinidas por parte de las agencias del sistema. Esto no escatima que puedan plantearse

²⁹ Con mayor amplitud en Ferrajolli Luigi, Derecho y Razón, *op.cit.*, p. 209 y ss.

³⁰ De acuerdo a las corrientes criminológicas modernas, la selectividad del sistema de justicia tiene dos niveles, la criminalización primaria y la criminalización secundaria. La primera se realiza en el proceso de definición de las conductas prohibidas como delitos en el proceso legislativo; y la segunda, a través de las agencias del sistema al poner en marcha el programa penal.

dichas estrategias, pero en general las agencias funcionan en términos de cultura organizacional³¹, construida en el tiempo para responder a su sobrevivencia como institución, a la limitación de recursos humanos y materiales, a la influencia de sectores políticos y otras instancias de presión como la prensa y sectores sociales de distinta índole.

De esta manera se instala en la realidad social una discrepancia entre el programa político criminal propuesto en el sistema penal normativo, y aquel que en forma efectiva realiza el sistema de organizaciones del sistema penal (policía, Ministerio Público, Poder Judicial, Defensa Pública y Sistema Penitenciario); es decir entre la ley penal y su puesta en práctica. La detención policial, la prisión preventiva y las medidas de coerción en general, constituyen algunas de las instituciones jurídicas que en su puesta en marcha por las instancias de justicia, permiten el desarrollo de sus mecanismos de selectividad.

La perspectiva del impacto de la Reforma de la Justicia, iniciada con el nuevo CPP en 1994, deberá verificarse desde los costes del sistema de justicia. Es decir, buscar reducir los costes sociales que implica la privación de libertad, a favor de los mayores beneficios para la efectividad de la justicia y la paz social. Lo cual implica, para el tema que nos ocupa, verificar la utilización de la prisión preventiva como último recurso, por el menor tiempo posible y que se realice en condiciones humanas, de tal manera de no desvirtuar su finalidad cautelar y utilizarla como pena anticipada, o bien como una pena sin juicio.

Para interpretar si estas finalidades se realizan, es necesario el análisis de determinadas variables que reflejen el comportamiento en la práctica social el uso de la prisión preventiva. Entre las más importantes se destacan: 1) niveles de privación de libertad y su relación entre prisión preventiva y condenados; 2) utilización de la prisión preventiva en relación con otras medidas de coerción de menor gravedad; 3) duración de la prisión preventiva; 4) condiciones en que se desarrolla la prisión preventiva; y 5) costos económicos de la utilización de la prisión preventiva.

a. Niveles de privación de libertad

La historia nos muestra la existencia de distintas formas de castigo que el Estado, como institución de poder central sobre un territorio

³¹ Para determinadas situaciones, es recomendable que estas estrategias o políticas sean explícitas, tal como lo ha desarrollado el Ministerio Público con la definición de la instrucción general para el uso de la prisión preventiva.

determinado, ha utilizado con distintas finalidades (retributivas y preventivas), pero que en última instancia implica una cierta dosis de dolor sobre determinadas personas, en términos concretos, violencia institucionalizada como respuesta a conflictos de naturaleza violenta³². Sería interesante describir las razones sobre estas distintas formas de castigo (pena de muerte, mutilación, expulsión, etc.)³³, y de cómo la privación de libertad se convirtió en la pena por excelencia para el mundo moderno, pero no es el objetivo de este apartado³⁴, sino que simplemente mostrar los niveles de encarcelamiento desde la Reforma Penal y el comportamiento de la prisión preventiva, es decir, la privación de libertad como objetivo de asegurar la realización de la pena y sus consecuencias.

Existe la idea central de que los niveles de privación de libertad responden de alguna manera a la existencia del delito en una sociedad. "Este punto de vista concuerda con la perspectiva tradicional del delito natural y el marco reactivo. El delincuente dio el primer paso, el Poder Judicial reacción. Un incremento en el número de reclusos se entiende como un incremento en el número de delitos cometidos, mientras que la tendencia contraria significa que la situación mejora. Es decir, en el mismo momento histórico, las sociedades con un alto nivel de castigo deben tener un alto nivel de delitos, mientras que aquellas con bajos niveles probablemente son como estanques pacíficos en medio de un mundo turbulento"³⁵.

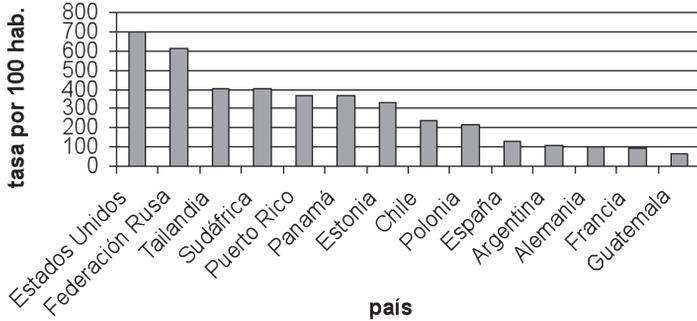
³² Decimos como respuesta a conflictos de naturaleza violenta en el mejor de los casos, pues también se puede observar en el transcurso de la historia, que la respuesta punitiva también se orienta para responder a la definición de situaciones personales consideradas como estados peligrosos (brujería, racial, género, ideológico, religioso etc.).

³³ Importante apreciar que en nuestra legislación todavía se conserva la pena de muerte.

³⁴ Con mayor amplitud en Ferrajoli, *op.cit.*, p. 385 y ss.

³⁵ Christie Nils, *La Industria del Control del Delito, ¿La Nueva Forma del Holocausto?* Editores Del Puerto, Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 34.

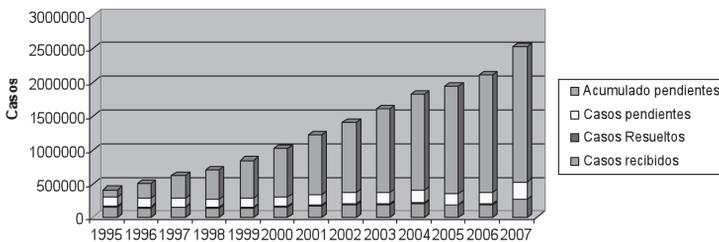
Gráfico 1
TASA DE PRISIÓN POR 100 MIL HABITANTES A NIVEL MUNDIAL
Privación libertad



Elaboración Propia. Con Datos del Centro Internacional de Estudios sobre Prisiones³⁶

De conformidad con la perspectiva natural y reactiva del delito, Estados Unidos y la Federación Rusa serían sociedades más violentas de la muestra anterior, mientras Francia y Guatemala representarían el polo opuesto. Una interpretación alternativa del número de reclusos sería aquella que reflejara sus niveles en relación a un conjunto de influencias: “tipo de estructura social, distancia social, revoluciones o disturbios políticos, tipo de sistema legal, intereses económicos o empuje industrial”³⁷ El delito será una influencia entre muchas, pero no la definitiva. En nuestro caso nos interesa un aspecto por el momento, el sistema legal. Esta perspectiva, permite en primer lugar verificar el nivel de respuesta que ofrece el sistema a los hechos denunciados.

Gráfico 2
CASOS INGRESADOS, RESUELTOS Y ACUMULADOS 1995 - 2007 (MP)

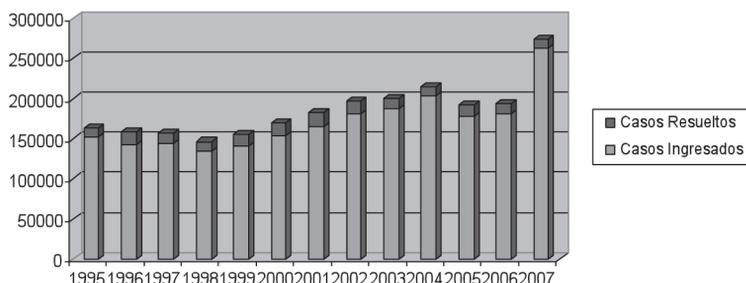


Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe. 2007.

³⁶ Información de los años 2002 y 2003. Dammert Lucía y Javiera Díaz. FLACSO-CHILE, Boletín Observatorio Nro. 1, 2005 p. 5. La información de Guatemala del año 2003, cuadro siguiente.

³⁷ Chirsti Nils, *op.cit.*, p. 34.

Gráfico 3
CASOS INGRESADOS Y RESUELTOS 1995 - 2007 (MP)



Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe. 2007.

Las gráficas anteriores nos muestran que el nivel de respuesta del sistema³⁸, en relación a los casos denunciados, es muy baja, no supera el 12% en los trece años de vigencia. Para verificar el nivel de violencia de un país, se consideran los homicidios como un indicador más efectivo. Guatemala, en los últimos años, ha experimentado un incremento considerable de muertes violentas. De 19,8 muertes violentas por cada cien mil habitantes (pcmh) en 1986³⁹, hemos pasado a 46 pcmh⁴⁰ en el 2007. La respuesta del sistema de justicia para estos delitos presenta también cifras muy bajas. De las 4.012 muertes violentas que ingresaron a los juzgados de primera instancia en el 2006, únicamente se realizaron 360 sentencias, es decir el 9%⁴¹. La respuesta de un sistema podrá ser baja en términos totales y esto por los mecanismos inevitables de selección, sin embargo, la expectativa en los delitos graves tendrá que ser mayor en sentencias condenatorias, las cuales en el caso descrito únicamente llegan a 234.

Los niveles de privación de libertad, como se ha podido demostrar, no reflejan en definitiva los niveles de delitos cometidos en una sociedad, simplemente constituirán un factor de éxito o fracaso, dependiendo del tipo de hecho objeto de estudio y en base a los factores estructurales de eficacia de la justicia, entre otros.

³⁸ En la gráfica se contempló únicamente los delitos denunciados al MP, no incluye las faltas ni los delitos de instancia privada. Entendemos como respuesta definitiva las sentencias, criterios de oportunidad, suspensiones de la persecución penal y sobreseimientos.

³⁹ Centro de Investigaciones Económicas (CIEN), Magnitud y Costo de la Violencia en Guatemala, Carta Económica Nro. 30, Febrero 2002, p. 2.

⁴⁰ Elaboración propia en base a información de la PNC.

⁴¹ Interpretación propia en base a información proporcionada por el CENADOJ.

El cuadro siguiente nos muestra información relativa a los niveles de privación de libertad a partir del año 1995, luego de un año de entrada en vigencia del CPP. La información refleja los índices de privación de libertad, censo en un día determinado de cada año y su relación con el número de personas condenadas.

Cuadro 2

POBLACIÓN EN PRISIÓN POR 100 MIL HABITANTES Y % POR TIPO DE PRISIÓN.

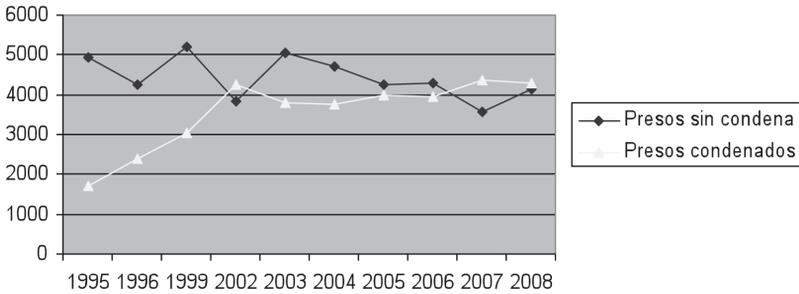
Año	Población	P/c 100 mil habitantes	Prisión Preventiva	Preventiva x100,000	Condenados	% condenados	% preventivo
1995	6.640	67	4.927	49	1.713	25,80	74,20
1996	6.654	65	4.270	42	2.384	35,83	64,17
1999	8.204	74	5.185	47	3.019	36,80	63,20
2002	8.077	72	3.830	34	4.247	52,58	47,42
2003	8.852	79	5.045	45	3.807	43,01	56,99
2004	8.480	75	4.706	41	3.774	44,50	55,50
2005	8.461	73	4.264	37	3.983	47,07	50,40
2006	8.359	64	4.307	33	3.952	47,28	51,53
2007	7.940	60	3.571	27	4.360	54,91	44,97
2008	8.409	63	4.124	31	4.285	50,96	49,04

Elaboración Propia. Fuente: Información del Sistema Penitenciario y base de datos del ICCPG.

Los niveles de prisión preventiva en relación al total de privados de libertad, mantiene un descenso considerable en este período. Una baja que representa cerca del 25%, llegando al final del período en una situación de distribución equitativa entre presos condenados y presos preventivos. Si comparamos la tasa total de privados de libertad pcmh, tampoco refleja un crecimiento considerable, es más presenta un crecimiento en el año 1999, sin embargo, no se sostiene hasta llegar a una baja en el año 2008, 63 pcmh.

Si comparamos por separado el nivel de condenados y prisión preventiva, la situación es diferente. Para los presos condenados, los niveles de privación de libertad refleja un promedio de crecimiento del 12%. Situación distinta para la prisión preventiva, la cual refleja un crecimiento negativo de menos 0,33%.

Gráfico 4
CRECIMIENTO CONDENADOS Y PRESOS SIN CONDENADA

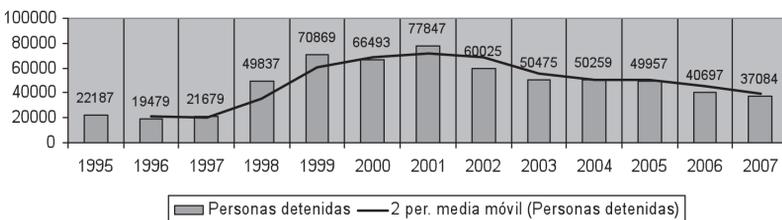


Elaboración Propia. Fuente: Datos del ICCPG.

La impresión de la anterior gráfica sería que la situación de la prisión preventiva tiende a estabilizarse, e incluso, que las reformas al CPP relativas a impedir la aplicación de las medidas sustitutivas a la prisión preventiva, no han tenido un impacto significativo para el crecimiento del número de los presos sin condena. Situación que podría deducirse por el crecimiento presentado en el año 1999. Sin embargo, dicho crecimiento no es constante, y por el contrario, tiene una tendencia a la baja hasta el año 2008.

La actividad policial, relativa a las detenciones, puede darnos alguna información adicional sobre el comportamiento de los niveles de la prisión preventiva. Como expresamos en su oportunidad, la Policía Nacional Civil (PNC), es una institución que se creó a raíz de los Acuerdos de Paz en 1996. A partir de este año, la tendencia de las detenciones presenta un crecimiento constante hasta el año 2001, a partir del cual ha presentado una reducción constante.

Gráfico 5
NÚMERO DE DETENCIONES POR AÑO



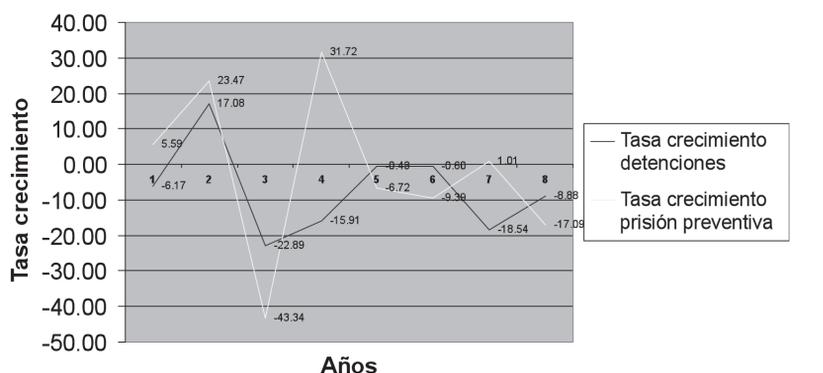
Elaboración Propia. Fuente: Datos del Observatorio de Justicia, 1er informe, 2007.

Las tasas de detenciones policiales en relación a las tasas de privación de libertad (prisión preventiva y condenas), presenta diferen-

cias sustanciales. En promedio, presenta una tasa de 418 dpcmh. El menor nivel lo refleja en 1996, año de inicio de la PNC, con 190 dpcmh; y la mayor tasa en el año 2001, con 684 dpcmh. No todas las detenciones son por delitos, así que simplemente es una tendencia. Lo cierto es que en los últimos años, al igual que la prisión preventiva, presenta una tendencia a la baja, llegando al 2007 a 279 dpcmh.

Gráfico 6

TASAS COMPARATIVAS DE CRECIMIENTO DETENCIONES CON PRISIÓN PREVENTIVA



Elaboración Propia. Fuente: datos del ICCPG.

Podríamos plantear como hipótesis de que la baja de la tasa de prisión preventiva podría tener relación directa con la baja de las detenciones policiales, las cuales constituyen la fuente más importante de incursos al sistema (95% flagrancia y 5% por orden de juez). Además, se podría inferir de que, a pesar de las reformas al ordenamiento procesal, que amplían las posibilidades de aplicar la prisión preventiva, la misma se ha visto estabilizada por los cambios realizados en la fase judicial (defensa pública, judicatura y Ministerio Público).

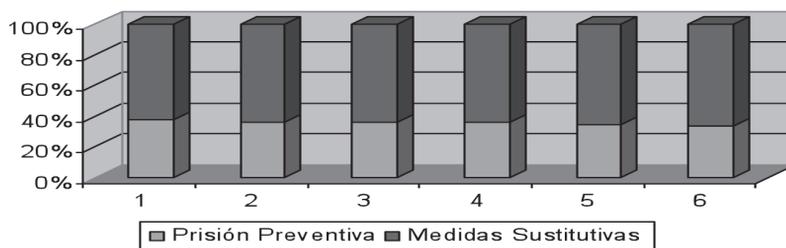
El fortalecimiento de estos controles sobre la función policial, sin la mejora en el sistema de investigación criminal y la baja credibilidad que la PNC ha presentado en estos últimos años, podría significar también un descenso en los incentivos de la PNC para realizar más detenciones. Esta es una interpretación que se deduce, por ejemplo, en la baja de las detenciones del período 2004 al 2007, la cual refleja una un promedio de 15% menos en cada año, lo que significa en términos absolutos un descenso de 20,000 detenciones. Información adicional confirma que el aumento de controles judiciales sobre la detención policial, como la implementación de los juzgados de turno en la ciudad capital, representan un incentivo para mejorar la calidad de la detención policial, lo que repercute en forma direc-

ta en la baja de la prisión preventiva. Por ejemplo, con anterioridad a la implementación de dichos juzgados, la falta de mérito significaba el 65% de las resoluciones judiciales en la primera declaración, mientras en la actualidad alcanza el 15%⁴². Otras explicaciones, que no exploramos en esta oportunidad, es lo relativo al fortalecimiento del control social punitivo subterráneo, es decir, aquel que, frente al fenómeno creciente de la violencia, organiza respuestas a través de aparatos parapoliciales, los cuales no solo realizan ejecuciones extrajudiciales, sino también “prestan” servicios para venganzas privadas y apoyan al crimen organizado⁴³.

b. Prisión preventiva y las medidas sustitutivas

Los objetivos de la Reforma Penal en relación a la prisión preventiva, fue la inclusión de medidas de coerción menos aflictivas que la privación de libertad para garantizar la aplicación de la ley penal. Como indicamos en el apartado de reformas al CPP, la limitación para utilizar este tipo de medidas ha sido una de las principales modificaciones, las cuales tienen como objetivo facilitar la aplicación de las penas. Las modificaciones fueron motivadas por percepciones sobre algunas denuncias sobre corrupción en los tribunales, sin embargo, no existen estudios que pongan de manifiesto la rebeldía de las personas para someterse al proceso luego de haber otorgado una medida sustitutiva. Por lo cual, dichas modificaciones legislativas, carecen de fundamento empírico que las sustente.

Gráfico 7
UTILIZACIÓN MEDIDAS DE COERCIÓN 2000-2006



Elaboración Propia. Datos del Centro de Documentación Judicial.

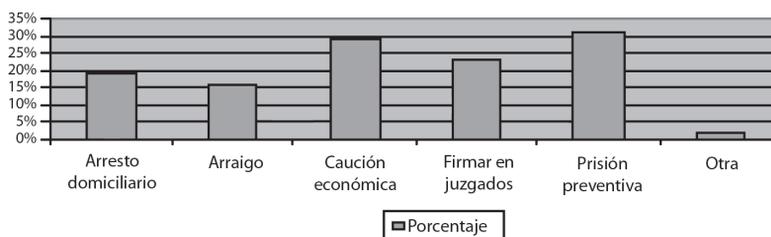
⁴² Informe del Programa Estado de Derecho sobre Estado de Situación de los Juzgados de Turno en la Ciudad Capital, año 2008, pp. 6 y 7.

⁴³ Denuncias al respecto han dado como resultado la creación de la Comisión Internacional contra la Impunidad, CICIG, la cual es producto de un convenio con NNUU, y que cuenta con expertos internacionales para conformarse como querellantes adhesivos, para apoyar al Ministerio Público y a la PNC en la persecución delictiva de aparatos clandestinos.

El cuadro anterior nos muestra que las medidas sustitutivas se aplican con mayor intensidad que la prisión preventiva. Es probable que esta situación tenga relación con los tipos de delitos que ingresan al sistema de justicia, los cuales en su mayoría, según las modificaciones legislativas, podría aplicarse una medida sustitutiva. No se cuenta con información disponible para un análisis al respecto, sin embargo, y a pesar de las restricciones legislativas, significa una mejora en relación al sistema anterior, en el cual existían mayores restricciones.

La visión de plantear el problema en la relación entre medidas sustitutivas y prisión preventiva, si bien es un avance, no necesariamente nos proporciona una perspectiva completa del fenómeno. Si observamos la aplicación de una medida de coerción desde la perspectiva de la más adecuada para garantizar los resultados del proceso, es decir su visión cautelar, y al mismo tiempo la que ofrezca el menor costo individual y social, la reflexión es distinta, pues la prisión preventiva, tal como presentamos en una muestra de casos del año 2004, continúa siendo la que se utiliza con mayor frecuencia.

Gráfico 8
TIPO DE MEDIDA DE COERCIÓN



Elaboración Propia. Datos: Observatorio de Justicia, 1er. Informe, 2007.

Es importante resaltar que en un proceso, es posible la aplicación de varias medidas sustitutivas, por lo cual, podrían inferirse con mayor razón, de que el porcentaje de utilización de la prisión preventiva es aún mayor. En la información anterior, únicamente se consideró una medida sustitutiva.

c. Duración de la prisión preventiva

El tiempo es un recurso limitado. Esta es una realidad que no ha sido tomada en cuenta en su verdadera dimensión dentro de la administración de justicia. El tiempo para la toma de decisiones dentro de la justicia tiene dos perspectivas, una en relación a que su transcurso llegue en un

momento determinado, a impedir la persecución penal, conocida como la prescripción, que opera para todos los delitos, salvo para aquellos de lesa humanidad. La otra forma de inclusión se refiere al derecho que tiene toda persona sindicada de un hecho delictivo, a ser juzgada en un tiempo razonable (Convención Americana, Artículo 8.1).

La preocupación porque la justicia resuelva en el menor tiempo posible, ha sido permanente, pero las razones propuestas por Beccaría, 1764, responde en mejor medida a las expectativas de la justicia, tanto en su utilidad social, así como también a los derechos del imputado. Este precursor del derecho penal moderno afirmó que: “El proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible... porque cuanto más pronto y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil; (...) más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de libertad, no puede preceder a la sentencia”⁴⁴.

Con anterioridad se expuso lo relativo a los contenidos normativos que limitan la duración de la prisión preventiva, valga recordar para interpretar la información empírica disponible, que las modificaciones legislativas al CPP, tenían como objetivo limitar el tiempo máximo para la presentación de los actos conclusivos de investigación, a tres meses cuando existiera prisión preventiva, y de seis meses en el caso de las medidas sustitutivas.

Cuadro 3

	Tipos de Salida	Duración del proceso con Prisión Preventiva	Duración del Proceso con Medida Sustitutiva
Duración Promedio del Proceso	Autos de Apertura a Juicio	119,32	206,44
	Suspensión Condicional	132,87	203,22
	Clausura Provisional	124,33	187,44
	Criterio de Oportunidad	116,38	203,22
	Sobreseimiento	142,33	201,77
	Procedimiento Abreviado	127,55	218,44
	Total	128,69	203,42

Fuente: *Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.*

⁴⁴ Beccaría Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, trad. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar Madrid, 1982, p. 129.

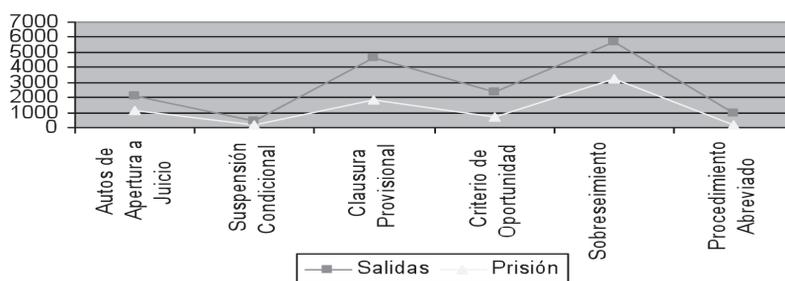
Para el año 2004, que es la fecha con mayor información disponible sobre duración del proceso, se contaba con un promedio de 129 días, según se aprecia en la siguiente tabla. De conformidad con el plazo estipulado en la ley, 91 días para la etapa preparatoria, el excedente de duración de la prisión preventiva es de 38 días. El caso de las medidas sustitutivas; en el caso de las medidas sustitutivas, que contemplan un plazo de 181 días, el exceso de prisión preventiva resulta en 23 días.

