

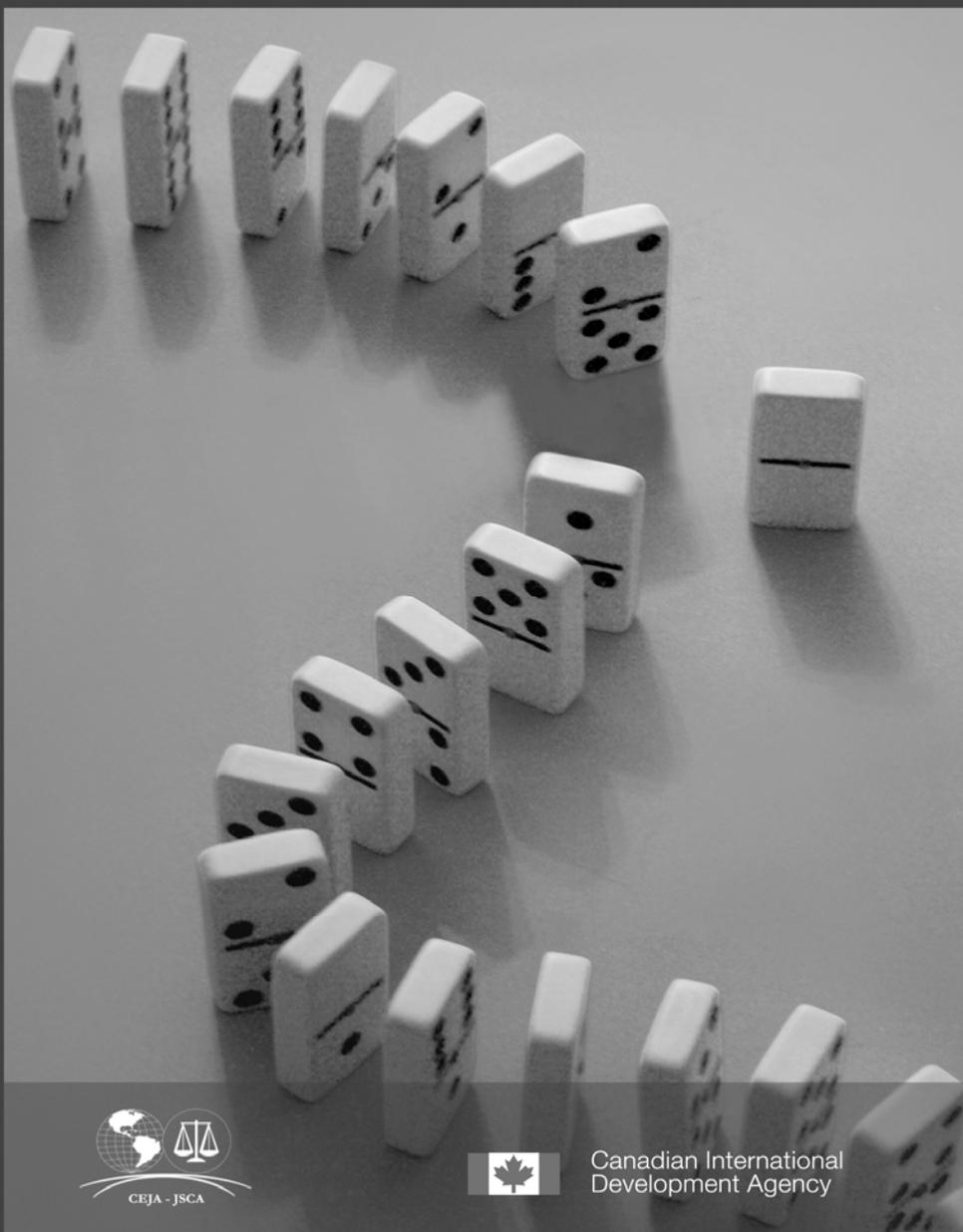
PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE



PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE



© 2013 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA
Rodó 1950, Providencia
Santiago, Chile
Tel. +(56 2) 2274-2933
Cel. +(56 2) 2341-5769
www.cejamericas.org

Equipo Editorial
Andrea Cabezón P. (Coordinadora edición)
Silvana Mucci
Sandra Araneda
Erick Ríos Leiva

PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA:
ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE
Registro de Propiedad Intelectual: 227451
ISBN: 978-956-8491-26-0

Publicado en abril 2013
Corrección de texto y estilo: Laura Las Heras
Diseño de Portada e Interior: Fanny A. Romero / Eduardo Argañarás

INDICE

PRESENTACIÓN.....	9
CAPÍTULO 1 - MAURICIO DUCE J.	
VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES REFORMADOS.....	13
Introducción: Prisión preventiva en América Latina.....	15
Objetivos del capítulo.....	16
Lección 1	
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS SISTEMAS INQUISITIVOS Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA REFORMA PROCESAL PENAL.....	17
1. La prisión preventiva en el funcionamiento de los sistemas Inquisitivos en América Latina.....	17
2. La prisión preventiva y la Reforma Procesal Penal: el cambio de paradigma.....	21
3. Establecimiento de líneas cautelares alternativas.....	40
Lección 2	
EL IMPACTO DE LOS NUEVOS CÓDIGOS REFORMADOS EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA.....	44
1. La prisión preventiva en los primeros años de los nuevos códigos acusatorios.....	45
2. El uso de la prisión preventiva en el mediano y largo plazo en los procesos reformados.....	52
Lección 3	
LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU CONTRARREFORMA EN AMÉRICA LATINA.....	64
1. El contexto general.....	64
2. Los cambios en la regulación de la prisión preventiva.....	67
Lección 4	
UNA NUEVA AGENDA PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA.....	81
1. El agotamiento de la aproximación tradicional.....	81
2. Los elementos de una nueva agenda en la materia.....	83

CAPÍTULO 2 - TOBÍAS PODESTÁ

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL.....	93
Introducción.....	95
Objetivos del capítulo.....	95
Lección 1	
LOS ESTÁNDARES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ORDEN INTER- NACIONAL.....	97
1. El derecho a la libertad.....	97
2. Principio de inocencia.....	100
3. Prisión preventiva.....	105
4. Una medida alternativa es posible.....	108
5. Requisitos de la prisión preventiva.....	111
6. Principios limitadores de la prisión preventiva.....	112
7. Delitos no excarcelables.....	124
8. Implicancias de la prisión preventiva sobre un individuo.....	126
Lección 2	
PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	132
1. Existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado.....	132
2. Fines de la prisión preventiva.....	137
Lección 3	
DURACION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: PLAZO RAZONABLE.....	159
1. La garantía en la legislación internacional.....	159
2. Problemas para determinar el plazo razonable.....	162
3. Herramientas para la determinación del plazo razonable.....	163
4. Revalorización de los plazos legales, una luz de esperanza para el principio.....	169
5. Una equivocación recurrente: diferencias con el principio de propor- cionalidad.....	170
6. Puntos de medición de los plazos.....	171
7. Revisión de la prisión preventiva.....	172
8. Infringido el principio, subsiste el agravio.....	174
Lección 4	
CONTROL JUDICIAL Y CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN.....	177
1. Control judicial.....	178
2. El Estado y el Detenido.....	193
3. Consecuencias de la detención.....	197
4. Corolario.....	224

CAPÍTULO 3 - CRISTIÁN RIEGO R.

LA AUDIENCIA PARA DEBATIR LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS DISTINTOS COMPONENTES.....	233
--	-----

Introducción.....	235
Objetivos del capítulo.....	235

Lección 1

LA NECESIDAD DE UN DEBATE COMO UN MÉTODO DE CONTROL RESPECTO DEL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A MODO DE MEDIDA CAUTELAR.....	237
--	-----

1. El debate sobre la libertad del imputado.....	237
2. ¿Qué significa que haya un debate?.....	238

Lección 2

EL CONTENIDO DEL DEBATE ACERCA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	242
--	-----

1. Formulación de los cargos.....	243
2. Seriedad de los cargos.....	245
3. Necesidad de cautela.....	249
4. Tiempo.....	251
5. Posibilidad de una medida menos gravosa.....	253

Lección 3

EL CARÁCTER CONCRETO DEL DEBATE SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	257
--	-----

1. ¿Qué significa que sea un debate concreto?.....	257
2. Visión opuesta.....	258
3. Para que el debate sea concreto se requiere información.....	259
4. ¿De dónde proviene la información?.....	260
5. ¿Cómo se prueban las afirmaciones de hecho que se hacen?.....	260
6. Es necesario construir argumentos sobre los hechos.....	261

CAPÍTULO 4 - CAROLINA VILLADIEGO B.

MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE RIESGO Y SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES: LA EXPERIENCIA DE LOS SERVICIOS DE ANTELACIÓN AL JUICIO.....	263
--	-----

INTRODUCCIÓN.....	265
OBJETIVOS DEL CAPÍTULO.....	266

Lección 1

LOS SERVICIOS DE ANTELACIÓN A UN JUICIO: ¿UN MECANISMO EFICIENTE PARA RACIONALIZAR EL USO INDISCRIMINADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA?.....	267
---	-----

1. Una síntesis sobre la prisión preventiva.....	268
2. Una introducción a los servicios de antelación al juicio (<i>pretrial services</i>).....	271
3. Definiendo factores de riesgo para evaluar la necesidad de cautela.....	278
4. Herramientas de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad.....	285
5. Conclusiones.....	286
Lección 2	
EVALUACIÓN DE LA NECESIDAD DE CAUTELA: HERRAMIENTA PARA ANALIZAR LOS FINES LEGÍTIMOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	290
1. Herramientas empleadas.....	292
2. Procedimiento empleado para evaluar la necesidad de cautela en los servicios de antelación al juicio.....	309
Lección 3	
ESTRATEGIAS DE SUPERVISIÓN E INTERVENCIÓN: HERRAMIENTAS PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONDICIONES IMPUESTAS POR EL JUEZ.....	316
1. Estrategias comunes de supervisión según el nivel de riesgo.....	317
2. Estrategias especiales de supervisión e intervención diferenciada.....	327
3. Conclusiones.....	335
Lección 4	
CLAVES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE RIESGO Y SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES.....	339
1. Diseño e implementación de este tipo de estrategias de evaluación y supervisión.....	340
2. Claves para la regulación normativa.....	341
3. Claves para su implementación adecuada.....	354
4. Conclusiones.....	359

PRESENTACIÓN

En América Latina ha tenido lugar un proceso intenso de reformas al sistema de justicia penal. Estas reformas han implicado el reemplazo de sistemas inquisitivos por sistemas de tipo acusatorio y, a su vez, en materia de prisión preventiva, un tránsito desde un paradigma de inexcusabilidad o automatismo en su aplicación a uno de lógica cautelar. Uno de los objetivos principales de todos estos cambios radica en la racionalización del uso de la prisión preventiva en concordancia con los estándares internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), es fundamental conocer el real funcionamiento de la prisión preventiva, detectar sus núcleos problemáticos y enriquecer el debate en torno a estrategias para hacerles frente. Se trata de una materia de suma importancia y en la que se expresan mayormente las distintas dificultades y defectos de la operación diaria de los sistemas judiciales. Es por esta razón que la prisión preventiva ha constituido un eje central del trabajo de CEJA, abarcando distintas actividades de investigación, capacitación y difusión en diferentes países de la región.

En este marco, CEJA ha desarrollado investigaciones locales en países como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Perú y Venezuela, para conocer cuál es su estado en cada uno de ellos. A la vez, ha trabajado en la realización de múltiples artículos para el debate, así como en el desarrollo de diferentes programas de capacitación. Un aspecto de relevancia ha sido la temática de las medidas alternativas a la prisión preventiva y las respuestas del sistema de justicia para monitorear su cumplimiento.

CEJA publicó en el año 2011 un curso virtual denominado “Prisión Preventiva en América Latina”, que hasta el presente ha sido ofrecido en dos ediciones y ha contado con más de setenta participantes de diez países distintos de la región. La presente publicación sistematiza

los contenidos de dicho curso en un formato de lectura sencilla, como una vía adicional de difusión de las materias allí tratadas y el trabajo desarrollado por CEJA en la temática.

El primer capítulo aborda una visión panorámica acerca del uso de la prisión preventiva en América Latina. Busca dar cuenta de las transformaciones normativas y de funcionamiento práctico que la prisión preventiva ha experimentado con motivo de las reformas procesales, incluidos los procesos de contrarreforma y ciertos puntos de análisis que CEJA considera relevante incorporar en el debate.

El segundo capítulo está referido a una revisión extensa de los estándares internacionales del sistema de derechos humanos existentes en materia de prisión preventiva, con un especial énfasis en el interamericano. Aborda cuestiones tales como los presupuestos procesales de la prisión preventiva, su duración y las implicancias de la garantía del plazo razonable y las exigencias de control judicial. Todos estos temas son de máxima relevancia en la actualidad por las múltiples iniciativas (contra) reformistas que existen en la región. De esta manera, conocer este estatuto internacional de los derechos humanos, puede iluminar los debates para conocer de mejor manera los márgenes de discrecionalidad que los estados tienen en la materia, así como para orientar a los operadores en el funcionamiento diario del sistema procesal.

El tercer capítulo hace foco de una manera sintética en el marco general de las audiencias en que se discute la procedencia de la prisión preventiva, entendiéndola como un método indispensable para lograr en los hechos una verdadera racionalización de su uso. Consecuentemente, se abordan ciertos componentes necesarios para que estas audiencias cumplan tal fin, en especial, cómo lograr que éstas se traduzcan en un debate específico acerca de la procedencia de la prisión preventiva conforme a su teoría cautelar.

El último capítulo está destinado a introducir al lector en las experiencias de los servicios de antelación al juicio o *pretrial services* como se conocen comúnmente por sus raíces anglosajonas. Éste se ocupa de

mostrar la necesidad de los sistemas de generar una estrategia eficaz y consistente para dotar de legitimidad a las medidas alternativas a la prisión preventiva. Ello pasa por establecer mecanismos adecuados para mejorar la información para la adopción de las medidas cautelares y la supervisión de su cumplimiento. Todas estas materias son tratadas en este capítulo con un enfoque eminentemente práctico.

En la elaboración de los capítulos han trabajado varias personas. En primer lugar, los investigadores Tobías Podestá de Argentina y Carolina Villadiego de Colombia, quienes desarrollaron los contenidos de los capítulos 2 y 4, respectivamente. También Mauricio Duce de Chile, quien trabajó en la adaptación y edición de distintos materiales ya trabajados con anterioridad por CEJA. Por último, en la edición final de los textos trabajaron Natalie Reyes y Erick Ríos, que forman parte del equipo de CEJA.

Para CEJA, esta publicación pretende ser un nuevo esfuerzo por difundir información específica que pueda enriquecer los debates locales en torno a la prisión preventiva, como instancia imprescindible para mejorar el funcionamiento de los sistemas judiciales.

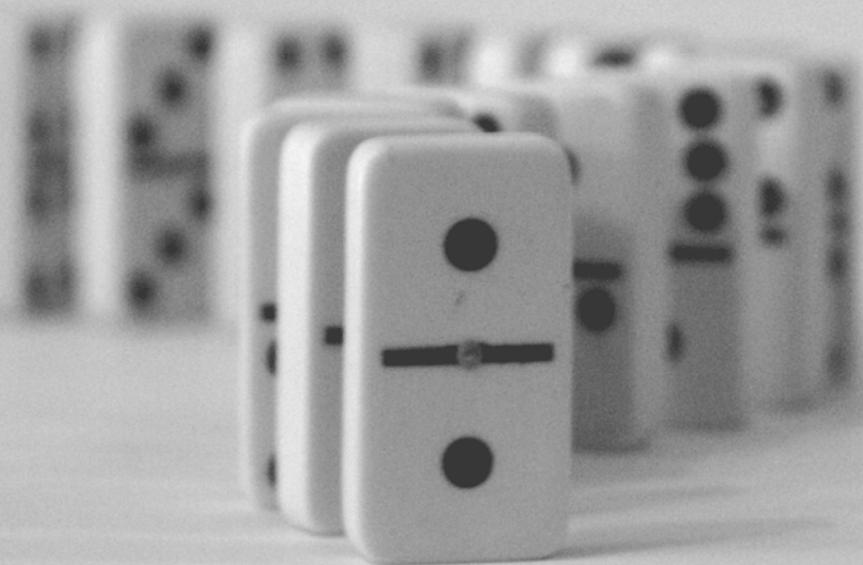
CRISTIÁN RIEGO

Director Ejecutivo

Centro de Estudios de Justicia de las Américas

CAPÍTULO 1

VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL USO
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA
EN EL CONTEXTO DE LOS SISTEMAS PROCESALES
PENALES REFORMADOS



VISIÓN PANORÁMICA SOBRE EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA EN EL CONTEXTO DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES REFORMADOS

MAURICIO DUCE J.¹
(Editor)²

INTRODUCCIÓN: PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

La mayoría de los países de la región ha 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 sistema. Una de las áreas en donde este proceso ha generado 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, que ha sido uno de los problemas tradicionales en el funcionamiento de los sistemas de justicia criminal en la región.

En este contexto, el capítulo pretende revisar si las grandes expectativas originadas por el movimiento de reformas en materia específica sobre el uso de la prisión preventiva han sido satisfechas y, además,

¹ Director del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) y Coordinador Académico del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Magíster en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Stanford, California, Estados Unidos.

² El presente capítulo fue elaborado por Mauricio Duce principalmente sobre la base de los contenidos de los siguientes documentos: (1) DUCE, Mauricio; FUENTES, Claudio; y RIEGO, Cristián. La Reforma Procesal Penal en América Latina y su Impacto en el Uso de la Prisión Preventiva. En: CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, CEJA. Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas. 2009. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/publicaciones-ceja> [07-02-2013]. (2) RIEGO, Cristián. Una Nueva Agenda para la Prisión Preventiva en América Latina. Artículo publicado en la Revista Sistemas Judiciales, edición número 14 (año 2010), Prisión Preventiva. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/86> [07-02-2013].

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 extremadamente compleja y sensible por lo valores que se ponen en juego con su uso.

OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

Al final de capítulo, el alumno será capaz de:

- Reconocer el panorama general en materia normativa y funcionamiento práctico de la prisión preventiva en los sistemas procesales reformados en la región.
- Reconocer un diagnóstico global de la situación y del impacto que ha tenido la Reforma respecto al uso de la prisión preventiva.

Lecciones

Este capítulo se compone de las siguientes lecciones:

1. La prisión preventiva en los sistemas inquisitivos y los cambios introducidos por la Reforma Procesal Penal.
2. El impacto de los nuevos códigos reformados en el uso de la prisión preventiva en América Latina.
3. La prisión preventiva y su contrarreforma en América Latina.
4. Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina.

Lección 1

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS SISTEMAS INQUISITIVOS Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA REFORMA PROCESAL PENAL

INTRODUCCIÓN

En esta lección revisaremos a grandes rasgos el estado de la prisión preventiva en América Latina durante la vigencia de los sistemas inquisitivos existentes con anterioridad al proceso de reforma de la justicia penal. Luego, revisaremos los principales cambios que el proceso de reforma introdujo en la materia.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el alumno será capaz de:

- Identificar las bases sobre las cuales se organizaba la prisión preventiva en el sistema inquisitivo y el impacto que esto tenía en la práctica.
- Reconocer el programa normativo de la reforma en América Latina en relación al uso de la prisión preventiva y cómo éste impactó en las diversas legislaciones nacionales.

1. La prisión preventiva en el funcionamiento de los sistemas Inquisitivos en América Latina

Estudios realizados en la región durante los años 70 y 80, evidenciaron que la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad. Por otra parte, el sistema procesal inquisitivo generaba una situación en la cual la prisión preventiva se había transformado en la principal respuesta del sistema frente al delito, relegando la pena a un plano más bien secundario.