República 2004, Juzgado de Primera Instancia, CENADOJ-CEJA

Lo problemático en cuanto a la duración del proceso en la etapa preparatoria, es que el CPP contempla los plazos legales como un máximo, por lo que la fiscalía podría presentar el requerimiento en cualquier momento dentro del rango de los tres meses, en caso de prisión preventiva, y durante los seis meses cuando exista una medida sustitutiva.

Lo más preocupante es cuando la petición del fiscal, al término del período de investigación, es distinta a solicitar la realización de un juicio. En estas circunstancias, es muy probable que muchas personas sufran innecesariamente la prisión preventiva, y en la mayoría de casos, en promedio, según lo indica la información del año 2004, existen excesos de duración de la prisión preventiva respecto al límite de la investigación. Para estos, en realidad, existe una pena sin juicio.

Gráfico 9
SALIDOS PRIMERA INSTANCIA 2004



Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er informe, 2007.

En la gráfica anterior se puede apreciar que en muchas soluciones durante el período de investigación, existen muchas salidas en las cuales la prisión preventiva se aplicó y la decisión no fue necesariamente una petición a auto de apertura a juicio.

En el caso de los tribunales de sentencia, la situación no es diferente, pues la prisión preventiva excede con creces el tiempo estipulado en la ley para realizar el juicio. En términos generales, la duración del proceso en la etapa del juicio, a partir de la notificación del auto de apertura a juicio, un proceso, según la ley, no debería sobrepasar los 60 días. Sin embargo, la información disponible, indica que un proceso penal en la etapa de juicio dura cerca de 134 días con prisión preventiva y 136 días con medidas sustitutivas.

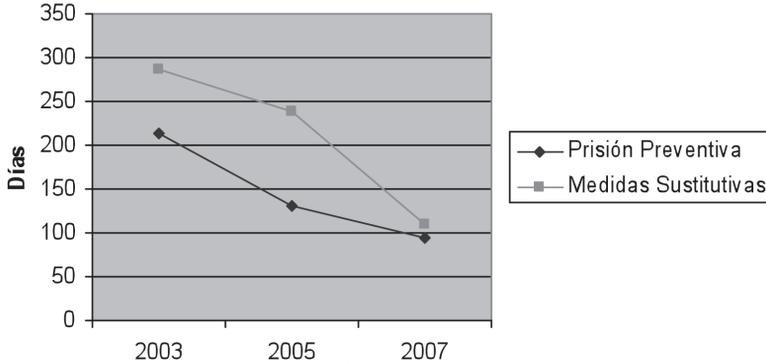
Cuadro 4

	Tipos de Salida	Duración del Proceso con Prisión Preventiva	Duración del Proceso con Medida Sustitutiva
Duración Promedio del Proceso	Sentencia	142,21	139,42
	Sobreseimiento	133,44	135,32
	Conciliación	136,33	132,34
	Archivo	127,88	139,53
	promedio	134,97	136,65

Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.

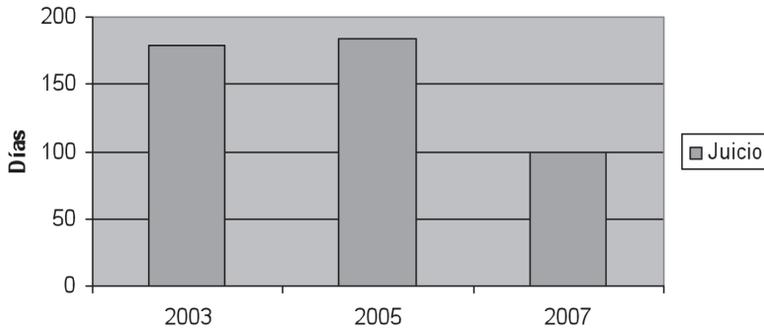
A partir del año 2005 se han presentado experiencias exitosas que favorecen las formas orales, en especial en las etapas previas al debate. Esto ha motivado a que necesariamente se realicen ajustes a las estructuras orgánicas de los juzgados y de los tribunales. El modelo de gestión judicial por audiencias, ha quedado plasmado en el Reglamento General de Tribunales Penales, que entró en vigencia en el año 2005. Otra experiencia exitosa se refiere a los juzgados de turno, los cuales garantizan el acceso a la justicia en forma permanente. Si bien estas experiencias están todavía en proceso de consolidación e implementación, es posible ofrecer algunos resultados.

Gráfico 10
DURACIÓN ETAPA PREPARATORIA QUETZALTENANGO



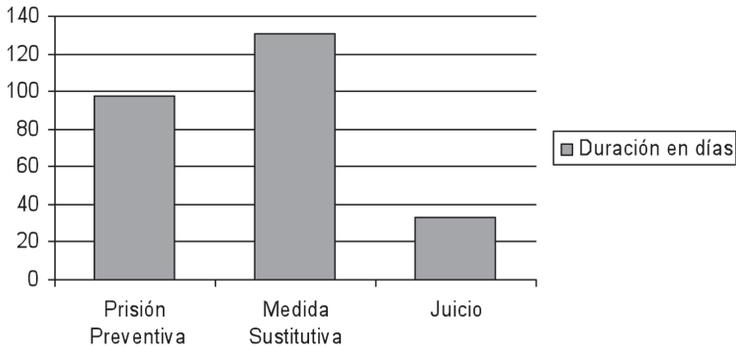
Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.

Gráfico 11
DURACIÓN ETAPA DEL JUICIO QUETZALTENANGO



Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.

Gráfico 12
DURACIÓN PROCESOS SAN MARCOS 2007



Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.

En Quetzaltenango y San Marcos, en donde está funcionando el modelo de gestión por audiencias, la duración del proceso presenta modificaciones sustantivas. En la etapa preparatoria, la prisión preventiva todavía continúa excediendo la duración pero es menor el tiempo de duración del proceso en relación al promedio nacional en el año 2004. En el caso de las medidas sustitutivas, la reducción es considerable, incluso, presenta menos duración el proceso según lo estipulado en la ley, 180 días. La etapa del juicio ha mejorado sustancialmente en los dos departamentos. Esto indica que la modificación de la gestión tiene un impacto directo en la duración de los procesos, pues la implementación del reglamento permite desformalizar las comunicaciones y las notificaciones se realizan en la misma audiencia.

d. Condiciones de los Centros de Prisión Preventiva

La sobrepoblación carcelaria, y la inadecuada infraestructura de los centros, provocan la existencia de condiciones infrahumanas de detención, de tal suerte que el acceso a los servicios básicos es ineficiente, lo que genera a su vez problemas de higiene y salud. Así, los servicios sanitarios en promedio, existen en relación de 1 por cada 33 personas, teniendo que añadir que son de cemento y que el sistema no proporciona los utensilios básicos para mantenerlos limpios y desinfectados.

Cuadro 5
CENTROS PREVENTIVOS

Centros a Cargo del Sistema Penitenciario	Sanitario Por Persona
Preventivo Zona 18	1 para 45.46
Boquerón	1 para 82.5
Petén	1 para 21.25
Cobán	1 para 15.5

Fuente: base de datos ICCPG.

En cuanto a condiciones de luz solar y ventilación, los centros a cargo de la Policía Nacional Civil son los que muestran mayores problemas. No cuentan con espacios abiertos para los reclusos, por lo que las personas privadas de libertad permanecen todo el día en su celda. Dicha situación impide que dentro de los centros puedan tomarse horas de sol, además de afectar la posibilidad de desarrollar actividades deportivas y recreativas, entre otras, afectando directamente la salud física y mental de los reclusos.

Cuadro 6
HACINAMIENTO SISTEMA PENITENCIARIO

Centro	2004	2005	2006	2007
Los Jocotes	99%	84%	105%	100%
Cobán	77%	45%	55%	8%
Mazatenango	42%	17%	51%	43%
Boquerón	27%	87%	59%	26%
Antigua Guatemala	0%	0%	26%	59%

Fuente: Observatorio de Cárceles ICCPG

Las condiciones citadas y otras, tienen mayores consecuencias cuando la población privada de libertad requiere de condiciones de vida especiales como género, cultura, edad y capacidad física⁴⁵. Así, los centros de mujeres no cuentan con espacios adecuados para atención ginecológica y maternal. Además, los centros carecen de espacios que garanticen el acceso a los servicios de personas discapacitadas, y no se cuentan con programas especiales de atención médica y alimentaría para personas mayores de 60 años.

El acceso a las prácticas culturales de cada persona es inexistente, a pesar que tanto la CPR, como la Ley del Régimen Penitenciario, preceptúan el reconocimiento, respeto y promoción de las formas de vida, idioma, religión cultura y tradiciones de los pueblos indígenas. A lo anterior se suma la ausencia de programas y políticas para cumplir con el artículo 10 del Convenio 169, que exige que se deben propiciar condiciones en las cárceles para personas privadas de libertad pertenecientes a los pueblos indígenas.

Otro aspecto a señalar lo constituye la ausencia de atención médica. Al ingresar a cualquier centro de detención no se practica un examen médico primario, siendo esto consecuencia de que el sistema penitenciario únicamente cuenta con 48 médicos, de los cuales 20 se dedican al área de administración, 10 trabajan durante 8 horas al día en algunos centros y 18 médicos atienden cuando se le solicita su atención. En tal sentido, no todos los centros de detención cuentan con un médico, por lo que en las actuales condiciones no se garantiza efectivamente el derecho a la salud.

Los altos niveles de hacinamiento presentados en algunos centros

⁴⁵ Las mujeres representan el 5,8% de la población privada de libertad; el 3,7% de la población es mayor a los 60 años; el 21% de la población se considera de identidad indígena. No hay datos de personas discapacitadas.

de privación de libertad han conducido a que los espacios para dormir sean insuficientes para una persona. De 8 centros mostrados en la tabla siguiente, se tomaron como muestra el promedio de metros cuadrados por persona para su alojamiento nocturno y el resultado fue de 3.73 m².

Cuadro 7

ESPACIO DE DESCANSO NOCTURNO EN CENTROS PREVENTIVOS.

Centro a cargo del Sistema Penitenciario	Metros ² Disponibles	Población	Metros ² por Persona
Preventivo Zona 18	1.785	1.273	1.40
Mazatenango	208	151	1.37
Boquerón	360	165	2.18
Petén	96	85	1.12
Cobán	180	140	1.28
Centros a Cargo de Policía Nacional Civil			
Huehuetenango	48	49	0.97
Jalapa	34	44	0.77
Sololá ⁴⁶	104	5	20.8

Fuente: Observatorio de Cárceles ICCPG.

e. Costos Económicos de la Prisión Preventiva

La prisión preventiva implica un costo social y económico, tanto a la persona afectada como a la sociedad, el cual no se considera como variable importante para su aplicación en cuanto a los casos, su duración y las condiciones carcelarias en que se desarrolla. A nivel personal, la afectación implica muchas veces la pérdida de relaciones sociales, debido al estigma y al rompimiento de su tejido social. A nivel económico, la afectación personal se presenta con la pérdida del empleo, y en muchas oportunidades, la familia no solo deja de percibir ingresos, sino que también tendrá que asumir nuevos costos, los de carácter legal y sostener a la persona privada de libertad. No se cuentan con estudios sobre este tipo de costos económicos y sociales que sufre la persona, lo cual podría detectarse a través del estudio de casos.

Para determinar los costos económicos por la aplicación de la prisión preventiva a nivel social, se han definido tres indicadores básicos: 1) el costo unitario por privación de libertad; 2) el grado de satisfacción de las necesidades básicas durante la prisión preventiva; y 3) el costo social por inactividad de una persona privada de libertad.

⁴⁶ En 2004 el espacio disponible para cada interno era de 2.26; en 2005 de 1.36 m².

Los dos primeros tienen relación directa con el presupuesto asignado al sistema penitenciario en el componente de prisión preventiva. El costo unitario tiene como base el número de resoluciones de prisión preventiva, el promedio de días de privación de libertad, el número de hospedajes estimado y el presupuesto asignado a la prisión preventiva. El segundo indicador tiene relación con estas variables, con el agregado de el costo estimado para la canasta básica, que de conformidad con las estimaciones económicas, comprende el valor de las unidades básicas para la sobrevivencia, entendida como el límite de la pobreza; y el límite de la extrema pobreza, que comprende un valor mínimo de las personas que ni siquiera logran satisfacer sus necesidades básicas.

Con el tercer indicador se pretende estimar el costo que tiene para la sociedad, expresado en relación al PIB, la “riqueza” que deja de producir la sociedad, tomando en cuenta la privación de libertad por prisión preventiva.

Los costos pueden apreciarse en el siguiente cuadro para el caso de los juzgados de primera instancia:

Cuadro 8

COSTO PRISIÓN PREVENTIVA SEGÚN PRESUPUESTO PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA

Rubro	2003	2004	2006
Presupuesto Prisión Preventiva	19.105.672.63	17.396.807.09	14.147.811.35
Número de autos de prisión preventiva	9,824	8,543	6,459
Promedio de días de privación de libertad	107.03	107.03	107.03
Días de hospedaje	1.051.505.10	914.352.26	691.381.67
Costo por día de hospedaje	18.17	19.03	20.46

Fuente: *Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.*

Cuadro 9

GRADO DE SATISFACCIÓN NECESIDADES BÁSICAS DENTRO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Rubro	2003	2004
Presupuesto Prisión Preventiva	19.105.672.63	17.396.807.09
Días de hospedaje	1.051.505.10	914.352.26
Costo por día	18.17	19.03
Límite Pobreza	19.51	21.31
Límite extrema Pobreza	9.75	10.65
Porcentaje Costo Línea Pobreza	92	89
Porcentaje Costo Línea Extrema Pobreza	186	178

Fuente: *Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.*

Los indicadores referidos nos muestran elementos para valorar algunas implicaciones económicas que se deben considerar al momento de la toma de decisión sobre la prisión preventiva. Existe en el imaginario social de que los presos viven en condiciones extravagantes, sin embargo, la realidad que nos muestran los costos económicos es distinta. Hay personas con privilegios, que son las excepciones, y en general reproducen su condición de poder en libertad con mayor crudeza dentro de la cárcel.

La información base se debe considerar con precaución, pues no se cuenta con información precisa sobre el presupuesto del Sistema Penitenciario en relación a las cárceles preventivas, así como también actualización sobre los días promedio de privación de libertad y los números de autos de prisión preventiva, sin embargo, pueden considerarse como índices iniciales que deberán ser completados con información más detallada.

Puede advertirse que los costos relativos a mantener una persona en prisión preventiva se han incrementado en relación al año 2003, lo cual podría significar una mejora en las condiciones carcelarias. Este incremento en el gasto tiene relación con la disminución del número de personas en prisión preventiva, pues el presupuesto, como puede observarse en los cuadros anteriores, refleja una disminución durante el año 2004. El presupuesto del Sistema Penitenciario, por el contrario, ha presentado una baja durante los períodos considerados, lo cual significa un factor clave para el mantenimiento de las condiciones humanas mínimas dentro de las prisiones. Esta situación se puede observar en la tendencia que presenta el segundo indicador relativo al grado de satisfacción de las necesidades básicas, el cual ha sufrido un deterioro en el año 2004. En general, puede advertirse, que con el presupuesto que se proporciona al Sistema Penitenciario para la prisión preventiva, no se podría cubrir ni siquiera la canasta básica, que constituye una base para medir la cantidad y calidad de bienes y servicios para sobre vivir. Esta es una explicación inicial a las condiciones carcelarias deficitarias descritas en el apartado anterior.

Cuadro 10

COSTO INACTIVIDAD ECONÓMICA DE PERSONAS EN PRISIÓN PREVENTIVA

Rubro	2003	2004
Límite pobreza	19.51	21.31
Salario Mínimo Vital	47.75	54.62
Días de hospedaje	1.051.505	914.352
Costo Según límite pobreza	20.514.862	19.484.841
Costo Según salario mínimo	50.209.363	49.941.906

Fuente: Observatorio de Justicia Penal, 1er. Informe, 2007.

Pero los costos unitarios que implica la utilización de la prisión preventiva, también tienen un impacto en el ámbito macroeconómico. La visión política criminal de visualizar la aplicación de la prisión preventiva caso por caso, sin tener una proyección estratégica de su aplicación, nubla la visión de que someter a una persona a privación de libertad por un tiempo determinado, además de significar un costo para su mantenimiento, también implica la disminución de probabilidades de que esta persona produzca riqueza, situación que puede disminuirse al aplicar una medida sustitutiva, pues la persona, en la mayoría de los casos, mantiene su actividad económica cotidiana y al mismo tiempo se pueden garantizar el resultado del proceso. Esto, por supuesto, no implica eliminar la aplicación de prisión preventiva en su totalidad, pero exige incluir otros elementos para valorar su aplicación, como lo es el costo directo que implica su utilización y la riqueza social que, en forma hipotética, se deja de percibir. El cuadro anterior, refleja, en forma estimada, que se ha dejado de producir cerca de 50 millones de quetzales (7.5 millones de dólares), en la privación de libertad por prisión preventiva. Dichos costos no incluyen los costos por la detención policial, en cuyo caso, el costo sería mucho mayor. En términos económicos, también se debe observar que la aplicación de la prisión preventiva, desde otra perspectiva, también es una forma de producir riqueza: el presupuesto de las prisiones, actividad para los abogados, actividad de pequeños comerciantes alrededor de los centros de detención, etc.

Esta perspectiva no debe dejar de pasar por alto, que el costo de la prisión preventiva, y su relación con la riqueza que se deja de percibir, debe mantener una relación, la cual se materializa y justifica cuando la aplicación de la prisión preventiva logra su cometido: garantizar la aplicación de una pena de prisión, y en el mejor de los casos, cuando dicha pena se refiere a delitos con alto contenido violento, pues no debemos olvidar que la justicia penal tiene un

valor simbólico, cuando es efectiva, en la preservación de determinados valores sociales.

En términos económicos, políticos y éticos, podríamos afirmar que un costo de tal magnitud se justifica cuando se reduce la aplicación de la prisión preventiva (en número y duración), se amplía la efectividad del sistema. Si analizamos, por ejemplo, la diferencia entre el costo de la prisión preventiva, expresado en el presupuesto invertido en las cárceles destinadas a este fin, y la riqueza que se ha dejado de percibir, encontramos una diferencia significativa. Así, en el año 2003, por ejemplo, la prisión preventiva tuvo un costo de 19 millones de quetzales (2.9 millones de dólares), mientras que durante ese mismo año se dejó de percibir cerca de 50 millones de quetzales (7.5 millones de quetzales), si consideramos el salario mínimo. Esto es una diferencia de 31 millones de quetzales (4.5 millones de dólares) que se dejó de producir. Para el año 2004, el incremento en lo que se dejó de percibir se incrementó en cerca de dos millones de quetzales.

Por supuesto que dicha valoración debe considerar dos hipótesis implícitas, la primera, que las condiciones carcelarias son deficitarias en relación al cumplimiento de los derechos humanos para los privados de libertad, lo cual se refleja en el presupuesto; y la segunda, que al considerar el salario mínimo, estamos tomando en cuenta que la privación de libertad recae casi con exclusividad sobre sectores marginados, es decir los obreros o personas sin empleo. Sin embargo, dadas las bases ideológicas y de relación de poder en que se manifiesta de hecho del sistema penal, expresado en los mecanismos de selectividad, ambos presupuestos resultan ciertos.

VII. PERSPECTIVAS

Tal como afirmamos en el capítulo anterior, la tendencia en los últimos años ha sido la reducción tanto de la frecuencia del uso de la prisión preventiva, como del tiempo de su duración. Esta tendencia se podría valorar, en un primer plano, como el indicio de su uso racional. Lo importante del análisis de sus perspectivas es determinar los factores que provocan la reducción de su frecuencia y duración en tiempo. Dicho análisis debe partir de la tensión que dentro del concepto de debido proceso provoca la prisión preventiva, es decir entre la eficacia de la persecución delictiva y las garantías judiciales que rodean su utilización. Solo a partir de esta tensión es posible valorar el uso racional de la prisión preventiva. No hacerlo dentro

de estas perspectivas, nos llevaría a dos situaciones radicales sobre la naturaleza de la prisión preventiva: por una parte, la idea de que para asegurar en forma contundente los resultados del proceso judicial es preciso aplicar la prisión preventiva como regla y no como excepción, situación defendida por el sistema inquisitivo; y por otro lado, la abolición de la prisión preventiva, pues resulta incoherente respecto al principio de inocencia, defensa y la necesidad de un juicio previo en donde se compruebe la culpabilidad de la persona sometida a proceso judicial. Ambas posiciones se encuentran fuera de la discusión en este reporte de estado de situación, pues asumimos como principio político criminal orientador, la utilización de la prisión preventiva en forma excepcional y no como regla. Dicha perspectiva obliga a incluir las garantías procesales como límite de su uso arbitrario.

Partir de la tensión que genera la prisión preventiva entre eficacia del sistema penal y garantías, permite ubicar la naturaleza de la toma de decisiones políticas que han provocado la reducción de su frecuencia y duración. Aunque resulte evidente, es importante resaltar que la prisión preventiva se ubica dentro de las políticas que favorecen la eficacia del sistema justicia penal, y por tanto, un factor de persecución penal efectiva.

Tomando en cuenta dicha tensión y la posición de la prisión preventiva, resulta importante ubicar, dentro del esquema organizacional del sistema penal (instituciones responsables de la justicia penal, Ministerio Público, Policía Nacional Civil, Organismo Judicial, Defensa Pública y Sistema Penitenciario), al conjunto de políticas que tienen como objetivo el uso racional de la prisión preventiva. Esta posición parte en principio que si bien, en un plano teórico, pueden ser vistas como un sistema, entendido este al conjunto de organismos interrelacionados para el logro de una finalidad determinada, en el plano práctico su funcionamiento está sometido a una permanente tensión e independencia. En un sentido, algunas con una orientación hacia la eficacia (Ministerio Público, Policía y Sistema Penitenciario), mientras otras relacionadas con el control de garantías (Organismo Judicial y Defensa Pública).

Cada instancia tiene objetivos precisos dentro del sistema penal, y la prisión preventiva conforma una institución jurídica que se ubica en cada institución como parte de sus finalidades, ya sea tanto en el plano de la eficacia, como en el plano de las garantías. Puede afirmarse que dicha perspectiva no sea del todo precisa, pues, de conformidad con el régimen de legalidad que inspira cualquier acción

estatal, todas las instancias tendrán de alguna manera relación con la eficacia y las garantías. Dicha crítica tiene precisión en sentido amplio, sin embargo, en sentido estricto, cada instancia del sistema penal encuentra una mayor identificación hacia el desarrollo de las garantías o bien hacia la eficacia.

Un ejemplo contundente en este sentido es la función del juez en la toma de decisiones sobre la aplicación o no de la prisión preventiva en un caso concreto. En esta situación, el juez, en base a la información producida en la audiencia y la solicitud concreta del órgano de persecución penal de aplicar la prisión preventiva, deberá resolver si accede a dicha petición, permitiendo con mayor precisión la eficacia del sistema. Sin embargo, dicha decisión deberá estar claramente argumentada tomando en cuenta el cumplimiento de las garantías procesales expresadas en los requisitos para aplicar la prisión preventiva, interpretación sujeta a los principios constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala.

a. Políticas Relativas al respeto de las Garantías Judiciales

La transformación de la organización y gestión del despacho judicial, a través de la implementación del Reglamento General de Juzgados y Tribunales Penales (RGJTP), y el mejoramiento del acceso a la justicia en forma ininterrumpida, por medio de la creación de los Juzgados Penales de Turno en la Ciudad Capital, constituyen las políticas públicas que mayor impacto han tenido en la reducción de la frecuencia y duración del tiempo de la prisión preventiva.

El modelo de gestión judicial permitió que la toma de decisiones judiciales, en especial aquellas previas al juicio, se realizara en audiencia. De esta forma, se transformó la organización y gestión judicial del trámite del expediente al desarrollo efectivo de audiencias. En el mismo sentido la organización de los juzgados de turno en centros urbanos con mayor población, permitió mejorar el acceso a la justicia en horario fuera de lo normal de oficinas judiciales, fines de semana y días festivos. A partir de la implementación de estas políticas judiciales, fue evidente la disminución de la frecuencia y duración de tiempo de la prisión preventiva. Como explicamos en su oportunidad, la implementación de dichas políticas permitió el desarrollo de las características básicas de las audiencias previas al juicio (concentración, intermediación, publicidad, continuidad y oralidad), sin embargo, estas políticas, luego de cinco años de iniciada su implementación, la generalización en toda la República no

ha sido una política contundente por parte de la Corte Suprema de Justicia. Lo importante de resaltar como tendencia es la apropiación que de este método han realizado principalmente los jueces, quienes en sus localidades, en la mayoría de los casos, han asumido el liderazgo en su realización.