En este contexto, la regulación de la prisión preventiva ha sido probablemente el tema más polémico a tratar por las reformas a la justicia criminal que han tenido lugar en prácticamente todos los países de la región.

Apuntes de la lección:

Un estudio elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), reportó que en la gran mayoría de los países de América Latina el porcentaje de presos sin condena superaban a los presos condenados. Esto muestra que en la práctica, con independencia de los aspectos normativos, la prisión preventiva era la regla general respecto a la situación de las personas privadas de libertad en la región.

Revisa la Tabla N° 1, donde se resumen los resultados de dicho estudio, que cubre el período transcurrido entre los años 1978 y 1992.

Tabla N° 1: Porcentaje promedio de personas presas sin condena en países de América Latina entre 1978 y 1992

Países	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: CARRANZA Elías, “Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles”, en *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*. San José, Costa Rica. ILANUD, Siglo XXI Editores, 2001.

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**.

Inexcarcelabilidad: Regulación en que la ley establece que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta deben, 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.

Además, los sistemas inquisitivos en América Latina se caracterizaban por:

- Favorecer en la práctica un amplio uso de la prisión preventiva, como una regla general de seguirse un proceso en contra de una persona.
- Operar bajo el supuesto de que el proceso penal era un instrumento para presionar al imputado a confesar. Bajo esta lógica, a medida que el imputado se adentraba en proceso iba perdiendo sus derechos y libertades, y el sistema establecía mayores estructuras de presión a efectos de que éste confesara.
- La figura del juez de instrucción: funcionario que concentraba 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 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 éstos los que concentraban las dos funciones mencionadas (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 N° 28 de 1984).

- El formalismo del procedimiento escrito.
- La falta de límites operativos para la duración del procedimiento.

Esto hacía que los procesos se prolongaran por largo tiempo, con lo cual la ocasión de aplicar una pena no aparecía como una posibilidad real en una oportunidad razonable.

- **Una situación en la que el preso no contaba con una defensa real.**

Es decir, aunque en el papel (expediente) apareciese designado un defensor, en la práctica ello no se tradujera en una actividad de defensa efectiva, incluso muchas veces sin que importara un mínimo contacto entre abogado y defendido.

¿Qué consecuencias traía esta dinámica?

El sistema de 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.

El impacto que este diseño tuvo en el funcionamiento práctico de la prisión preventiva queda muy de manifiesto al revisarse los datos contenidos en la **Tabla N° 1**, presentada anteriormente.

2. La prisión preventiva y la Reforma Procesal Penal: el cambio de paradigma

Aspectos generales

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. Este proceso se ha orientado en general en la misma dirección: reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio.

Entre las principales razones que motivaron este proceso encontramos:

- Los abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo.

- La poca eficiencia del proceso penal inquisitivo en la persecución penal.

Apuntes de la lección:

La Tabla N° 2 contiene un resumen de los países que han emprendido estos cambios e indica su fuente legal, su fecha y el año de entrada en vigencia.

Tabla N° 2: Reformas a la legislación procesal penal por país, fecha y entrada en vigencia

País	Referencia normativa y Fecha
Argentina ³	Ley N° 11922. CPP de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998.
Bolivia	Ley N° 1970. Código de Procedimiento Penal 1999. Entró en vigencia en el 2000.
Chile	Ley N° 19.696. Publicada el 12 de octubre de 2000 en el Diario Oficial y vigente desde diciembre del mismo año.
Colombia	Ley N° 906. Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005.
Costa Rica	Ley N° 7594. Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996 y entró en vigencia en 1998.
Ecuador	Ley N° 000. RO/ Sup 360 de 13 de enero del 2000, vigente desde el 2001.
El Salvador	Decreto Legislativo N° 904 de 1996. Vigente desde 1998.
Guatemala	Decreto N° 51-92. Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994.
Honduras	Decreto N° 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.
Nicaragua	Ley N° 406. Código Procesal Penal de 2001, vigente desde 2002.
Panamá	Ley N° 63. Código Procesal Penal del 2 de julio de 2008, que entra en vigencia gradual el 1 de septiembre de 2009 y fue poster-

³ 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 con el índice de población que tiene (cerca a 15 millones de habitantes) y por el hecho que en ella el proceso reformado lleva más de diez años en vigencia.

	gado a septiembre de 2011.
Paraguay	Ley N° 1286/98. Código Procesal Penal, que entró en plena vigencia en el 2000.
Perú	Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, de julio de 2004 y que entró en vigencia en 2006.
República Dominicana	Ley N° 76-02. Código Procesal Penal, de 2002 y que entró en vigencia en 2004.
Venezuela	Código Orgánico Procesal Penal de 1998, vigente desde 1999.

Fuente: elaboración propia.

Este proceso de reforma impactó profundamente en la estructura de los procesos penales vigentes, esencialmente en los siguientes puntos:

- **El establecimiento de 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 aparejados 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 las funciones asociadas a la investigación de un delito, las de su juzgamiento y las de persecución penal.

- **La creación de nuevas instituciones para hacerse cargo de estas nuevas atribuciones.** La diferenciación de roles significó en determinados países la creación de nuevas instituciones para hacerse cargo de estas atribuciones, como lo es el caso de Chile. En otros, con el objetivo de distribuir las claramente, se asignaron roles específicos al fiscal y al juez y, por ende, se pretendió fortalecer a estas últimas instituciones por medio de un aumento en sus presupuestos, recursos humanos e infraestructura. En la práctica diaria de dichos sistemas procesal penales se dio lugar a una figura que en los años de funcionamiento de los sistemas 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.

- **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.

2.1 ¿Qué permitía la implementación de estos cambios estructurales?

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.
- Contrarrestar la prueba presentada por la acusación.

Ten en cuenta que:

Estos cambios pretendían dar vigencia real al debido proceso, derecho consagrado por 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 los años ochenta y noventa.

2.2 ¿Cómo se concretizaron estos cambios?

Para que ello pudiera ser no sólo una aspiración, sino que se transformara en un resultado concreto, era necesario avanzar muy significativamente:

- **Con la creación o el fortalecimiento de las defensorías penales públicas.** Estos organismos son clave en la materialización de la reforma. Éstas presentaban un conjunto de debilidades y falencias con anterioridad a los procesos de reforma, por lo que si se quería avanzar en serio en la mayor protección del debido proceso de los imputados era indispensable entregar a éstos 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.
- **Con la reforma al régimen de las medidas cautelares personales.** 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 funcionaba como una pena anticipada eran algo común en toda la región.

La reforma al régimen de medidas cautelares personales requiere una mayor revisión, por ende, una 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. Sigamos explorando esta materia.

2.3 El cambio de paradigma en la regulación legal de la prisión preventiva

1. La lógica cautelar y la prisión preventiva

A. Principios

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

Esta lógica supone además que el sistema procesal no puede y no debe enfocar todo su aparato 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.

Ten en cuenta que:

Éstas 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.

B. ¿Cómo se evidencia la lógica cautelar en los códigos procesales penales de la región?

El supuesto material o “*fumus bonis iure*” (humo de buen derecho)

Respondiendo a las categorías tradicionales del derecho procesal, los sistemas reformados requerían para la imposición de la prisión preventiva el supuesto material. Es decir, exigían que primero se entregara un mínimo de antecedentes respecto de la existencia de un delito y la participación del imputado en él. Estos antecedentes debían ser ponderados en base

a su “seriedad” por parte del juez y sólo si eran suficientes éstos 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 sólo en ese supuesto hay una expectativa a proteger.

La necesidad de cautela

Por otro lado, no sólo era fundamental contar con 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 sus imposiciones consistentes con esta función.

Apuntes de la lección:

Casos y Ejemplos del Cambio en la Lógica Cautelar

En el caso de Honduras el Decreto Nº 189-84, que establecía el Código de Procedimientos Penal de 1985 sólo establecía en su artículo Nº 178 que para la prisión preventiva bastaba el supuesto material. El Decreto Nº 9-99-E fue el que 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, donde el antiguo artículo 194 del DL 10426 establecía que sólo 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 Nº 1970 de 1999.

En otros países, donde en los procesos inquisitivos ya se regulaban algunas de estas causales, éstas se mantuvieron en las nuevas versiones de los procedimientos, pero se pretendió darles una interpretación y alcance diverso, consistente con la lógica previamente indicada, como lo fue en el caso de Chile.

C. La necesidad de cautela: las causales de peligro de fuga y peligro de obstaculización

Al revisar las primeras versiones de los códigos reformados se notará que la mayoría de éstos presentaban dos causales en común: el peligro de fuga y el peligro para la investigación o su obstaculización.

Ambas causales son consistentes con la lógica cautelar y en general son consideradas causales compatibles con los tratados internacionales de derechos humanos.

En la causal de peligro de fuga, el objetivo a proteger es la expectativa, por parte del sistema procesal, de juzgar al imputado. En caso de fuga, el proceso penal sólo podría continuar hasta el juicio oral. Incluso en aquellos países en donde puede juzgarse en rebeldía, la sentencia no podrá ser ejecutada. Esto no sólo supone problemas para la vigencia del 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.

Apuntes de la lección:

Dos causales presentes en los diversos códigos reformados

El Código Procesal Penal de El Salvador de 1996 indica en su artículo N° 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 un acto concreto de investigación (...)”.

También el Código Procesal Penal del año 2000 de Bolivia indica en su artículo N° 233: “Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurran 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 concurran 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 le permitían decidir con flexibilidad respecto de los antecedentes proporcionados y ponderar con mayor libertad la concurrencia de éstos.

Ejemplo de esto es el Código Procesal Penal de Bolivia, el cual establecía en su versión original lo siguiente:

Artículo N° 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).

También el de Costa Rica, que establecía:

Artículo N° 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.

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 (no es “no 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.

Esta técnica legislativa de otorgar diversos criterios a ponderar por parte de los jueces, permite que éstos 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.

D. Otras causales

En regulaciones como las de Chile, Colombia, Honduras y Panamá se encuentran otras causales que buscan proteger valores diversos, como en las que se establece el peligro para la seguridad de la víctima.

Apuntes de la lección:

Revisa aquí la Tabla Nº 3, para ver 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.

Tabla N° 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. N° 140).
Colombia	Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima (Arts. N° 310 y N° 311).
Costa Rica	Continuará la actividad delictiva (Art. N° 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 de que continuará cometiendo hechos punibles (Art. 292 N° 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 N° 3) y peligro de represalia contra el acusador o denunciante (Art. 178 N° 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 (Art. 227 N° 3) y cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la víctima o sus familiares (Art. 227 N° 4). (CPP de 2008).
Nicaragua	Peligro de que cometa nuevos delitos o de que continuará con actividad delictiva (Art. 173 N° 3 c).

Fuente: elaboración propia.

En estos casos las regulaciones normativas concilian diversos objetivos políticos criminales:

- Cambio del rol que cumplen la víctima y los testigos clave en el proceso penal desde sólo 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.
- Consideraciones de funcionamiento del sistema criminal, como lo son incentivar las denuncias y dar mayor legitimidad al sistema.

Este tipo de causales, hasta cierto punto, siguen siendo consistentes con la lógica cautelar del proceso penal, desde la perspectiva de proteger el desarro-

llo del proceso a través de permitir y facilitar la participación de la víctima, ya sea como el principal medio de prueba de la fiscalía o resguardando su participación y respeto como uno de los nuevos sujetos procesales, cuyos intereses legítimos en el proceso penal son reconocidos.

Al analizar diversas 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.

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 políticos 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.

Ten en cuenta que:

Este tipo de causales responden más bien a legitimar el sistema frente a los ojos de la ciudadanía, lo que 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. Estas medidas no garantizan de forma alguna el desarrollo del juicio oral.

Profundización: Causales que exceden la lógica cautelar

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 este 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 como “armar” su argumentación. Toda esta estructura procedimental está diseñada para operar con medidas cautelares propiamente tales y sólo 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, como ser si 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 de que reitere éste 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 sólo es posible resguardar los valores a los que responden a través de la prisión preventiva. No dan suficientes garantías las medidas cautelares alternativas, ya que la preocupación es que vuelva a cometer otro delito o que 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 pierda su relevancia.

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

2. Límites temporales de 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 sólo se orientaba a su procedencia como regla general sino también a su extensión en el tiempo.

Con el fin de evitar la situación de abuso, el nuevo régimen debía incorporar límites temporales al uso de la prisión preventiva, por ello se estableció 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.
- Si se aplicaba, existía la obligación de que su imposición respondiera a un análisis particular de situaciones concretas y de que esta decisión fuera fundamentada por el órgano judicial.
- En la mayoría de las legislaciones se establecieron límites temporales máximos a su imposición.

Apuntes de la lección:

Para conocer más sobre cómo este tema se estableció en los nuevos códigos acusatorios en la región, revisa la **Tabla N° 4** y **Tabla N° 5**.

Tabla N° 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 N° 11922.	Sí.	No.
Bolivia, Ley N° 1970.	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 N° 19.696.	Sí.	No.
Colombia, Ley N° 906.	Sí.	Si en 60 días a partir de la imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión.
Costa Rica, Ley N° 7594.	Sí.	Cuando su duración exceda 12 meses.
Ecuador, Ley N° 000. RO/ Sup 360.	Sí.	La prisión preventiva no podrá exceder 6 meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni 1 año en delitos sancionados con reclusión.
El Salvador, Decreto Legislativo N° 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 N° 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 N° 9-99-E.	Sí.	La regla general de duración es de 1 año, a menos que el 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 N° 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 N° 1286 de 1998.	Sí.	No puede exceder la pena asignada al delito.
Perú, Decreto Supremo N° 005-2003-JUS.	Sí.	La prisión preventiva no durará más de 9 meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de

		18 meses.
República Dominicana, Ley N°. 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 estableció 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 a 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 (nótese que son comunes los plazos de 12, 18 o incluso 24 meses). Pero además, el establecimiento de fórmulas que imponen 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 éstos 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 ésta 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 detención. 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 N° 5** da cuenta resumida de esta información.

Tabla N° 5: Revisión de oficio de la prisión preventiva en versiones originales de CPP reformados

País	Ley	Revisión de Oficio
Provincia de Buenos Aires	Ley N° 11922.	No.
Bolivia	Ley N° 1970.	No. Límite legal procede de inmediato.
Chile	Ley N° 19.696.	Sí, cuando han transcurrido 6 meses desde que se decretó o desde su última revisión, el Tribunal citará de oficio a una audiencia (art. N° 145).
Colombia	Ley N° 906.	No. Límite legal procede de inmediato.
Costa Rica	Ley N° 7594.	Sí, después de 3 meses de prisión preventiva el juez deberá revisar de oficio y así cada 3 meses (Art N° 253), bajo amenaza de aplicación de régimen disciplinario.
Ecuador	Ley N° 000. RO/ Sup 360.	No.
El Salvador	Decreto Legislativo N° 904.	Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. N° 307).
Guatemala	Decreto N° 51-92.	No.
Honduras	Decreto N° 9-99-E.	No.
Nicaragua	Ley N° 406.	Sí, revisión de oficio mensual.(art. N° 172).
Panamá	Ley N° 63.	No.
Paraguay	Ley N° 1286.	Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. N° 250).
Perú	Decreto Supremo N° 005-2003-JUS.	No.
República Dominicana		Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. N° 239).
Venezuela		Sí, revisión cada 3 meses de oficio (Art. N° 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 de si los supuestos que la autorizan se mantenían en el tiempo y, por tanto, si su uso estaba dentro de los parámetros permitidos por los principios básicos del sistema (excepcionalidad y proporcionalidad).

3. Establecimiento de líneas cautelares alternativas

Consistentes con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, en la mayoría de los códigos procesales 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.

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- fuera excesiva en base a los antecedentes iniciales que le hayan sido presentados, y también en reemplazo de una prisión preventiva que fue inicialmente decretada, pero en hipótesis de 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 ésta por otra medida cautelar.

Apuntes de la lección:

Para conocer más sobre este tema, la Tabla N° 6 muestra de manera resumida las diversas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva contempladas en los nuevos códigos procesales.

Tabla N° 6: Medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva en los códigos procesales penales reformados

País	Arresto domiciliario	Presentación Periódica ante autoridad	Arraigamiento 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.

PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: ENFOQUES PARA PROFUNDIZAR EL DEBATE

						-Prohibición de acercarse al ofendido.
Ecuador	X	X	X	X	X	-Prohibición de acercarse a determinadas personas. -Vigilancia por autoridad -Suspensión de funciones que desempeña cuando hay algún influjo sobre víctimas o testigos.
El Salvador	X	X	X	X	X	-Prohibición de comunicación con la víctima. -Vigilancia por autoridad.
Guatemala	X	X	X	X	X	Prohibición de comunicación con determinadas personas.
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	-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 éste.
Panamá	X	X	X	X	X	-Abandono inmediato del domicilio en caso de agresiones y de que la víctima conviva con el agresor. -Suspensión de ejercicio de cargo público o privado. -Obligación de no realizar actividad. -Colocación de localizadores electrónicos.
Paraguay	X	X	X	X	X	-Prohibición de comunicarse con determinadas personas. -Vigilancia por autoridad.
Perú	X	X	X	X	X	
República Dominicana	X	X	X	X	X	-Vigilancia por autoridad. -Colocación de localizadores electrónicos.

Venezuela	X	X	X	X	X	-Prohibición de comunicación con la víctima. -Abandono de domicilio por VIF. -Vigilancia por autoridad.
-----------	---	---	---	---	---	---

Fuente: elaboración propia.

Lección 2

EL IMPACTO DE LOS NUEVOS CÓDIGOS REFORMADOS EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los países de la región ha concluido los procesos de implementación de los códigos acusatorios. En algunos casos, incluso este proceso cuenta con más de 10 años de vigencia. A estas alturas, cabe preguntarse si efectivamente estos procesos de transformación han logrado el objetivo que buscaban obtener en lo que se refiere al uso de la prisión preventiva: **modificar su funcionamiento práctico, dándole un uso excepcional y proporcional, acorde con las necesidades derivadas del debido proceso.**

En esta lección revisaremos los resultados empíricos que se produjeron en el proceso de reforma procesal penal en materia de uso de la prisión preventiva. En un comienzo, revisaremos el impacto de la reforma en sus primeros años de funcionamiento, y luego nos referimos a qué es lo que ha ocurrido en el mediano y largo plazo en los procesos reformados.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el alumno será capaz de:

- Identificar el impacto de la Reforma Procesal Penal en el uso de la prisión preventiva.
- Reconocer una visión panorámica del estado actual del uso de la prisión preventiva en América Latina.

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 transcurridos 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.

En la **Tabla Nº 1** podrás observar y analizar el resumen de los resultados obtenidos en trece países de la región (no se incluyen Perú ni Panamá por estar en proceso de implementación) a los dos o tres años de puesta en marcha la reforma, junto con una comparación de datos existentes en algunos de los años previos a su puesta en marcha.

Vamos a revisar qué nos dicen los datos.

Tabla Nº 1: 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 o 3 años después de la entrada en vigencia de la Reforma	Porcentaje
Provincia de Buenos Aires	1997	84.2% ⁴	2001	87.1%
Bolivia	1999	64%	2002	70%
Chile	1999	51%	2007	24.6%
Colombia	2004	42.9%	2007 ⁵	32.2%

⁴ 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.

Costa Rica	1995	28% ⁶	2000	30%
Ecuador	1999	69.4%	2003	65.2%
El Salvador	1998	72% ⁷	2002	48.9%
Guatemala	1993	n/d	1996	64.2%
Honduras	1999	88%	2005	63.5%
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 fuentes⁸.