Los factores que apoyan la apropiación de este modelo, además de que los jueces y litigantes han comprendido que a través de este método se desburocratiza el sistema de justicia y permite el respeto de los plazos procesales, es la incorporación de tecnología audio-digital para la preservación fidedigna del desarrollo de las audiencias.

La transformación de la gestión judicial y la ampliación al acceso a la justicia por medio de los tribunales de turno, ha permitido la evolución cualitativa del modelo propuesto por la reforma judicial, el cual tiende a ampliarse, no sin dificultades, en todo el territorio nacional. Esta política permite dimensionar problemas, que si bien se habían identificado desde el inicio de la reforma en 1994 e influyen en el uso racional de la prisión preventiva, no existían condiciones previas para su visualización concreta y solución integral. Entre estos problemas sobresalen:

1. Ampliar el acceso a la justicia para comunidades indígenas. El desarrollo de las audiencias previas al juicio ha permitido identificar la necesidad de intensificar políticas judiciales relativas a mejorar el acceso de la justicia a las comunidades indígenas, en especial lo relativo a incluir funcionarios judiciales que conozcan el idioma de estas comunidades o bien, en su defecto, la incorporación de traductores que faciliten la comunicación en idiomas mayas. Mejorar el acceso a la justicia para los pueblos indígenas, que constituyen más del 40% de la población, no ha permitido el cumplimiento de la utilización de la prisión preventiva como última ratio para los indígenas que ingresan al sistema, tal como está prescrito en el Convenio 169 de la OIT.
2. Modificaciones a la legislación procesal que faciliten el desarrollo de audiencias orales. Si bien es cierto que el Reglamento General de Tribunales ha facilitado la implementación del modelo de gestión por audiencias, también es cierto que en determinados sectores del sistema de justicia y de la cooperación internacional, subsisten visiones de interpretación exegética de la ley procesal, lo cual facilita la pervivencia cultural del trámite del expediente. Por esta razón es necesario realizar modificaciones legislativas para garantizar que: la toma de decisiones judiciales se realice en audiencias orales; y que en la

comunicación de su realización y registro se puedan utilizar tecnologías de punta.

3. Mejorar la discusión sobre la aplicación de las medidas de coerción. En algunos lugares en donde el modelo de gestión por audiencias se ha incorporado como método de toma de decisiones cotidiano, como en el Occidente del país, se ha iniciado una evolución hacia metodologías que permiten profundizar la discusión por parte de litigantes sobre el plazo de duración de las medidas de coerción. De esta forma, los plazos legales establecidos para la prisión preventiva y sus medidas sustitutivas, se interpretan como máximos, debiendo los litigantes verter sus argumentos para que el juez determine, en el caso concreto, el plazo razonable para la medida de coerción y fijar en forma anticipada, el día y hora para la presentación de las conclusiones de investigación.

b. Políticas Relativas a la Eficacia del Sistema Penal

Las medidas de coerción, y la prisión preventiva en especial, constituyen un costo social que se pretenden justificar por la garantía que ofrece a la eficacia del sistema penal, esto es, que a través de la aplicación de una coerción procesal se obtiene, al menos en forma hipotética, un alto nivel de probabilidad para la aplicación de una pena, y por lo tanto, la reducción de los niveles de impunidad. De esta manera debería de existir una correlación entre aplicación de las medidas de coerción y reducción de la impunidad.

Su aplicación innecesaria o desproporcionada refleja el grado de arbitrariedad del sistema penal. Esto es, la asunción de costos sociales injustos en su aplicación sin ningún resultado en la reducción de la impunidad. Algunos ejemplos nos pueden servir de ilustración: detenciones policiales que obtienen una solución de falta de mérito en la primera declaración; aplicación de prisión preventiva y finalización del proceso por una solución simplificadora del proceso (criterio de oportunidad o suspensión condicional de la persecución penal); prisión preventiva y finalización de la investigación por medio de una clausura provisional del proceso o sobreseimiento; y aplicación de prisión preventiva para luego obtener una sentencia absoluta.

Las estrategias para el uso racional de la prisión preventiva, y las medidas de coerción en general, parten del principio básico de que en la práctica judicial, se utilicen como herramienta para incrementar los niveles de respuesta positiva del sistema (sentencias conde-

natorias). Esta situación lleva implícito los mecanismos adecuados para disminuir la utilización de las medidas de coerción en forma arbitraria, descritos en parte en el párrafo anterior. Dicha visión, es posible mantenerla dentro de la perspectiva de que las medidas de coerción no pierdan su naturaleza cautelar, es decir, de que a través de su utilización no se pretenda cumplir finalidades fuera del ámbito procesal y trasladar su uso como herramienta para cumplir fines de la pena, ya sean retributivos o preventivos.

Como hemos expresado con anterioridad, la reforma procesal iniciada en 1994, tiene como objetivos claves definir las medidas de coerción como medidas de naturaleza cautelar, es decir, como herramienta procesal para dotar de eficacia al sistema de justicia. Las reformas legislativas posteriores, en especial aquellas que tienden a aplicar la prisión preventiva en forma obligatoria por la simple sindicación de determinados delitos, o bien a determinadas personas por conducta de vida, han puesto en crisis la naturaleza cautelar de las medidas de coerción, en especial la prisión preventiva.

Esta visión ha provocado que las instancias del sistema de justicia sean tolerantes ante la aplicación de medidas de coerción arbitraria, en especial la detención policial y la prisión preventiva. Para la policía, el criterio de éxito está en la detención, sin importar lo que pueda pasar en muchos casos durante la fase judicial; los fiscales, al existir delitos en los cuales la aplicación de la prisión preventiva es obligatoria, no tienen incentivos para realizar o solicitar investigaciones previas que justifiquen su aplicación, por lo tanto, la prisión preventiva se convierte así en una pena anticipada o pena directa, pues muchos casos no superan la fase intermedia al carecer de suficientes pruebas que justifiquen la realización de un juicio; y los jueces, tampoco tienen incentivos para exigir mayor información a las partes del proceso que puedan justificar una prisión preventiva. Estas posturas se han visto mitigadas por la implementación del nuevo modelo de gestión judicial, en especial en las etapas previas al juicio, el cual ha permitido que los jueces y los sujetos procesales recuperen en parte sus funciones básicas en las audiencias orales.

Sin embargo estos avances no son suficientes, pues parten de la perspectiva de generar escenarios, la audiencia, para la discusión sobre la necesidad de la aplicación de la prisión preventiva o una medida sustitutiva. En forma efectiva es un avance, pero no es suficiente para la utilización racional de la prisión preventiva, pues su visión es la discusión sobre los límites de su aplicación, y esto provee soluciones de una parte del problema. El uso racional de

la prisión preventiva, y de sus medidas sustitutivas, requiere, como parte de una solución integral, incluir la perspectiva de su utilidad, esto es, que las instancias de justicia responsables de la persecución penal y eficacia del sistema, Ministerio Público, Policía Nacional Civil y Sistema Penitenciario, diseñen estrategias que permitan utilizar las medidas de coerción en su conjunto, como herramientas que favorecen la eficacia del sistema, es decir, el diseño e implementación de una política criminal de incentivos para el uso racional de las medidas de coerción. La utilización de una política criminal de esta naturaleza se puede implementar a partir de algunos lineamientos básicos.

1. Aplicación de las Instrucciones Generales del Ministerio Público sobre Medidas de Coerción. Estas instrucciones, creadas en el año 2005 y descritas en capítulos anteriores, orientan a los fiscales para que realicen los requerimientos sobre las medidas de coerción en general y la prisión preventiva en forma específica, sin embargo, como se explicó, carecen de mecanismos de seguimiento y verificación de impacto.
2. Controles sobre utilización de medidas sustitutivas a la prisión preventiva. Existe una percepción social de que la aplicación de las medidas sustitutivas son sinónimo de impunidad; y el sistema de justicia no ha implementado políticas que incentiven su utilización como herramienta que contribuye en gran medida a la eficacia del sistema con el menor costo personal y social posible. Dispositivos que favorezcan la identificación, establecimiento de redes personales, identificación de programas de fianzas a bajo costo y localización de personas, pueden ser mecanismos que provean información oportuna para la toma de decisiones en la audiencia de primera declaración.
3. Implementación de unidades de solución temprana de casos. Muchos de los casos que ingresan al sistema no requieren suficiente información para la toma de decisiones finales. Los casos en flagrancia y aquellos que podrían resolverse a través del principio de oportunidad, no requieren muchas veces ni solicitudes de medidas de coerción, pues podrían resolverse en el incluso en la audiencia de primera declaración. Este tipo de soluciones tempranas, constituyen un gran incentivo para garantizar la eficacia del sistema sin necesidad de recurrir a las medidas de coerción y mucho menos a la prisión preventiva.
4. Reestructuración del sistema policial de investigación criminal. La creación de la actual Policía Nacional Civil en 1996 se realizó desde la perspectiva de policía única, la cual concentra las funciones de prevención, reacción e investigación. Estos mode-

los centralistas, de origen francés napoleónico, provocan, entre otros problemas, que se privilegie la función de prevención y reacción frente a la investigación criminal, la cual es clave en los casos complejos y de grave violencia social. Además de los problemas de selectividad y de cooperación deficiente con el Ministerio Público en materia de investigación, este modelo policial ha permitido que existan incentivos para visualizar el éxito de la intervención en la detención policial y no en las sentencias condenatorias. Esta situación provoca una desconexión de la policía de las funciones judiciales, pues su interés de éxito oscila entre la detención y en el mejor de los casos, excluir de la circulación a determinadas personas por períodos intermitentes a través de la prisión preventiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, Cesare. **De los Delitos y de las Penas**, traducción de Francisco Tomás Valiente y Aguilar Madrid. España. 1982.
- Binder, Alberto. **Introducción al Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc. 2004
- Centro de Investigaciones Económicas, **Magnitud y Costo de la Violencia en Guatemala, Carta Económica Número 30**. 2002.
- Christie, Nils. **La Industria del Control del Delito, ¿la nueva forma del holocausto?**, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. 1993.
- Ferrajolli, Luigi. **Derecho y Razón**,
- Herrarte, Alberto. **El Proceso Penal Guatemalteco**, Guatemala: Editorial Vile. 1989.
- Monterroso, Javier. **Investigación Criminal**, 2ª. Ed.; Guatemala: Ediciones del Instituto. 2008.
- Ramírez, Luis. **Informe de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en Guatemala**, Revista Centroamericana de Justicia Penal y Sociedad Número 19. 2003.

Ramírez, Luis. **Tendencias de la Política Legislativa en Guatemala**, Editorial Sur. 2006.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, **Observatorio de Justicia Penal**, Revista Justicia Penal y Sociedad Número 27. Guatemala. 2007.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Nro. 17- 73.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Nro. 51-92

Código Procesal Penal, Derogado. Decreto 52-73.



IMPACTO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL RESPECTO A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN HONDURAS

ERICK JUÁREZ¹
INVESTIGADOR PRINCIPAL

OSWALDO SAMAYOA
ASISTENTE

INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal de Honduras, que entró en vigencia en el año 2002, significa un cambio en la forma de administrar justicia. Este cambio no solo se refiere al nivel de respeto a las garantías fundamentales, reconocidas por la Constitución y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino que también a la forma en que se ejerce la acción penal. Esto es, la búsqueda de la eficacia en la persecución penal, con el respeto al debido proceso.

La utilización de la prisión preventiva busca ambos objetivos, es decir, garantizar el resultado del proceso y al mismo tiempo el respeto de las garantías procesales. Por tal razón, se ha previsto que su uso sea el último mecanismo para asegurar la presencia de los imputados dentro del proceso, para lo cual, la nueva normativa, a diferencia del Código Procesal Penal derogado, incluye una serie de medidas alternativas, las cuales se contemplan para delitos de menor afectación.

La investigación que se presenta en el presente trabajo incluye un análisis normativo e información empírica, con lo que se pretende poner de manifiesto el grado de avance del proceso de transformación de la justicia penal. Esperamos que dicha información sirva de base para identificar aquellas buenas prácticas que se han implementado a partir de la vigencia del nuevo ordenamiento procesal,

¹ Profesor de derecho.

así como también aquellas prácticas que deben ser transformadas para aprovechar el potencial que ofrece la normativa para lograr que la prisión preventiva deje de ser, como en el pasado, la aplicación de una pena anticipada o bien una pena, lo cual ha desvirtuado su naturaleza cautelar, para convertirla, de hecho, en la búsqueda de fines propiamente penales.

CAPÍTULO I

PRISIÓN PREVENTIVA ANTES DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

1. Regulación normativa

Todos los códigos procesales penales de antaño y los más recientes han regulado la prisión preventiva como medida de coerción, sea con fin procesal o como simple consecuencia del sumario; tal es el caso del Código de Procedimientos Penales, CdPP (derogado), que establecía la prisión preventiva como una decisión judicial dependiente al sumario y relacionada a la confesión judicial², al prescribir que el auto de formal prisión debía dictarse por el juez de instrucción, con base a la información que se le presentara y las diligencias por él desarrolladas, comenzando a correr desde ese momento los plazos procesales.

Sumado a ello, en el capítulo de “incidencias del juicio criminal”, se describía la forma, modo y tiempo en que podía obtenerse la libertad mediante fianza, siendo esta formalmente la única forma de sustituir la prisión preventiva³. El Código abordaba también los efectos administrativos que producía la prisión preventiva y los casos en los cuales no podía imponerse, así como que la misma se constituye como una consecuencia lógica e imperativa de la formalización del sumario⁴.

Según el artículo 178 del CdPP, los presupuestos para decretar la prisión provisional eran: 1. Existencia del delito, siempre y cuando se tratara de delitos que tuvieran señalada pena privativa de libertad; 2. Posible participación del imputado.

² Ver artículos 175 al 179 del CdPP.

³ Ver artículos 433 al 444 del CdPP.

⁴ Ver artículo 174 del CdPP.

Una de las variantes entre esta regulación normativa y la actual, resulta ser la incorporación de fines procesales de la prisión preventiva en los códigos vigentes, en donde aparte del presupuesto procesal, se exige la acreditación de una condición que pretenda evitarse con la restricción de la libertad personal, siendo los fines preventivos sobre los cuales se justifica su uso.

Respecto a la forma y momento procesal en el cual se imponía la prisión provisional, el CdPP refería que esta debía decretarse en un plazo máximo de seis días, desde que se decretara el sumario, mediante auto de formal prisión que se realizaba por escrito sin presencia de los sujetos procesales. Al respecto, el artículo 174 del referido código, indicaba “debiendo dictarse dentro del término de 6 días la orden de libertad o prisión, según el mérito de lo actuado”, retomando con ello la relevancia de la información preliminar existente.

Conforme a lo indicado, el CdPP mantiene una regulación de la prisión preventiva acorde al momento histórico en que fuera decretado y puesto en vigencia, mismo que progresivamente fue mejorándose en los distintos códigos de la región, al incorporar otras medidas de coerción distintas a la prisión preventiva, y exigir la acreditación de peligros procesales para decretar la privación de libertad, habida cuenta que la misma, a la razón actual, está enfocada al cumplimiento de fines procesales, sin cuya acreditación se deslegitima su imposición. Aunado a ello, los códigos vigentes regulan todo lo relativo a la forma y condiciones para su imposición, control de su cumplimiento, plazo máximo de duración, revisión o revocatoria y forma o metodología para su imposición.

Asimismo, en el plano de la sustitución de la prisión preventiva por otra medida de coerción, se establece que la única era la caución económica y solo para los casos en los cuales la reclusión no sobrepase los 5 años de internamiento; el CdPP prescribía 3 formas de establecer la caución económica, siendo la fianza personal, hipoteca y el depósito de dinero o cheque certificado, cuya cuantía de la caución se regula conforme a la regla aritmética descrita en el artículo 435 del código indicado. A partir de la entrada en vigencia de los nuevos Códigos Procesales se presentan dos importantes variaciones en esta situación: la primera consistente en la ampliación de las medidas de coerción distintas a la prisión preventiva, que actualmente en la mayoría de códigos están entre 8 a 11 formas de coerción de que dispone el juez para asegurar la presencia de las personas en juicio y el no entorpecimiento de la investigación; y la

segunda, consiste en la tendencia actual de establecer un catálogo de delitos inexcusables por el resultado y no por el máximo de pena de prisión señalada.

2. Prácticas judiciales para la imposición de la prisión preventiva

Según las entrevistas realizadas a personal de la defensa pública, la prisión provisional se decretaba de oficio por el juez de instrucción sin requerimiento fiscal ni argumentos de la defensa, siendo un acto eminentemente formal, escrito y secreto, necesario para encabezar el proceso e insustituible para todos aquellos delitos en los cuales se tiene fijada una pena privativa de libertad mayor de 5 años de duración.

Para el efecto, luego de recibir la indagación del sindicado y revisar los antecedentes existentes o realización de algunos actos de investigación, se redactaba el auto de formal prisión el que era comunicado a la autoridad carcelaria, al sindicado y su abogado defensor cuando era asistido por uno; conforme a ello, los argumentos de la defensa iban encaminados a la indagación y su consecuente auto de iniciación del proceso, sin pronunciamiento respecto a la prisión preventiva. Según las entrevistas, la privación de libertad se decretaba sobre la base de la prevención policial, denuncia o querrela privada, siendo en el sumario en donde se obtenía información para constatar los hechos de la sindicación.

Otra circunstancia que se manifiesta en la práctica de imposición de prisión provisional, es la toma de indagación del reo sin presencia de un abogado; según entrevistas realizadas, la tendencia era llevar al reo ante el juez de instrucción, hacerle ver el hecho, darle tiempo para confesar, y si no lo hacía se decretaba la iniciación formal del proceso, y en un plazo máximo de 6 días decretaba el auto de formal prisión. El abogado de confianza o pasantes de las facultades de derecho, asumían el cargo de defensores en el desarrollo del sumario, y hasta antes de la elevación a juicio.

Toda prisión preventiva se decretaba por escrito, mediante auto, cuyo formato era reproducido por los asistentes de juzgados y llenado con los datos del sindicado, en cuyo contenido se describían los considerandos de derecho y de hecho, transcribiendo la norma jurídica en el primero y la parte conducente de la denuncia, prevención policial o querrela privada en el otro; el auto de formal prisión se basaba en un formato homogéneo, sobre el cual se incorporaban los datos del caso en concreto. Como se ha señalado, el auto de

formal prisión se notificaba por cédula al sindicado, en las cárceles públicas y en su defecto a su defensor, lo que en no muy pocos casos hacía que el preso desconociera la razón de su encarcelación.

La solicitud de excarcelación era requerida por escrito, y resuelta en la misma forma, sin más trámite, concediéndola o denegándola; en la resolución, si se concedía la excarcelación, el juez fijaba el monto de la caución, ordenando escriturar en caso de fianza o hipoteca, o a realizar el depósito en su caso. Una vez cumplidos los trámites de la caución, el juez emitía orden de excarcelación, la que certificada era llevada al centro privativo de libertad en donde se encontraría la persona presa.

3. Análisis estadístico

Para el análisis del uso de la prisión preventiva antes de la reforma, se consultó la Memoria de Labores del Poder Judicial y se entrevistó a los encargados del Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial –CEDIJ–, sin embargo no se obtuvo información que diera cuenta de ello; los datos que presenta la memoria de labores indicada es insuficiente para este análisis, razón por la cual se requirió información de los Centros Penitenciarios, cuya tabla no desagrega el número de personas ingresadas con prisión preventiva por año, dando un dato general de número de presos en las cárceles de la república.

Ante ello se consultó el informe “Situación del Sistema Penitenciario en Honduras”, presentado a la CIDH en el año 2006, en donde se indica que para el año 2000 el número de presos sin condena es de 10.000, sin embargo este dato no permite analizar el estimado anual de prisión preventiva, toda vez que es una información global que incorpora presos de años anteriores, por lo que es imposible tener una línea basal que permita la comparación con el uso de la prisión preventiva por año después de la reforma; de esa cuenta, el impacto de la reforma procesal penal respecto a la prisión preventiva, tiene como indicador el número de presos sin condena, lo que se analizará más adelante.

Sin embargo, de acuerdo a información presentada por la Fundación para el Debido Proceso Legal en el Estudio Las Reformas a la Administración de Justicia en Honduras y Bolivia⁵, para el año 2001 la

⁵ LAS REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN HONDURAS Y BO-

población total penitenciaria era de 12.506 personas de las cuales el 85% es decir 10.591 personas permanecían en prisión preventiva; y 1.915 personas se encontraban cumpliendo condena.

Para mayo del año 2007⁶, en prisión preventiva bajo los criterios del código derogado permanecían 1.007 personas, y 4.776 personas bajo el nuevo código de procedimiento penal, lo que representa un total de 5.783 personas en prisión preventiva siendo un 49% de la población total la cual ascendía a 11.793.

Teniendo en cuenta que el nuevo código de procedimiento penal toma vigencia en el año 2002 y los datos anteriores, se puede presentar un descenso en la prisión preventiva del 36% del año 2001 al 2007.

CAPÍTULO II

PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA PROCESAL PENAL

1. Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal vigente (en adelante “CPP”), responde en buena parte a la línea común seguida por la mayoría de legislaciones latinoamericanas, cuya fuente principal resulta ser el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica; este aspecto es importante, en cuanto se orienta por los fundamentos y principios de un sistema adversarial, claro está con algunas peculiaridades en cada país.

El CPP regula las medidas de coerción separadas temáticamente en el título VI del Libro Primero, desarrollando en 25 artículos –a partir del 172– todo lo relativo a las clases de medida de coerción, con tratamiento especial de la prisión preventiva; esta consideración normativa, resulta de suma importancia para comprender la prisión preventiva en el marco del procedimiento penal, al describirla dentro de las disposiciones generales y como un medio procesal y no un fin en sí mismo.

Conforme a ello, y según la descripción normativa, el CPP clasifica las medidas de coerción en:

LIVIA, Razones que han obstaculizado su éxito y cómo enfrentarlas, Fundación para el Debido Proceso, octubre 2008. p. 80.

⁶ *Ibíd.* p. 80

1. Privativas de libertad, dentro de las cuales establece la aprehensión, detención preventiva y prisión preventiva;
2. Restrictiva de locomoción, siendo el arresto residencial, domiciliario o regional, arraigo;
3. Prohibitivas, de concurrir a determinados lugares o reuniones, comunicarse con determinadas personas;
4. Verificativas, de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, presentación periódica ante autoridad, internamiento en establecimiento psiquiátrico, suspensión en el ejercicio del cargo; y
5. Reales, consistente en depósito de dinero o valores, hipoteca, prenda o fianza personal.

Con lo anterior se logra un avance significativo en la regulación normativa, toda vez que ya no es la prisión preventiva, y excepcionalmente la caución, la única medida de coerción, sino por el contrario le entregan al juez un abanico de posibilidades de las cuales selecciona la más idónea según el caso concreto, coherente a los argumentos y evidencia presentada por los sujetos procesales.

A diferencia de otras legislaciones, el CPP da una definición de prisión preventiva, al señalar en su artículo 178, por prisión preventiva se entenderá la privación de libertad que se produzca, durante el proceso, en cumplimiento de la orden emitida por un órgano jurisdiccional competente, hasta que la sentencia definitiva adquiera el carecer de firme. Con esta definición se aseguran tres puntos centrales, el primero relativo al principio de legalidad en la imposición de la prisión preventiva, mediante el cual única y exclusivamente el juez de letras o de garantía, es el facultado para la imposición de las mismas, quedando limitado cualquier otro órgano jurisdiccional para imponerla, así como excluye prácticas arbitrarias de imposición de la prisión preventiva por jueces asignados exclusivamente para ello o con conocimiento de urgencia o a prevención. El segundo aspecto se centra en la naturaleza procesal de la prisión preventiva, al tener vigencia durante el proceso y hasta tanto la sentencia adquiera firmeza, orientando con ello que el régimen de cumplimiento de la medida de coerción debe ser distinta a la de cumplimiento de condena, lo cual responde adecuadamente al tratamiento de los presos sin condena. Y el otro punto está relacionado a la duración de la prisión preventiva, es decir, esta debiese tener como plazo máximo el tiempo normativo de duración de un proceso, sin embargo y como se establece en el artículo 181 del CPP, la prisión preventiva durará como regla general hasta un año, con la variante de 2 años cuando el delito tenga pena superior a 6 años,

aspecto este sobre el cual se profundizará en apartados siguientes de este documento.

Los principios de excepcionalidad⁷, proporcionalidad⁸ y necesidad⁹ regulan el uso de la prisión preventiva en el CPP, los cuales constituyen orientación normativa para la interpretación adecuada de la coerción penal, privilegiando la libertad del imputado y relegando a segundo plano la prisión preventiva.

A partir de la reforma procesal penal, la prisión preventiva dejó de ser una consecuencia lógica de la iniciación del proceso, y pasó de su consideración imperativa y abstracta a su consideración jurisdiccional y concreta, siendo un medio para asegurar condiciones procesales, lo cual se establece en el artículo 178 del CPP, siendo cuatro los fines procesales de la prisión preventiva, debiendo concurrir uno de ellos para legitimar la misma, ya sea peligro de fuga, obstrucción de la averiguación, reincorporación a la organización criminal para obstaculizar investigación o facilitar fuga de otros imputados, y, proteger al acusador o denunciante de la represalias del imputado. Conforme a ello, los fiscales deben evidenciar y argumentar alguno de estos supuestos para requerir la prisión preventiva, y el juez fundamentar su decisión con base a ello.

Aunado a ello, el CPP establece en el artículo 172 los presupuestos básicos para imponer una medida de coerción limitativa de la libertad, siendo la existencia de indicios suficientes que den motivos racionales para considerar que existe un hecho delictivo y la posible participación del imputado en el mismo; cabe señalar que estos presupuestos también estaban establecidos en el CdPP, como se refirió con antelación.

El CPP establece inequívocamente la forma y momento procesal en que debe decretarse la prisión preventiva, tal y como se advierte de la lectura del artículo 294 del CPP, el cual refiere que la prisión preventiva u otra decisión, referida a medida de coerción, se tomarán en audiencia oral, en la que el fiscal, acusador particular y defensa argumentan y evidencian su pretensión, siendo determinante la inmediación, lo que asegura que la prisión preventiva es impuesta por el juez en la misma audiencia, con base en los alegatos de los

⁷ Artículo 184 CPP.

⁸ Artículo 182 CPP.

⁹ Artículo 174 CPP.

sujetos procesales. Cabe advertir que el CPP establece la posibilidad de reproducir prueba, como una exigencia de contar con evidencia o antecedentes necesarios del caso que proporcionen información relevante para decidir sobre la medida de coerción a imponer; este aspecto, que no estaba considerado en el CdPP, prepondera la consideración fáctica para la toma de decisión jurisdiccional, así como fortalece la discusión adversarial sobre el uso de la prisión preventiva, siendo una información preliminar útil en su momento procesal.

2. Leyes y reglamentos

La regulación normativa de la prisión preventiva fue modificada en su versión original, a partir de la reforma del artículo 332 del Código Penal¹⁰, habida cuenta que la Corte Suprema de Justicia, con base al artículo 23 del CPP, emite el Instructivo sobre la Aplicación de las Medidas Cautelares Sustitutivas de la Prisión Preventiva en los Delitos de Crimen Organizado, mediante el cual pretende interpretar la prisión preventiva conforme a los principios y fines de la misma, sin embargo lo que hace es influenciar en los jueces el uso de la prisión preventiva en los delitos de crimen organizado, al considerarlos de extrema gravedad y en consecuencia traza una línea de obligatoriedad de esa medida de coerción.

Posteriormente, el Poder Legislativo emite el decreto 223-2004, mediante el cual adiciona un párrafo al artículo 184 del CPP, prohibiendo la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva a los miembros de crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas, con lo cual respalda el instructivo de la Corte Suprema de Justicia, indicado en el párrafo anterior, y hace obligatoria la imposición de la prisión preventiva estableciendo delitos inexcusables.

Estas modificaciones normativas respecto a la prisión preventiva, se dan en un contexto interno de aumento en los índices delictivos, así como de sensación de inseguridad subjetiva, a raíz de las acciones de grupos de delincuencia organizada, especialmente en actividades narcóticas, tráfico de armas y extorsiones; influye también acusaciones públicas respecto al uso indiscriminado de las medidas de coerción distintas a la prisión preventiva. De igual forma, el contexto regional incide en tales modificaciones, habida cuenta que en el mismo año, en el mes de noviembre, El Salvador aprueba la Ley Antimaras con vigencia temporal de 6 meses, lo que promueve en

¹⁰ Decreto legislativo 191-96.

Guatemala una iniciativa de ley en el mismo sentido, y que en Honduras se desarrolla a través de una política de seguridad de “cero tolerancia”¹¹, con manifestación visible de la inexcusación de determinados delitos.

El objetivo central de la reforma legal fue la lucha frontal al crimen organizado, con énfasis al encierro de las pandillas juveniles como medida reactiva, habida cuenta que según el gobierno tales grupos eran los responsables de los altos índices delictuales.

3. Documentos

Como parte de la metodología aplicada, se consultaron diversos documentos que abordan la reforma procesal penal en Honduras, para analizar aspectos puntuales sobre prisión preventiva, entre los que merecen referirse el Reporte sobre la Justicia en las Américas, 2004-2005 del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, y el Informe de la situación de la Prisión Preventiva en Honduras, elaborado por Rigoberto Ochoa, los cuales son importantes para conocer el comportamiento estadístico de los presos sin condena en Honduras, así como el número de medidas de coerción decretadas por año, los cuales se consideran un referente obligatorio.

El primero de los documentos describe la población penal por año, a partir de 1992 hasta el 2005, siendo el año 2001 –un año antes de implementación de la reforma–, el que presenta el mayor número de presos, sin desagregar entre condenados y presos sin condena, por cada 100 mil habitantes.

El segundo documento nos presenta, junto a otras tablas, un cuadro comparativo del uso de la prisión preventiva y otras medidas de coerción por año, a partir del año 2002 a 2006, en donde indica que la prisión preventiva es la medida de coerción más utilizada en sumatoria de años, presentando una mínima tasa de crecimiento, salvo del 2002 al 2003; al respecto presenta el 24% de uso de la prisión preventiva respecto a las otras medidas de coerción consideradas individualmente, sin embargo, debe advertirse que de las entrevistas, así como de los datos recabados y analizados, se establece que los jueces decretan dos o más medidas de coerción distintas a la prisión preventiva a un imputado, lo que representa un error, toda

¹¹ Secretaría de Estado de Honduras en el Despacho de Seguridad. “Lineamientos estratégicos de la Política Integral de Seguridad Pública y Ciudadana” -2008-20012-. pp. 21 y 23, Documento borrador para discusión ciudadana en formato digital.

vez que el porcentaje no debe ser considerado de forma individual por medida decretada, sino por persona, pues al considerarlas individualmente, el número será mayor que el de las personas sujetas a medida de coerción, y ello disminuye el porcentaje del uso de la prisión preventiva.

La población penal por año, a partir de 1992 hasta el 2005, siendo el año 2001 –un año antes de implementación de la reforma–, el que presenta el mayor número de presos, sin desagregar entre condenados y presos sin condena, por cada 100 mil habitantes:

Tabla 1
PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD POR CADA 100 MIL HABITANTES.

Año	Población	Por cada 100 mil
1992	5.717	110
1995	8.933	158
1998	9.551	155
2001	11.793	
2002	11.502	172
2004	11.236	158
2005	11.592	161

Fuente: Elaboración propia con datos de Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA¹²

Tabla 2
PRISIÓN PREVENTIVA EN RELACIÓN CON OTRAS MEDIDAS DE COERCIÓN

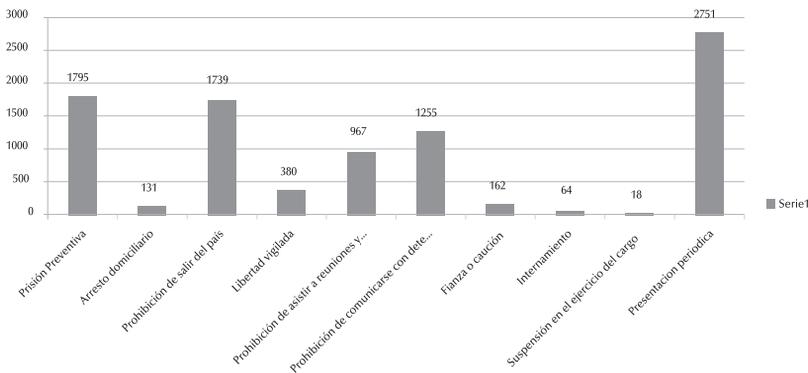
Tipo de Medida	Número de Autos
Prisión Preventiva	1.795
Arresto domiciliario	131
Prohibición de salir del país	1.739
Libertad vigilada	380
Prohibición de asistir a reuniones y lugares	967
Prohibición de comunicarse con deter. Personas	1.255
Fianza o caución	162
Internamiento	64
Suspensión en el ejercicio del cargo	18
Presentación periódica	2.751

Fuente: elaboración propias con datos 2008 del –CEDIJ–

¹² *Ibíd.*

Los datos anteriores dan muestra, como se indicó antes, que aparentemente el porcentaje de prisión preventiva es menor a otras medidas de coerción, de tal suerte pareciera que la prisión preventiva se aplica en un 19,38% (1.795) de los casos ingresados y que otras medidas en un 80,62%.

Gráfico 1
NÚMERO DE APLICACIONES DE LOS DISTINTOS TIPOS DE MEDIDAS DE COERCIÓN



Fuente: *Elaboración Propia con datos del CEDIJ 2008.*

CAPÍTULO III PRÁCTICAS JUDICIALES PARA LA IMPOSICION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Momento procesal

La prisión preventiva es decretada en la audiencia inicial, tal y como lo dispone el artículo 294 del CPP; de la observación de audiencia inicial en el Complejo Judicial de La Granja, circuito de Tegucigalpa, se constató que está instalada la metodología de trabajo oral para la imposición de las medidas de coerción, lo que constituye un avance significativo en el contexto de la reforma procesal penal; ello sin excluir la necesidad de profundizar en las destrezas de conducción y organización de audiencias, así como en el contenido de la discusión y en la lógica de fundamentación.

El diseño legal traza líneas generales conforme a las cuales debe llevarse a cabo una audiencia inicial, siendo las principales la intermediación, publicidad, contradictorio y base probatoria; sin embargo, en torno a la intermediación, hace posible la realización de la au-

diencia sin la presencia de la persona del imputado¹³, quien puede ser representado por su abogado defensor de confianza o en su caso un defensor público. Este aspecto debilita la defensa efectiva del imputado, por falta de entrevista previa entre este y su abogado defensor para determinar la teoría del caso, las estrategias a asumir, la evidencia a presentar, la actividad investigativa que puede proponer al ente acusador, así como la acreditación de situaciones de hecho que excluyan los peligros procesales de la prisión preventiva.

Esta circunstancia normativa, de juzgamiento en ausencia, se ve representada en las audiencias, que según entrevistas a abogados de la defensa pública, se constituye en la regla general, lo cual se constató en las audiencias observadas, en donde los acusados no se encontraban presentes; al consultarle a abogados de la defensa pública, señalaron que no habían tenido comunicación previa con los imputados, que no los conocían y no sabían las razones por las cuales no estaban presentes, lo que advierte claramente una posición abstracta de la defensa y una discusión eminentemente jurídica general, aislada del hecho concreto, tal y como sucedió en las audiencias observadas.

De esa cuenta, la imposición de las medidas de coerción en las audiencias, se dieron sobre la base normativa y la información presentada por el ente acusador, sobre las cuales giró la argumentación de la defensa desde el análisis normativo aplicable, toda vez que se tenía poca información sobre las personas imputadas, tales como los datos de identidad, sin conocimiento de supuestos de hecho referentes a los peligros procesales para la imposición de la prisión preventiva.

Sumado a ello se constató que en la audiencia inicial se reproduce una prueba documental mediante su lectura íntegra, se presenta prueba material y se constata la cadena de custodia que se da en la obtención y presentación de la prueba referida. Asimismo, en la audiencia pudo presenciarse los testimonios de testigos y explicación de peritos, cuya reproducción se da conforme a las reglas del juicio, juramentando al órgano de prueba, dándole el tiempo para decir todo lo que sabe o conoce del hecho imputado, para luego ser sujeto de examen por el acusador y defensa, e incluso por el juez, y luego se valora su testimonio para la toma de decisión, que no es propiamente de prisión preventiva u otra medida de coerción, sino

¹³ Artículo 294 del CPP, primer párrafo.

de la posible existencia del delito y la participación del acusado en el mismo.

Esta práctica no está establecida claramente en el CPP, ya que el artículo 294 y ss del CPP señalan que si se quiere reproducir prueba queda a cargo de quien la propone, sin que ello implique una réplica de la audiencia de juicio, sino la acreditación de las proposiciones de la fiscalía o defensa, lo que debe ser desformalizada por el tipo de audiencia, momento procesal y nivel de certeza exigible; por las entrevistas realizadas durante esta investigación, se advierte que esta práctica es una cuestión de cultura implantada en el proceso de implementación de la reforma.

Esa lógica de trabajo hace que la audiencia inicial tenga una duración promedio de 3 horas con 2 acusados, y más en casos de mayor número de coimputados, lo cual impide la realización de un mayor número de audiencias al día, tal y como lo señaló la coordinadora de Jueces Penales de Letras, al indicar que se fija de 1 a 2 audiencias iniciales al día.

Asimismo, en la práctica jurisdiccional la audiencia inicial se establece que la misma se concentra en una discusión total, tanto de la existencia racional del delito y la posible participación del imputado en el mismo, como de las medidas de coerción a imponer, toda vez que luego de la prueba presentada, tanto la defensa como la parte acusadora hicieron sus argumentos respecto a la pretensión procesal, dando relevancia a los primeros puntos, excluyendo todo lo relativo a la necesidad racional de la imposición de las medidas de coerción. Separar los aspectos de discusión permite un debate específico sobre la prisión preventiva y se constituye en herramienta fundamental para reducir el abuso de tal medida de coerción, teniendo en cuenta que cada sujeto procesal debe acreditar cada proposición, lo que implica que al no estar acreditados los fines procesales, no podría privarse provisionalmente de la libertad al imputado.

2. Actitud de los sujetos procesales

Técnicamente, en cualquier audiencia en que se discuta la libertad de una persona, los sujetos procesales deben asumir una posición estratégica, sea para fundamentar la privación de libertad provisional o para descartar esa posibilidad con proposición de otra medida de coerción, aspecto este que incorpora al juzgador en cuanto a conducir adecuadamente la audiencia con el fin que le proporcio-

nen información de alta calidad para la toma de decisión jurisdiccional.

Conforme a ello, se analiza la función jurisdiccional en la conducción de audiencias, de lo cual se establece que los jueces conocen, comprenden y dominan la lógica de la audiencia, separando cada momento procesal y concediendo la palabra a la defensa, acusador; en cuanto a la obtención de información para la toma de decisión de alta calidad, esta podría mejorarse con una actitud más activa de los jueces, sin que se atente el sistema adversarial; de igual forma, y con el objeto de reducir los tiempos de la audiencia y poder realizar más durante el día laboral, se puede profundizar en la conducción de la audiencia efectiva, a modo que los jueces puedan limitar la intervención de los abogados cuando el punto ha quedado claro y no se estime necesario mayores argumentos. Al respecto, en una de las audiencias observadas, el fiscal se concretó a pedir el tipo de medida de coerción, a lo cual la defensa no se opuso, sobre cuya referencia la jueza resolvió refiriendo la norma jurídica, sin posibilidad de analizar fácticamente el supuesto por falta de información relevante.

En cuanto al ente acusador, como se señaló, lo que se da es una referencia de la medida de coerción, indicando el tipo y la norma jurídica aplicable, sin señalar ni explicar el fin procesal que persigue con ello, lo cual se da después hacer la argumentación sobre la existencia del delito y la racional participación del imputado en el mismo, aspecto que sí contiene alegaciones de hecho y de derecho, para luego hacer el petitorio de la coerción mediante la frase “y que en consecuencia dicte la medida de coerción que establece el CPP, consistente en . . .”. De ello se advierte que se hace necesario fortalecer la evidencia que demuestre el fin procesal de la prisión preventiva u otra medida de coerción y proporcione al fiscal argumentos válidos para sostener su petición. Si bien es cierto, como pudo observarse, la litigación de las causas penales por los fiscales gira alrededor de la existencia del delito y la racionalidad de participación del imputado en el mismo, también es cierto, que la imposición de las medidas de coerción deben sujetarse a una discusión previa, tanto de hecho como de derecho, fortaleciendo con ello el contradictorio, que facilita la decisión de alta calidad basada en la determinación del peligro de fuga, obstaculización de la investigación, reincorporación al grupo delictivo o venganza hacia el denunciante o la víctima.

En el mismo sentido, con referencia a la defensa, se advierte que la misma centra su argumentación de oposición en desvanecer los

motivos racionales de existencia del delito y de la posible participación del imputado en los mismos, ya sea refutando los hechos y la evidencia presentada o bien opinando el derecho aplicable; ello provoca un menor nivel de discusión de las medidas de coerción solicitadas por el acusador, aun y cuando según la entrevistas a abogados, se establece que se empieza a asumir la acreditación del arraigo del imputado por parte de la defensa, con el objeto de evitar la imposición de la prisión preventiva. Aunado a ello, se advierte de resoluciones analizadas, que la defensa falta al contradictorio sobre las pretensiones de la imposición de la prisión preventiva, al esgrimir argumentaciones relativas a un supuesto de hecho distinto al argumentado por el fiscal, cuando los hay, concentrándose a indicar en las resoluciones referidas, que la persona tiene arraigo o está dispuesta a someterse al juicio, cuando el fin procesal requerido es para proteger a la víctima u otro.

3. Referencia abstracta vs evidencia de fines procesales

Uno de los aspectos centrales de la metodología de trabajo oral es la exigencia de sostener con evidencias cada proposición de los sujetos procesales, de tal cuenta que la simple referencia abstracta, así como el dictado normativo, no tienen relevancia alguna para la toma de decisión; esto implica que el supuesto normativo se opere en el caso concreto, con información relevante que, presentada a manera desformalizada, dé motivos racionales al juzgador para asumir una decisión; excepcionalmente, se puede demostrar adversarialmente las proposiciones de los sujetos procesales, a través de la confirmación o refutación de la otra parte, conducido adecuadamente por el juzgador.

Lo señalado con antelación es uno de los retos de la profundización de las buenas prácticas en Honduras, toda vez que actualmente en el pedido de imposición de prisión preventiva se carece de plataforma probatoria, al no presentarse evidencia alguna de parte de la Fiscalía, quedando a la abstracción retórica o normativa y a la subjetividad de quien la pide y quien la impone; la posibilidad de incorporar información relevante para el petitorio de prisión preventiva u otra medida de coerción, es posible en el caso de Honduras, habida cuenta que la fiscalía cuenta con 6 días para ello desde el momento de la detención del imputado.

En ese sentido, conforme a la observación de audiencia preliminar y el análisis de resoluciones, se advierte que el uso de la prisión preventiva aún reviste matices de arbitrariedad al no ser aspecto central de

discusión fáctica y probatoria, lo que hace que la misma se constituya en una imposición abstracta sin fin alguno, habida cuenta que aun y cuando se mencione el fin esperado con la medida cautelar, si no existe información que dé cuenta de ello y evidencia que lo sustente, cabe concluir que no existe debate sobre la imposición de la misma.

4. Decisiones judiciales

La decisión jurisdiccional sobre prisión preventiva es tomada por quien juzga en la propia audiencia, avance significativo que confirma la instalación de la metodología de trabajo oral implantada en los juzgados de letras de Honduras, aun y cuando según información proporcionada por la subcoordinadora de jueces penales, refiere que algunas decisiones son tomadas en el despacho, después de cerrar la audiencia, citando a los sujetos procesales para que comparezcan posteriormente a escuchar la decisión, lo cual ocurre en los casos complejos; este aspecto fue confirmado por la jueza 15 del complejo judicial la Granja del Circuito de Tegucigalpa, quien manifestó que la mayoría de decisiones se asumían en la audiencia, como la observada, y en casos complejos se resolvía posteriormente.

La resolución judicial asumida en audiencia, que impone la prisión preventiva u otra medida de coerción, se formaliza por escrito, en donde se plasman los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión; de esa cuenta y para conocer la toma de decisión judicial se analizaron 5 resoluciones de los juzgados de letras del complejo judicial la Granja del Circuito de Tegucigalpa, de las cuales en una se establece que la fiscalía solicitó prisión preventiva por el peligro que la persona del imputado se reintegrara al grupo criminal y desde allí intimidar, amenazar o hasta vengarse de la víctima porque la conocía, para lo cual no presentó evidencia alguna; frente a ello, la defensa argumentó que la persona del imputado no tenía posibilidades de obstaculizar la investigación, porque no podía influir en la denunciante, la víctima ni en testigos, para lo cual pedía una medida de coerción distinta a la prisión preventiva, señalando el numeral del artículo correspondiente. Al momento de resolver, quien emitió la resolución indicó que no se estableció si la persona del imputado tenía arraigo, y además se advertía que podía interferir en la averiguación del hecho, por lo cual le imponía prisión preventiva por el tiempo que durara el proceso, remitiéndolo al centro privativo de libertad.

Esa práctica da cuenta que la intermediación procesal, como exigencia de resolver conforme a lo argumentado por los sujetos procesales,

es un tanto débil, toda vez que no se considera lo dicho por quien acusa y quien defiende, por lo que quien juzga emite un razonamiento alejado a esos aspectos, en donde la decisión jurisdiccional no surge del contradictorio, sino del análisis global del caso y de la razón de quien resuelve, de los motivos que hacen necesaria la prisión preventiva.

Aunado a ello, la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales puede fortalecerse y simplificarse, tanto en la audiencia como en la formalización de la resolución por escrito, privilegiando la expresión de las razones fácticas y jurídicas de aceptar la argumentación y pedido del fiscal o de la defensa, por sobre la valoración de principios y normas jurídicas en el caso concreto, en especial la consideración técnica y legal de la evidencia que sustenta el peligro procesal denunciado por el acusador, o en su caso la falta de esta y su consecuencia jurídica; ello, además de fortalecer la fundamentación jurídica, incide en el establecimiento de una cultura de litigio concreta basada en evidencia.

CAPÍTULO IV

USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Prisión preventiva antes y después de la reforma procesal penal

El dato cuantitativo sobre prisión preventiva constituye un aspecto importante para valorar el impacto de la reforma judicial penal respecto al mismo, el que se corresponde con lo cualitativo en su uso y cumplimiento, aspectos estos que se toman en consideración en este informe.

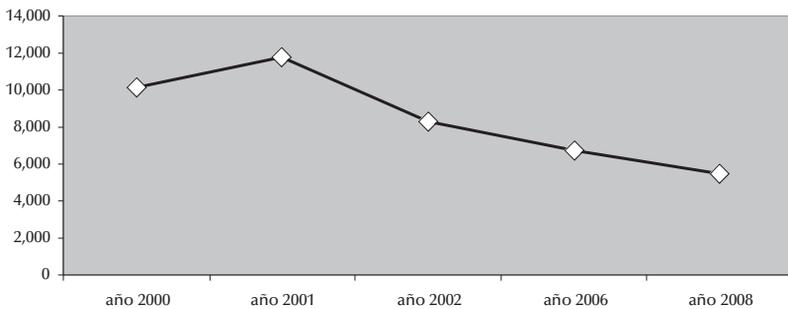
La medición del impacto, en un primer momento, se hace respecto a la cantidad de presos sin condena a nivel nacional, considerando a la población con prisión preventiva antes de la reforma y su comportamiento después de ella; al respecto, se constató que desde el año 1990 la línea de prisión preventiva era ascendente, que como lo señala el informe "Situación del Sistema Penitenciario en Honduras"¹⁴, la población privada de libertad reproduce una tendencia de crecimiento proporcionalmente superior al de la

¹⁴ Elaborado por Convivencia sin Violencia y COFADEH, marzo 2006, presentado a la CIDH.

población, hasta llegar a su cantidad máxima en el año 2001, un año antes de la reforma procesal penal. Esta tendencia cambia rotundamente a un año de implementación del CPP, presentando un proceso de desaceleración significativo, cuya tendencia decreciente se mantiene hasta la fecha de este informe.

Este comportamiento se presenta en la gráfica siguiente, en la cual se toma la cantidad de presos sin condena del año 2000 y 2001, años antes de la reforma, para ver la tendencia de crecimiento, y el impacto generado a un año de la reforma, cuyo comportamiento desacelerado se mantiene hasta el año 2008. Conforme a ello, cabe señalar que la vigencia del nuevo CPP en Honduras marcó un hito histórico en el uso de la prisión preventiva, que redundó en la disminución de presos sin condena, toda vez que no solo evitó el crecimiento, sino a la vez disminuyó rotundamente a niveles del año 1997, lo que implica que en 10 meses de la reforma penal, se avanzó 5 años porcentuales en la disminución de la prisión preventiva.

Gráfico 2
PRISIÓN PREVENTIVA POR AÑO
Presos sin condena por año



Fuente: *Elaboración propia, con datos del Informe presentado a CIDH y del CEDIJ.*

El impacto de la reforma en la prisión preventiva puede tener varias explicaciones, las cuales fueron difíciles de constatar por la falta de información documental, sin embargo, entre otros aspectos es posible señalar: el proceso de depuración de causas con el viejo código procesal penal por medio de juzgados específicamente facultados para ello, en donde ya no recibieron nuevas causas y por ende se concentraron a resolver los casos existentes, dictando sentencia de condena o absolutoria, lo que se constata cuando se verifica en a partir del año 2002 aumenta el número de condenados a la vez que disminuye el número de presos sin condena.

Otro aspecto que puede incidir en la disminución de la prisión preventiva lo constituyen las herramientas normativas que se le dan a los jueces, quienes tienen un abanico de medidas de coerción, en donde la prisión preventiva es solamente una de ellas, dejando el lugar privilegiado e imperativo que le CdPP le asignaba, lo cual trasciende en la disminución de autos de prisión preventiva y por ende de presos sin condena.