Análisis general

· Al realizar un análisis general de los datos de la **Tabla Nº 1**, se aprecia 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. En la mayor parte de los casos, los procesos de reformas fueron capaces -en un corto plazo- de producir bajas, en algunos casos importantes, de la proporción de per-

⁵ 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.

⁶ 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 del 20.6%, véase en GONZALEZ ALVAREZ, Daniel, "Informes 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, página 309.

⁷ El dato que se presenta es del 17 de abril de 1998, tres días antes del funcionamiento de la RPP. Véase MEMBREÑO, José Ricardo, "Informes 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, página 437.

⁸ Estos datos provienen de los Reportes del Estado de la Justicia de las Américas (2002-2003, 2004-2005, 2006-2007, y 2008-2009) de CEJA; King's College World Prison Brief, Informe La Cárcel: problemas y desafíos para las Américas-FLACSO, *Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles* de CARRANZA; ILANUD, Criminalidad, cárcel y justicia penal: el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito (2009); Observatorio Venezolano de Prisiones Informe 2009 sobre estado de la situación carcelaria; Informe Anual 2005-2006 Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA); 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.

sonas presas sin condena dentro del total de la población penitenciaria de sus países.

- Destacan en este período, las importantes disminuciones en las altísimas tasas de presos sin condena que poseían los países con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma. Así, en Honduras se produce una disminución de 24,5% de presos sin condena, en el caso de Paraguay una de 20% y en 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 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 bajada de un 30.8% a un 17%.

- En contrapartida, los casos en los que aumentó (Provincia de Buenos Aires -Argentina-, Bolivia 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 racionalizador en el uso de la prisión preventiva.

Si bien el análisis de la primera tabla nos entrega resultados positivos, éstos deben ser complementados para tener una imagen más acabada de una realidad que es bastante compleja.

Nos parece relevante que, junto con indicar el porcentaje de presos sin condenas, veamos si este impacto se tradujo en una disminución efectiva del número de imputados sujetos a esta medida cautelar.

A continuación, veremos la **Tabla Nº 2_z** que contiene la información del promedio diario de imputados presos antes y después de la

reforma siguiendo los criterios temporales explicitados en la tabla anterior.

Cantidad de imputados en prisión preventiva en promedio diario antes y después de la Reforma Procesal Penal en los países de América Latina

Tabla N° 2:

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 o 3 años después de la entrada en vigencia de la Reforma	Población
Provincia de Buenos Aires	1997	9719	2001	20123
Bolivia	1999	4766	2002	4164
Chile	1999	15675	2008	11521
Colombia	2004	29180	2007	19429 ⁹
Costa Rica	1995	1164	2000	1288 ¹⁰
Ecuador	1999	5688	2003	6437
El Salvador	1998	6634	2002	5130 ¹¹
Guatemala	1993	N/D	1996	4270
Honduras	1999	9569	2005	7359 ¹²
Nicaragua	1999	2217	2004	953 ¹³
Paraguay	1996	3360	2002	3531
República Dominicana	2002	11090	2006	7297
Venezuela	1997	17647	2000	8687

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (véase nota tabla N° 1).

⁹ Datos a enero de 2007.

¹⁰ Datos a diciembre de 2000.

¹¹ Dato a septiembre de 2002.

¹² Datos a diciembre de 2005.

¹³ Datos a octubre de 2004.

Análisis general

- Los datos contenidos en la tabla tienen la tendencia general de 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, sólo dos países habían aumentado su porcentaje (Provincia de Buenos Aires y Costa Rica), lo que significa que en otros dos 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 tendencia a 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 plena vigencia de la reforma se puede observar una disminución de 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 bajada de 2.200 personas y Nicaragua de casi 1.270.

- En consecuencia, agregando esta nueva variable pareciera posible concluir 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 enriquecer 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 Nº 3** nos entrega información sobre este aspecto en el mismo período reseñado.

Tabla N° 3: 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	Nº de presos por cada 100.000	2 o 3 años después de la entrada en vigencia de la Reforma	Nº de presos por cada 100.000
Provincia de Buenos Aires	1997	70.9 ¹⁴	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	1998	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.

Análisis general

· Nuevamente los resultados tienden a ratificar los hallazgos previos. Sólo 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, donde la población de presos sin condena aumentó en términos porcentuales en el período analizado, se puede observar una baja en la tasa de presos sin condena por cada 100.000 habitantes, consistente -a su vez- con la baja en el número absoluto del promedio diario que reflejaba la **Tabla N° 2**.

· 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 res-

¹⁴ 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.

pecto al total de la población tiende a ser muy bajo (17 por cada 100.000 habitantes) en contraposición a países como Honduras, que superan dicha cifra en más de cinco veces (102 por cada 100.000 habitantes). Las razones de estas diferencias escapan al análisis que podemos realizar en este trabajo.

Finalmente, nos parece que para tener una visión un poco más completa del funcionamiento en conjunto de los sistemas reformados, puede ayudar al lector 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 Nº 4** resume estos resultados tomando como base el mismo período analizado en tablas previas.

Tabla Nº 4: Población penitenciaria total por cada 100 mil habitantes

País	Antes de la entrada en vigencia de la reforma	x/100 mil habitantes	2 o 3 años después de la entrada en vigencia de la Reforma	x/100 mil habitantes
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 Nº 1).

Análisis general

· Muy rápidamente se puede observar que es difícil hacer una correlación directa entre la entrada en vigencia de las reformas procesales 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 excede los objetivos del trabajo, pero nos parece que se trata de datos interesantes de tener en cuenta, ya que se nota una diferencia clara respecto del impacto que habría tenido la reforma -luego de un corto plazo desde su puesta en marcha- en el uso de la prisión preventiva, donde sí es posible constatar una variable constante de la disminución de su uso.

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

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 en 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 en Panamá que se inició en septiembre de 2011, con un plazo de 4 años.

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 de tiempo similar y conocer si éstos 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 sólo contingente o perdura en el tiempo.

A continuación,

- Revisaremos los resultados actuales de los distintos procesos de reforma, distinguiendo entre aquellos procesos de cambio iniciados en la década de los noventa del siglo pasado y aquellos iniciados en el presente siglo.
- Se evaluará si las reformas han logrado las metas que se proponían y si existen diferencias entre procesos de cambio que llevan más tiempo funcionando.

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

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.
- Se pensaba, simplificando un poco el tema, que el principal agente de cambio de la realidad era el cambio legal. Tal como indica Binder, existía un predominio del “fetichismo normativista”, 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.

A continuación veremos qué ha sucedido en estos primeros procesos de reforma.

En la **Tabla Nº 5** se resume la evolución del porcentaje de presos sin condena desde el inicio de la reforma hasta el duodécimo año de su funcionamiento (en los casos que corresponda) y la situación más reciente de los años 2009, 2010 y 2011 (dependiendo de la disponibilidad de datos).

Tabla Nº 5: 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	Año 12	Último dato disponible
Provincia de Buenos Aires	1998	86,4%	87,1%	83,9%	72,7%	n/d	n/d	72,8% ¹⁵
Costa Rica	1998	30%	24%	20,7%	19,2%	23%	25,9% ¹⁶	23,5% ¹⁷
El Salvador	1998	76%	50%	48,97 %	39%	36%	33,8% ¹⁸	33,8% ¹⁹
Guatemala	1994	64,2%	63,2%	47,4%	55,5%	51,5%	41%	54,3% ²⁰
Venezuela	1999	57,5%	26%	48,5	n/d	66,8%	66,2 ²¹	66,2% ²²

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (Véase cita tabla Nº 1).

¹⁵ Dato del año 2007.

¹⁶ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

¹⁷ Dato correspondiente al 15 de diciembre de 2010.

¹⁸ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

¹⁹ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

²⁰ Dato correspondiente al 11 de abril de 2011.

²¹ Dato correspondiente al 7 de junio de 2010.

²² Dato correspondiente al 7 de junio de 2010.

Análisis general

- 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 que ha tenido en el tiempo el número de imputados presos sin condena en el promedio diario. La **Tabla Nº 6** resume esta información.

Tabla Nº 6: 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	Año 12	Último dato disponible
Provincia de Buenos Aires	1998	17544	22400	25247	20449	n/a	n/d	16648
Costa Rica	1998	1288	1880	1874	1751	1953	2212 ²³	2734 ²⁴
El Salvador	1998	5224	5139	5203	4876	6327	7763 ²⁵	7763
Guatemala	1994	4270	5185	3830	4706	4307	6857	6351 ²⁶
Venezuela	1999	8687	5548	9663	n/d	9287	21792	21792 ²⁷

Fuente: elaboración propia. Fechas últimos datos equivalentes a la de tabla Nº 5.

²³ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

²⁴ Dato correspondiente al 15 de diciembre de 2010.

²⁵ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

²⁶ Dato correspondiente al 11 de abril de 2011.

²⁷ Dato correspondiente a octubre de 2010.

Análisis general

· 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, en realidad no sean relevantes respecto a la tasa por 100.000 habitantes.

En este contexto la **Tabla N° 7** complementa la información, ya que contiene los datos de la cantidad de presos 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.

Tabla N° 7: Tasa de presos sin condena por cada 100 mil habitantes desde el inicio de la Reforma hasta la actualidad en los procesos de reformas iniciados en la década del 90

País	Inicio de la reforma	2 o 3 años después del inicio de la reforma	Último dato disponible
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. Datos fechas igual que en tablas anteriores.

Análisis general

· Incluyendo esta nueva variable (los presos sin condena), el hallazgo general tiende nuevamente a repetirse. Es decir, en el tiempo se da una tendencia de la reducción no sólo del porcentaje de presos sin condena respecto de los condenados, sino 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, donde en el período se da un aumento significativo de los presos sin condena por cada 100.000 habitantes.

Finalmente, se incluye una **Tabla N° 8**, que resume la evolución del total de presos con y sin condena en el período, lo que permite tener una imagen del contexto general donde se han desenvuelto los resultados ya analizados.

Tabla N° 8: Cantidad total de población penitenciaria desde el inicio de la reforma hasta la actualidad en los procesos de reformas iniciados en la década del 90

País	Inicio de la reforma	Año 2	Año 4	Año 6	Año 8	Año 10	Año 12	Último dato disponible
Provincia de Buenos Aires	1998	20305	25718	30092	28129	n/d	n/d	26990
Costa Rica	1998	4294	7626	9045	9125	8488	10471 ²⁸	11635 ²⁹
El Salvador	1998	6868	10075	11917	12766	16037	22969 ³⁰	24283 ³¹
Guatemala	1994	6654	8204	8077	8480	8359	10962	11693 ³²
Venezuela	1999	15107	21342	19853	n/d	32624	43461 ³³	43461 ³⁴

Fuente: elaboración propia. Fecha dato disponible equivalente a tablas anteriores.

Análisis general

· 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 perso-

²⁸ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

²⁹ Dato correspondiente al 15 de diciembre de 2010.

³⁰ Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2009.

³¹ Dato correspondiente al diciembre de 2010.

³² Dato correspondiente al 11 de abril de 2011.

³³ Dato correspondiente al octubre de 2010.

³⁴ Dato correspondiente al octubre de 2010.

nas 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 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 sólo 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 los del siglo previo, precisamente por la capacidad de corregir errores y enfrentar las dificultades con herramientas más sofisticadas. A pesar de 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 su impacto positivo inicial tienda 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.

Vamos a revisar qué nos dicen los datos

A continuación, revisemos la información del porcentaje de presos sin condena respecto del total de personas privadas de libertad. La **Tabla N° 9** contiene el resumen de la evolución de esta tasa en los ocho países en análisis.

Tabla N° 9: 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%	73,7%	74%	75,2 ³⁵
Chile	2000	44.3%	38.5%	29.9%	20,4 ³⁶
Colombia	2005	34.8%	n/a	n/a	30,8 ³⁷
Ecuador	2001	66.3%	63.8%	62.4%	44,4 ³⁸
Honduras	2002	63.5%	64% ³⁹	51%	50,1 ⁴⁰
Nicaragua	2002	17%	17%	21,2%	21,2 ⁴¹
República Dominicana	2004	57%	62,25%	64,6%	64,6 ⁴²
Paraguay	2000	75%	77%	73% ⁴³	71,2 ⁴⁴

Fuente: elaboración propia en base a datos obtenidos de diversas fuentes (véase cita tabla N° 1).

³⁵ Dato correspondiente al año 2009

³⁶ Dato correspondiente a mayo de 2011.

³⁷ Dato correspondiente a octubre de 2010.

³⁸ Dato correspondiente a agosto de 2008.

³⁹ Dato correspondiente a diciembre de 2005.

⁴⁰ Dato correspondiente al 16 de febrero de 2010.

⁴¹ Dato correspondiente a junio de 2008.

⁴² Dato correspondiente a septiembre de 2010.

⁴³ Dato correspondiente al año 2005.

⁴⁴ Dato correspondiente a julio de 2009.

Análisis general

- La revisión de esta tabla debe arrojar resultados más matizados que los que veíamos 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 los que 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 el proceso de implementación no fue 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. Sólo en los casos de Honduras y Chile es posible observar una tendencia continua en reducciones relativamente drásticas o importantes en el porcentaje de los presos sin condena respecto de los presos condenados.

Como en ocasiones anteriores, complementamos los datos con la revisión de la cantidad de imputados sin condena en el promedio diario para observar, ya no en porcentajes sino en número de personas concretas que están en prisión preventiva, y comparamos si la tendencia identificada se mantiene o no. La Tabla N^o 10 resume los resultados.

Tabla N° 10: Cantidad de presos sin condena 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
Bolivia	2000	4164	5041	5684	6074 ⁴⁵
Chile	2000	15467	14004	11802	10471 ⁴⁶
Colombia	2005	22183	n/a	n/a	25769 ⁴⁷
Ecuador	2001	6541	7637	10784	10295
Honduras	2002	7359	7441	5495	5456
Nicaragua	2002	953	960	1442	1290
República Dominicana	2004	7297	10.076 ⁴⁸	n/a	13.242 ⁴⁹
Paraguay	2000	4164	5041	5684	4.376 ⁵⁰

Fuente elaboración propia

Análisis general

· Los datos consignados en la **Tabla N° 10** 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 N° 11** 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.

⁴⁵ Dato correspondiente al año 2009.

⁴⁶ Dato correspondiente a mayo de 2011.

⁴⁷ Dato correspondiente a octubre de 2010.

⁴⁸ Dato correspondiente a septiembre de 2008.

⁴⁹ Dato correspondiente a septiembre de 2010.

⁵⁰ Dato correspondiente a julio de 2009.

Tabla N° 11: 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
Bolivia	2000	5949	6547	7682	8.700 ⁵¹
Chile	2000	34901	36374	39471	52.563
Colombia	2005	63603	n/a	n/a	84.444 ⁵²
Ecuador	2001	9866	11971	17283	11.800 ⁵³
Honduras	2002	11589	11691	n/a	11.348
Nicaragua	2002	5610	5651	n/a	6701
República Dominicana	2004	12725	16.186 ⁵⁴	20.513 ⁵⁵	20.969 ⁵⁶
Paraguay	2000	4705	6513	5.953 ⁵⁷	6.146 ⁵⁸

Fuente: elaboración propia. Fechas último dato disponible equivalentes a las de tabla N° 9.

Análisis general

· 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 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 lección 3.

Para finalizar la presentación de datos, la **Tabla N° 12** 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.

⁵¹ Dato correspondiente a julio de 2010.

⁵² Dato correspondiente al 31 de diciembre de 2010.

⁵³ Dato correspondiente a julio de 2010.

⁵⁴ Dato correspondiente a septiembre de 2008.

⁵⁵ Dato correspondiente a septiembre de 2010.

⁵⁶ Dato correspondiente a enero de 2011.

⁵⁷ Dato correspondiente al año 2005.

⁵⁸ Dato correspondiente a julio de 2009.

Tabla N° 12: Tasa de presos sin condena 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 o 3 años después del inicio de la reforma	Último dato disponible
Bolivia	2000	44	87
Chile	2000	75	68,8 ⁵⁹
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	87

Fuente: elaboración propia. Fechas último dato disponible equivalentes a las de tabla N° 9.

⁵⁹ Dato correspondiente a 2010. Se debe señalar que según Gendarmería de Chile, esta tasa no se presenta usualmente, sino a nivel de subsistema cerrado incluyendo los condenados, ya que ésta permite comparación con otros países.

Lección 3

LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU CONTRARREFORMA EN AMÉRICA LATINA

INTRODUCCIÓN

Como mencionamos al inicio del capítulo, los nuevos estatutos procesales se han visto sometidos a una fuerte presión por reformas de diverso tipo, y fue la regulación de la prisión preventiva una de las áreas en la que mayor impacto se ha producido. El propósito de esta lección es revisar brevemente las razones que han justificado estos cambios, junto con sus alcances y contenidos.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el alumno será capaz de:

- Reconocer las principales modificaciones que ha experimentado el programa normativo reformista en materia de prisión preventiva.
- Reconocer las principales fuerzas que explican este movimiento de transformaciones y reformas.
- Identificar las principales estrategias de cambio de la prisión preventiva.

1. El contexto general

La entrada en vigencia de los diversos códigos procesales reformados en América Latina se produjo en un ambiente en el que existían altas expectativas respecto de su funcionamiento. Dentro de los elementos que permitieron generar consenso político por el cambio, no sólo estuvo presente la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, sino también de producir una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema. A su vez, esto generó expectativas de los ciudadanos con respecto a sus resultados. En relación con esto, es necesario indicar que desde finales de los años ochenta del siglo

pasado, la región se ha visto afectada por las percepciones generalizadas de que las tasas de criminalidad han sufrido un aumento sostenido en el tiempo y de que el sistema de justicia criminal no ha entregado respuestas 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 acusatorios. Incluso más, la idea de que nos encontramos perdiendo la “batalla” contra la delincuencia, de que nuestros sistemas de justicia criminal no dan abasto y de 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 y masificado esta percepción de que no sólo sigue aumentando la tasa de delitos, sino que los mismos sistemas reformados, cuya gran promesa era terminar con este problema, se han visto incapaces de lograrlo. Se suele argumentar que el aumento de los derechos de los imputados ha facilitado la comisión de delitos. A ello se suma el surgimiento del movimiento de víctimas, quienes han demandado una mayor protección por parte del sistema de justicia criminal, pero también una mayor intervención en éste. Todos estos factores han permitido que las demandas de seguridad ciudadana respecto del funcionamiento de los sistemas penales reformados no sólo se hayan mantenido en el tiempo, sino que incluso hayan incrementado con 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. 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 éstos 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.

Ten en cuenta que:

Diversas fuentes dan cuenta de los fenómenos descritos: el último informe emitido por la Corporación Latinobarómetro muestra que en el año 2011 la preocupación principal de la región es la delincuencia. Es así como el 28% de los latinoamericanos consideran que éste es el principal problema en sus países. En países como Venezuela, Costa Rica, El Salvador, México, Uruguay, Argentina, Panamá, Ecuador, Guatemala, Honduras, y Perú, la delincuencia es percibida como el principal problema, superando incluso al desempleo (Informe Latinobarómetro 2011, referencia, página 65).

Apuntes de la lección:

Informe Latinobarómetro 2011.

Para ver este documento y conocer algunos ejemplos del escenario anteriormente descrito y profundizar esta lección, diríjase al capítulo 1, lección 3.

El escenario descrito ha dado lugar en un número no despreciable de países a diversos esfuerzos de cambios 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 éstos.
- No se hablará de reformas y sí se usará el término contrarreforma, en el entendido de que los cambios legislativos que muchos de

los sistemas han sufrido se alejan de los ideales que originalmente inspiraron el régimen de medidas cautelares, al incorporarse criterios y normativas tendientes a facilitar, dirigir y, en algunos casos, obligar al juez a aplicar la prisión preventiva.

En este contexto, el propósito de la presente lección 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.

Apuntes de la lección:

Para conocer algunos ejemplos del escenario anteriormente descrito y profundizar esta lección, diríjase al capítulo 1, lección 3.

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 ella. Para tener una visión panorámica de este fenómeno, la **Tabla Nº 1** resume las principales modificaciones legales experimentadas por la prisión preventiva en los países con sistemas reformados, luego de puesta en marcha la reforma.

Tabla N° 1: 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 N° 13449	2006
Bolivia	Ley N° 2494	2003
Chile	Ley N° 20074	2005
	Ley N° 20253	2008
Colombia	Ley N° 1142	2007
Costa Rica	Ley N° 8589	2007
Ecuador	Ley N° 23-101	2003
El Salvador	Decreto N° 752	1999
	D. Legislativo N° 487	2001
	D. Legislativo N° 458	2004
Guatemala	D. Legislativo N° 386	2007
	Decreto N° 30	2001
Honduras	Decreto N° 51	2002
	Decreto N° 223	2004
Paraguay	Ley N° 2493	2004
Venezuela	Gaceta oficial N° 5558	2001

Fuente: elaboración propia

Descontados los procesos de reforma que se encuentran en proceso de implementación (Perú, México y Panamá), nos encontramos con que la gran mayoría de los países con reformas en funcionamiento ya han realizado 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 de la clase política del funcionamiento del sistema de justicia criminal. En este sentido, si bien la mayoría de los países de la región ha 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 lle-

gar al juicio y posterior condena. 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 que 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 decide 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 éste es “capturado” para ser inmediatamente “devuelto” a la libertad, y con ello una merma de la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia. Lo mismo ocurre cuando el detenido es condenado muy rápidamente por delitos menores, los cuales no llevan aparejados 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 de 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 de ellas por parte de los medios, 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, ésta era una 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.

En la siguiente sección, revisaremos los casos en que algunos países han vuelto a establecer delitos inexcusablees o que han pretendido avanzar en esa dirección regulando situaciones que se asemejan a la idea de inexcusableidad.

La **Tabla Nº 2** resume los casos de los países en donde se han realizado reformas en esta dirección.

Tabla Nº 2: Contrarreformas en materia de delitos inexcusablees

País	Regulación que establece inexcusableidad	Año de la reforma que la incorpora
Colombia	Artículos Nº 310, 313 y 314 de Código Procesal Penal de Colombia de 2004	2007
Ecuador	Artículo Nº 173 –A del Código Procesal Penal del 2000.	2004
Paraguay	Artículo Nº 245 del Código Procesal Penal de 1998	2004

Fuente: elaboración propia.

Apuntes de la lección:

El establecimiento de delitos inexcusables: casos

Al revisar los casos de cada uno de estos países de la región, veremos qué tan amplias son sus hipótesis de procedencia y qué tan general es la aplicación de las normas antes reformadas.

Colombia

En el caso de la ley N° 906 de 2004 que establece el Código Procesal de Colombia, los artículos N° 310, 313 y 314 fueron modificados por la ley N° 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 aquellos, medidas alternativas a ésta. Éste es el caso del párrafo final del artículo N° 314, el cual establece la prohibición de sustituir la prisión 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 presentaba excepciones.

Parágrafo del Art. N° 314: “(...) 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 especializado o quien haga sus veces, Tráfico de migrantes; Acceso carnal o actos sexuales con incapaz de resistir; Violencia intrafamiliar; Hurto 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 concurra 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. (...)”

Se puede observar aquí un intento muy claro del legislador colombiano, el cual ha sido objeto de diversos cuestionamientos en dicho país. Por lo 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 N° 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 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 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 N° 314 , 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 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 N° 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 al 5, son casos que tienen una aplicación bastante acotada, por ejemplo el número 2 se refiere a 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 el que 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 sólo ha dejado la posibilidad de la sustitución respecto de aquellos casos puntuales y concretos en los que el rol del juez se ve reducido a completar o verificar que se den condiciones objetivas y nada más.

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 ésta fue decretada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en el año 2006, nos parece de relevancia su revisión, ya que operó de forma plena durante dos años completos y es claro ejemplo de la tendencia hacia el establecimiento de la inexcusabilidad (Tribunal Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 0002-2005-TC, resolución del 26 de septiembre de 2006, publicada en el registro oficial N° 382 del 23 de octubre del mismo año).

La detención en 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 mandato explícito de la ley y ordenarla de oficio cuando se resolvía el auto de llamamiento a juicio. En la práctica ésta 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 de que debiera decretarse de oficio, es que 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 únicamente para aquellos delitos de mayor gravedad, sin embargo, su regulación sólo la hacía improcedente respecto de aquellas personas acusadas de encubridores del delito y para todos aquellos delitos cuya pena no excede de un año de prisión.

Paraguay

La ley N° 2493 de 2004 modificó el artículo N° 245 del Código Procesal de Paraguay, y estableció que no eran procedentes las medidas alternativas a la prisión preventiva “cuando el hecho sea tipificado como crimen que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa”, así como cuando el imputado se encuentre en la hipótesis del artículo 75 N° 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 sólo no puede sustituirse la prisión preventiva, sino que además debe necesariamente decretarse la medida cautelar respecto de los delitos antes mencionados. La fórmula utilizada por el legislador en esta norma es bastante amplia ya que no sólo limita su procedencia respecto de homicidio en sus diversas posibilidades, sino que también se refiere a conductas que hayan vulnerado la integridad de una persona por conductas dolosas.

Nicaragua

En este país, el código procesal penal acusatorio, desde su versión inicial, contó con delitos inexcusables. Así, el artículo N° 173 de la ley N° 406 del 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” (Artículo N° 173 parte final, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, Ley N° 406 de 2001. El destacado es nuestro).

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 sólo no se puede sustituir la prisión preventiva, si no que el juez “decretará”, vale decir, existe sobre éste 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 ésta y la completa libertad del imputado. Como hemos visto en este capítulo en la lección N° 1, esto ha sido una materia en la cual las legislaciones procesales penales reformadas han avanzado en forma bastante similar. Como producto de los esfuerzos de contrarreforma es posible notar que en varias legislaciones procesales penales los cambios en la prisión preventiva se han dirigido a impedir o dificultar la sustitución de ésta 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 que presentaremos a continuación:

Caso 1: El Salvador

En el caso de El Salvador el artículo N° 294 ha sido modificado en al menos cuatro ocasiones, en 1999, en el año 2001, el año 2004 y finalmente en el año 2007. Entonces se incorporaron a la prohibición de sustituir la prisión preventiva los delitos regulados en la ley de lavado de activos y delitos relacionados con drogas. Los delitos que no permiten la sustitución de la prisión preventiva por 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 N° 294 prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en trece tipos penales.

Caso 2: Guatemala

Entre las diversas reformas que han afectado al código procesal penal, el artículo N° 264 establece una prohibición general de sustituir la prisión preventiva respecto de juicios en contra de reincidentes o delincuentes habituales. Asimismo, establece la prohibición en determi-

nados tipos penales –en total diez delitos– , respecto de los cuales no es posible revocar prisión preventiva y cambiar por medida cautelar diferente.

Artículo N° 264: “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.”

Caso 3: Honduras

El decreto N° 9-99-E que establece el Código Procesal Penal de 1999 de Honduras, fue modificado en este aspecto por el Decreto N° 223-2004 que entró en vigencia el 20 de enero de 2005, el cual incorpora un inciso final al artículo N° 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 han sido claras en que los imputados – que respondan a esos criterios – deben estar en prisión preventiva.

2.3 Ampliación de las causales de procedencia de la prisión preventiva

Como se señaló en la lección N° 1, 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, ésta es ciertamente la que más ha sido reformada en las distintas legislaciones procesales penales, tal como aconteció en 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 a 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. Éste es el caso de la legislación de Chile, con la aprobación de la llamada agenda corta (ley N° 20.253 de marzo de 2008) en la cual se indica en el artículo N° 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” (en Chile la causal peligro para la sociedad admitía tres posibilidades: peligro de reincidencia, peligro de 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). Esta misma situación se da en la legislación procesal penal colombiana en la que la ley N° 1142 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 los cuales su pena máxima a imponer sea igual o superior a diez años (Artículo N° 251, parágrafo primero, Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela). Esto se acerca muchísimo a las 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 el que la última reforma del año 2007 indicó que para la concurrencia de esta causal “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible” y que el juez “podrá” valorar otros criterios (Artículo N° 310, Ley N° 906 de 2004, modificada en 2007). En otros casos se han incorporado o reconocido causales autónomas, con una tendencia más propia del derecho penal de autor, que del 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 N° 234 ter que añade la reincidencia (incorporado por la ley N° 2494 del año 2003). En el

caso del Código Procesal Penal de Chile, si bien doctrinariamente la causal peligro para la sociedad admitía la posibilidad de ser interpretada como peligro de reincidencia, la última reforma al código del año 2008 dio a entender con su redacción claramente que ésta es una hipótesis admitida como legítima y, aunque con una técnica legislativa cuestionable, otorgó criterios de ponderación para cada uno de éstos con una marcada tendencia a la revisión de los antecedentes previos del imputado.

Lecturas complementarias – Material de apoyo

Claudio Fuentes Maureira, *Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma*, Chile. Publicado en: Revista Sistemas Judiciales. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP. Edición número 14, 2010. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/102>

Lección 4

UNA NUEVA AGENDA PARA LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA

INTRODUCCIÓN

Ahora que hemos analizado el estado de la prisión preventiva como consecuencia de la Reforma Procesal Penal en América Latina y el proceso de contrarreforma que ha experimentado la región, la presente lección pretende ir un paso más allá, planteando cuál debiera ser a partir del escenario actual una nueva agenda para la discusión acerca de la prisión preventiva en la región.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el alumno será capaz de:

- Reconocer una propuesta respecto a los principales aspectos que debieran guiar una nueva agenda de debate respecto al uso de la prisión preventiva.

1. El agotamiento de la aproximación tradicional

El uso de la prisión preventiva en el proceso penal es probablemente el elemento que, de manera más clara, da cuenta de su buen o mal funcionamiento. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal suele generar, se expresan en el funcionamiento de este particular aspecto. Esta relación ya había sido identificada desde los primeros estudios que criticaron la práctica tradicional en el uso de la prisión preventiva. Durante mucho tiempo, la propuesta de solución a todos estos problemas estuvo centrada en la cuestión normativa y se tradujo en:

- Reformas.
- Numerosas críticas a la legislación tradicional.

- Invocaciones de estándares establecidos en instrumentos internacionales.
- Un trabajo dogmático orientado a construir un nuevo modelo basado en los principios básicos del debido proceso tales como la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El desarrollo del planteamiento crítico de la prisión preventiva y la difusión de una propuesta liberal basada en la presunción de inocencia, en la excepcionalidad de la prisión preventiva y en su autorización por motivos estrictamente cautelares, ha tenido gran éxito en la región latinoamericana. La mayoría de las legislaciones han acogido dichos postulados y probablemente la gran mayoría de los operadores de nuestros sistemas de justicia penal los han incorporado en su bagaje profesional y valórico. El problema es que los cuestionamientos a su vigencia no se dan en el terreno del debate legal, sino desde fuera del mismo y desde lugares donde la argumentación de principios pareciera no tener mayor efecto o tener uno bien limitado.

Al revisar este punto se debe considerar lo siguiente:

- La explicación de esta aparente paradoja está en que el impulso de los cambios orientados a aumentar el uso de la prisión preventiva proviene desde afuera de la cultura legal y se impone a ésta por medio de decisiones legislativas que obedecen a una mirada que podríamos llamar intuitiva acerca del funcionamiento de la justicia penal.
- Esta mirada es formulada desde los actores políticos y desde algunos medios de comunicación, recibiendo un gran respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos.
- Los actores del sistema legal por su parte, a pesar de poder compartir una noción legal que concibe a la prisión preventiva de manera restrictiva, se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los

medios políticos y los medios de comunicación, por lo que en su mayoría terminan comportándose de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas.

- En consecuencia, sin perjuicio de la importancia de seguir consolidando una doctrina legal consistente con la presunción de inocencia y las demás garantías básicas, ese camino no conduce a resolver el problema central que ha sido la causa principal de los retrocesos ocurridos en la regulación legal y en la práctica de la prisión preventiva.
- Para enfrentar este tipo de situaciones, una nueva agenda para un sistema de uso de la prisión preventiva consistente con los valores del debido proceso debe complementar los avances de la doctrina legal con una serie de otros desarrollos.

Ten en cuenta que:

Los retrocesos que de hecho se han producido no provienen de un debilitamiento de esas concepciones en la comunidad legal, ni tampoco de la reivindicación de los paradigmas tradicionales. Por el contrario, los retrocesos legislativos se han producido en un período de tiempo en que se podría afirmar que las concepciones legales liberales más bien se han difundido y afirmado en la región.

2. Los elementos de una nueva agenda en la materia

La agenda a la que nos referimos debe integrar diversos aspectos de los que pasamos a ocuparnos a continuación.

El primer componente de la nueva agenda que proponemos está constituido por el hacerse cargo en muchas jurisdicciones nacionales de enormes déficits del proceso de implementación de los Códigos Acusatorios. Uno de los ámbitos que más severamente limita la vigencia de los principios que las reformas proclamaron en materia de restricciones al uso de la

prisión preventiva es el de las prácticas de los sistemas de justicia penal. Las enormes limitaciones y en algunos casos la completa falta de un proceso de implementación sistemático han permitido que, en muchos países, la legislación de la reforma haya convivido con prácticas operativas propias del viejo sistema que en la práctica hacen que, mas allá de lo declarado en las nuevas leyes, persista la forma en que de hecho se resuelve la prisión preventiva en cada caso.

2.1 Los déficits del proceso de implementación

Las prácticas más problemáticas que pueden observarse en diversos países son, por ejemplo:

1. Las debilidades en el ejercicio de la defensa.
2. La excesiva duración de los procesos.
3. La persistencia del método escrito para la resolución de las cuestiones que se plantean en las etapas previas.

En algunos países, gran parte de estos aspectos básicos han tendido a superarse y es posible constatar que cada caso es defendido por un abogado en una audiencia pública y que la expectativa de que cada persona mantenida en prisión preventiva sea juzgada en un plazo razonable, se cumple de manera relativamente consistente. Sin embargo, aun en esos casos, existe una tendencia fuerte hacia el **automatismo de las decisiones**, problema que se vincula a su vez con la carencia de información acerca de las circunstancias que pueden permitir evaluar con cierta profundidad el riesgo que se pretende precaver y las posibles alternativas al encarcelamiento con el fin de conjurarlo.

Dependiendo de cuál sea la situación específica de cada país, es necesario identificar con claridad las prácticas que están dificultando la aplicación concreta de las regulaciones introducidas en el proceso de reforma.

Estas prácticas incluyen:

- En algunos países, es central el fortalecimiento de la defensa en sus diversas formas.
- En otros, la cuestión más crítica es la falta de oralidad en el momento de la decisión sobre la prisión preventiva, en tanto que en

aquellos que ya la poseen será necesario buscar que el debate sea más intenso y específico.

- Probablemente, en todos los casos será necesario buscar el control de la duración del proceso, dado que este factor es siempre relevante para que la prisión preventiva se alargue.
- Además, la tardanza en la decisión definitiva del caso hace que la percepción de respuesta al probable delito se concentre con más fuerza en esta medida de control.

Apuntes de la lección:

Para ahondar en la reflexión ve el siguiente ejemplo.

Un ejemplo: el establecimiento de audiencias para discutir la procedencia 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, y ello tuvo 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 sistema. 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 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 el que 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.

Como 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 Provincia de Buenos Aires (Mar del Plata), Argentina; Costa Rica, Guatemala y Ecuador. 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 comprobará en los informes nacionales contenidos en este mismo volumen.

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 para profundizar la implementación de

audiencias en aquellos lugares donde esto no ocurre de manera sistemática en todo tipo de casos.

Con todo, hay que tener presente que el sólo 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 métodos 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 éstas efectivamente se desarrollen en forma consistente con su objetivo y con calidad.

Para revisar las experiencias señaladas en profundidad recomendamos leer los siguientes textos:

- CEJA, Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, ob. cit. págs. 153 a 157.

- 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, págs. 257 a 294.

- 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, págs. 295 a 314.

- 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, págs. 343 a 362.

- Mauricio Duce, “La Oralidad en las Etapas Previas al Juicio: La Experiencia de Ciudad de Cuenca en Ecuador”, en Reformas Procesales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento IV Etapa, CEJA, Santiago 2007, págs. 315 a 361.

- Diego Zalamea, La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de Innovación, CEJA, Santiago 2007, págs. 63 a 95.

2.2 Fortalecimiento del sistema de medidas alternativas a la prisión preventiva

Parte del programa que los nuevos sistemas procesales penales proclamaron estuvo constituido por un conjunto bastante amplio de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. En todos los países de la región, estas medidas se han establecido en la ley y los jueces suelen utilizarlas con bastante frecuencia, como ya hemos tenido oportunidad de revisar en la lección N° 1 de este capítulo.

Pero a diferencia del mundo anglosajón, de donde estas medidas alternativas fueron tomadas, su introducción no estuvo acompañada por los mecanismos operativos destinados a determinar en cada caso:

1. Su adecuación a las necesidades de cautela que se plantean.
2. El seguimiento de cumplimiento por parte de la persona que es objeto del control alternativo que se resuelve.

En la práctica, en el contexto latinoamericano las **medidas alternativas a la prisión preventiva** son resueltas sobre la base de información bien limitada, la que en general no permite hacer una evaluación seria acerca de la capacidad real que cada una de las formas de control alternativo tiene para evitar los riesgos que le dan fundamento. Por otra parte, la decisión de otorgar medidas alternativas, está bastante cruzada por objetivos distintos de los cautelares, como son, por ejemplo, consideraciones de justicia material o de proporcionalidad, que llevan justificadamente a los jueces a evitar el uso de la prisión pero que no necesariamente debieran vincularse a sistemas de control que tienen objetivos cautelares específicos. Por otro lado, el cumplimiento de las medidas de restricción que se imponen en cada caso no es controlado de manera sistemática, sino, en el mejor de los casos, de modo anecdótico, cuando las violaciones se hacen evidentes como producto de un reclamo de la víctima o de una detención policial posterior. Por último, los sistemas de justicia penal de nuestra región no tienen la capacidad de hacer un aprendizaje acerca de cuáles medidas son capaces de evitar qué tipos de riesgos, ni de identificar las características

específicas de los casos que las hacen más o menos efectivas. Por todas estas razones es posible afirmar que el único método seguro y probado con que el sistema cuenta con el fin de garantizar que el imputado no huya del juicio, que atente contra las víctimas o testigos o realice otras conductas que se considera necesario evitar, consiste en mantenerlo en prisión durante la duración del juicio. Esta carencia del sistema refuerza la percepción pública de impunidad frente a los casos en que una persona es puesta en libertad a la espera del juicio, lo que a su vez constituye el basamento político de todos los intentos legislativos por volver a sistemas de inexcusabilidad u otras formas de reforzamiento del uso de la prisión preventiva. Por lo tanto, parece indispensable abordar sistemáticamente estos desafíos, es decir, buscar respuestas institucionales que se hagan cargo de cada una de las tareas descritas y que tengan la capacidad de desarrollar un proceso de aprendizaje acerca de los métodos más convenientes para realizarlas. Afortunadamente, los países anglosajones ofrecen una variada cantidad de modelos alternativos y de experiencias debidamente evaluadas para la realización de estas tareas, las que es necesario conocer para luego formular opciones apropiadas a nuestra realidad (debido a la importancia de estos sistemas el capítulo final de esta publicación los analizará en detalle). Una de las ventajas que tiene el abordaje sistemático de sistemas de control de las medidas alternativas a la prisión preventiva consiste en que es posible examinar de manera comparativa y específica la prisión preventiva en relación con los mecanismos alternativos, que pueden ser muy variados y diversos en su contenido e intensidad. Esa comparación permite, de acuerdo con lo observado en la experiencia comparada, justificar por una parte la eficiencia de los métodos alternativos, su menor costo para el Estado, pero también la conveniencia de su uso en algunas situaciones para las que en nuestro medio la prisión preventiva parece prácticamente ineludible, como son delitos de cierta gravedad o en los que el imputado presenta antecedentes criminales anteriores.