Otro elemento importante lo constituyen los procesos de capacitación, que según los defensores y jueces entrevistados, recibieron desde el año 1998, tanto sobre reforma penal, como sobre prisión preventiva, procurando una visión distinta sobre las medidas de coerción, lo cual se ve reflejado en los datos de la tabla presentada, aun y cuando puede profundizarse en metodologías de trabajo que hagan más efectivo el uso de otras medidas de coerción distintas a la prisión preventiva, consolidando con ello una cultura de racionalidad en el uso de la coerción penal.

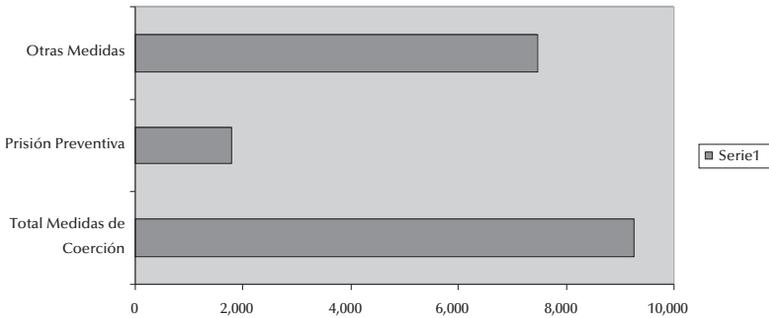
Aun y cuando no se pueda conocer el número de prisiones preventivas decretadas por año antes de la reforma procesal penal, por no existir datos oficiales al respecto, y con ello conocer el número de presos sin condena acumulado por año, sí es posible afirmar que a 7 años de la reforma procesal penal, existe menos de la mitad de personas privadas de libertad preventivamente que antes de la reforma, lo que resulta racional para el número de casos terminados y tipos de delitos perseguidos penalmente, además de ser una desaceleración racional conforme a los niveles de judicialización de las causas.

2. Medidas de Prisión Preventiva decretadas

En este apartado se tomarán la totalidad de medidas de coerción decretadas en el año 2008, para conocer la relación de la prisión preventiva respecto a otras medidas de coerción, cuyos datos son los proporcionados por el CEDIJ.

En la siguiente gráfica se presenta la cantidad de medidas de coerción decretadas desde enero hasta septiembre de 2008, excluyendo el número de detenciones judiciales por no ser una medida de coerción procesal, sino un acto jurisdiccional preprocesal.

Gráfico 3
MEDIDAS DE COERCIÓN DECRETADAS



Fuente: *Elaboración Propia con datos del CEDIJ.*

Según la gráfica, hasta septiembre los jueces de letras a nivel nacional habían decretado 9.262 medidas de coerción, de las cuales 1.795 eran de prisión preventiva, constituyendo el 19%, y 7.467 eran otras medidas de coerción, haciendo el 81%. Este dato es sorprendente y a primera lectura denota un uso mínimo de la prisión preventiva que puede advertir que 2 de cada 10 imputados soportan prisión preventiva.

Sin embargo, esa consideración merece ser analizada con mayor detenimiento, teniendo en cuenta que se estableció que la cuantificación de las otras medidas de coerción impuestas, se hace de forma individual, es decir se cuenta cada una de las medidas decretadas, lo cual genera un alto margen de error en la estadística, toda vez que la práctica judicial de Honduras incide en imponerle más de una medida de coerción, distinta de la prisión preventiva a los imputados; por lo que el número de imputados con medidas de coerción no coincide con el número de medidas de coerción decretadas.

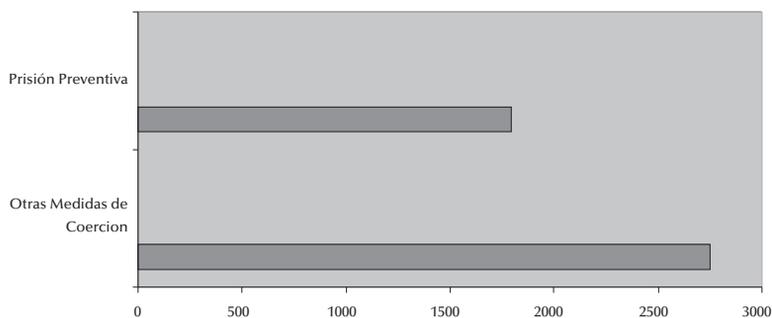
Conforme a ello, el número de personas con medidas de coerción es de 4.543 y el número de medidas de coerción es de 9.262, existiendo una desproporción de 4.719 medidas de coerción respecto a los imputados. De tal cuenta, que al restarle el número de prisiones preventivas al total de medidas de coerción, y dividiendo el resultado entre el número de imputados con otras medidas de coerción, se establece que a cada imputado, promedio, le imponen 2,7 medidas de coerción distintas a la prisión preventiva, como ejemplo, a una persona se le imponen 2 medidas de coerción, como prohibición de salir del país y de concurrir a determinados lugares, lo cual dis-

torsiona el dato para calcular el porcentaje de la prisión preventiva respecto a otras medidas de coerción, toda vez que la cantidad de medidas de coerción no debe ser considerada de forma individual sino personalmente, siendo en consecuencia el número de personas con medidas de coerción distintas a la prisión preventiva el que interesa, y no el número de medidas de coerción impuestas.

Para la obtención del dato final, se utilizó la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} \text{Fórmula: } & \text{TMC-PP} = x \\ & \text{TI-PP} = y \quad x/y = \text{NMC} \end{aligned}$$

Gráfico 4
RELACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y OTRAS MEDIDAS DE COERCIÓN



Fuente: elaboración propia con los datos obtenidos de la fórmula anterior.

Con base a los resultados proporcionados por la fórmula, anteriormente descrita, se establece que la relación de imputados con prisión preventiva y con otras medidas de coerción no es significativa, al constituir la prisión preventiva el 39,51%, lo que implica que 4 de cada 10 imputados soportan prisión preventiva, siendo un porcentaje alto en el uso de la prisión preventiva.

Al considerar esos datos, se advierte que al existir 4 prisiones preventivas frente a 6 medidas de coerción, distintas a la prisión, por cada 10 imputados, la diferencia es muy cercana y en consecuencia susceptible de ser modificada fácilmente, al extremo de equilibrar el uso de la prisión preventiva respecto a las demás medidas de coerción. Además, se constató que todo imputado soporta medidas de coerción, indistintamente el tipo y número de las mismas.

Estos datos señalan que existe un impacto fuerte de la reforma procesal penal respecto al uso de la prisión preventiva, tanto en la

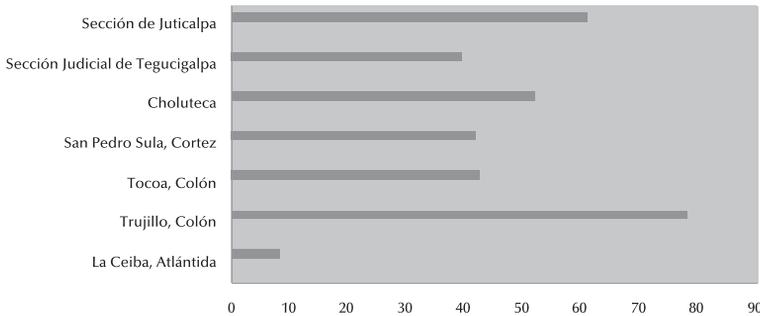
disminución de presos sin condena como el aumento de imputados con medidas de coerción distintas a la prisión preventiva, lo cual era a la inversa en el sistema derogado, en donde la prisión preventiva constituía la regla frente a la caución económica, lo que redundaba en la alta tasa de presos sin condena.

Tabla 3
NÚMERO DE DETENCIONES JUDICIAL EN CIRCUITOS JUDICIALES DE LETRAS

Juzgados de Letras	Número de detenciones Judiciales	Número de Prisión Preventiva	%
La Ceiba, Atlántida	123	10	8,13
Trujillo, Colón	128	100	78,13
Tocoa, Colón	101	43	42,57
San Pedro Sula, Cortez	208	87	41,83
Choluteca	158	82	51,90
Sección Judicial de Tegucigalpa	878	347	39,52
Sección de Juticalpa	115	70	60,87

En este contexto, se establece que el comportamiento del uso de la prisión preventiva no es homogéneo en todos los órganos jurisdiccionales; de ello da cuenta la siguiente gráfica.

Gráfico 5
PORCENTAJE DE PRISIÓN PREVENTIVA POR JUZGADO



Fuente: Elaboración propia con datos del CEDIJ, 2008.

El porcentaje de prisión preventiva es en relación a las detenciones judiciales decretadas, conforme a ello se establece que el juzgado de letras de Trujillo en Colón, presenta el porcentaje más alto en el uso de la prisión preventiva, siendo 78,13%, lo que implica que 8 de cada 10 detenidos judicialmente quedaran en prisión preventiva,

mientras que las medidas sustitutivas son utilizadas en un 21,87% de casos, invirtiendo la tendencia y racionalidad del uso de la privación de libertad.

En esta línea, siguen los juzgados de la Sección de Juticalpa, con 60,87% de prisiones preventivas respecto a detenciones judiciales, así como los de Choluteca con 51,90% y Tocoa en Colón, con 42,57%, porcentajes altos, y que superan la media nacional en el uso de la prisión preventiva.

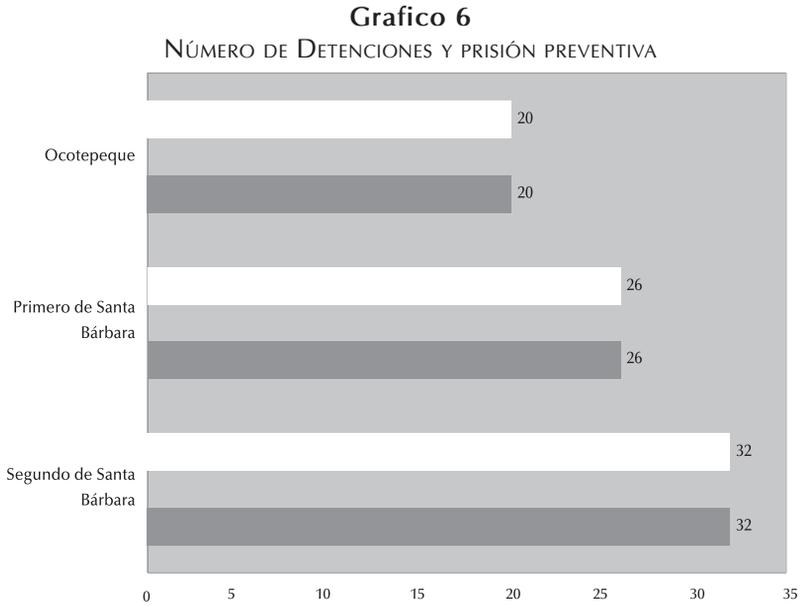
Contrario a ello, en la Ceiba, Atlántica, el uso de la prisión preventiva es de 8,13% respecto a las órdenes de detención, se advierte con ello que los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad, son observados en cada caso en que los imputados deben soportar una medida de coerción.

En el caso de los circuitos judiciales más grandes y con mayor población, San Pedro Sula y Tegucigalpa, el porcentaje en el uso de la prisión preventiva está en la media nacional.

Debe advertirse que, respecto a estos datos, existe un margen de error basado en el número de sobreseimientos definitivos y provisionales que pueden decretarse en la audiencia inicial, y en consecuencia el universo, detenciones judiciales, presentaría una variación para su consideración porcentual. Aunado a ello, por límites en fuentes de información, no se pudo establecer la desagregación de delitos que conoce cada sección judicial, a efecto de explicar el uso de la prisión preventiva respecto a ellos.

En este mismo ámbito, cabe señalar una distorsión en el uso de la prisión preventiva, como es el caso de los tres juzgados en los cuales el número de prisión preventiva coincide con el número de detenciones judiciales (juzgados de Ocotepeque y primero y segundo de Santa Bárbara). En estos juzgados la práctica judicial señalada es contradictoria al modelo normativo, que establece claramente los límites, fines, principios y razones que deben observarse al momento de imponerse las medidas de coerción.

Lo descrito con antelación se grafica en el siguiente cuadro, en donde el color amarillo representa el número de detenciones judiciales y el color celeste el número de prisiones preventivas.



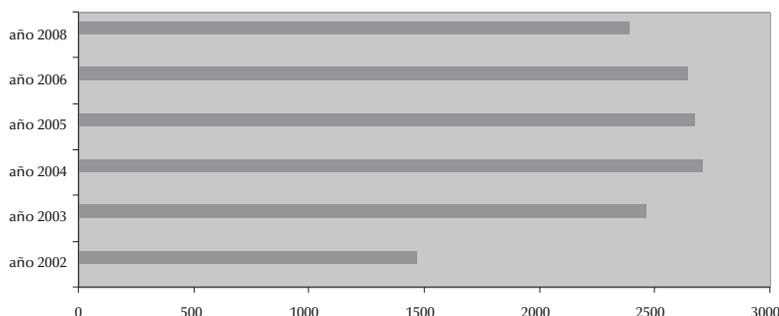
Fuente: *Elaboración propia con datos de CEDIJ 2008.*

3. Relación de prisión preventiva 2002-2008

El análisis de la prisión preventiva se profundiza con la desagregación de su uso por año, lo que permite comprender la tendencia y determinar si el impacto de la reducción de presos sin condena obedece que se decretan menos prisiones preventivas o por el contrario si son otros factores los que inciden en la desaceleración de los privados de libertad en espera de sentencia.

Para ello, se revisaron los datos de los órganos jurisdiccionales después de la reforma, en especial el número de prisiones preventivas decretadas, y con eso se elaboró la siguiente gráfica.

Gráfico 7
PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS AÑOS DE LA REFORMA



Fuente: Elaboración propia, datos CEDIJ/2008 e Informe Ochoa/2007.

La gráfica permite observar que el comportamiento jurisdiccional respecto a la prisión preventiva se ha mantenido estable, a partir del año 2003 y que ha tenido insignificante movilidad en los años 2004 al 2006, presentando una leve reducción para el año 2008.

Independiente a la consideración anterior, la estaticidad cuantitativa en el uso de la prisión preventiva merece una consideración propia, como lo es la cultura de aplicar prisión preventiva en todos los casos relacionados a ciertos delitos, o por determinadas condiciones, lo que se vuelve un hábito judicial, dejando de considerar el caso en concreto, lo cual puede notarse en la cantidad similar de casos ingresados, detenciones judiciales y prisiones preventivas decretadas, la relación de estos 3 datos, implica en consecuencia que no existe tendencia en disminuir el uso de la prisión preventiva, sino por el contrario una estabilidad de la misma.

Al consultar este aspecto con los entrevistados, se señaló que la reforma del delito de asociación ilícita establece la obligatoriedad de la prisión preventiva para los sindicados de este delito, sin embargo, como se analizará más adelante, la prisión preventiva por este delito está muy distante del delito que más prisiones preventivas presenta.

En otro contexto, la tabla presenta un dato importante que está relacionado directamente con la reforma procesal penal, como lo es que en el primer año de vigencia las prisiones preventivas decretadas no superaron los 1.500 casos. Sin embargo, del 2002 al 2003 se manifiesta un incremento en el uso de la prisión preventiva, aumentando drásticamente hasta en un 75% con respecto al año anterior.

En ese sentido el primer análisis determina que la cantidad de ingresos al sistema judicial no variaron y por ende no puede considerarse este como indicador de la movilidad de la prisión preventiva; de igual forma, el tipo de delitos por los cuales se decretó prisión preventiva son los mismos del año anterior, lo cual no puede ser la razón del aumento de prisión preventiva. Debe analizarse con mayor profundidad este punto, habida cuenta que desde ese momento se ha mantenido el mismo nivel de utilización de la prisión preventiva, lo que puede advertirse como una política del Poder Judicial, habida cuenta del instructivo referido como documento y que constituye fuente de la reforma normativa de la prisión preventiva.

Además, la estabilidad en el uso de la prisión preventiva debe interpretarse respecto al impacto de la reforma en la disminución de presos sin condena, toda vez que como se analizó anteriormente, ha sido considerable el número de presos sin condena en el año 2008 en comparación al 2001. Respecto a esto, es importante el comentario realizado por los entrevistados, al coincidir que en “Honduras es fácil que salgan libres los presos”, por lo que la imposición de la privación de libertad en la audiencia inicial no preocupa, ya que en una audiencia próxima, preliminar, puede decretarse el sobreseimiento definitivo o provisional, dejando sin efecto la prisión preventiva, esto indica que la prisión preventiva puede estar utilizándose más como una medida para mantener detenida a una persona por dos o tres meses, que como una forma de asegurar la presencia del sindicado en el proceso.

4. Prisión preventiva por tipo de delito

Otro aspecto central para conocer la cultura jurisdiccional respecto a la prisión preventiva, resulta ser el tipo de delitos por los cuales se impone, lo que permite comprender tendencialmente, la observancia de los principios que deben observarse en la imposición de la misma.

Para ello, y al no existir información al respecto en el CEDIJ, se consultó la data del Sistema Penitenciario¹⁵, respecto a las personas privadas de libertad preventivamente en el año 2008, desagregadas por tipo de delito, dato este que aun y cuando acumula las detenciones judiciales, lo cual no fue posible excluir del cuadro estadístico, permite hacer el análisis referido. En la Dirección de Centros

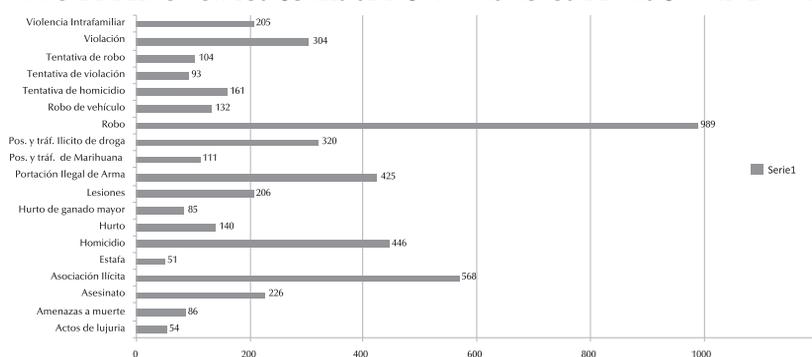
¹⁵ Información facilitada por el Viceministerio de Seguridad Ciudadana, contabilizada hasta el día 8 de octubre de 2008.

Penales se reportan 80 delitos por los cuales se mantiene el número de la población penitenciaria, de lo cual un 25% de esos delitos, es el que acumula al mayor número de presos procesados.

En la gráfica siguiente se presentan los delitos con mayores ingresos de prisión preventiva, para luego analizar por separado los delitos que presentan menos frecuencia y aquellos que se encuentran meridianamente representados en la privación de libertad preventiva.

Gráfico 8

TIPO DE DELITO POR LOS CUALES SE DICTAN MÁS AUTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: elaboración propia con datos proporcionados por la Dirección de Centros Penitenciarios, oct. 2008.

De acuerdo con los datos anteriores, el mayor número de prisiones preventivas son las decretadas por el delito de robo, que sobrepasa en más de una tercera parte a los delitos de asociación ilícita, sin embargo, en este delito por disposición legal no se puede aplicar otra medida de coerción que no sea la prisión preventiva, caso contrario en los delitos de robo, en donde está permitida la aplicación de medidas sustitutivas; es importante destacar que el delito de robo es el delito que presenta mayor número de ingresos al sistema judicial.

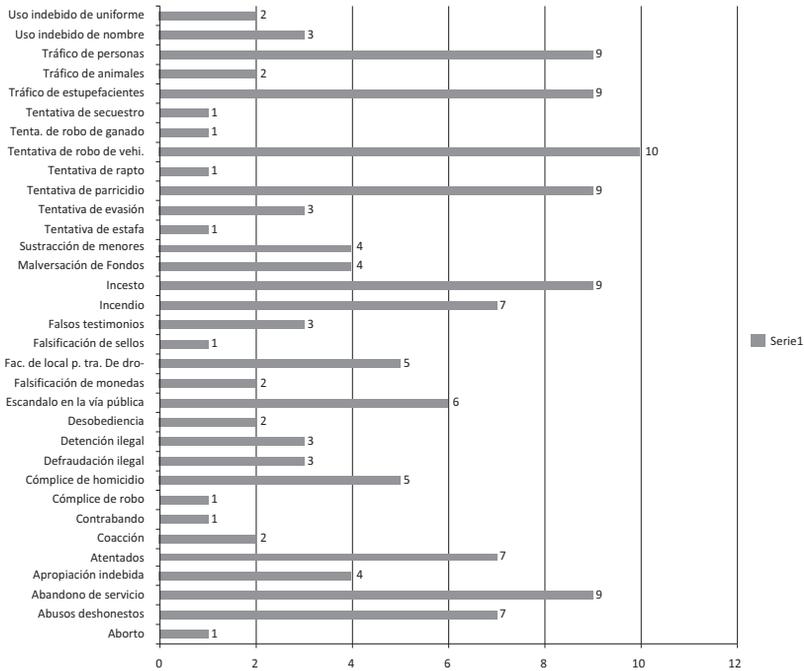
Por otra parte, es necesario analizar las condiciones concretas en las cuales se decreta la prisión preventiva por el delito de robo, teniendo cuenta que, según los supuestos concretos puede determinarse si su uso es racional o no. Al respecto, cabe mencionar que el delito de robo, en la legislación hondureña, tiene asignada una pena de prisión entre 5 a 9 años, sin embargo, en el caso concreto debe determinarse el tipo de violencia ejercida, lo que establecerá la gravedad del hecho en cuanto a las condiciones de la víctima, y con ello sostener el mayor o menor nivel de violencia ejercida.

Otro delito que presenta un alto número de prisiones preventivas es el delito de portación ilegal de arma, que incluye de fuego y blanca; al respecto, debe señalarse que es un delito de peligro abstracto, en donde no existe una afectación concreta a bien jurídico determinado, y por ende la privación de libertad solo puede responder cuando exista un supuesto de peligro de fuga u obtaculización de averiguación de la verdad; asimismo, debe considerarse el bien jurídico que pretende protegerse frente al peligro abstracto, y conforme a ello determinar si es correspondiente al derecho libertad que le asiste a los imputados. Respecto a ello, cabe mencionar que hay 425 personas privadas de libertad, lo que denota que el uso de esta medida de coerción en estos casos debe ser analizada y discutida con mayor detenimiento, y en especial en el caso concreto a través del control de la defensa técnica.

Contrario al cuadro anterior, se presenta la gráfica siguiente, que indica los delitos por los que menos uso de la prisión preventiva existe.

Gráfico 9

TIPO DE DELITO POR LOS CUALES SE DICTAN MENOS AUTOS DE PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: elaboración propia con información de la Dirección de Centros Penitenciarios, oct. 2008.

Este cuadro, aun y cuando presenta varios delitos por los cuales se decreta prisión preventiva con poca frecuencia, es necesario señalar que se ha privado de libertad a imputados por delitos que parecen de menor relevancia y que incluso podría ser contrario al principio de excepcionalidad establecido en el CPP, como lo es el uso indebido de nombre y de uniforme, los cuales la pena de prisión no supera los 5 años que establece la legislación como indicador para no aplicar prisión preventiva¹⁶, sin embargo se ha decretado en 5 casos. Aún más complejo resulta el acto de imposición de prisión preventiva por escándalo en la vía pública, por no constituir delito sino falta, según lo preceptuado en el artículo 416, numeral 1, del CP, siendo una de la prohibiciones establecidas en el artículo 182 del CPP, irrumpiendo con ello los límites legales. De igual manera, y con fundamento en el mismo artículo, se advierte un posible abuso en la imposición de la prisión preventiva por el delito de desobediencia y abandono de servicio, los que según el principio de subsidiaridad deben ser sancionados como faltas administrativas por lo que no es conveniente decretar en estos casos prisión preventiva.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. La Reforma Procesal Penal parece haber tenido un impacto directo en el uso racional de la prisión preventiva. Esto se evidencia por la disminución que dicha medida de coerción presenta en las estadísticas disponibles. Sin embargo, todavía subsisten prácticas del modelo inquisitivo, las cuales inician un proceso de transformación hacia las técnicas adversariales, en la medida en que se producen avances en la implementación de formas orales durante la etapa preparatoria.
2. Las modificaciones legislativas tendientes a prohibir la aplicación de medidas sustitutivas para determinados delitos, ha significado un retroceso en la aplicación del nuevo modelo procesal, pues las discusiones sobre la aplicación o no de la prisión preventiva resulta innecesaria. De esta forma, la fiscalía, en este tipo de delitos, no necesitan acreditar el peligro de fuga o la obstaculización de la averiguación de la verdad. Estas modificaciones, afectan el principio de independencia judicial y el de necesidad de aplicar la prisión preventiva, lo cual corre el

¹⁶ Artículo 182 del CPP.

riesgo de que esta medida pierda su carácter cautelar y adquiera finalidades de naturaleza punitiva.

3. Evidentemente se ha instalado una metodología de trabajo oral, esto representa un avance en materia de Reforma Procesal, no obstante que aun subsisten prácticas inquisitivas en dichas audiencias, tal es el caso del juzgamiento en ausencia del imputado, al permitirse que en la primera declaración pueda participar un abogado en su representación.
4. Existe una carencia de discusión fáctica y probatoria de los motivos que conllevan al Ministerio Público a solicitar al Juzgador la imposición de la prisión preventiva, lo cual afecta el principio de contradicción en el desarrollo de las audiencias en las que se decide la aplicación de la prisión preventiva. Esta circunstancia tiene su origen en la debilidad que presenta la Defensa Pública para acceder a los elementos probatorios que ha adquirido el Ministerio Público durante los seis días que transcurren entre la detención y la decisión judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Convivencia sin Violencia y Comité de Familiares de Detenido y Desaparecidos de Honduras, **“Situación del Sistema Penitenciario en Honduras”**, Informe para la CIDH, Tegucigalpa, Honduras. Marzo de 2006.