2.3 El diálogo entre el sistema de justicia penal y la comunidad

Un tema central del próximo tiempo dice relación con las capacidades de los sistemas de justicia penal para desarrollar un sistema más avanzado de vínculos con la comunidad y sobre todo, con su capacidad para transmitirle la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que está llamada a cautelar. Vamos a revisar qué elementos debería considerar una estrategia para generar diálogo entre el sistema de justicia penal y la comunidad.

Una estrategia para el diálogo

El primer paso para esa comunicación consiste en poder responder apropiadamente a las más básicas preguntas que los ciudadanos podrían hacer; esto es, poder afirmar que las personas que no son puestas en prisión preventiva son sometidas a un régimen de control que razonablemente garantiza su comportamiento en libertad. Además, es necesario generar estrategias destinadas a que algunos agentes del sistema sean capaces de explicar al público su funcionamiento y los valores que éste debe preservar. Esto requiere de la creación de instancias especializadas en esa tarea que desarrollen una estrategia comunicacional persistente en el tiempo, pero que además se hagan cargo de explicar las decisiones en todos aquellos casos en que éstas aparezcan debatidas o cuestionadas en la opinión pública.

La cuestión central en cuanto a la comunicación está en explicar que, a diferencia de lo que la intuición común pareciera indicar, la información sobre los casos judiciales que aparece en los medios de comunicación está constituida por versiones iniciales de valor muy limitado y que el proceso penal está destinado precisamente a verificar o falsear esas versiones por medio de métodos confiables. Por lo tanto, lo que se resuelve respecto del imputado en el tiempo intermedio no es una respuesta al delito, sino sólo un método para lograr que el proceso avance y poder llegar a una decisión cierta. Además de la comunicación institucional, es indispensable que los organismos oficiales del sistema de justicia penal busquen desarrollar relaciones de colabora-

ción y de lealtad en esta materia, tanto entre ellos como con actores externos al sistema.

Para profundizar de mejor manera la necesidad de la comunicación interinstitucional, revisa lo siguiente:

- **Entre los actores del sistema**

Es indispensable evitar que unos busquen legitimarse a costa de los otros. Todos ellos deben compartir a lo menos una visión general acerca del funcionamiento y los valores que el sistema de justicia penal busca cautelar, así como de la legitimidad de los diversos roles que intervienen en su actividad.

- **Entre entidades externas al sistema**

Es necesario establecer relaciones de comunicación permanente con diversas entidades externas al sistema, que interactúan con éste y que contribuyen a generar opiniones y percepciones acerca de su funcionamiento. Además es necesario tratar de compartir con ellas algunas nociones básicas acerca del funcionamiento del sistema y una lealtad mínima para la protección de sus valores básicos.

2.4 La protección de la legitimidad del sistema judicial en las decisiones judiciales

En varios de los países que han experimentado procesos de contra-reforma, o al menos una fuerte presión pública a favor de un aumento del uso de la prisión preventiva, es posible reconocer que además de factores como el desconocimiento del funcionamiento del sistema de justicia penal o la existencia de una información de prensa orientada al escándalo, han existido resoluciones judiciales, a veces anecdóticas, que han producido un enorme impacto negativo e incluso algunas de ellas han estado directamente vinculadas a la promoción de reformas restrictivas destinadas a limitar las facultades de los jueces para no otorgar prisiones preventivas. El problema que se plantea es complejo, puesto que la función judicial es por definición contra mayoritaria y la independencia del juez está justificada precisamente por su capacidad para resistir la presión de grupos o aun de la mayoría de la población,

para poder ser capaz de resolver los casos en su propio mérito protegiendo los valores permanentes del sistema legal.

No obstante, parece necesario aprender de la experiencia en el sentido de que la función contra mayoritaria tiene un límite en cuanto su ejercicio puede derivar en situaciones tan complejas como la supresión por vía de la ley de las mismas facultades que el juez está ejerciendo o la generación de una opinión pública tan negativa que de hecho inhiba a los jueces a resolver los demás casos de manera apropiada a sus características individuales. El camino aquí es el de incorporar este tema en la reflexión y en la capacitación judicial, sobre todo con miras a sensibilizar a los jueces acerca de la relevancia institucional de sus decisiones en materia de prisión preventiva, en especial aquellas de mayor visibilidad. En algunas jurisdicciones fuera de la región, este tema ha tenido expresiones normativas que en general se han traducido en el reconocimiento de causales especiales de prisión preventiva vinculadas a conceptos como la alarma pública o la protección de la legitimidad del sistema, como por ejemplo en Canadá. Su introducción en nuestro medio no parece probable porque las propuestas legislativas están orientadas hacia fórmulas de inexcusabilidad bastante directas. No obstante, el contenido de estas cláusulas sirve para promover la reflexión sobre el punto.

CAPÍTULO 2

LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL



LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

TOBÍAS PODESTÁ⁶⁰

INTRODUCCIÓN

La problemática de la prisión preventiva aparece como una preocupación central en toda Latinoamérica. A pesar de que resulta ser el medio procesal con mayor capacidad lesiva de los derechos fundamentales, su aplicación no resulta acorde a su finalidad, y genera una innumerable cantidad y variedad de abusos por parte de la propia administración de justicia.

Si bien los procesos de reforma de la justicia penal de la región concretaron cambios y ciertos avances en materia judicial y penitenciaria, no han podido reducir de fondo el problema de los presos sin condena; aún siguen sin ser respetados los presupuestos de la aplicación de la prisión preventiva funcionales a un Estado de Derecho.

Para replantear el problema, es clave revisar los criterios aceptados internacionalmente para la imposición de este tipo de medidas, a la luz de las protecciones que formulan los pactos y convenios de derechos humanos.

OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

Al final del capítulo, el lector será capaz de:
Identificar los estándares de la prisión preventiva en el orden internacional.

⁶⁰ Investigador y capacitador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Argentina (INECIP) y consultor y egresado del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.

Reconocer los presupuestos procesales de la prisión preventiva.
Identificar los límites y duración de la prisión preventiva.
Reconocer los principios de control judicial y condiciones de detención.

Lecciones

Este capítulo se compone de las siguientes lecciones:

1. Los estándares de la prisión preventiva en el orden internacional.
2. Presupuestos procesales de la prisión preventiva.
3. Duración de la prisión preventiva: plazo razonable.
4. Control judicial y consecuencias de la detención.

Lección 1

LOS ESTÁNDARES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ORDEN INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN

En la siguiente lección, analizaremos qué es lo que se entiende por libertad, para luego examinar el instituto de la prisión preventiva dentro del contexto internacional. Desde estos conceptos, revisaremos los estándares que rigen la aplicación de la prisión preventiva, identificando los principios establecidos por organismos internacionales.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

Identificar el instituto de la prisión preventiva y sus estándares de aplicación a través de los criterios de organismos internacionales tales como el Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par europeo.

Reconocer el tratamiento del conflicto que existe entre la imposición de una medida cautelar y el principio de inocencia.

Identificar las implicancias que tiene el dictado de la prisión preventiva para el individuo sometido a proceso y para sus relaciones familiares.

1. El derecho a la libertad

Todo individuo tiene derecho a la libertad personal. Este derecho humano fundamental está contemplado en las siguientes normas internacionales:

- Art. Nº 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH).
- Art. Nº 1 de la Declaración Americana (DA).

- Art. N° 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).
- Art. N° 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica).
- Art. N° 5 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales (CEDH). Este artículo dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

De acuerdo a interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

La libertad es:

- La capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté legalmente permitido.
- Constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

La seguridad es:

- La ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable o la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física (párrafo N° 52 del caso Chaparro Álvarez).

Del preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica surge que los Estados Partes deben consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y reconocer que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

En consecuencia, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que los pactos y convenciones regulan, son los límites o restricciones que los Estados Partes puede realizar sobre él. Las normas internacionales de derechos humanos ofrecen medidas de protección, tanto para asegurar que no se limite la libertad personal de forma ilegal o arbitraria

como para evitar abusos que pueden sufrir las personas que se encuentren privadas de su libertad.

Con la finalidad de mantener la seguridad y el orden público, el Estado legisla y adopta medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. Pero un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes debe proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal (Corte IDH, *Servellón García vs. Honduras*, párrafo N° 87 y *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, párrafo N° 70).

Ten en cuenta que:

El objetivo de la normas internacionales es imponer un conjunto de deberes a los Estados Partes, cuyo cumplimiento reduce el riesgo de una privación de la libertad arbitraria, y su premisa central es que la libertad siempre sea la regla y la limitación o restricción la excepción (Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez*, párrafo 53).

Para el Tribunal Europeo, el objetivo principal del artículo N° 5.1 de la CEDH es la protección frente a las privaciones arbitrarias de libertad en el sentido clásico de libertad física (caso *Engel*).

La noción de seguridad que el mismo precepto contempla, no ha sido objeto de una interpretación independiente, por lo que el Tribunal considera que la inseguridad generada en las circunstancias personales del individuo cuando no hay un supuesto de privación de libertad no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo N° 5 de la CEDH (caso *Altun*).

2. Principio de inocencia

De acuerdo a este principio, toda persona será considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia. El imputado, a pesar de estar sometido a un proceso penal, debe recibir un tratamiento distinto del de las personas condenadas, ya que mientras ese estado procesal no cambie, resulta ser una persona inocente y debe ser considerado como tal.

2.1 Normas internacionales

Son numerosos los instrumentos internacionales que contemplan este principio básico del derecho procesal penal. A continuación, revisemos algunos de ellos.

Según la **Declaración Universal de Derechos Humanos**: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”, (art. N° 11.1º).

Para el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, (art. N° 14.2).

La **Convención Americana de Derechos Humanos**, fija que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su responsabilidad”, (art. N° 8.2).

Por su parte, **la Convención Europea** sostiene que: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”, (art. N° 6.2).

De acuerdo a las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos**, “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (art. N° 84 inc. 2º), y los no condenados “gozarán de un régimen especial” (art. N° 84 inc. 3º).

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechada o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme el derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa”, (principio N° 36 1º). Además, estipula que las personas detenidas, por su condición de tal, “recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas”, (principio N° 8).

2.2 Contenido

Ya repasamos cómo las normas internacionales contemplan el principio de inocencia. A continuación, se presentan las consecuencias de este principio:

- La realización de un juicio penal de determinadas características, como presupuesto indispensable para obtener la sentencia condenatoria capaz de destruir el estado jurídico de inocencia del imputado. La “culpabilidad” sólo puede ser jurídicamente construida a través de un juicio previo.
- El fallo condenatorio y la consecuente aplicación de una sanción penal deben estar fundados en la certeza positiva del juzgador. De no ser así, resulta de aplicación el conocido aforismo “in dubio pro reo”.
- La carga de la prueba es responsabilidad del órgano acusador (Onus Probandi). El imputado no tiene la obligación de construir su inocencia, ya que dicho estado lo posee previamente y durante todo el proceso (Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafo N° 154 y Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo N° 182)

- El imputado debe ser tratado como inocente durante la sustanciación del proceso.

De estas cuatro cuestiones, sólo apuntaremos a ésta última, revisando tanto su regulación normativa internacional como la interpretación que de ella formulen los organismos internacionales.

2.3 Interpretación por organismos internacionales

La CIDH (Informe N° 12/96, párrafo 46) entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado, respetando las garantías del procedimiento que protegen la equidad e imparcialidad. De esta manera sostiene que, conforme a las normas internacionales, “el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad”.

Al respecto, la Corte IDH sostiene que el principio de inocencia exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. Así, la falta de prueba plena de la responsabilidad penal en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme (Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafo N° 154).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas postuló que la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso (Observación General N° 13, párrafo N° 7).

Con posterioridad, sostuvo el mismo organismo que: “[l]a presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza

que no se presume la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado” (Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º. 32, *supra* nota N.º 258, párrafo N.º 30).

Y de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Europeo, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable (Corte EDH, caso Barberá vs España, párrafos N.º 77 y N.º 91).

Ten en cuenta que:

Sin importar la entidad del delito y por culpables que puedan resultar los partícipes de éste, no cabe admitir que el poder estatal pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos. “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana” (Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, párrafo N.º 154).

El principio de inocencia rige por igual en todos los casos y para todas las personas y no puede ser ignorado para cierto tipo de casos o figuras delictivas, aun cuando se trate de situaciones de emergencia o de delitos de suma gravedad (CIDH, informe 2/97, párrafo 51). En virtud de ello, en el marco del proceso penal, como regla general, el imputado deberá permanecer en libertad (CIDH, informe N.º 86/09, párrafo N.º 69).

Sin embargo, todos los organismos internacionales aceptan, con carácter excepcional y bajo determinadas exigencias, que los Estados se encuentren facultados para detener provisoriamente a una persona durante un proceso, y sin embargo limitar la duración de la prisión preventiva, debido al riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia y de convertir la medida restrictiva en una verdadera pena anticipada (Corte IDH, caso Tibi, párrafo N° 180; caso Suárez Rosero, párrafo N° 77; caso Acosta Calderón, párrafo N° 146 y CIDH, informe N° 86/09, párrafo N° 70).

En forma irremediable, existe un conflicto entre la garantía de no ser privado de la libertad personal hasta el dictado de una sentencia condenatoria firme, y que el proceso no vea obstaculizado su curso por la incomparecencia del imputado o el entorpecimiento en la recolección de la prueba (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez, párrafo N° 145).

Para mayores antecedentes sobre este tema, revisa las reflexiones hechas por los siguientes jueces:

Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez: “Beccaria la consideró como pena que se anticipa a la sentencia, expresión que denuncia la extraña naturaleza de la preventiva y su discutible justificación. Si ésta se funda solamente en motivos prácticos (que arraigan en la impotencia de la justicia para encontrar un sucedáneo que al mismo tiempo asegure la marcha del proceso y la seguridad de los participantes en éste, y ponga de nuevo a flote la presunción de inocencia), es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras, excepción y no regla” (caso Tibi, párrafo N° 61).

Juez Sergio García Ramírez: “Pese al consenso doctrinario sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva, la realidad demuestra otra situación y eso se debe al sistema de enjuiciamiento que propicia la lentitud del proceso. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal -no, por cierto, una “reforma de pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil- debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados -es decir, “presun-

tos inocentes"- que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados" (caso Tibi, párrafo N° 62).

3. Prisión preventiva

La prisión preventiva es la medida cautelar impuesta a los sujetos imputados por un delito que restringe su libertad ambulatoria con el fin de garantizar la realización del procedimiento; aunque sus objetivos pueden exceder ese marco. Es, asimismo, la medida cautelar con mayor capacidad lesiva que tienen los Estados. Fue considerada por la Corte IDH como la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito (caso Tibi, párrafo N° 74). Su aplicación debe tener un carácter excepcional, en tanto se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (casos Tibi, párrafo N° 106 e Instituto de Reeducción del Menor, párrafo N° 228).

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** expresa que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas "no debe ser la regla general" (art. N° 9.3).

Las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas** sobre las medidas no privativas de la libertad son terminantes, "sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso" (Regla N° 6.1 RT).

La **Convención Americana** determina que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas", y de ningún modo será "arbitraria" (art. N° 7.2 y N° 7.3 CADH).

El art. N° 5.1 de la **Convención Europea** establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”.

A) Sistema Interamericano

CORTE IDH: Al interpretar el art. N° 7.3 CADH, especificó que el encarcelamiento preventivo no resulta admisible por causas y métodos que, aun previstos legalmente, puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (caso Gangaram Panday, párrafo N° 47; caso Chaparro Álvarez, párrafo N° 90; caso García Asto; párrafo N° 105; caso Servellón García, párrafo N° 90 y caso Ivon Neptuno, párrafo N° 97).

En otros precedentes, se sostuvo que el art. N° 7 CADH, consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio de la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, párrafo N° 228; López Álvarez vs. Honduras, párrafo N° 67; Servellón García vs. Honduras, párrafo N° 88 y Torres Millacura vs. Argentina, párrafo N° 71).

La prisión preventiva pretende concretar la marcha del proceso, evitando que se vea afectado por el entorpecimiento de la investigación (preservación de la prueba) o la fuga del encausado (presencia del imputado y eventual ejecutabilidad de una sentencia condenatoria) (caso Tibi, voto concurrente Dr. García Ramírez).

CIDH: Para la Comisión, las personas sobre quienes pesa una acusación penal sólo pueden ser objeto de sanción restrictiva de su libertad mediante sentencia basada en juicio durante el cual hayan tenido la oportunidad de defenderse. El proceso debe substanciarse en un plazo razonable de modo de no desatender el derecho a la seguridad y libertad de estas personas. La restricción de esos derechos más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad con la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación, implica favorecer la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación son culpables (CIDH, informe N° 64/99, párrafo N° 51).

Ten en cuenta que:

Numerosas legislaciones regionales resultan ser, en el caso de la Prisión Preventiva, contrarias al Estado de Derecho. Muestra de ello resulta ser la regulación de la prisión preventiva como obligatoria para determinada categoría de delitos, y la limitación de la posibilidad jurisdiccional de ponderar la necesidad de la medida cautelar. A pesar de ello, parece inevitable la adopción de medidas cautelares en la rama penal, entre ellas la privación de libertad, por ello es indispensable revisar las hipótesis que las justifican, a los fines de racionalizar su utilización.

B) Sistema Europeo

En el caso del viejo continente, la corte postula que el objetivo principal del artículo N° 5.1 es la protección de los derechos de las personas frente a las privaciones arbitrarias de libertad, en el sentido clásico de libertad física (caso Engel). El legislador debe fijar con suficiente precisión y accesibilidad los supuestos y la duración de la privación preventiva de la libertad. En consecuencia, aunque hayan sido autorizadas o ratificadas por un juez, se consideran ilícitas las privaciones de libertad carentes de cobertura legal (caso Riera Blume).

4. Una medida alternativa es posible

Las Convenciones Americana (art. N° 7.5 CADH) y Europea (art. N° 5.3 CEDH), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. N° 9.3 PIDCyP) contemplan la posibilidad de que se le imponga al detenido la prestación de garantías para el goce de libertad. Por su parte, las Reglas de Tokio regulan que el sistema de justicia penal debe establecer una amplia gama de medidas alternativas a la privación de la libertad, desde la fase anterior al juicio, para imponerla de modo flexible de acuerdo a las necesidades, según el tipo y gravedad de delito, la personalidad y los antecedentes del imputado y la protección de la sociedad, con el fin de evitar así la imposición innecesaria del encarcelamiento cautelar (Regla N° 2.3 RT). Asimismo dispone que las medidas alternativas se deberán adoptar con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano “lo antes posible” dado que la prisión preventiva no deberá durar más del tiempo que sea necesario (regla N° 6.2 RT) y en la modalidad menos rigurosa posible (Art. N° 2.6 RT, Asamblea General de la ONU, Resolución N° 45/110, 14/12/1990). En el 8vo. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, se arribó al objetivo de que se evitará la prisión preventiva recurriendo “a medidas sustitutivas como la libertad bajo fianza o la caución personal (...)” (párrafo N° 2.e).