Fundación para el Debido Proceso. **LAS REFORMAS A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN HONDURAS Y BOLIVIA, Razones que han obstaculizado su éxito y como enfrentarlas**, octubre 2008.

Secretaría de Estado de Honduras en el Despacho de Seguridad. **“LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS DE LA POLÍTICA INTEGRAL DE SEGURIDAD PÚBLICA Y CIUDADANA”** 2008-2012. Documento borrador para discusión ciudadana en formato digital.

Legislación

Congreso Nacional de Honduras, **Código Procesal Penal Decreto 9-99**, con vigencia a partir del 20 de febrero del año 2002.

Congreso Nacional de Honduras, **Código de Procedimientos Penales**, 1984.

Entrevistas

Abogada Elsa Calderón, CPTRT Honduras.

Abogada Kenia Oliva, COFADEH.

Socióloga Maritza O'Hara, CPTRT Honduras.

Abreviaturas

CEDIJ: Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial.

CEJA: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

CdPP: Código de Procedimientos Penales Derogados.

CPP: Código Procesal Penal

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

NMC: Número de medidas de coerción, distintas a la prisión preventiva por cada imputado.

PP: Número de prisión preventiva decretada.

TI: Número de Imputados con medidas de coerción.

TMC: Total de medidas de coerción decretadas por los jueces.

X: Total de medidas de coerción, distintas a la prisión preventiva, decretadas.

Y: Total de Imputados con medidas de coerción distintas a la prisión preventiva.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE REVOLUCIÓN (VENEZUELA 1998-2008)

CARMEN ALGUÍNDIGUE
ROGELIO PÉREZ PERDOMO*

INTRODUCCIÓN

En las décadas de 1980 y 1990 la insatisfacción con el proceso penal se hizo patente en Venezuela. La actividad delictiva, especialmente la delincuencia violenta, se incrementaba y el aparato penal del Estado, es decir, las policías y el sistema judicial penal, no parecían adecuados para responder a este grave desajuste. La justicia penal, en particular, en vez de responder a necesidades sociales crecientes, era considerada un pesado aparato anticuado, con abultados expedientes en papel que se cosían con aguja e hilo, con controles manuales, con una producción de decisiones que aparecía muy por debajo de las causas efectivamente ingresadas¹. La percepción general era que la justicia marchaba demasiado lentamente, que las reglas del procedimiento penal eran anticuadas y que se requería tanto un cambio en las reglas como una importante inversión en tecnología y en introducción de sistemas de gestión para hacer la justicia rápida y eficiente.

Uno de los problemas centrales era el del alto porcentaje de presos sin condena. Es decir, presos preventivos que aguardaban la decisión de sus casos. Eran técnicamente inocentes y por lo tanto no podían ser sometidos a un tratamiento que corrigiera su vocación delictiva, pero congestionaban las cárceles y hacían difícil tener una política penitenciaria coherente.

* Este paper ha sido preparado para II Encuentro de la Red de ex alumnos del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Carmen Alguíndigue y Rogelio Pérez Perdomo son profesores de la Universidad Metropolitana, Caracas.

¹ Pérez Perdomo, Rogelio (1998): El Código Orgánico Procesal Penal y el funcionamiento de la administración de justicia. En Capítulo Criminológico, vol 26, Nro. 1. Maracaibo.

Generalmente se pensaba que el alto porcentaje de presos sin condena era generado por un proceso penal inquisitorio², que establecía como regla la espera de la sentencia en prisión y que, por su carácter escrito y mediato, tendía a alargar el procedimiento. La recomendación principal, incluyendo la de Naciones Unidas, era el cambio a un procedimiento penal acusatorio, una modernización de la justicia penal que la hiciera más ágil y el firme establecimiento del principio que el procesado penalmente debía estar en libertad hasta su condena³.

Venezuela atendió a esas recomendaciones y en 1998 sustituyó el viejo Código de Enjuiciamiento Criminal de 1926 por el moderno Código Orgánico Procesal Penal. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagró constitucionalmente los principios del juicio penal acusatorio⁴ y del debido proceso⁵. Las expectativas con respecto a la aplicación del nuevo código fueron muy altas. La justicia iba a ser rápida e inmediata. Esto permitía que el delincuente asociara su acción a la condena y que pudiera tener un tratamiento criminológico apropiado. Las elevadas tasas delictivas, especialmente de delincuencia violenta, bajarían⁶. Los juicios se harían más breves y, en definitiva, las cárceles quedarían fundamentalmente para los condenados. En definitiva, el proceso penal se ajustaría a los principios de un estado de derecho y del respeto a los derechos humanos⁷.

² Procedimiento penal vigente en Venezuela hasta 1999 que incluía dos etapas: una etapa secreta, sin acceso a las actas de investigación por el procesado, ni nombramiento de abogado defensor y, otra denominada plenaria en la que el juez era director de la investigación y además decidía. Las actuaciones eran escritas y el sistema de valoración de la prueba tarifado. No existía intermediación ni contradicción entre las partes actuantes.

³ Carranza, Elías (1983): *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. ILANUD. San José.

⁴ Artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "...1. La libertad personal es inviolable; en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso...".

⁵ Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela "...3.- Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad...".

⁶ Exposición de motivos, Código Orgánico Procesal Penal, 1998. Pérez Perdomo, 1998. *op. cit.*

⁷ Rosales, Elsie (2007): *Bases para un modelo de seguridad apegado al estado*

Es importante destacar que no se trató solo de un cambio legislativo. Hubo una inversión importante en edificaciones, tecnología, adaptaciones gerenciales, parcialmente gracias a créditos y apoyo del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo. Aparentemente el cambio ha sido radical: los tribunales funcionan ahora en edificios modernos, llenos de computadoras, servidores y otros instrumentos típicamente modernos. El sistema de gestión *Juris 2000* se considera un sistema de punta en materia de manejo de casos. Cambios parecidos se han generado en el Ministerio Público. El número de jueces penales se incrementó de 273 en 1998 a 784 en 2004⁸. Para el 2006 se habían creado 151 nuevas fiscalías y en el 2007 se contaban con 249 fiscalías en materia penal⁹.

Lamentablemente no sabemos lo efectivamente logrado por este esfuerzo. No hubo estudios que determinaran la duración de los juicios penales ni el costo por procesado antes de la reforma, y no se han hecho estudios para conocer tales datos después de la reforma. No sabemos si después de la reforma el sistema conoce más casos y si se han incrementado, o disminuido, los costos por procesado o por condenado. En consecuencia, no sabemos si la justicia se ha hecho más rápida o más eficiente. No se ha analizado la opinión de jueces, abogados y usuarios para conocer su percepción de los cambios, ni podemos saber con certeza si los problemas de corrupción han disminuido o aumentado. Al considerar inútiles los estudios previos y posteriores, los reformadores de la justicia se han privado de conocer el resultado de sus esfuerzos. También han privado a los venezolanos de saber si las inversiones que se han hecho con el dinero de todos han tenido los resultados apetecidos.

Algo que se esperaba de la reforma era que bajara la delincuencia. Por supuesto, esto era una expectativa sin ningún estudio previo y francamente irracional. Sabemos que esa expectativa ha sido ampliamente defraudada. Para simplificar la medición, generalmente se usa el delito de homicidio, por tener una cifra negra baja. En la década de 1980 teníamos en promedio unos 10 homicidios por

constitucional para la reducción de la violencia delictiva en Venezuela. Caracas. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.

⁸ Alguíndique & Pérez Perdomo (2008) *The inquisitor strikes back: obstacles to the reform of criminal procedure in revolutionary Venezuela*. En *Abandoning the inquisitor: Latin America's criminal procedure revolution*. Los Ángeles. Southwestern Law School. (Aparecerá en *Southwestern journal of law and trade in the Americas*. Vol XIV nº 3).

⁹ Informe Anual del Ministerio Público 2006.

100.000 habitantes. En la década de 1990, antes del cambio en el proceso penal, la tasa se había incrementado a 20 por 100.000 habitantes, para gran alarma de la población. Después de la reforma, la delincuencia violenta aceleró su crecimiento. De hecho se atribuyó a la reforma procesal penal el incremento de la actividad delictiva. Tal atribución no tenía una justificación directa¹⁰, pero la matriz de opinión que se creó determinó que el Código Orgánico Procesal Penal fuera modificado varias veces, descartándose muchas de sus ideas iniciales. En la actualidad, a pesar de que se han intentado maniobras estadísticas para hacer aparecer como menos grave el problema, la cifra de homicidios superaba los 45 por 100.000 habitantes en 2006¹¹ y en 2008 los 57 por cada cien mil habitantes¹². A la vez, las reformas que se realizaron y la manera como se han interpretado y aplicado muchas de las nuevas disposiciones hacen dudar que tengamos un procedimiento acusatorio. El proceso penal de hoy en día tiene mucho en común con el viejo proceso inquisitivo. Esto fue observado tempranamente por Delgado¹³ y Alguíndigue y Pérez Perdomo en el 2008¹⁴, sostienen que el inquisidor ha regresado.

En este trabajo no entraremos a una evaluación general de los cambios, sino a averiguar si el problema específico de los presos sin condena ha sido efectivamente resuelto. Cabe señalar que el Código Orgánico Procesal Penal parte de la libertad como principio. El artículo 9 afirma el carácter excepcional de la prisión preventiva: “Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación de la libertad, tienen carácter excepcional, solo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medidas de seguridad que pueda ser impuesta”. Este artículo ha sobrevivido a todas las reformas en su letra. Nos corresponde averiguar si ha mantenido su espíritu. En las páginas que siguen analizaremos cómo ese principio ha sido entendido en la regulación de la institución y en la práctica de los tribunales.

¹⁰ Monteferrante, Patricia y R. Pérez Perdomo (2001): Inseguridad y COPP: Qué se discute? Qué está en juego? Debates IESA. Vol 7, # 1. Caracas.

¹¹ Pérez Perdomo, Rogelio (2007): Medio siglo de historia judicial en Venezuela (1952-2005). En Derecho y democracia, 1. Universidad Metropolitana. Caracas.

¹² Información de Briceño León en entrevista en *El Universal* 31 enero 2009. Caracas.

¹³ Delgado, Francisco (2005): “Ficción y realidad en el proceso penal. Una aproximación sociológica a la implantación del sistema acusatorio”. *Capítulo criminológico*, vol 33, Nro. 2. Maracaibo.

¹⁴ Alguíndigue y Pérez Perdomo (2008) *op. cit.*

I. NORMATIVA APLICABLE A LA PRISIÓN PREVENTIVA

En el Código Orgánico Procesal Penal se incluyen dos disposiciones generales acerca del principio de afirmación de la libertad: una contenida en los principios y garantías procesales¹⁵ y otra en los principios generales del título de las medidas de coerción personal¹⁶. Ambas disposiciones, en consonancia con la norma constitucional¹⁷, consagran el carácter excepcional de la medida de privación de libertad, en consonancia con el planteamiento de descartar la práctica del uso de la detención preventiva como forma de pena anticipada.

Los requisitos de procedencia de la prisión preventiva (hecho punible con pena privativa de libertad, fundados elementos de convicción, presunción razonable del peligro de fuga o de obstaculización de la investigación) deben verificarse de manera concurrente, y el propio Código Orgánico Procesal Penal plantea los supuestos en los que puede presumirse su existencia¹⁸. Sin embargo, el diablo está en los detalles, y analizaremos cómo ha variado la regulación en sucesivas reformas del Código en 2000, 2001, 2006 y 2008.

El Código promulgado en 1998 establecía lapsos relativamente estrechos para la marcha del proceso penal. Así, la detención preliminar en el caso de flagrancia antes de la presentación al juez era hasta de 24 horas. El juez disponía de 24 horas para decidir sobre la procedencia de la detención¹⁹. El lapso para que el Ministerio Pú-

¹⁵ Artículo 9 COPP “Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad o de otros derechos del imputado, o su ejercicio, tienen carácter excepcional, solo podrán ser interpretadas restrictivamente, y su aplicación debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pueda ser impuesta”.

¹⁶ Artículo 243 COPP “Toda persona a quien se le impute participación en un hecho punible permanecerá en libertad durante el proceso, con las excepciones establecidas en este Código. La privación de libertad es una medida cautelar, que solo procederá cuando las demás medidas cautelares sean insuficientes para asegurar las finalidades del proceso.

¹⁷ Artículo 44 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “La libertad personal es inviolable; en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso, será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención. Será juzgada en libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso...”.

¹⁸ Artículo 251 y ss. COPP.

¹⁹ Artículo 374. COPP (1998) “El aprehensor pondrá inmediatamente al aprehendido a la disposición del Ministerio Público quien, dentro de las veinticuatro horas siguientes, lo presentará ante el juez de control y expondrá como se produjo la aprehensión”.

blico presentara el acto conclusivo era de 20 días, como máximo²⁰. El plazo máximo de cierre de la fase intermedia era de 20 días²¹ y el lapso de detención preventiva en espera del juicio oral y público, era de dos años, también como plazo máximo²². De igual forma, resultaba improcedente, salvaguardando el principio de afirmación de la libertad, decretar medidas de detención en delitos con penas no mayores de cinco años²³.

La primera reforma (agosto 2000) ocurrió al año de que el Código Orgánico Procesal Penal de 1998 entrara en vigencia plena. En su exposición de motivos se expresó que, durante el corto tiempo de su aplicación (13 meses), el instrumento legal había ya creado graves desajustes en la vida social, por lo que ameritaba ser adaptado a la realidad venezolana para la “necesaria defensa de la sociedad frente al delito”. En esta primera reforma se modificaron cinco artículos, todos relacionados con el principio de afirmación de la libertad. Se extendió el lapso para la decisión del juez acerca de la detención preventiva de 24 a 72 horas²⁴. Introdujo elementos adicionales para avalar el decreto de la privación de libertad²⁵. Restringió el otorga-

²⁰ Artículo 259 COPP (1998) “...Decretada la privación preventiva judicial de libertad durante la fase preparatoria, el fiscal deberá presentar la acusación, solicitar el sobreseimiento o, en su caso, archivar las actuaciones, a más tardar dentro de los veinte días siguientes a la decisión judicial”. Vencido este lapso sin que el fiscal haya presentado la acusación, el detenido quedará en libertad, mediante decisión del juez de control, quien podrá aplicarle una medida sustitutiva.

²¹ Artículo 330 COPP (1998) “Presentada la acusación el juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte”.

²² Artículo 253 COPP (1998) “No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años”.

²³ Artículo 262 COPP (1998) “Cuando el delito materia del proceso merezca una pena privativa de libertad menor de cinco años en su límite máximo, y el imputado carezca de antecedentes penales, solo procederán medidas cautelares sustitutivas”.

²⁴ Artículo 374 COPP (2000) “...El juez de control decidirá si libera al aprehendido o decreta su privación preventiva de libertad, en el tiempo estrictamente necesario para ello, el cual no podrá exceder de las setenta y dos horas siguientes al momento que sea puesto a su disposición, conforme al procedimiento previsto en el artículo 259, según el caso”.

²⁵ Artículo 259 COPP (2000) “...En todo caso, el juez de juicio a solicitud del Ministerio Público decretará la privación preventiva de la libertad del acusado cuando se presuma fundadamente que el acusado no dará cumplimiento a los actos del proceso, previo cumplimiento del procedimiento establecido en este artículo”.

miento de acuerdos reparatorios²⁶ y disminuyó el tiempo de rebaja de la condena cuando el imputado admite los hechos en casos de delitos de corrupción y drogas²⁷.

Un año después, en noviembre de 2001, se procedió a una segunda reforma del Código Orgánico Procesal Penal²⁸ como una solución milagrosa para atender la fuerte demanda social sobre el tema de la inseguridad personal y el auge delictivo. Esta reforma fue producto de una comisión especial designada por la Asamblea Nacional para estudiar los reiterados pronunciamientos de los medios de comunicación acerca de la responsabilidad del recién promulgado instrumento legal en el incremento de la violencia y la percepción de inseguridad²⁹.

²⁶ Artículo 34 COPP (2000) "El cumplimiento del acuerdo reparatorio extingue la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo. En todo caso, si el imputado ha cometido un hecho punible de la misma índole de otro que haya cometido con anterioridad y que haya sido objeto de un acuerdo reparatorio, efectivamente cumplido, la acción penal derivada del nuevo hecho punible no se extinguirá con el cumplimiento de un acuerdo reparatorio, pero el juez, en este caso, podrá rebajar hasta las dos terceras partes, la pena aplicable al hecho. A los efectos de este artículo, se considerarán hechos punibles de la misma índole, aquellos que violan la misma disposición legal; aquellos comprendidos bajo el mismo título del Código Penal o de la ley correspondiente; o aquellos que tengan afinidad en sus móviles o consecuencias con independencia de la ley que los tipifique, siempre que atenten contra el mismo bien jurídico".

²⁷ Artículo 376 COPP (2000). "En la audiencia preliminar, o en el caso de flagrancia una vez formulada la acusación y antes del debate, el imputado, admitidos los hechos objeto del proceso, podrá solicitar al tribunal la imposición inmediata de la pena. En estos casos, deberá el juez rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado. Sin embargo, si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas, y en los casos de delitos contra los patrimonios públicos o previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefactivas y Psicotrópicas, cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, el juez solo podrá rebajar la pena aplicable hasta un tercio. En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la sentencia dictada por el juez no podrá imponer una pena inferior al límite mínimo de aquella que establece la ley para el delito correspondiente".

²⁸ Ley Aprobatoria de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal. *Gaceta Oficial* # 5558 Ext. del 14-11-2001.

²⁹ El Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, señaló que el país no se preparó institucionalmente para la aplicación del nuevo sistema de justicia: "El Ministerio Público, los órganos policiales, ni el Poder Judicial se organizaron para pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio". A su juicio, la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal implicaba una preparación técnica, humana y, sobre todo, que se estableciera un mecanismo de coordinación entre estos organismos, a fin de establecer coherentemente lo que pudiera ser la jurisper-

En esta oportunidad, el número de cambios fue mucho mayor y produjo transformaciones importantes tanto en las instituciones procesales como en el articulado en general. Se restringió nuevamente, y de manera más tajante, el principio general del juzgamiento en libertad a través del incremento de los lapsos para la presentación de actos conclusivos y la restricción del uso de medidas alternas a la prosecución del proceso. Se extendió el lapso de detención preventiva de 24 a 48 horas antes de la presentación al juez³⁰. Amplió el plazo para la presentación del acto conclusivo de 20 a 45 días. Introdujo elementos adicionales para decretar la privación de libertad³¹. Restringió el otorgamiento de acuerdos reparatorios y la aplicación de la suspensión condicional del proceso³². Estableció por

dencia, interpretación y aplicación de ese instrumento legal. En ese sentido, dijo que comparte las observaciones del presidente del Tribunal Supremo de Justicia, Iván Rincón, sobre la incoordinación que existe entre los entes que administran justicia en el país. Considera que tales afirmaciones “no solo son ciertas, sino que deben ameritar una reflexión profunda en todos los que tenemos esa responsabilidad, para en que en cada una de nuestras instituciones se dé respuesta al problema de la inseguridad”. (Nota de Prensa Ministerio Público 16 febrero 2001.<http://fiscalia.gov.ve>).

³⁰ Artículo 373 COPP (2001) “Flagrancia y procedimiento para la presentación del aprehendido. El aprehensor dentro de las doce horas siguientes a la detención, pondrá al aprehendido a la disposición del Ministerio Público, quien dentro de las treinta y seis horas siguientes, lo presentará ante el Juez de control a quien expondrá cómo se produjo la aprehensión, y según sea el caso, solicitará la aplicación del procedimiento ordinario o abreviado, y la imposición de una medida de coerción personal, o solicitará la libertad del aprehendido. En este último caso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones a que hubiere lugar. El juez de control decidirá sobre la solicitud fiscal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que sea puesto el aprehendido a su disposición.

³¹ Artículo 250 COPP (2001) “...En casos excepcionales de extrema necesidad y urgencia, y siempre que concurran los supuestos previstos en este artículo, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, autorizará por cualquier medio idóneo, la aprehensión del investigado. Tal autorización deberá ser ratificada por auto fundado dentro de las doce horas siguientes a la aprehensión, y en lo demás se seguirá el procedimiento previsto en este artículo, artículo 251 COPP 2001 “...Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años...” 256 COPP (2001) “...En caso de que el imputado se encuentre sujeto a una medida cautelar sustitutiva previa, el tribunal deberá evaluar la entidad del nuevo delito cometido, la conducta predelictual del imputado y la magnitud del daño, a los efectos de otorgar o no una nueva medida cautelar sustitutiva. En ningún caso podrán concederse al imputado, de manera contemporánea tres o más medidas cautelares sustitutivas”.

³² Artículo 40 COOP (2001) “...Solo se podrá aprobar un nuevo acuerdo reparatorio a favor del imputado, después de transcurridos tres años desde la fecha de cumplimiento de un anterior acuerdo. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les hayan sido aprobados acuerdos

primera vez la posibilidad de solicitud de prórroga del lapso máximo de dos años estipulado para la detención privativa³³ y determinó que la improcedencia de la detención preventiva solo opera en los casos de delitos cuyas penas no excedan de tres años³⁴ y el imputado haya tenido una buena conducta predelictual³⁵.

En octubre del 2006³⁶, en medio de una fuerte crisis penitenciaria y frente a los constantes ataques y contraataques entre los distintos funcionarios públicos con responsabilidad en el manejo del sistema penal, que intentaban liberarse de culpas sobre las distorsiones y el mal funcionamiento de la justicia penal, se anunció de manera sorpresiva una nueva reforma del COPP³⁷. En ella se suprimió una y

reparatorios y la fecha de su realización. En caso de que el acuerdo reparatorio se efectúe después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación, y esta haya sido admitida, se requerirá que el imputado, en la audiencia preliminar, o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, admita los hechos objeto de la acusación. De incumplir el acuerdo, el Juez pasará a dictar la sentencia condenatoria, conforme al procedimiento por admisión de los hechos, pero sin la rebaja de pena establecida en el mismo” artículo 42 COOP (2001). “En los casos de delitos leves, cuya pena no exceda de tres años en su límite máximo, el imputado podrá solicitar al Juez de control, o al Juez de juicio si se trata del procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso, siempre que admita plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo; se demuestre que ha tenido buena conducta predelictual y no se encuentre sujeto a esta medida por otro hecho...”.

³³ Artículo 244 COOP (2001) “Excepcionalmente, el Ministerio Público o el querellante podrán solicitar al Juez de control, una prórroga, que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito, para el mantenimiento de las medidas de coerción personal que se encuentren próximas a su vencimiento, cuando existan causas graves que así lo justifiquen, las cuales deberán ser debidamente motivadas por el Fiscal o el querellante. En este supuesto, el Juez de control deberá convocar al imputado y a las partes a una audiencia oral, a los fines de decidir, debiendo tener en cuenta, a objeto de establecer el tiempo de la prórroga, el principio de proporcionalidad”.

³⁴ Hasta ese momento se contemplaba el principio de afirmación de libertad para los delitos de penas menores a 5 años.

³⁵ Artículo 253 COPP, 2001 “Cuando el delito materia del proceso merezca una pena privativa de libertad que no exceda de tres años en su límite máximo, y el imputado haya tenido una buena conducta predelictual, la cual podrá ser acreditada de cualquier manera idónea, solo procederán medidas cautelares sustitutivas”.

³⁶ Ley Aprobatoria de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial # 38536, del 4-10-2006.

³⁷ Nota de de Prensa del Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información. 2 diciembre 2005. Entrevista a Yuri Pimentel, Viceministro de Relaciones Interiores del Ministerio de Interior y Justicia: “El conflicto en las cárceles venezolanas tenía que ver con el retardo procesal y con algunos artículos del Código Orgánico Procesal Penal que los internos solicitan sean cambiados”. www.mci.gob.ve/

modificaron dos de las restricciones de mayor envergadura incorporadas en la anterior reforma del 2001 en relación a la limitación de la concesión de fórmulas alternas de prisión en la fase de ejecución de condena.

La última y más reciente reforma³⁸ data de agosto de 2008. En esta reforma se incorporaron dos disposiciones, se suprimió una y se modificaron 12 artículos. Uno de ellos modificando los supuestos en los cuales el fiscal tiene la posibilidad de pedir una prórroga mayor a los dos años para la detención preventiva³⁹. De esta manera,

Nota de de Prensa Ministerio Público, 20 mayo 2005: "En virtud de las alteraciones presentadas en algunas instalaciones carcelarias durante las últimas semanas, en las cuales la población penal realiza acciones de protesta alegando retardo procesal en sus causas, específicamente en lo que respecta a la obtención de beneficios de prelibertad establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público tiene la necesidad de informar que para optar a los beneficios previstos en la ley, es indispensable que el Tribunal que esté conociendo del o los casos, ordene la realización de informes por parte de un equipo técnico conformado por un psicólogo, un trabajador social y un psiquiatra, adscritos al Ministerio de Interior y Justicia. Ante la discusión que se ha generado en relación con el tema carcelario, el Ministerio Público informa que sus atribuciones están perfectamente bien definidas en el proceso penal venezolano y, en este sentido, le corresponde el ejercicio de la acción penal ante la comisión de un hecho punible perpetrado y, por lo tanto, se encarga de solicitar al órgano jurisdiccional la o las medidas privativas de libertad contra algún ciudadano. Solo por un lapso máximo de 45 días (en espera de un acto conclusivo) debería permanecer un ciudadano con medida privativa de libertad dictada por los tribunales, y solo por ese tiempo la responsabilidad pudiera ser atribuible al Ministerio Público. En caso de ser procedente, los fiscales presentan la acusación y el imputado, si así lo acuerda el órgano jurisdiccional, permanecería recluido, desde ese momento, a la orden de los Tribunales Competentes para la continuación de los actos procesales siguientes." www.fiscalia.gov.ve

³⁸ Ley Aprobatoria de la reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial Ext. # 5894, del 26-8-2006.

³⁹ Artículo 244 COPP "Excepcionalmente y cuando existan causas graves que así lo justifiquen para el mantenimiento de las medidas de coerción personal que se encuentren próximas a su vencimiento, el Ministerio Público o el querellante podrán solicitar al tribunal que esté conociendo de la causa, una prórroga que no podrá exceder de la pena mínima prevista para el delito imputado y cuando fueren varios los delitos imputados se tomará en cuenta la pena mínima prevista para el delito más grave. Igual prórroga se podrá solicitar cuando dicho vencimiento se deba a dilaciones indebidas atribuibles al imputado, acusado o sus defensores. Estas circunstancias deberán ser debidamente motivadas por el Fiscal o el querellante. En este supuesto, si el caso se encuentra en la Corte de Apelaciones, se recibirá la solicitud y se remitirá de inmediato con los recaudos necesarios al Juzgado de Primera Instancia que conoce o conoció de la causa, el Tribunal que esté conociendo de la causa deberá convocar al imputado o acusado y a las partes a una audiencia oral a los fines de decidir, debiendo tener en cuenta, a objeto de establecer el tiempo de la prórroga, el principio de proporcionalidad.

el periodo actual de detención preventiva puede sumar un total de 799 días, con la posibilidad de alargarse hasta el límite máximo de 28 años, si el juzgamiento corresponde a los delitos más graves. Adicionalmente, se incrementa el lapso para la realización de la audiencia preliminar de 20 a 40 días⁴⁰ y estipula precedente la privación de libertad, aun sin la documentación judicial necesaria, en casos de solicitudes de extradición⁴¹.

Adicionalmente, en el 2007⁴², se promulgó la Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual, como truco de magia, modificó parte del procedimiento de enjuiciamiento penal a los fines de atender, ahora sí, el cúmulo de casos en la materia, y reivindicar la lucha de género. Parte de la transformación fue ampliar el concepto de flagrancia dando cabida a la aprehensión preventiva fuera de los parámetros establecidos en el Código Orgánico Procesal Penal⁴³.

⁴⁰ Artículo 327 COPP "Presentada la acusación el Juez convocará a las partes a una audiencia oral, que deberá realizarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte. En caso de que hubiere que diferir la audiencia, esta deberá ser fijada nuevamente en un plazo que no podrá exceder de veinte días...".

⁴¹ Artículo 396. COPP "Si la solicitud de extradición formulada por un gobierno extranjero se presenta sin la documentación judicial necesaria, pero con el ofrecimiento de producirla después, y con la petición de que mientras se produce se aprehenda al imputado, el tribunal de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar, según la gravedad, urgencia y naturaleza del caso, la aprehensión de aquel.

⁴² Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *Gaceta Oficial* Nro. 38668, del 23-4-2007.

⁴³ Artículo 93 Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia "Se tendrá como flagrante todo delito previsto en esta Ley que se esté cometiendo o el que acaba de cometerse. También se tendrá como flagrante aquel por el cual el agresor sea perseguido por la autoridad policial, por la mujer agredida, por un particular o por el clamor público, o cuando se produzcan solicitudes de ayuda a servicios especializados de atención a la violencia contra las mujeres, realizadas a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos o fax, que permitan establecer su comisión de manera inequívoca, o en el que se sorprenda a poco de haberse cometido al hecho, en el mismo lugar o cerca del lugar donde se cometió, con armas, instrumentos u objetos que de alguna manera hagan presumir con fundamento que él es el autor. En estos casos, toda autoridad deberá y cualquier particular podrá, aprehender al agresor. Cuando la aprehensión la realice un particular, deberá entregarlo inmediatamente a la autoridad más cercana, quien en todo caso lo pondrá a disposición del Ministerio Público dentro de un lapso que no excederá de doce horas a partir del momento de la aprehensión. Se entenderá que el hecho se acaba de cometer cuando la víctima u otra persona que haya tenido conocimiento del hecho, acuda dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comisión del hecho punible al órgano receptor y exponga los hechos de violencia relacionados con esta Ley. En este supuesto, conocida la comisión del hecho punible el órgano receptor o la autoridad que

Todos los cambios asumidos por la legislación procesal penal, restringiendo el principio de la libertad y, afectando el derecho a la progresividad de los derechos humanos⁴⁴, se imaginaron como solución inmediata para subsanar fallas del sistema y así responder al fenómeno de la impunidad⁴⁵ y a la percepción de inseguridad de la población. Veamos cuáles han sido los resultados.

II. EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

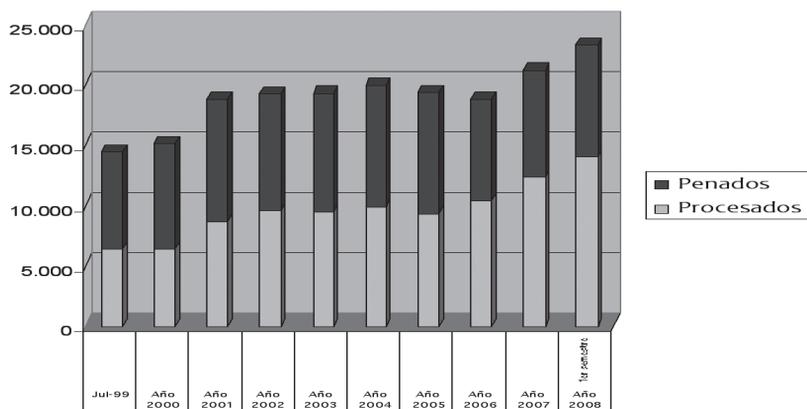
Para ilustrar el estado de la aplicación de la detención preventiva en el país no hay un indicador más claro que la población privada de la libertad sin condena. La población penal venezolana había invertido la relación procesados/penados a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, en gran parte por la aplicación de la regla de la privación como medida excepcional. En 1997 había un total de 25.575 presos, de los cuales el 69 por ciento eran procesados. En 1999, como consecuencia de las nuevas reglas, la población penal se redujo a 14.447 y el porcentaje de procesados se redujo al 44 por ciento. A partir de 2005 la tendencia fue asemejarse a los años de vigencia del sistema inquisitivo. Las cifras de la población penal se fueron incrementando. El incremento se debió al número de presos preventivos. A finales de ese año los detenidos sin sentencia pasaron a representar un porcentaje aproximado de 55,3 por ciento (ver gráfico 1), y para el primer semestre del 2008 se elevaron al 60 por ciento de la población penal (ver gráfico 2).

tenga conocimiento, deberá dirigirse en un lapso que no debe exceder de las doce horas, hasta el lugar donde ocurrieron los hechos, recabará los elementos que acreditan su comisión y verificados los supuestos a que se refiere el presente artículo, procederá a la aprehensión del presunto agresor, quien será puesto a la disposición del Ministerio Público, según el párrafo anterior. El Ministerio Público, en un término que no excederá de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la aprehensión del presunto agresor, lo deberá presentar ante el Tribunal de Violencia Contra la Mujer en Funciones de Control, Audiencia y Medidas, el cual, en audiencia con las partes y la víctima, si esta estuviere presente, resolverá si mantiene la privación de libertad o la sustituye por otra menos gravosa”.

⁴⁴ La propia Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha formulado observaciones en cuanto a la afectación al principio de progresividad de los derechos humanos sufrido a través de las reformas del Código Orgánico Procesal Penal. Sentencia Voto salvado de Blanca Rosa Mármol de León, sentencia #142, del 20-4-2006. La Sala Constitucional disiente de ese criterio y argumenta que no se evidencia tal afectación. Sentencia #1834, del 20-10-2006.

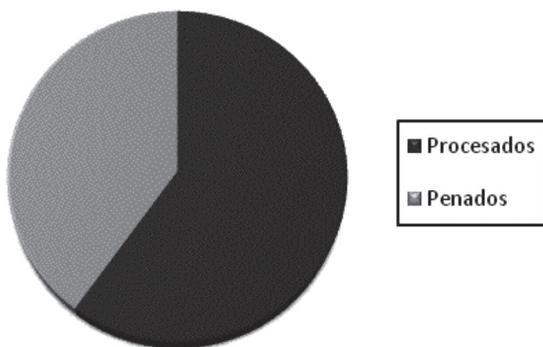
⁴⁵ El Nacional, 7-5-2001: COPP=impunidad=más criminalidad. El Nacional, 09-05-2001: Proponen suspender algunos beneficios procesales del COPP. *El Nacional*, 18-5-2001: Proponen suspender el COPP. Disponible <http://www.elnacional.com>.

Gráfico 1
POBLACIÓN PENAL VENEZOLANA JUL 1999 - MARZO 2008



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos de la Dirección de Rehabilitación y Custodia del Ministerio del Interior y Justicia hasta 2007. Primer semestre del 2008. Data del Observatorio de Prisiones.

Gráfico 2
RELACIÓN PROCESADOS PENADOS 2008



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del informe anual 2008 de Observatorio de Prisiones.

En la actualidad, la cifra oficial es de 23.299 detenidos en las prisiones venezolanas⁴⁶. Esta cifra podría ser considerada mucho más baja que la anterior a la reforma procesal penal de 1998: si hacemos la cifra relativa a la población, el número de detenidos ha bajado de 111 por 100.000 habitantes en 1997 a 88 (también por 100.000 ha-

⁴⁶ Informe del Observatorio de Prisiones. Primer semestre 2008.

bitantes) en 2008. La cifra oficial encubre una realidad más oscura. Ahora existe la nueva modalidad de detenciones en comisarías de policías estatales y municipales, a las cuales son enviados los procesados en virtud del hacinamiento de los 31 centros de reclusión dependientes del Ejecutivo Nacional. Sobre la cantidad de detenidos bajo esa modalidad no se dispone de números oficiales, solo se tiene referencia por noticias de prensa en las que se exponen reclamos de familiares y de los jefes de policía por el funcionamiento de cárceles paralelas sin condiciones mínimas⁴⁷. Estos presos son todos preventivos. En consecuencia, hay que estimar que las cifras oficiales del número total de presos y del número de presos sin condena son mucho más bajas que las cifras reales.

Las cifras considerablemente bajas de prisioneros, bien sea procesados o condenados, y la cifra igualmente baja de condenados, comparada con altas cifras delictivas, especialmente de delincuencia violenta, puede ser interpretada de distintas maneras. En la interpretación más frecuente es un síntoma de impunidad. Hay una queja que los delitos no son castigados y la causa detrás de ello puede ser, según algunos, un código procesal penal muy garantista. Fue esta percepción lo que generó las sucesivas reformas del código a las cuales hemos hecho referencia. Otros entienden que la impunidad oficial se debe al mal funcionamiento del sistema de justicia, incapaz de procesar eficiente y justamente a quienes cometen delitos. Los autores de este trabajo participan de esta segunda percepción y entendemos que el abuso de la prisión preventiva ha sido el falso remedio para el problema de la impunidad.

Es bueno observar que el problema no parece ser la legislación procesal penal. Con el sistema inquisitorio el número de detenidos no era alto. Los Estados Unidos, un ejemplo de sistema acusatorio, tenía un número de detenidos casi seis veces mayor, naturalmente en cifras relativas a la población. El problema en Venezuela parece ser otro. Claramente el sistema no funciona y se han buscado substitutos. La prisión preventiva es uno de estos. Las ejecuciones extrajudiciales funcionan como otro substituto del sistema penal formal. Los delincuentes muertos en “enfrentamientos con la policía” son nu-

⁴⁷ *El Universal*. 12-9-08: Tras explicar que los calabozos de la policía de San Félix, Estado Bolívar, ubicados en la Comisaría de Guaiparo en esa misma localidad, albergan a 120 reclusos a pesar de que su capacidad inicial es de solo cincuenta y en calidad de detención preventiva, el jefe de la Polibolívar, Julio César Fuentes Manzulli, aceptó que los calabozos de San Félix funcionan como una cárcel paralela a pesar de que no cuentan con las condiciones necesarias para ello.

merosos hasta el punto que la estadística oficial ya no los considera homicidios sino “muertes en enfrentamientos”. Naturalmente esto ha generado una policía extraordinariamente abusiva. Según cifras oficiales, entre 2000 y 2007, 25.198 miembros de las fuerzas de seguridad han sido denunciados como autores de delitos (de un total de 110.037 integrantes de esos cuerpos). Respecto a ellos, el sistema penal funciona aun más lenientemente: solo 444 funcionarios policiales (1,76 por ciento) han sido procesados y cumplido todas las fases del proceso⁴⁸. El otro fenómeno que muestra la otra cara de una sociedad punitiva por vía distinta al sistema jurídico es el de linchamientos por turbas populares⁴⁹. Estas “formas alternativas” de castigo no hacen sino mostrar el fracaso del sistema penal formal.

¿Cómo explicar la falta de resultados de la reforma procesal venezolana para cambiar efectivamente el sistema y, en particular, para reducir el número de presos en prisión preventiva? La primera y más obvia respuesta es que el sistema penal enfrentó cambios sin tener el conocimiento ni los procesos de gestión adecuados y que la reforma procesal no fue tal en la práctica. Las sucesivas reformas legislativas del Código Orgánico Procesal Penal, desvirtuando las reglas originales, muestran que tenemos una práctica en el manejo de casos penales bastante similar a la anterior a 1998. Los órganos del sistema de justicia han enfrentado un número muy elevado de ingresos al sistema y han carecido de la agilidad para manejarlos.

En particular, el Ministerio Público, ha carecido de capacidad de respuesta a la nueva situación. A la entrada en vigencia del sistema acusatorio, al Ministerio Público le correspondió enfrentar, sumado a los más de 17.000.000 expedientes rezagados del antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal⁵⁰, más de 1.684.924 nuevas causas⁵¹.

⁴⁸ Datos ofrecidos por la Fiscal General Luisa Ortega Díaz. El Nacional, 19-2-09, Cuerpo Ciudadanos, *El Universal*, 19-2-09.

⁴⁹ Declaraciones Alberto Arteaga, 19-2-09, el Universal “No son nuevos los hechos alarmantes de linchamientos en Venezuela. En tres minutos se aplica la “justicia” que puede durar tres años o no aplicarse nunca...”.

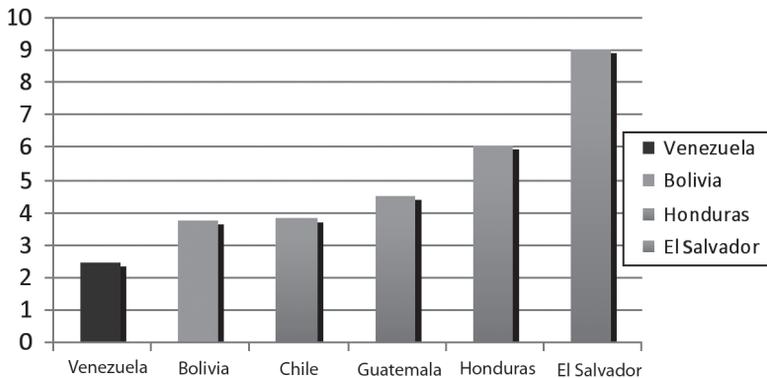
⁵⁰ La cifra de 14.000.000 de causas de transición la aportó Isaías Rodríguez, Fiscal General, durante la presentación del informe anual 2006 del Ministerio Público; no obstante, en julio de 2008 la entrante Fiscal General propone a la Asamblea Nacional una Ley de Extinción de la Acción Penal justificada en las siguientes declaraciones: “No había una cifra precisa de cuántas causas estaban bajo este régimen, se trata de 17 a 20 millones de expedientes. A esta fecha, después de 10 años del COPP, se han resuelto 10 millones de casos”. Nota de prensa Ministerio Público. www.ministerio-publico.gob.ve.

⁵¹ Informe Fiscal General 2007 y Alguándigue (2008) O papel do Ministério Público

Esta cifra se encuentra en el Informe Anual del Ministerio Público año 2007, aunque ya en 2004, en un discurso del Fiscal General ante la Asamblea Nacional, se anunciaba más de 2.000.000 de ingresos nuevos al sistema penal⁵². No parece haber un tratamiento serio de las cifras⁵³.

El Fiscal General Isaías Rodríguez, en marzo de 2005, manifestó que cada fiscal tenía asignados para la fecha, más de 2.900 casos, y que en Venezuela existía un aproximado de 2,4 fiscales por cada cien mil habitantes, una cifra baja en comparación con países de la región como Bolivia (3,7), Chile (3,8), Guatemala (4,5), Honduras (6) y El Salvador (9)⁵⁴. A fines de 2007, la Directora General de Actuación Procesal del Ministerio Público para la fecha, hoy Fiscal General, informó que las cifras de expedientes⁵⁵ por cada fiscal era de 5.000⁵⁶.

Gráfico 3
RELACIÓN FISCALES X 100.000 HABITANTES, AÑO 2005



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del informe anual 2005 Ministerio Público.

em Venezuela. En J. P. Dias (Compilador): O papel do Ministério Público/ Estudo comparado dos países Latino-Americanos. Coimbra. Editorial Almedina.

⁵² Discurso del 8-3-2005 Fiscal General ante la Asamblea, presentando Informe Anual 2004 y Alguíndigue (2008).

⁵³ De cualquier forma, de los casos activos se mantienen algo más del 60% de la población penal cumpliendo condena anticipada, situación bastante similar a las cifras correspondientes a la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal.

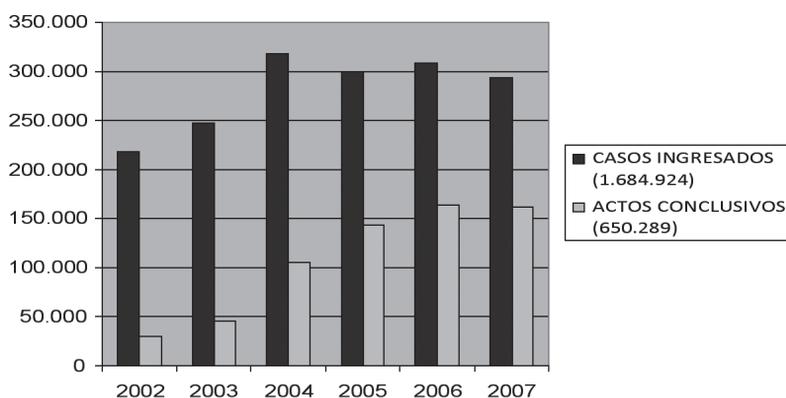
⁵⁴ Informe Anual Fiscal General 2005.

⁵⁵ Nótese el término utilizado: "expediente", el cual denota el seguimiento de prácticas inherentes al sistema inquisitivo.

⁵⁶ *El Universal*. 2 de octubre 2007. Caracas.

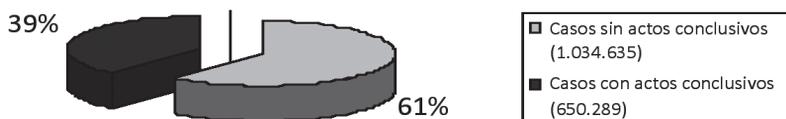
La cifra promedio de actos conclusivos⁵⁷ reportada por el Ministerio Público en relación a los asuntos conocidos, no sobrepasó el 22 por ciento hasta el año 2004. En ese año se incrementó el número de pronunciamientos fiscales hasta alcanzar el 33,35 por ciento. En el 2007, luego de un operativo de agilización de causas, se logró un incremento del 55,23 por ciento. El promedio de actos conclusivos durante el 2002-2007 es de 36,93 (ver gráficos 4 y 5).

Gráfico 4
RELACIÓN CASOS INGRESADOS/ACTOS CONCLUSIVOS 2002-2007



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del Informe Anual 2007 del Ministerio Público.

Gráfico 5
RELACIÓN PORCENTUAL CASOS INGRESADOS/ACTOS CONCLUSIVOS 2002-2007



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del Informe Anual 2007 del Ministerio Público.

Al discriminar los tipos de actos conclusivos producidos, el porcentaje más bajo 8,83 por ciento corresponde a acusaciones⁵⁸, el 57, 28

⁵⁷ Los actos conclusivos son los pronunciamientos que emite el fiscal del Ministerio Público al culminar la fase de investigación (archivo fiscal, el sobreseimiento y la acusación). Se encuentran en los artículos 315, 318, 326 del COOP.

⁵⁸ Artículo 315 COPP "Cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar, el Ministerio Público decretará el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la reapertura cuando aparezcan nuevos elementos de convicción. De esta medida deberá notificarse a la víctima que haya intervenido en el proceso".

por ciento a sobreseimientos⁵⁹ y el 33,89 por ciento a los archivos fiscales⁶⁰ (ver gráfico 6).



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del Informe Anual 2007 del Ministerio Público.

Esa cifra, ya bastante representativa, se complementa con el número de 51.390 sentencias (incluyendo absolutoria y condenatorias) obtenidas en las 1.684.924 causas reportadas como ingresos del sistema. Es decir, solo el 3 por ciento de los casos ingresados al sistema terminan en sentencia.

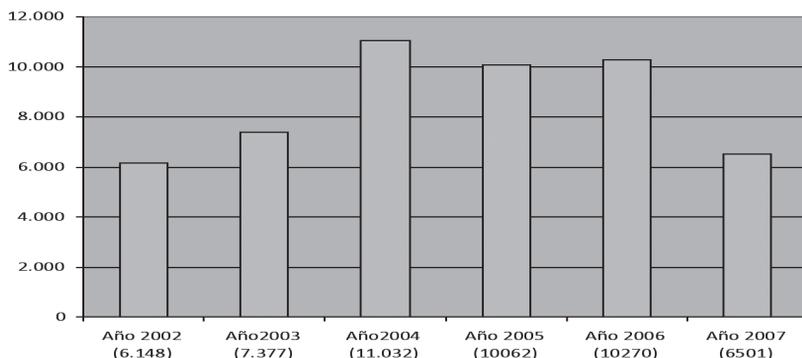
El represamiento de casos ocurre también en sede tribunalicia. El Informe Anual 2006 del Tribunal Supremo de Justicia reporta para los años 2004-2007 un número de casos conocidos por los tribunales de control de 1.135757, en contraste con los tribunales de juicio con solo 53.467 causas tramitadas (el 4,7 por ciento). En febrero 2009 la Fiscal General indicó que el 60 por ciento de los juicios no terminan en una sentencia absolutoria o condenatoria, sino en la nulidad del proceso, debido a errores en los actos de investiga-

⁵⁹ Artículo 318 COPP "El fiscal solicitará el sobreseimiento ante el juez de control cuando: 1.- El hecho objeto del proceso no se realizó o no puede atribuirse al imputado. 2.- Considere que el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, inculpabilidad o de no punibilidad. 3.- La acción penal se ha extinguido o resulta acreditada la cosa juzgada. 4.- A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, y no hay bases para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

⁶⁰ Artículo 326 COPP "Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, presentará la acusación al juez de control".

ción⁶¹. El comportamiento de la cifra de sentencias puede apreciarse en el gráfico 7.

Gráfico 7
SENTENCIAS 2002-2007



Elaboración: Alguíndigue con datos obtenidos del Informe Anual 2007 del Ministerio Público.

La falta de eficiencia en manejar un número tan elevado de casos no se debe solo al volumen de los casos. Los altos funcionarios del sistema han generado cuellos de botella y otras dificultades para la gestión. Las instrucciones obligatorias (“circulares” en el lenguaje burocrático venezolano) han dificultado el manejo de la carga de casos. Por ejemplo, esas instrucciones instan a los fiscales a pedir autorización de la instancia superior administrativa para el uso de principios de oportunidad⁶² y archivos fiscales⁶³, tramitar las copias de las actuaciones por ante el fiscal superior, y recomiendan –en aprehensiones flagrantes– solicitar el procedimiento ordinario⁶⁴ contrariando de manera inminente la esencia de la referida institución.

Por su parte, la cultura inquisitorial genera decisiones contrarias a derecho al decretar o mantener medidas de coerción personal más allá del tiempo o circunstancias consagradas en la norma procesal.

⁶¹ Declaraciones Fiscal General de la República, jueves 19 de febrero de 2009. Diario *El Universal*.