Las Convenciones y el Pacto citados no contemplan específicamente un catálogo de garantías mínimas para la mal denominada libertad provisional. Con lo cual, su determinación estará en manos de los Estados Partes sin perjuicio de su adecuación a las normas supranacionales. En ese sentido, los Estados Partes firmantes de las Reglas de Tokio se comprometieron a introducir medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión (Art. N° 1.5).

Los organismos internacionales, al tratar ciertos casos, estipularon que, además de la caución real (Informe N° 2/97, párrafo N° 18), se podía imponer otras condiciones al detenido, como:

- La obligación de presentarse periódicamente ante la policía u otros organismos.

- Restricciones a tomar contacto con determinadas personas, o que tenga acceso a determinados lugares o documentos (Corte EDH, caso *W. vs. Suiza*).
- Obligación de responder a notificaciones telefónicas o personales, cada hora, día o semana.
- Sometimiento a verificación sin previo aviso por funcionarios de vigilancia o encargados de la libertad bajo fianza.
- Prohibición de salida del país, “en casos extremos” (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 31).

En su caso, la CIDH, al analizar el riesgo de fuga, consideró que si la medida se fundaba sólo en esta causal, correspondía que las autoridades judiciales adoptaran otro tipo de arbitrios para asegurar la comparecencia del acusado en el juicio, tales como la fianza o, en casos extremos, la prohibición de salida del país (Informe N° 2/97, párrafo N° 31).

En el sistema europeo, si bien no existe un derecho absoluto a ser liberado bajo caución, las autoridades judiciales están obligadas a constatar si la finalidad de la prisión preventiva puede ser alcanzada por un medio alternativo al de la prisión. En otras palabras, resulta procedente la libertad provisoria si es posible obtener, del inculpado, garantías de su presentación en el proceso (caso *Wemhoff* p. N° 25, párrafo N° 15; caso *Neumeister*, p. N° 40, párrafo N° 12 y *Letelliere*, párrafo N° 40).

La fianza

Debe fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la Justicia (CIDH, Informe N° 2/97, párrafo N° 31). En otros términos, se trata de encontrar, una “relación proporcional” entre el riesgo de fuga y que el interesado no desoiga otras medidas no privativas de la libertad (CIDH, informe N° 64/99, párrafo N° 54).

Si se profundizan las pautas para la determinación del monto de la caución, es oportuno citar la jurisprudencia europea, que en uno de sus precedentes, descarta que la fianza tenga una relación con el mon-

to de reparación del daño civil derivado del delito. Se consideró que ello no resultaría compatible con el art. N° 5.3 de la Convención Europea, puesto que la garantía no tiene por objeto la reparación civil, sino lograr la presencia del acusado en el proceso. Por lo cual, el monto debe ser apreciado, principalmente, en relación al interesado, sus recursos, sus vínculos con los fiadores. En definitiva, la confianza que se pueda tener en cuanto a que la perspectiva de pérdida de la fianza o de su ejecución, obrará sobre el excarcelado como un freno suficiente para descartar todo deseo de fuga (Corte EDH, caso Neumeister, p. N° 40, párrafo N° 12).

En otro caso la desestimación judicial de un ofrecimiento de fianza podría encontrar fundamento en la insuficiencia de lo ofrecido y en el origen desconocido del dinero, todo lo cual la haría inadecuada a los fines perseguidos (Corte EDH, caso W. vs. Suiza, párrafo N° 33).

Criterios para el establecimiento legal de medidas alternativas

Para la selección de una medida no privativa de la libertad, según las Reglas Mínimas de Tokio (Asamblea General ONU, resolución N° 45/110), la autoridad judicial se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad de delitos, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de la víctima (art. N° 3.2 RT), no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica, ni riesgo indebido de daños físicos y mentales (art. N° 3.8 RT), no deberán afectar su dignidad (art. N° 3.9 RT) ni la aplicación de las medidas restringir sus derechos más allá de las limitaciones impuestas (art. N° 3.10 RT). De igual modo, las medidas requerirán el consentimiento del excarcelado (art. N° 3.4 RT).

Oportunidad

Las garantías de libertad se pueden adoptar en todo momento del proceso o cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepase lo razonable y el estado limite la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de libertad (Corte IDH, caso Barreto Leiva, párrafo N° 120).

Pero en ese supuesto, la duración de la medida no privativa de la libertad no deberá superar el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley (art. N° 11.1 Reglas de Tokio).

Prohibiciones a salidas del país

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que las condiciones bajo las que deben limitarse los derechos de circulación, residencia y egreso del país deben estar determinadas por ley, por lo que las restricciones no previstas en la ley o que no se ajustan a los requisitos establecidos en el art. N° 12.3 del PIDCyP, serían violatorias de esos derechos. Además, recomendó que cuando se aprueben leyes que provean restricciones, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho, deben utilizarse con criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación (Comentario General N° 27, nota N° 135, párrafos N° 12/13).

Sobre esta cuestión, la Corte IDH destacó la importancia de la vigencia del principio de legalidad en la oportunidad de que se restrinja el derecho de salir del país en una sociedad democrática, dada la alta incidencia que dicha restricción tiene en el ejercicio de la libertad personal (caso Ricardo Canese, párrafo N° 125). Además, la medida debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de modo que sólo se aplique si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función de evitar la fuga del imputado (caso Ricardo Canese vs. Paraguay, párrafo N° 131).

5. Requisitos de la prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene por fin hacer posible la realización del procedimiento, manteniendo a la persona sospechada corporalmente presente, en tanto no resulta admisible el juicio en su ausencia o en forma contumacial. La Corte IDH determinó que no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté prevista legalmente, sino que es necesario que

esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención Americana, respetando los siguientes requisitos:

1. Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima, esto es, asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la Justicia (caso Servellón García, párrafo N° 90; caso Acosta Calderón, párrafo N° 111; caso Ivon Neptuno, párrafo N° 98).

2. Que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir con el fin perseguido.

3. Que sean necesarias o absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Esta premisa, determina que toda limitación al derecho a la libertad debe ser excepcional (caso García Asto, párrafo N° 106 y caso Ivon Neptuno, párrafo N° 98).

4. Que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales (caso Instituto de Reeducción del Menor, párrafo N° 228 y caso Ivon Neptuno, párrafo N° 98).

6. Principios limitadores de la prisión preventiva

A) Principio de legalidad (procesal)

De acuerdo con este principio, toda medida coercitiva debe estar contemplada en la legislación local. Éste es de carácter restrictivo, por lo que resulta arbitraria e ilegal la aplicación de cualquier otro instituto por analogía. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece al respecto que “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta” (art. N° 9.1 PIDCyP.). En este sentido, la Convención Americana regula que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas” (art. N° 7.2 CADH.). La Convención Europea en

forma similar determinó que “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (...)” (art. N° 5.1. CEDH).

A partir de ello, la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana (Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 74).

En el mismo precedente mencionado, se precisó el alcance del art. N° 7 CADH. Se interpretó que protege contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. En tal sentido, para los efectos del artículo N° 7 de la Convención, una “demora”, así sea con meros fines de identificación de la persona, constituye una privación a su libertad física, por lo tanto, toda limitación a ésta debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislación interna establezcan al efecto, siempre y cuando sea compatible con la Convención. En tal sentido, la detención aun si fue realizada para fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, y haberse señalado con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo (Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 74).

En definitiva, una restricción a la libertad que no esté basada en una causa o motivo concretos puede ser arbitraria.

B) Principio de excepcionalidad

En tanto la regla resulta ser la libertad del imputado durante el proceso, la prisión preventiva tiene reservado el carácter de excepcional. Su empleo debe ser limitado racionalmente para no afectar el principio

de inocencia y el derecho a la libertad ambulatoria. En consecuencia, el encarcelamiento preventivo debe ser absolutamente imprescindible para evitar los riesgos legalmente contemplados, y no podrá ser aplicado si éstos pueden ser neutralizados por medidas de aseguramiento menos lesivas. A continuación, revisa qué señalan sobre el carácter de excepción diferentes instituciones:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Este carácter de excepción se encuentra expresamente establecido en el art. N° 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP), en tanto dispone que “la prisión preventiva no puede ser la regla general”.

Convención Americana: Por su parte, en la Convención Americana, si bien este principio no está previsto de modo expreso, se puede inferir de su art. N° 7, en tanto regula el derecho a la libertad personal y señala los límites al ejercicio de las detenciones en el marco de un proceso penal. Esta misma situación se replica en la Convención Europea (art. N° 5).

Corte IDH: Para la Corte IDH, la prisión preventiva se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del individuo sometido a proceso mientras se resuelve su responsabilidad penal (caso Tibi, párrafo N° 106; caso Palamara Iribarne, párrafo N° 196; caso Acosta Calderón, párrafo N° 74, caso López Álvarez, párrafo N° 67 y caso Barreto Leiva, párrafo N° 121).

Corte Europea: La Corte Europea consagró el principio de que la prisión de quien es sospechoso de un ilícito constituye una seria limitación del principio de inocencia. Por ello, debe acordarse sólo con carácter excepcional y ante un interés público que justifique el sacrificio de la libertad individual.

CIDH: Para la CIDH, se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y del riesgo que presenta esta medida cautelar en lo que se refiere a la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa (Informe N° 86/09, párrafo N° 84). Además, este carácter excepcional limita su aplicación sólo a los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos o destruyendo evidencia (informe N° 2/97, párrafo N° 30).

C) Principio de provisionalidad

Las medidas coercitivas son provisionales porque están temporalmente condicionadas a la vigencia de todos los presupuestos que deben ser verificados para dictarlas. Sólo es posible mantener la detención si subsisten todas y cada una de las exigencias que fundaron la necesidad de ordenar esa privación de libertad; por ende, con la desaparición de alguno de los requisitos de una detención legítima, la medida, de no cesar, se torna ilegítima. Este principio está contemplado en los siguientes cuerpos normativos:

Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio): “Las medidas sustitutas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La prisión preventiva no deberá durar más del tiempo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla N° 6.1” (Regla N° 6.2).

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “(...) la misma autoridad facultada para ordenar la detención, mantendrá en examen la necesidad de la detención” (Principio N° 39).

Ello implica que la medida debe mantenerse conforme a un estricto criterio de necesidad actual y concreta, debido a que sólo su vigencia justifica la limitación excepcional de los derechos del imputado. Por eso, es conveniente que sean revisados en periodos breves y en cualquier etapa del proceso.

Para la CIDH, la prisión preventiva se encuentra llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (Informe N° 86/09, párrafo N° 105), lo cual impone a los jueces la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva subsistan, ya que desaparecidos sus motivos, el encarcelamiento debe cesar (Informe N° 86/09, párrafo N° 108).

D) Necesariedad

En este punto, el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada. Ello implica examinar si la intervención estatal es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para el éxito del proceso. De entre los diversos medios posibles, habrá de optar por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no se imponga un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que pueda satisfacer igual objetivo.

E) Principio de proporcionalidad

La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada (Corte IDH, caso López Álvarez, párrafo N° 67). El Estado debe evitar que la medida sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena (Corte IDH, caso Barreto Leiva, párrafo N° 122). Una consecuencia necesaria del principio de inocencia es que las personas imputadas de un delito reciban un trato de inocentes o, como mínimo, que no sean tratadas peor que los condenados. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez, párrafo N° 93).

· **Normas.** Si bien este principio resulta ser, como lo sostuviéramos previamente, una derivación del principio de inocencia, se encuentra

asimismo expresamente previsto en las normas que se transcribirán a continuación: 1) Resolución Nº 17, aprobada por el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: “No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de la libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista” (párrafo 2º Inc. d). 2) El art. Nº 17 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca) dispone que, en relación con la adopción de las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptado.

· **Aplicación.** El principio de proporcionalidad opera de dos modos diferentes: 1) En algunos casos, impide absolutamente el uso del encarcelamiento preventivo (cuando se espera una pena no privativa de la libertad, o una pena privativa de la libertad cuyo cumplimiento no será efectivo); 2) El principio actúa como límite temporal al plazo de encarcelamiento. Con este principio, es posible impedir o restringir el uso de la prisión preventiva con el objeto de evitar que el imputado que goza del estado jurídico de inocencia sufra un mal mayor que el que representa la propia sanción penal sustantiva. En realidad, siempre tendría que ser menor, ya que, incluso de resultar equiparable, sería igual a la imposición de una pena y en nada se diferenciaría de ésta.

· **Problemática.** Más allá de que resulte ser un principio reductor de las medidas de coerción, presenta aristas problemáticas. Por un lado, relaciona la prisión preventiva a la magnitud de la pena, imprimiendo cierto carácter punitivo a una limitación de carácter cautelar. Por otro lado, el principio de proporcionalidad permite ser considerado como una justificación para la prolongación del encierro preventivo. Cuando se trata de delitos de escasa gravedad, la proporcionalidad opera, realmente, como un mecanismo limitativo del encarcelamiento cautelar. En el caso de delitos graves, en cambio, el principio pierde su poder limitativo e, incluso, termina operando como elemento de justificación y legitimación de un encarcelamiento prolongado. En estos casos, la vinculación pena-medida cautelar establecida por el principio

de proporcionalidad termina por producir efectos negativos sobre el respeto efectivo del principio de inocencia. Este principio no lo puede solucionar. Para evitar estos problemas existe una garantía autónoma creada por el derecho internacional: la limitación temporal del encarcelamiento preventivo a un plazo razonable. Otra circunstancia para ponderar cuando se analiza la proporcionalidad de la pena no sólo resulta ser el monto de la sanción, sino que también la modalidad de cumplimiento de la misma, teniendo en cuenta para ello los correspondientes regímenes de progresividad de cumplimiento de la pena que regula cada legislación local.

· **Interpretación de organismos interamericanos.** La Corte IDH, en el caso Suárez Rosero, postuló que el principio de proporcionalidad atiende a la relación entre la duración de la prisión preventiva y la de la pena privativa de la libertad prevista para el delito investigado. La duración de la primera no puede, en ningún caso, exceder al plazo de la segunda (párrafo N° 74). El encarcelamiento preventivo debe resultar proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no puede superarla en gravedad. Por ello, no se autoriza la prisión preventiva cuando, en el caso concreto, no se espera la imposición de una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. En los casos en que se admite la privación anticipada de libertad, ésta no puede ser mayor que la pena eventualmente aplicable al caso concreto. Si no fuera así, se sostiene, el inocente se hallaría en peor situación que el condenado. Además, si el lapso de la prisión preventiva rebasa el periodo de la pena que se le impondría en concreto si se lo condenara, la detención constituiría una grave violación del derecho del detenido a que se le formulen las acusaciones y se le reconozca culpable antes de que se le castigue (Comisión IDH, informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, párrafo N° 61). Por esta razón, este criterio es conocido como “prohibición de exceso”, en tanto la prisión preventiva nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena. Dicha comparación no debe tener en cuenta la pena conminada en abstracto por el tipo penal de que se trate, sino la especie y la medida de la pena eventualmente aplicable, según las características particulares del caso concreto (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 109). Esta postura resulta ser

la que tradicional y mayoritariamente opera en el sistema interamericano y en el europeo. Sin embargo, el principio de análisis ha tenido un cambio importante a nivel interpretativo en cuanto a sus alcances. Se objetó el criterio antes mencionado por considerarse que tiene graves consecuencias al principio de inocencia, debido a que la ecuación adoptada gira entre la equivalencia de la medida de coerción procesal y la coerción punitiva. En su reemplazo, se postuló el criterio denominado “in equivalencia”, mediante el cual se establece una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción (Corte IDH, caso Barreto Leiva, párrafo N° 122). No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 109). La prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva (Corte IDH, caso López Álvarez, párrafo N° 67), y como tal no se debe tener en consideración para justificar su aplicación a un caso concreto ni el tipo de delito imputado, ni la posibilidad de ser declarado reincidente o la peligrosidad del supuesto imputado (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 84). Sin embargo, respecto de la peligrosidad del imputado y la gravedad del hecho, la Corte IDH no descarta su utilización para justificar la prisión preventiva, aunque estos datos por si solos no resulten suficientes (caso López Álvarez, párrafo N° 69).

Como derivación del principio de inocencia, a los fines de determinar la proporcionalidad de la medida, corresponde la consideración “en abstracto” de la sanción penal prevista para el delito imputado. En su mayoría, las penas tienen una escala punitiva, por lo que, respetando el principio a estudio, la estimación siempre debe formularse según el mínimo legal de la clase de pena más leve. Cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 111). De acuerdo a este criterio, el principio de proporcionalidad debe ser dejado de lado en los supuestos en los que no

opera como límite sino como justificación de la prolongación de la restricción ambulatoria.

F) Principio pro homine

Si bien el principio pro homine no es un presupuesto específico, resulta ser un criterio interpretativo del goce y de las limitaciones de todos los derechos fundamentales. En la actualidad, los derechos humanos están contemplados en un conjunto de normas de orden internacional y nacional que tratan las mismas cuestiones pero con distintas extensiones. En base a esta pluralidad de normas se impone compatibilizar los alcances de los derechos protegidos con los límites y obligaciones asumidas por los Estados. Un criterio hermenéutico que satisface estas exigencias es el principio pro homine, en virtud del cual se debe aplicar la norma con mayor alcance o la interpretación más extensiva cuando se trata del reconocimiento de derechos protegidos e, inversamente, la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. En otros términos, esta disposición prohíbe limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida en otra norma internacional o nacional, en mayor medida que la prevista. Esta pauta de “siempre a favor del hombre”, se encuentra consagrada positivamente en los siguientes cuerpos normativos:

Art. N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Las garantías protegidas en el orden internacional deben ser consideradas un piso que puede o debería ser elevado por los Estados Partes en favor de la persona. En consecuencia, cuando concurra el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos, o diferentes instrumentos de éste, los jueces locales habrán de adecuar sus decisiones en materia de prisión preventiva a la norma más favorable para el procesado, con indiferencia del emplazamiento jerárquico de aquéllos”.

Art. N° 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

Art. N° 53 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

Por otra parte, la Corte IDH ha reconocido de modo invariable el criterio de interpretación pro homine (caso Raxcacó Reyes, párrafo N° 12).

Ten en cuenta que:

La aplicación del principio pro homine como criterio de interpretación para la protección de los derechos humanos fundamentales se logra a través de una regla sencilla: la aplicación de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional.

· **Restricciones legítimas.** No obstante lo expuesto, los derechos humanos son esencialmente relativos y susceptibles de ser reglamentados razonablemente sea a través de restricciones permanentes como extraordinarias. En efecto, algunos derechos pueden ser objeto de restricciones legítimas a su ejercicio, siempre que se respete el principio de igualdad y no implique desvirtuar su naturaleza, siendo arbitrarias o discriminatorias. Aun las restricciones legítimas deben interpretarse lo más limitadamente posible, verificando que la que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía. La legitimidad de la restricción puede estar dada por la necesidad de preservar o lograr

determinados fines que interesan a la sociedad, como por ejemplo el desarrollo eficiente de las investigaciones penales o la aplicación del derecho sustantivo. Para la Declaración Universal de Derechos Humanos, “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (art. N° 29.2 DUDH).

Esta regla también fue incorporada en otros tratados que reconocen la vigencia del principio pro homine: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme el presente Pacto por el Estado, éste podrá sostener tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la ley; sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática” (art. N° 4 PIDCyP); “Las restricciones permitidas, de acuerdo a esa Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaran por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (art. N° 30 CADH); “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (Art. N° 32.2 CADH.); y “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para lo cual han sido previstas” (art. N° 7 CEDH).

Sobre la limitación del goce de los derechos, la Corte IDH sostuvo que: “Sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de las personas” (Opinión Consultiva OC-6/86, párrafo N° 37) y que “la restricción debe ser proporcionada al interés que lo justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (Opinión consultiva OC-05/85, párrafo N° 46). Por su parte, la Corte EDH entendió que: “La previsión de

la restricción por ley apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada de las normas legales aplicables a un caso dado, y en segundo lugar, que ella sea formulada con la suficiente claridad y precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta” (caso *The Sunday Times vs. Reino Unido*).

- **Pro homine y medidas coercitivas.** Sobre el tema que nos ocupa, la Comisión IDH ha entendido que, por aplicación del principio pro homine, las limitaciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva deben ser interpretadas y aplicadas restrictivamente, con el objetivo de no desnaturalizar el principio de inocencia, convirtiendo la excepción en regla (informe N° 86/09, párrafo N° 75). Cuando la restricción se encuentre contemplada por ley, su regulación debe carecer de ambigüedad, de tal forma que no genere dudas que posibiliten una actuación arbitraria y discrecional basada en interpretaciones extensivas, particularmente indeseable cuando se trata de medidas que afectan severamente derechos fundamentales como la libertad (Corte IDH, caso *Baena*, párrafos N° 108 y N° 115; caso *Cantoral Benavides*, párrafo N° 121 y caso *Castillo Petruzzi*, párrafo N° 121).

La eventual oposición entre normas nacionales e internacionales o de varias internacionales entre sí, no plantea más que un conflicto aparente. Es la esencia del derecho internacional de los derechos humanos que sus instrumentos no reconozcan a los individuos más que derechos, libertades y garantías “mínimas”. Los Estados no están autorizados a modificarlos en detrimento de los sujetos, pero sí a su favor. En tanto las restricciones no sean implementadas más que con la finalidad para lo cual han sido previstas, no se admite el encarcelamiento cautelar fundado en razones preventivas como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 84), tampoco las restricciones que se apoyan en criterios de derecho material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Estos criterios basados en la evaluación del hecho pasado no comulgan con la finalidad de toda medida cautelar, por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos

que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación. De esta manera, el principio de inocencia impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal. Bajo la misma regla interpretativa, se considera necesario priorizar los procesos en los cuales los imputados se encuentran privados de la libertad para así reducir temporalmente la medida restrictiva de derechos en el caso concreto (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 76).

7. Delitos no excarcelables

La mayoría de las legislaciones internas y las prácticas generalizadas imponen inexorablemente prisión preventiva a individuos inculcados por delitos correspondientes a determinadas categorías (por ejemplo narcotráfico, terrorismo o en algunos casos delitos contra la propiedad). Dicha categorización legislativa o jurisprudencial resulta objetable por privar al juzgador de la posibilidad de ponderar individualmente, como debiera, la pertinencia o no de disponer la prisión preventiva. De esta forma hay un menoscabo a la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas son automáticamente excluidas de poder sobrellevar el proceso seguido en su contra en libertad. De acuerdo a la CIDH, contar únicamente con la opción de prisión preventiva no resulta ser un criterio legal aceptable, pues se impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre la culpabilidad. Asimismo, esta clase de legislación da origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley (informe N° 2/97, párrafo N° 51). En este sentido, es interesante conocer estos antecedentes:

El precedente Suárez Rosero: En el precedente Suárez Rosero, la Corte IDH debió interpretar los alcances de ciertas disposiciones del Código Procesal de Ecuador (art. N° 114 bis), en cuanto que reconocían el derecho a las personas detenidas a ser liberadas en determinadas condiciones, pero excluía a las que tenían procesos seguidos por violación a la ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicos. En dicha oportunidad, la Corte entendió que esa excepción excluía a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en razón del delito imputado y, por ende, lesiona-

ba intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría, de manera que el mencionado Estado no había tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitieran hacer efectivo el derecho contemplado en el art. N° 7.5 de la Convención Americana (Corte IDH, caso Suárez Rosero, párrafo N° 98).

La restricción procesal del Código Procesal de Ecuador: La restricción procesal del Código Procesal de Ecuador trató el informe N° 64/99 de la CIDH, en el cual se analizó un proceso seguido por los delitos de conversión, transferencia de bienes y testaferrismo, por el cual la Sra. Garces Valladares permaneció privada de su libertad por más de cinco años y once meses. Los hechos imputados se encuadraban en la excepción prevista en el art. N° 114 del Código Penal ecuatoriano, por lo que se vio privada de beneficiarse de los plazos máximos de detención. La Comisión señaló que para el caso de examen, el Estado no había aportado elemento alguno que tienda a justificar la imposición de una medida cautelar privativa de libertad basada en el riesgo de fuga o la severidad de la infracción o la pena (informe N° 64/99, párrafo N° 56).

Se reconoce como inevitable la adopción de medidas cautelares en el ámbito penal, entre ellas la prisión preventiva, pero resulta indispensable revisar las hipótesis que pudieran justificarlas (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez, voto Juez García Ramírez, párrafo N° 9). La imposición automática de esta clase de medidas, extendida sobre una heterogénea variedad de individuos y procesos, es producto de una arbitrariedad, no judicial, sino legislativa, pero a todo evento resulta ser estatal (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez, voto García Ramírez, párrafo N° 9). De un modo más directo, sencillo y concreto, para el Comité de Derechos Humanos, la detención preventiva no debería ser obligatoria (CCPR/CO/70/ARG, párrafo N° 10).

En síntesis, en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar será determinante por el tipo de delito que se le impute al individuo.

8. Implicancias de la prisión preventiva sobre un individuo

La situación de que un individuo se encuentre en prisión preventiva conlleva un sinnúmero de implicancias, en comparación a una persona que, pudiendo estar sometida a un proceso penal, lo enfrenta en libertad.

A) Derecho de defensa

El derecho a la defensa debe ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo (Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párrafo N° 29 y Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo N° 154).

En el supuesto de que la defensa sea provista por el Estado, debe ser efectiva para lo cual es necesario que adopte todas las medidas adecuadas. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo. El nombrar un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal, equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar así que sus derechos se vean lesionados (Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo N° 155).

En el orden procesal, una persona detenida no llega a juicio en las mismas condiciones que una persona en libertad, porque una persona sometida a una prolongada detención se ve sumergida en la desesperanza, y una persona desesperanzada defiende su inocencia con una voluntad considerablemente disminuida. La CIDH consideró que afecta la capacidad del individuo para ejercer su derecho de defensa, pues “a medida que transcurre el tiempo, aumentan los límites de riesgos aceptables que se calculan en la capacidad de acusado de presentar pruebas y contra-argumentos. También disminuye la posibilidad de convocar testigos y se debilitan dichos contra-argumentos” (Informe N° 12/96, párrafo N° 81).

Pero esta situación de vulnerabilidad puede acarrear perjuicios desde el primer momento de la detención, si a los individuos se los somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes, con el objeto de suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse; se pueden producir sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral (Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo N° 174).

En el mismo sentido, en el sistema europeo, se puede hacer mención a ciertas reflexiones formuladas por su Corte: la detención provisional tiene, frecuentemente, efectos nefastos sobre las oportunidades del individuo de resultar absuelto, dadas las dificultades, cuando no imposibilidades, que producen en numerosos casos para que aquél y sus defensores estudien bien el caso y preparar una defensa adecuada (Corte EDH, caso W. vs. Suiza, op. en disidencia jueces Walsh y Loizou, p. N° 28).

B) Disminución de la posibilidad de absolución

La prisión preventiva, y más en los supuestos de larga duración, genera un doble riesgo a la hora de resolverse en forma definitiva su situación procesal: que el juzgador se incline por la condena y de resultar condenado, que la imposición de la pena sea al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento para legitimarla (CIDH, informe N°

86/09, párrafo N° 76). La CIDH ha sostenido que una prolongada duración del encarcelamiento ejerce una incidencia en el juzgador “en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el imputado”, aumentando para el individuo “la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes” (informe N° 2/97, párrafo N° 48).

C) Acceso a la justicia

Las personas privadas de la libertad han sido individualizadas por distintos documentos internacionales como aquellas personas que se encuentran con especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; situación que se puede agravar más aun, de acuerdo a su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales (entre otras, 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia –2009– redactadas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana).

D) Personal y familiar

La CIDH ha puesto en consideración circunstancias extra-procesales para valorar el sacrificio al cual es sometido el individuo encarcelado preventivamente: “Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia. Dentro de este contexto, será posible apreciar la gravedad que reviste la prisión preventiva, y la importancia de rodearla de las máximas garantías jurídicas para prevenir cualquier abuso” (Informe N° 2/97, párrafo N° 7).

En los casos que involucran la desaparición forzada de personas con motivo de una detención arbitraria o ilegal, los familiares de las víctimas pasan también a ser víctimas. En esos casos, es posible entender que la violación al derecho a la integridad psíquica y moral de los

familiares de las víctimas es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para arribar al esclarecimiento de lo sucedido (Corte IDH., Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 142).

Lecturas complementarias - Material de apoyo

-Organismos internacionales de Derechos Humanos (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7329-organismos-internacionales-de-derechos-humanos [07-02-2013]).

-Caso Tibi (disponible en:

http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7328-sentencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-en-el-casotibi [07-02-2013]).

Referencias, Lección 1

SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL

Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU).

Declaración Americana de Derechos Humanos (DA).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).

Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca).

Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Reglas de Tokio, Asamblea General de la ONU. Resolución N° 45/110, 14/12/1990.

100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, redactadas en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2009).

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia 29/7/1988.

Corte IDH, caso Gangaram Panday Vs. Suriname, sentencia 21/1/994.

Corte IDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia 20/1/1999.

Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia 30/5/1999.

Corte IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia 18/8/1999.

Corte IDH, caso Baena y otros vs. Panamá, sentencia 2/2/2001.

Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia 31/8/2004.

Corte IDH, caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay, sentencia 2/9/2004.

Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia 7/9/2004.

Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia 22/1/2005.

Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia 24/6/2005.

Corte IDH, caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, 15/9/2005, párrafo 12.

Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia 25/11/2005.

Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia 1/2/2006.

Corte IDH, caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia 21/9/2006.

Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia 21/11/2007.

Corte IDH, caso Ivon Neptune vs. Haití, sentencia 6/5/2008.

Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia 17/11/2009.

Corte IDH, caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia 26/08/2010.

Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia 26/11/2010.

Opinión consultiva:

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/86, serie A, N° 6, párrafo N° 37.

Corte IDH, Opinión consultiva OC-05/85, 13/11/85, Serie A N° 5, párrafo N° 46.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión IDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1978, párrafo N° 61.

Comisión IDH, Informe N° 12/96, caso N° 11.245, Argentina, 1/3/96.

Comisión IDH, Informe N° 2/97, caso N° 11.205 y otros, Argentina, 11/3/1997.

Comisión IDH, Informe N° 64/99, caso Ruth del Rosario Garcés Valladares, caso N° 11.778, Ecuador, 13/4/1999, párrafo N° 51.

Comisión IDH, Informe N° 86/09, caso N° 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6/8/2009, párrafo N° 69.

Sistema Europeo:

Corte EDH, caso Wemhoff vs. Alemania, 27/6/1968.

Corte EDH, caso Engel vs. Países Bajos, 8/6/1976.

Corte EDH, caso The Sunday Times vs. Reino Unido, 26/4/79.

Corte EDH, caso W. vs. Suiza, 14379/88, 26/6/1993.

Corte EDH, caso Riera Blume vs. España, 14/10/1999.

Corte EDH, caso Vasileva vs. Dinamarca, 3/12/2002.

Corte EDH, caso Altun vs. Turquía, 1/6/2004.

Corte EDH, caso Barberá vs. España, párrafos N° 77 y N° 91.

Sistema Internacional:

Comité Derechos Humanos (ONU), Observaciones Generales 13).

Lección 2

PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN

En esta lección se examinará cuál es el contenido y los criterios para resolver la procedencia de la prisión preventiva. En atención a su naturaleza cautelar, el encarcelamiento preventivo requiere el tratamiento de dos cuestiones elementales, como es la existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado en éste, junto con la acreditación de un peligro concreto. Sobre esto último, se analizarán tanto los criterios actualmente válidos como otros que son objeto de críticas porque no se justifican en fines procesales y por tener un contenido punitivo que, entre otras razones, se considera que resulta contradictorio con el principio de inocencia, al tratar al imputado como condenado sin haberse demostrado su responsabilidad con el dictado de una sentencia condenatoria firme.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

Identificar el contenido de los presupuestos para la procedencia de la prisión preventiva, al reconocer la existencia de motivos suficientes para considerar la existencia de un hecho delictivo y la participación en él del imputado, junto con la necesidad de cautela.

1. Existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado

Este requisito, también denominado “mérito sustantivo” o “supuesto material” (tal cual como se revisó en el capítulo 1), exige la comprobación ineludible de la posible responsabilidad del imputado en el hecho delictivo que se le atribuye. Presupone cierto nivel de desarrollo de la investigación, de la cual se pueda inferir una probabilidad concreta de

que el imputado haya cometido el hecho que se le endilga. Revisemos qué dicen los sistemas internacionales sobre este ítem.

A) Sistema Interamericano

Postura inicial de la CIDH

La existencia ineludible de serias pruebas que vinculan al imputado por el hecho investigado, no sólo fue considerada un elemento importante para el dictado de la prisión preventiva sino una condición “sine que non” para el dictado de la medida restrictiva de la libertad (Informe N° 2/97, párrafo N° 26). Si bien dichas afirmaciones no dejan dudas acerca de que el mencionado elemento es uno de los requisitos de estudio para la procedencia del encarcelamiento preventivo, de ningún modo resulta, por sí solo, ser una causal autónoma y suficiente para su dictado.

Sin embargo, algunos extractos del informe N° 2/97 han formulado una peligrosa ambigüedad, acerca de si el requisito de análisis era suficiente, al menos inicialmente, para legitimar el dictado de la prisión preventiva. Precisamente, dicho informe sostiene que: “La sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo” (Informe N° 2/97, párrafo N° 27).

En efecto, la redacción podría llevar a una equívoca interpretación de que el encarcelamiento preventivo podría producirse sólo con la sospecha de la participación del imputado en el hecho investigado, pero su prolongación requeriría de otras exigencias. En realidad, a esa sujeción probatoria podría estar sometido cualquier individuo involucrado en un proceso, pero ello no implica que a todos sea posible restringirle la libertad ambulatoria. En el informe N° 86/09 ha señalado que este requisito “configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado -inocente- contra quien se dispone la medida, de las demás per-

sonas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna - igualmente inocentes-" (Informe N° 86/09, párrafo N° 77).

Criterio actual del Sistema Interamericano

Uno de los presupuestos de admisibilidad de la restricción a la libertad de un individuo es la "presunción de culpabilidad", la que supone la existencia ineludible de serias pruebas que vinculen al imputado con el hecho investigado (Informe N° 86/09, párrafo N° 77). Sobre esta exigencia, la Corte IDH, señaló lo siguiente: "La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esta medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquéllas, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan" (caso López Álvarez vs. Honduras, párrafo N° 68). En consecuencia, ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga (caso Servellón García, párrafo N° 90 y Chaparro Álvarez, párrafo N° 101).

Grados de sospechas

Al buscar mayores precisiones en lo que respecta al grado de sospecha o de pruebas, la CIDH dijo que éste debe permitir al juzgador considerar que existen "razones plausibles" o una "razonable sospecha" (Informe N° 2/97, párrafo N° 26). Para la Corte IDH, "la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio" (caso Servellón García, párrafo N° 90 y caso Chaparro Álvarez, párrafo N° 103). Ello implica que deben haberse constatado mediante medios de prueba la configuración de todos los elementos del tipo legal imputado. Asimismo, el Tribunal ha cuestionado la orden de prisión preventiva en la que no se conste con una descripción, aunque

sea somera, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que el imputado haya cometido el ilícito. Tampoco se considera la indicación de la acción u omisión atribuida que precise los elementos que caracterizan la imputación (caso Chaparro Álvarez, párrafo N° 105). En idéntico sentido, resolvió que es necesario que existan “indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia” (caso Palamara Iribarne párrafo N° 198). Con relación a la duración de la medida, postuló que la prolongación arbitraria de la prisión preventiva se convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida (caso Acosta Calderón, párrafo N° 75).

Prueba deleznable

Respecto de la prueba sobre la que se debe basar la medida, el Juez García Ramírez de la Corte IDH en el caso Tibi, entendió que “todos los actos que suponen ejercicio del poder del Estado y restricción personal y/o penal de la libertad deben sustentarse en una ‘prueba suficiente’. Ni se puede actuar sin prueba alguna, ni se debe hacerlo con prueba deleznable. (caso Tibi, voto Dr. García Ramírez, párrafo N° 50). Con esa calificación describió a la declaración del cómplice en contra del “compañero en el camino del delito”, como delator que pretende eximirse de pena o exonerarse de responsabilidad arrojando aquélla u orientando ésta sobre un tercero, que puede ser culpable o inocente. En concreto, consideró insuficiente el solo testimonio del codelincuente para configurar un cuadro de sospecha suficiente (caso Tibi, voto Dr. García Ramírez, párrafo N° 51). En el caso mencionado, la declaración del hipotético copartícipe de un delito, presuntamente forzada, resultó ser el único medio de convicción que determinó el procesamiento y la reclusión prolongada del imputado (caso Tibi, voto Dr. García Ramírez, párrafo N° 52).

Formalidades

También ciertas formalidades resultan ser relevantes, pues las autoridades judiciales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad (caso Yatama, párrafos N° 144, N° 153 y N° 164). Sin una exteriorización clara y razonada de la autoridad judicial, el imputado desconocerá los motivos de la decisión.

B) Sistema Europeo

La Convención Europea exige como uno de los requisitos para imponer una medida restrictiva de la libertad a una persona que “existan indicios racionales de que ha cometido una infracción” (Art. N° 5.1.c. CE).

El Tribunal Europeo ha señalado que “la razonabilidad de las sospechas sobre las que se debe fundar una detención constituye un elemento especial de la garantía ofrecida por el artículo N° 5.1 del Convenio Europeo contra las privaciones de libertad arbitrarias”. La existencia de sospechas razonables presupone la valoración de hechos o información capaces de persuadir a un observador objetivo de que el encausado pudo haber cometido una infracción (caso Fox, Campbell and Hartley). Para ello, se deben evaluar todas las circunstancias del caso, incluso en situaciones en que se presente la necesidad de combatir la criminalidad terrorista, pues no se justifica flexibilizar la noción de “razonabilidad” al punto de menoscabar la garantía de estudio (caso Fox, Campbell and Hartley).

Además, la Convención Europea señaló que la norma de referencia hace alusión a razones plausibles de sospechas razonables y no sólo a razones auténticas, genuinas, sinceras o de buena fe (caso Fox, Campbell and Hartley).

Al respecto, la Corte Europea entendió que:

1) La sospecha firme y razonada de que una persona ha cometido un delito es condición sine qua non para la legalidad de la prisión preventiva, pero luego de un cierto tiempo, no es suficiente. El tribunal

debe entonces establecer si existen otras causas que se consideren relevantes para la autoridad judicial y resulten suficientes para continuar con la privación de libertad (caso *Punzelt vs. República Checa*).

2) La sospecha de que la persona ha cometido un homicidio puede inicialmente haber justificado la prisión preventiva, pero no puede constituir causa “relevante y suficiente” para que sea privado de libertad por casi quince meses (caso *Jecius vs. Lituania*).