⁶² Artículo 37 COPP. Circular ubicable en <http://www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/Doctrina>

⁶³ Artículo 37 COPP. Circular ubicable en <http://www.fiscalia.gov.ve/Doctrinas/Doctrina>.

⁶⁴ En los casos de detenciones flagrantes, lo esperado es pedir el procedimiento abreviado para ir directamente a juicio al suponerse que los elementos de convicción están ya disposición del Ministerio Público.

Algunas de ellas han sido objeto de recursos de amparo y declaradas con lugar por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁶⁵. Sin embargo, de manera contradictoria, la misma sala, a propósito de la disposición constitucional⁶⁶ que prohíbe beneficios que conlleven a la impunidad a casos de delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y en los crímenes de guerra⁶⁷, dictó un fallo sosteniendo que en esos supuestos solo es procedente la detención preventiva. Esta decisión excluye otras medidas cautelares que igualmente podrían garantizar el juzgamiento, por cuanto las mismas no son extintivas de la acción penal ni del proceso⁶⁸ y claramente contraviene el principio de presunción de inocencia y juzgamiento en libertad⁶⁹.

La cantidad de casos que ingresan al sistema que no son depurados y que luego se quedan estancados, abultan la carga de trabajo. Por ejemplo, el Ministerio de Interior y Justicia aporta la cifra de 256.499 casos abiertos por el Ministerio Público ante el CICPC, contra solo 178.677 que pudieron ser investigados en 2003⁷⁰. No existen datos sobre años posteriores; sin embargo, puede inferirse que el número de casos va en aumento al contarse hoy con más de un millón de causas en espera de actos conclusivos⁷¹.

En cuanto a la realización de las audiencias preliminares y de juicio existe una percepción generalizada de la inexistencia de un manejo eficiente de audiencias orales⁷². Son constantes las audiencias diferidas por ausencia de las partes. La Oficina de Participación Ciudadana del Circuito Judicial Penal de Caracas, en diciembre del

⁶⁵ Sentencia Sala Constitucional #2375, 27-08-2003. El juez de la causa consideró que el límite que estimo el legislador, como máximo para la duración de una medida de coerción personal "no concuerda con la realidad procesal venezolana" y prorrogó la medida cautelar que venía cumpliendo el imputado por más de dos años). Sentencia Sala Constitucional #972, 26-05-2005 (Imposición por parte del juez de control de medidas cautelares por más del tiempo establecido en la norma).

⁶⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 27.

⁶⁷ Según sentencia de la Sala Constitucional # 1648, 13-6-05 los delitos de drogas son catalogados dentro de esta especie y por ende no susceptibles de medidas cautelares no privativas de libertad ni beneficios.

⁶⁸ Sentencia Sala Constitucional #3421, 9-11-2005.

⁶⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 44 y 49.

⁷⁰ Datos del Ministerio de Interior y Justicia publicados por la Oficina Nacional de Estadística.

⁷¹ Informe Anual Ministerio Público año 2007.

⁷² Conclusiones del debate entre operadores de justicia participantes de la II Cohorte del Diplomado de Sistema de Justicia, Universidad Metropolitana. Año 2007.

2006, reportó 101 diferimientos de audiencia imputables al Ministerio Público de un total de 279 pautadas; es decir, el 36,20 por ciento⁷³. De igual forma, se verifican suspensiones por la no presencia del imputado, a quien, incomprensiblemente, el Estado tiene detenido preventivamente para asegurar su presencia en los actos del proceso. La dificultad en los traslados de los detenidos se hace tan evidente que, en oportunidades, los internos deben pagar entre todos el alquiler de transporte para poder asistir a las audiencias en los tribunales⁷⁴.

La débil plataforma de apoyo para la toma de decisiones de fiscales y jueces incide en la tendencia generalizada de detener a los investigados durante el desarrollo del proceso. No se cuenta con herramientas de obtención oportuna y certera de información sobre identidad del imputado, datos filiatorios, medidas cautelares previas⁷⁵, domicilio y dependencia laboral. Al no contar con datos certeros en las audiencias, la mejor opción es asegurar la presencia del sometido a juicio mediante su encarcelación, por temor de ser señalados los jueces como complacientes ante los medios de comunicación social⁷⁶.

Para enero 2007, la población oficialmente en prisión preventiva –que representaba el 55 por ciento del total de la población penal– se encontraba en un el 78 por ciento en fase de control⁷⁷; es decir, en espera del acto conclusivo por parte del fiscal o en la fase de asistencia a la audiencia preliminar. Los jueces que mantienen

⁷³ Nota de Prensa *El Universal*. 29 diciembre de 2006.

⁷⁴ Nota de prensa diario *El Universal*: En Yare los presos hacen colectas para que los lleven a tribunales: “El 6 de marzo del año 2006, los reclusos de la cárcel de Yare pensaron que sus embarazosos días tras las rejas se resolverían al enterarse de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos había emitido unas medidas provisionales de protección en su favor, pero en la actualidad sus dificultades se han agravado de manera progresiva. Tienen que pagar para ser trasladados a las audiencias en tribunales...”.

⁷⁵ Desde la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 2001 se contemplan dos disposiciones (artículo 42, 246) que otorgan la responsabilidad al Tribunal Supremo de Justicia de crear registros para sistematizar información sobre medidas cautelares y medidas alternas a la prosecución del proceso. Hasta la fecha no están disponibles tales registros, ni otro que contribuya al control del desarrollo y duración de los procesos. Tampoco se encuentra automatizado el sistema de identificación nacional dependiente del Ministerio del Poder Popular de Relaciones Interiores y Justicia. “Propuesta única para un sistema de identificación y registro para ciudadanos” <http://www.vtv.gob.ve/noticias-nacionales/>

⁷⁶ Conclusiones del debate entre operadores de justicia participantes de la III Cohorte del Diplomado de Sistema de Justicia, Universidad Metropolitana. Año 2008.

⁷⁷ Declaraciones del Viceministro de Relaciones Interiores y Justicia, Yuri Pimentel. Diario *La Prensa*, 17-1-007.

en prisión a los procesados no pueden ignorar que las prisiones venezolanas están manejadas por mafias y son extremadamente violentas. Desde 1999 hasta diciembre 2008, han muerto por hechos violentos 3664 reclusos y han sido lesionados 11.401⁷⁸. El promedio anual de 366 homicidios de reclusos es similar a las peores épocas anteriores a 1998⁷⁹.

Otro elemento interesante de analizar es la tendencia a la desaparición de la oralidad de las audiencias en la fase de control⁸⁰, generalmente explicada por la sobrecarga de trabajo y la dificultad de coordinación entre las partes⁸¹. Como el proceso judicial que no es abierto al público, los resultados son acuerdos implícitos entre los operadores y la supresión del debate contradictorio. Sin ser un hecho denunciado públicamente, la decisión sobre la libertad de los procesados se convierte en un acto mecánico, escrito y generalizado que violenta la razón de ser del sistema acusatorio.

Todos estos incidentes directamente relacionados a los procesos de gestión del sistema de justicia y no necesariamente con la escasez de recursos, inciden en el lapso de la prisión preventiva y, más aún, en el peligroso recurso de privar a los individuos de su derecho fundamental a la libertad, aparentemente sin utilidad alguna.

III. EL CONTEXTO POLÍTICO

La conducta aparentemente tan irracional de los actores del sistema penal requiere una referencia al contexto político en el cual se desenvuelven y que permite apreciar que la conducta no es caprichosa. Es bien conocido el alto grado de conflictividad política en el país relacionado con el intento de imponer un proyecto revolucionario rechazado por una parte importante de la población. El gobierno ha considerado que el control del Poder Judicial y en general del sistema de justicia es importante para la imposición de su proyecto político, y esto ha generado el control estrecho de jueces y fiscales, y su carencia

⁷⁸ Informe primer semestre 2008 del Observatorio de Prisiones. www.ovprisiones.org

⁷⁹ Pérez Perdomo & Rosales (999) *op. cit.*

⁸⁰ Sobre el riesgo de la pérdida de la oralidad y la reproducción de las pruebas escritas, alertó el Fiscal General, ya, en su Informe Anual de 2005.

⁸¹ Debate entre operadores de justicia participante de la II Cohorte del Diplomado de Sistema de Justicia Universidad Metropolitana.

de estabilidad en la carrera^{82,83}. Esto no es una inferencia a partir de las acciones del gobierno, sino que tanto el Presidente de la República como el Presidente del Tribunal Supremo, han declarado que el Poder Judicial y todos los poderes del Estado deben estar al servicio de la revolución⁸⁴. Por ejemplo, el Presidente del Tribunal Supremo declaró solemnemente en la apertura del año judicial 2005, que ese año estaría caracterizado por lo que denominó “Plan de Revolución Judicial”, para que el Poder Judicial sirviera mejor a la revolución.

En la práctica, esto ha significado que son numerosos los casos de jueces destituidos (o con “designación revocada”) por no haber decretado la privación preventiva de libertad a miembros de grupos opositores al gobierno. Un ejemplo lo tenemos con la remoción del cargo de la jueza Alcyl Viñales, quien decretó una medida cautelar a los imputados por la fuga de prisión de un ex gobernador de la oposición y fue destituida de manera inmediata luego de las declaraciones del Ministro de Interior y Justicia, dando paso a un sustituto que de inmediato acordó la privación de libertad⁸⁵. Puede estimarse en un millar el número de jueces destituidos desde el comienzo de la revolución. La sola sospecha de que el juez no es adicto al gobierno puede acarrear la destitución. Ante tal presión ha habido muchos jueces que han renunciado⁸⁶. La situación del Ministerio Público es bastante similar⁸⁷. En otros casos, las noticias de prensa muestran quiénes ejercen verdaderamente el poder de juzgar. Por ejemplo, una nota de prensa informa que por orden del Ministro de Interior y Justicia fueron detenidos ciudadanos presuntamente implicados en un hecho delictivo, sin que esta facultad este atribuida al Poder Ejecutivo⁸⁸.

⁸² Alguíndigue, (2008) *op. cit.*

Pérez Perdomo, Rogelio (2004): Reforma judicial, estado de derecho y revolución en Venezuela. En L. Pásara (ed): En búsqueda de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina. Consorcio Justicia Viva.

⁸³ La condición de jueces, en su mayoría provisorios, al igual que los fiscales del Ministerio Público y defensores públicos, crea un clima de cuestionamiento sobre la independencia en sus decisiones. Nada más en el año 2005 se reportó la destitución de 400 jueces a nivel nacional y 200 fiscales; nada se dijo sobre resultado de averiguaciones y en el sistema penal parecieran no encontrarse casos de averiguaciones penales por hechos de corrupción. Nota de Prensa Diario *El Nacional*, 7 de junio de 2005.

⁸⁴ Discurso del Magistrado Omar Mora por la apertura del año judicial 2005. Tribunal Supremo de Justicia.

⁸⁵ *El Universal*, 8-4-2007. Ver también Alguíndigue & Pérez Perdomo (2008).

⁸⁶ Pérez Perdomo (2007) *op. cit.*

⁸⁷ Alguíndigue (2008) *op. cit.*

⁸⁸ *El Nacional*, 8-4-2007: “por orden del Ministro de Interior y Justicia detuvieron a

Otro caso emblemático son las dos causas abiertas con ocasión de las muertes acaecidas en el centro de Caracas durante los sucesos del 11 de abril de 2001. La causa en la que se juzgaba a los afectos al gobierno duró 4 meses y culminó con una sentencia absolutoria, la abierta a los efectivos policiales de la Policía Metropolitana lleva 6 años y 3 meses (a marzo de 2009); lapso en el cual los acusados se han mantenido privados de libertad sin haber culminado el juicio oral.

En la práctica, un fiscal del Ministerio Público o un juez pueden sentirse temerosos de tomar cualquier medida en pro de la libertad de un procesado si el caso puede tener una implicación política o si su decisión puede hacerlo aparecer como blando con criminales. La creciente población de las prisiones tiene una relación directa con la desprofesionalización del Ministerio Público y la judicatura. No se trata, así, solo de mal diseño legislativo, de un problema gerencial o de limitación de recursos. Se trata de algo más profundo y que tiene que ver con el encuadramiento político de jueces y fiscales y la debilidad de una cultura institucional en el sistema de justicia. La constitución prevé que los jueces deben ser designados por concursos de oposición y existe una normativa sobre la realización de esos concursos. El Tribunal Supremo ha preferido ignorarla: no realiza concursos de oposición. En su lugar ha establecido un breve curso de regularización que solo puede ser tomado por los jueces designados sin formalidad alguna. El valor formal de este curso no es claro, por cuanto no es el concurso de oposición exigido por la constitución. Como, por otra parte, la constitución garantiza que los jueces no pueden ser destituidos sino conforme a un procedimiento establecido⁸⁹, y esto incluye también a los jueces provisorios, el Tribunal Supremo ha optado por no destituirlos sino por “revocar su designación”. Esta revocación procede sin expresar el motivo ni posibilidad de defenderse. A iguales condiciones están sometidos los fiscales del Ministerio Público. En realidad, no se requiere de ninguna acción u omisión. Si el juez o el fiscal aparecen como políticamente neutros, están en peligro de perder su posición. La justicia está al servicio de la revolución.

los 29 implicados en el caso...”

⁸⁹ Artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela “..... el régimen disciplinario de los magistrados o magistrados y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez o Jueza Venezolano, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley...”

CONCLUSIONES DEL FORO VIRTUAL DE REDEX SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA

I. PRESENTACIÓN

El 14 de noviembre de 2008 se realizó el Segundo Encuentro de la Red Ex Alumnos del Programa Interamericano de Capacitadores en Reforma Procesal Penal (REDEX), en Bogotá, Colombia. Un día antes, los integrantes de la REDEX, tuvieron la oportunidad de participar en el Seminario Internacional “Desafíos de la Prisión Preventiva en la Reforma Procesal Penal: evaluación y perspectiva”, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Open Society y la Universidad del Rosario, realizado con el objetivo de constituir una instancia que permita generar conocimiento y producir debate acerca del estado actual de la prisión preventiva en Latinoamérica, en el contexto de los sistemas procesales penales reformados e indagar algunas alternativas de solución al problema descrito.

A partir de las presentaciones realizadas en dicho Seminario y de la discusión propia del Encuentro de REDEX, se determinó que uno de los ejes de trabajo de REDEX estaría dado por la reflexión sobre las problemáticas identificadas en torno a la actualidad del uso de la prisión preventiva y las medidas cautelares sustitutivas. Para tal fin, se creó un foro virtual en el cual los 254 miembros de REDEX, provenientes de 18 países de la región, tuvieron la oportunidad de intervenir activamente, aportando a la construcción de algunas conclusiones colectivas sobre la base de la experiencia local de sus países e instituciones. Ese foro, desarrollado entre diciembre de 2008 y marzo de 2009, tuvo tres momentos de reflexión:

- El debate sobre el contexto actual de la región;
- El debate sobre las situaciones problemáticas, sus posibles causas y los cursos de acción para dar solución a las mismas;
- El debate sobre las acciones concretas que como Red pueden emprenderse en la temática.

A continuación, se realiza una síntesis de los resultados obtenidos y los consensos arribados hacia el futuro.

II. EL CONTEXTO ACTUAL DE LA REGIÓN

Si bien una de las promesas fundantes de la reforma procesal penal en los países de América Latina fue la referida a la disminución del uso y duración de la prisión preventiva, la realidad actual muestra que en la mayoría de los países de la región el número de detenidos preventivos continúa siendo superior al número de personas condenadas, y estos números van en aumento. Adicionalmente, prácticamente todos los países han sufrido contrarreformas en materia de medidas cautelares, mediante las cuales se han hecho más rígidos los criterios de procedencia de medidas sustitutivas, imponiéndose situaciones de inexcusabilidad (ya sea a través de la norma o de las prácticas posibilitadas por las reformas) para determinados delitos.

A diferencia del discurso de inicio de la reforma, fuertemente orientado a la efectivización de las garantías constitucionales y la implantación de un debido proceso, hoy en día la exigencia que más llega al sistema tiene relación con la necesidad de probar su eficacia y eficiencia para la persecución y sanción del delito. Esta situación genera la obligación, en esta materia puntual, de encarar un discurso renovado que contemple, en adición a la dimensión relativa al respeto por las garantías constitucionales, una dimensión que dé cuenta de la preocupación por generar un sistema eficiente, de respuestas hacia la sociedad, de modo de dar a entender que el sistema es eficiente cuando logra condenas y no cuando por incapacidad o desinterés, sustituye a las mismas por la prisión preventiva. Esta nueva discusión implica también debatir sobre la actuación de las partes, dando contenido concreto a los principios que guían su actuación y, sobre todo, redefinir el rol del juez en cuanto a su actividad, la toma de decisión, la comunicación de sus decisiones, el alcance de su responsabilidad en la decisión. La necesidad actual inminente en materia de prisión preventiva es, entonces, la de plantear un nuevo programa de trabajo político, teórico y técnico.

III. LAS SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

En este nuevo contexto, aparecen como situaciones a las que particularmente debe prestarse atención:

1. La oralidad en las etapas previas

Si bien en los últimos años se ha instalado un consenso extenso sobre el uso de la audiencia como mecanismo para la toma de

decisiones en las audiencias previas al juicio (particularmente, podríamos decir que no existe discusión sobre la necesidad de que la prisión preventiva se decida en una audiencia oral), ello no implica necesariamente que los fines para los cuales se establece la audiencia como metodología se cumplan. Dicho en otras palabras, una de las situaciones problemáticas presentes en varios países de la región es que, si bien existen audiencias de prisión preventiva, estas no sirven al fin de producir información relevante para la toma de decisiones de calidad. En algunos casos, estas audiencias se convierten en verdaderos juicios donde se decide directamente la responsabilidad penal del imputado; en otros, son teatralizaciones que sirven para legitimar una decisión ya asumida por el juzgador sobre la base de un expediente escrito que le ha sido entregado en forma previa a la audiencia. En cualquier circunstancia, parece que es necesario volver la mirada a cuáles son las características de las audiencias que hoy en día se desarrollan en nuestros sistemas y cuál la actuación de las partes en las mismas, ya que en caso contrario, la cultura del expediente pervive en la toma de decisiones.

Parece importante generar acuerdos sobre el contenido concreto que debe tener una audiencia de medida cautelar, impulsar capacitaciones si no homogéneas, por lo menos sobre la base de determinados parámetros, que permitan transitar una misma senda hacia aquella finalidad de la audiencia.

2. Los controles institucionales

Este segundo aspecto genera aún más debate que el anterior, ya que no solo se trata de verificar si existen o no controles institucionales sino también qué debe controlarse, cuál es la metodología y quiénes intervienen en los mismos.

En cuanto a qué debe controlarse en materia de medidas cautelares, interesa generar un seguimiento sobre las instituciones que permita evitar que la prisión preventiva funcione como pena anticipada y esto dice relación:

- Desde el trabajo del Ministerio Público, fundamentalmente con la necesidad de verificar que la acusación tiene capacidad de analizar y proyectar qué casos deben llegar a juicio y presentan peligro procesal (lo cual implica utilizar en forma adecuada el resto de herramientas procesales que se le presentan tanto para la desestimación como para la aplicación de una salida alternativa) y, en esos casos, verificar que investiga oportuna y

diligentemente logrando llegar a juicio con una investigación adecuada.

- Desde el punto de vista de la defensa, verificar que los defensores –tanto públicos como privados– ejercen ese control del que se viene hablando sobre la acusación a partir de la exigencia de estándares adecuados de calidad en su trabajo. Esto implica un rol activo del defensor controlando la calidad del trabajo de la acusación y no la pasividad que suele observarse en casos donde, por ejemplo, se les aconseja a los imputados que permanezcan en prisión preventiva con la finalidad de lograr la extinción de la acción por el transcurso del tiempo.
- Desde el punto de vista del juzgador, implica verificar de una parte que las decisiones están basándose realmente en lo que ocurre en la audiencia (abandono real del expediente como instrumento de trabajo) y de otra que los jueces están ejerciendo su rol de directores de la audiencia exigiendo a las partes que cumplan con la finalidad de la misma, produciendo información útil a la decisión que se está solicitando tomar y siempre de un modo imparcial sin subsidiar el rol persecutor.

En cuanto al control este ha de existir a distintos niveles. Así podemos hablar de un control a nivel interno, de un control cruzado y un control externo al propio sistema judicial. En consecuencia, en el primer nivel señalado, esto es, *control interno*, aparece como necesidad que las mismas instituciones fijen sus políticas de seguimiento al trabajo interno tomando en consideración todos los criterios ya apuntados, como forma de medir efectividad. Pero también aparece como una segunda cuestión de importancia el *control cruzado* entre instituciones: en cada caso concreto, nadie será mejor contralor del trabajo de la contraparte que quien está litigando una audiencia; a nivel institucional, resulta importante que cada actor del proceso asuma no solo su rol sino también tenga claridad sobre el rol que los otros sujetos deben cumplir para lograr un sistema equilibrado que responda a la finalidad de cumplir las garantías individuales y enviar un mensaje de eficiencia a la sociedad. Finalmente, encontramos una tercera cuestión que es necesario considerar en relación a los controles y tiene relación con la posibilidad de *controles externos*; aquí, el papel de las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación aparece como relevante, ya que son estas entidades las que pueden desarrollar un monitoreo que permita comprobar la eficiencia o no de las instituciones en el cumplimiento de su rol específico con relación al uso de las medidas cautelares.

Ahora bien, la complejidad en este punto está dada porque si bien en prácticamente todos los países existe algún nivel y tipo de control, estos no siempre están orientados hacia la misma finalidad, generando desencuentros o, lo que es peor, inconsistencias con relación a los objetivos perseguidos. Por ello, parece necesario profundizar la reflexión en este ámbito, determinando cuáles son los elementos esenciales que deben cumplimentarse para contar con un sistema de control institucional efectivo y quiénes deben ser los actores involucrados en el mismo.

3. La confusión en la finalidad de la prisión preventiva

Otra situación detectada en forma permanente es la recurrencia en el uso de la prisión preventiva como la herramienta de “respuesta inmediata” a la exigencia social. Al no existir una clara concepción del significado de la prisión preventiva como medida cautelar, resulta una salida común la de su uso para calmar determinadas presiones sociales. En adición, el escaso desarrollo de mecanismos que permitan aplicar y dar seguimiento a las medidas sustitutivas a la prisión preventiva (reguladas en prácticamente todos los códigos procesales penales de la región), genera que la prisión preventiva siga siendo la medida cautelar de mayor utilización.

En consonancia, otra cuestión problemática dice relación con la duración de la prisión preventiva una vez dispuesta la medida. Si bien en la mayoría de los países se han establecido plazos máximos legales de duración, estos aparecen hoy prácticamente como “la regla”, es decir que si una persona va detenida en forma preventiva lo más probable es que su detención dure el tiempo fijado por la ley como máximo para la misma. La idea de posibilidad de fijación de plazo judicial (discusión en la audiencia sobre la necesidad específica de duración de la medida en cada caso concreto) no ha sido asumida en la mayoría de los países y esto genera una imposibilidad de discutir, caso a caso, cuál es el tiempo real que puede considerarse como razonable para la duración de la medida.

4. Posibilidad de establecer servicios de antelación a juicio

En los países de la región no existe discusión, en la actualidad, sobre la necesidad de algún tipo de instancia que pueda realizar una evaluación de riesgo en concreto sobre cada caso en el que se solicita una medida cautelar. Los servicios de antelación a juicio, utilizados exitosamente en Norteamérica y Puerto Rico y en la actualidad en desarrollo en algunos estados de México y en República

Dominicana, deben considerarse como una posibilidad de dar solución a los criterios actuales, basados muchas veces en el prejuicio o la costumbre como formas de aplicar la prisión preventiva.

Si bien está claro que estos servicios no constituyen una solución mágica al problema del uso abusivo de la prisión preventiva y que debe cuidarse mucho que en caso de instaurarse los mismos no se conviertan en una suerte de reemplazo del criterio judicial en la toma de la decisión sobre la procedencia o no de una medida cautelar, sería conveniente comenzar a pensar en la posibilidad de implementarlos en la región.

Una guía concreta para pensar en esa implementación está dada por la respuesta a las siguientes preguntas:

1. Cuál es el objetivo y la finalidad de los mecanismos de antelación al juicio, para después, definir su pertinencia.
2. ¿Existe en realidad información que puede tener carácter de neutral, objetiva o imparcial en un proceso adversarial?
3. ¿Están las partes de un proceso adversarial obligadas a brindar cierto tipo de información, aunque entregar esa información contraría su teoría del caso?
4. ¿Es deseable que los intervinientes en un proceso penal de corte adversarial tengan acceso a la misma información? ¿Es ello compatible con la facultad de las partes de efectuar teorías del caso en el proceso adversarial, y la posición de imparcialidad del juez que decide el caso quien no debe conocer detalles del mismo sino a partir de lo presentado por las partes en audiencia?
5. En caso de considerar pertinente el servicio de antelación al juicio, ¿esta información debe ser para el conocimiento de las partes y del juez de garantías, o solo debe tenerla la defensa penal pública, o el ministerio público, o el juez? Es decir, ¿en cabeza de quién debería estar el servicio de antelación al juicio?
6. ¿Qué tipos de controles se deben establecer para la adquisición de la información para los servicios de antelación?