2. Fines de la prisión preventiva

Desde un punto de vista restrictivo y netamente procesal, el instituto de la prisión preventiva es un mecanismo por el cual, ante la existencia de peligros procesales, se limita la libertad ambulatoria del imputado con el objetivo de lograr la efectiva realización del juicio (Comisión N° 86/09, párrafo N° 81). Sin embargo, como se desarrollará a continuación, son variados los usos que se le ha dado, al punto de saciar el clamor popular en el supuesto de que se altere el orden público.

2.2 Marco normativo

Para la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la libertad de todo acusado sólo “podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (Art. N° 7.5 CADH).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo contempla para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (Art. N° 9.3 PIDCyP).

En el 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del delincuente se determinó que: “sólo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad” (Res. N° 17).

El Conjunto de Principios para protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión establece que sólo se aplicará: “cuando se requieran las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia (...)” (Ppio. N° 36).

Por último, la Convención Europea dispone que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos: si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido” (art. N° 5). Corresponde aclarar que hay otros supuestos contemplados en la norma antes mencionada, pero exceden el marco de estudio del presente.

2.3 Supuestos

Como hemos visto en base a la normativa mencionada y a la jurisprudencia que se examinará a continuación, el encarcelamiento preventivo se emplea para los siguientes fines:

- Peligro de fuga.
- Entorpecimiento de la investigación.
- Comisión de nuevos delitos/futuros delitos.
- Preservación del orden público.
- Protección de la víctima.

En la región, actualmente, tanto la Comisión como la Corte Interamericana, consideran que la prisión preventiva sólo puede atender a garantizar la realización de fines procesales, que pueden ser categorizados bajo dos tipos de peligros ya mencionados:

- Obstaculizar la averiguación de la verdad (entorpecimiento de la investigación).
- Eludir la acción de la justicia: fuga del imputado o que se impida la aplicación del derecho penal material.

A continuación revisemos algunos ejemplos.

Ejemplo A. En reiteradas ocasiones, la Corte IDH delimitó con un carácter meramente cautelar el encarcelamiento y descartó expresamente su contenido punitivo, poniendo de manifiesto que: “(...) en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo N° 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva... Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Ejemplo B. Por su parte, la CIDH, en informes más recientes ha entendido que: “La Convención prevé, como únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva los peligros de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial” (informe N° 86/09, párrafo N° 81). De aquella lista de motivos por los cuales una persona puede ser privada de su libertad, nada impide que una detención pueda encontrar justificación en más de uno de ellos (Corte EDH, caso Eriksen vs. Noruega).

2.4 Fundamentos actualmente ilegítimos para la Corte y la Comisión Interamericana

Por aplicación de la presunción de inocencia, de los principios limitativos de las medidas precautorias y del criterio o principio de interpretación pro homine, no se debe aceptar fundamentaciones de la prisión preventiva basadas en fines no procesales. De acuerdo a la

CIDH, resulta inadmisibles las medidas que se apoyan en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, pues precisamente estos fundamentos se apoyan en criterios de derecho penal material, que se basan en la evaluación del hecho pasado. No es posible aplicar una consecuencia de carácter sancionadora a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal.

Este tipo de clasificaciones violan el principio de igualdad, porque el distinto trato de individuos se funda en la naturaleza reprochable o las consecuencias sociales negativas de determinando tipo de delitos. En el mismo sentido se expidió la Corte IDH, en tanto sostuvo que “la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificará en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar será determinada por el tipo de delito que se impute al individuo” (Corte IDH, caso López Álvarez, párrafo N° 81).

2.5 Verificación del peligro procesal

Al igual que corresponde probar el requisito material de que existen sospechas suficientes para acreditar la existencia del hecho presuntamente ilícito y la participación del sospechoso en él, la autoridad judicial deberá llevar a cabo un doble examen de verificación del peligro procesal:

1. Constatar la concreta existencia de algún peligro procesal contemplado en el sistema normativo.
2. Determinar de qué modo se puede neutralizar ese peligro procesal, a través del medio cautelar menos gravoso.

El peligro procesal no se presume, debe razonablemente atender a circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio de probabilidad positiva del peligro procesal (Informe N° 86/09, párrafo N° 85). En otros términos, para que la medida no se torne injustificada, la evidencia debe ser suficiente y no basarse en perjuicios o meros indicios (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 30).

La exigencia consistente en “suficiente evidencia” (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 30) logra eliminar la posibilidad de basar la imposición de la medida en prejuicios establecidos legislativa o jurisdiccionalmente.

Para la Comisión IDH, los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condiciones “*iure et de iure*” -que no necesitan ser probados y que resulta suficiente su mera alegación- (informe N° 86/09, párrafo N° 144); de ser aceptados se perdería el sentido del peligro procesal concreto como fundamento de la prisión preventiva (informe N° 86/09, párrafo N° 85).

Sin embargo, admitió que las legislaciones establezcan presunciones “*iuris tantum*” sobre el peligro procesal, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador, para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 85). Este criterio también es objetable. La predefinición normativa del peligro procesal a través de ciertas circunstancias jurídicas y fácticas no puede ser impuesta por el legislador, ya que limita de facto las funciones jurisdiccionales para analizar todas las circunstancias del caso. Además, la determinación del peligro procesal (que el imputado se evada por la expectativa de pena) es formular una conclusión sociológica y psicológica generalizada (y de otras ciencias) sobre la conducta humana, que debería basarse en estudios científicos y vigentes, pero hoy sólo es una herencia procesal que resulta práctica y conocida a los operadores del sistema.

En resguardo de los principios limitadores de las medidas de coerción, no deben establecerse criterios generales que determinen la imposición obligatoria de la privación en un caso concreto. No todo es tan blanco o tan negro, porque en cada caso hay una suma de factores que pueden ser considerados tanto a favor como en contra de la existencia de peligros procesales. La verificación del peligro

procesal debe hacerse con todos los elementos de convicción a los que se tenga alcance para determinar su existencia. Entonces la pregunta es: ¿qué elementos de convicción se tendrían que recolectar en todos los casos para lograr un análisis exhaustivo? Y, ¿qué ocurre cuando no se genera un examen pormenorizado del caso, por omisión de los operadores del sistema o por el motivo que sea? Seguramente, la constatación se va a limitar al menos en las presunciones legales, y obligarán al individuo, a invertir la carga de la prueba, teniendo que demostrar que, en su caso, lo que supuso el legislador es incorrecto.

De regreso a las opiniones internacionales sobre las presunciones legales, el Tribunal Europeo ha resuelto que, si bien no violan necesariamente la presunción de inocencia, deben estar definidas por la ley, tener límites razonables y preservar el derecho de defensa del acusado; es decir, deben poder ser refutadas por el acusado (caso Pham Hoang). En este caso, el Tribunal Europeo se preocupó por el derecho de defensa, pero no tuvo iguales reparos para el principio de inocencia ya que condiciona y obliga al individuo a tener que demostrar que su conducta no afectará el desarrollo del proceso.

En otro aspecto, la Comisión IDH determinó que “en la evaluación de la conducta futura del inculpado no pueden privilegiarse criterios que miren sólo al interés de la sociedad” y que el encarcelamiento “debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad (...). El interés del individuo que ha delinquido en rehabilitarse y reinsertarse en la sociedad también debe ser tomado en cuenta” (Comisión IDH, Informe N° 12/96, pág. N° 50).

Por otro lado, este Tribunal entendió que esta medida cautelar sólo podía mantenerse en forma justificada si había indicios concretos de una genuina necesidad del interés público que, a pesar de la presunción de inocencia, tenga más peso que la norma del respeto de la libertad del individuo (caso Van der Tang, párrafo N° 55).

2.6 Peligro de fuga

Bajo el peligro procesal, se busca evitar que el curso del proceso y de una eventual imposición de una sentencia condenatoria, se vea impedida por no contar con la presencia voluntaria del imputado en los distintos actos procesales necesarios para ello. Precisamente, las medidas precautorias suplen esa potencial voluntad esquiva del individuo. **Ahora revisemos qué dicen los sistemas interamericano y europeo sobre este tema:**

A) Sistema Interamericano

Seriedad de la infracción y severidad de la pena

La CIDH, al analizar el riesgo de evasión del detenido, toma preponderantemente en consideración la seriedad de la infracción y la severidad de la pena. Sin embargo, reconoce que tales elementos se inspiran en criterios de retribución penal, y su utilización para evaluar un prolongado encarcelamiento preventivo produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida. Pero, para reducir o morigerar esa situación aflictiva, consideró que debía mediar proporcionalidad entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales (Informe N° 12/96, párrafo N° 86). Frente a esta postura, nos debemos formular un interrogante: ¿por qué el sacrificio no lo hace el propio Estado y sus funcionarios, para restringir los derechos fundamentales de los individuos en la menor cuantía posible y, a su vez, velar por los intereses de la sociedad, generando que los casos que entran en el sistema cuenten con una capacidad de respuesta rápida?

Por su parte, la Corte IDH, se diferencia de la Comisión, no se detuvo tanto en qué cuestiones deben ponderarse, sino en el valor que se le otorga a cada una de ellas.

- **Insuficiencia en detenciones prolongadas.** En otro orden, cabe aclarar que este organismo ha precisado que la expectativa de una pena severa es un criterio válido, pero insuficiente transcurrido un

plazo prolongado de detención, porque la amenaza que representa para el detenido la futura sentencia disminuye proporcionalmente a medida que la detención continúa (informe N° 12/96, párrafo N° 87).

· **Pronóstico de la pena.** Entonces, la pauta central de mayor peso para la Comisión IDH resulta ser la severidad de pena y para ello, se debe realizar un pronóstico de pena. Inicialmente, el órgano permitía formular una evaluación en concreto de la expectativa de la pena, no obstante se cuestionaba que afectaba el principio de inocencia. Actualmente, debe considerarse el mínimo de la escala o el tipo de pena más leve prevista, pues de lo contrario, se afectaría el mencionado principio.

Sin embargo, resulta admisible tomar en consideración circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que determinen que la eventual condena será de cumplimiento efectivo. Se admite su valoración para estimar la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso (informe N° 86/99, párrafo N° 91).

En forma complementaria, marcó otras pautas con relación a la pena, para descartar la prisión preventiva: “No se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad. Tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena. También se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada” (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 91).

Sobre el particular, para ilustrar el criterio de la Corte, resulta oportuno analizar el caso *García Asto*. En este caso, al ponderar el peligro de fuga, tuvo en consideración que el art. N° 134 del Código Procesal Penal establecía que no constituiría “criterio suficiente para establecer la intención de eludir la acción de la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa” y que el juez nacional había evaluado que “por la gravedad del hecho imputado y las con-

secuencias jurídicas que acarrearía la probanza de éste, era de presumir que el imputado, de permanecer en libertad, trataría de eludir la acción de la justicia o de perturbar la actividad probatoria, en un acto natural de defensa”.

Frente a ello, la Corte IDH entendió que para la ponderación del peligro de fuga, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa no constituye “criterio suficiente para establecer la intención de eludir la acción de la justicia (Corte IDH, García Asto, párrafo N° 128).

En otro caso, dijo que: “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva” (caso López Álvarez, párrafo N° 69). En el este caso, la Constitución local permitía que “aun con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida (...) si otorga caución suficiente” (art. N° 93 de la Constitución de Honduras), pero el art. N° 433 del Código de Procedimientos Penales sólo avalaba la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no merezcan pena de reclusión que pase de cinco años”, monto sensiblemente inferior a la escala penal contemplada en el delito de tráfico de drogas, cuya escala punitiva oscilaba entre los 15 y los 20 años de reclusión.

Ante ello, la Corte IDH consideró que resultaba desacertado privar de la libertad en virtud del tipo de delito que se imputa, supuesto que, si bien se encontraba previsto en la legislación procesal penal, ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justifique a través de una ponderación de todos los elementos que concurran en el caso concreto y que “en ningún caso”, sea la escala punitiva que fuera, la aplicación del encarcelamiento preventivo podría estar determinada “por el tipo de delito”. Este último término, “tipo de delito”, refiere no sólo a la clase de bien jurídico protegido, sino que también a la escala punitiva.

Otros elementos de evaluación

Para analizar la posible evasión del individuo, la CIDH también analiza otros elementos, como los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que lo mantendrían en el país (Informe N° 2/97, párrafo N° 29). Sólo se encarga de mencionarlos en forma abstracta, sin desarrollar ningún criterio o parámetros al respecto.

Síntesis

- **CIDH:** Si bien destacó la importancia de evaluar oportunamente todos los argumentos a fin de precisar la justificación de la prisión preventiva (Informe N° 86/09, párrafo N° 87), en sus consideraciones generales todo el peso del análisis lo tiene la severidad de la pena. A su vez, las pautas que se elaboran no son más que los criterios desarrollados en los códigos procesales penales de la región.
- **Corte IDH:** La prisión preventiva por peligro de fuga debía evaluarse con todos los elementos que concurrían en el caso concreto y en ningún caso, la medida punitiva del hecho imputado era suficiente para imponerla.

B) Sistema Europeo

Para la Corte de Estrasburgo, el peligro de fuga no puede apreciarse únicamente por la gravedad de las posibles sanciones que puede recibir el imputado, sino que deben tomarse en consideración otras cuestiones como el carácter del individuo, su moralidad, su domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares y, en general, todo otro lazo con el país (caso Neumeister, p. N° 39, párrafo N° 10 y caso Letellier). Otras pautas de análisis que han sido tenidas en cuenta son: la intolerancia particular del acusado ante la detención (caso Stögmüller, p. N° 43, párrafo N° 15) o sus contactos internacionales (caso W. vs. Suiza, párrafo N° 32).

El riesgo de evasión se torna insuficiente pasado cierto plazo de tiempo en que el imputado se encuentra en prisión, pues disminuye el

riesgo en la medida que se dilata la detención, ya que el lapso de ésta será computado a efectos del cumplimiento de la eventual pena (caso Wemhoff, p. N^o 25, párrafo N^o 14; caso Neumeister, p. N^o 39, párrafo N^o 10; caso Matznetter p. N^o 34, párrafo N^o 11 y caso Debboub alias Husseini Ali, párrafo N^o 41).

En forma singular, se puede hacer mención a ciertos casos en que intervino el Tribunal Europeo:

Caso Neumeister: La Corte EDH censuró la prisión preventiva vinculada con el peligro de fuga, pues se fundó en determinadas declaraciones producidas en el proceso, perjudiciales para el individuo, entendiendo que ello constituía un análisis parcializado. En consecuencia, es la suma de todos los elementos lo que permite presumir las consecuencias y riesgos de fuga.

Caso Matznetter: Se consideró adecuada la motivación de los jueces locales sobre la transferencia de fondos y el viaje del interesado al extranjero, así como de los lazos que había entablado en el exterior del país, pues permitía admitir la causal de fuga, pero sólo durante un periodo de tiempo.

Caso Debboub alias Husseini Ali: Se reconoció que la falta de domicilio fijo del detenido en el país donde se llevaba a cabo el proceso, su irregular situación migratoria (poseía en su poder documentos falsos) y la carencia de recursos económicos, configuraban un cuadro que, sin duda, caracterizaba el peligro de fuga. No obstante, dado que dicho riesgo decrece necesariamente con el tiempo, las mentadas circunstancias requirieron que las autoridades judiciales nacionales especificaran los motivos por los que aquéllas persistían. En el mencionado precedente, el Tribunal Europeo condenó a Francia por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a la excesiva duración de la detención preventiva.

2.7 La obstaculización de la investigación

La obstaculización de la investigación en forma genérica debe ser entendida como el peligro que puede generar el imputado al utilizar su libertad para borrar o destruir las huellas o rastros del ilícito, como intimidar, sobornar o influenciar a testigos, entre otras posibilidades. Ahora revisemos qué dicen los sistemas americano y europeo sobre este tema.

A) Sistema Interamericano

Lo particular de este supuesto es que, si bien es pacífica la jurisprudencia internacional acerca de que resulta ser un justificativo de la prisión preventiva, no se encuentra contemplado expresamente en la Convención Americana, pues precisamente el art. N° 7.5 de la CADH establece que la libertad del individuo puede estar condicionada a garantías que aseguren “su comparecencia en el juicio” pero de ningún modo hace referencia al entorpecimiento de la investigación.

La CIDH ha planteado que la complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva, especialmente cuando se requieren interrogatorios difíciles de llevar a cabo y en los que el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial (Informe N° 2/97, párrafo N° 33). Además, precisó que “el riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la prisión preventiva” (Informe N° 2/97, párrafo N° 35).

De acuerdo al informe N° 12/96 de la Comisión IDH, uno de los objetivos de la detención preventiva es que el acusado no interfiera con la investigación judicial intimidando a los testigos o destruyendo evidencia (párrafo N° 49). Para que esta causal resulte admisible, las autoridades judiciales deberán acreditar el peligro “efectivo” de que la libertad del individuo impida la investigación. No es admisible que los jueces invoquen las necesidades de restricción de la libertad para investigación de un modo “general y abstracto” (informe N° 2/97, párrafo N° 34).

Posteriormente, en el informe N° 64/99, el organismo sostuvo que la detención, más allá de los parámetros establecidos por la ley y los márgenes de razonabilidad, basada en la excusa de preservar la presunta eficacia de la investigación, implica favorecer la presunción de que las personas que se encuentran detenidas como resultado de esa investigación son culpables (informe N° 64/99, párrafo N° 51).

Luego de concluidos los interrogatorios y las demás medidas necesarias de la investigación, la necesidad de encierro no puede justificar, por sí sola, el mantenimiento de la medida. Por aplicación del principio de excepcionalidad, sólo podrá subsistir la medida por la vigencia de otro motivo (informe N° 2/97, párrafo N° 33). Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundadas razones para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado (informe N° 2/97, párrafo N° 35).

Del informe N° 86/09 Comisión IDH, se admitió la necesidad de mantener la prisión preventiva cuando la actividad del imputado obstaculiza, deliberadamente, el accionar de la justicia, por ejemplo, al introducir prueba falsa, amenazar testigos, destruir documentos, fugarse o no comparecer injustificadamente (informe N° 86/09, párrafo N° 131). Se destacó, a su vez, la importancia de que los Estados pongan a disposición de este tipo de procesos todos los recursos, materiales y humanos, para evitar que toda restricción de derechos impuesta a una persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada (informe N° 86/09, párrafo N° 132).

B) Sistema Europeo

La liberación del acusado puede verse limitada cuando pone en riesgo la prueba (caso Wemhoff) o posibilita que se ejerza presión sobre los testigos de manera que pudiera entrañar un cambio en los dichos de éstos (caso Letellier y caso Tomasi), cuando hay colusión entre los coacusados -acuerdo de imputados para perjudicar a un tercero (caso Tomasi)- o toda otra concertación fraudulenta (caso Kemmache). Para la adopción de una medida precautoria basada en esta causal, al igual que en el resto de ellas, se deberá demostrar la existencia de

“fundados motivos” que permitan sostener la existencia de intimidación a los testigos y sospechosos (caso Debboub alias Hussein Ali).

Revisemos algunos casos en particular:

Caso Clooth: Si bien se reconoció que el proceso en juego era muy complejo y exigía investigaciones dificultosas (párrafo N° 43), se entendió que a lo largo del tiempo los requerimientos de investigación dejaron de ser suficientes debido a medidas de investigación que se fueron practicando, las declaraciones y demás comprobaciones que se recibieron, hasta desaparecer.

Caso Wemhoff: La Corte Europea juzgó que, dada la naturaleza de los delitos reprochados al imputado y la extrema complejidad del asunto, se justificó el temor de los jueces nacionales en cuanto a que la liberación de aquél generara un riesgo de supresión de prueba.

Caso Kemmache: En una situación similar a la anterior, la detención se extendió durante toda la etapa de investigación del caso (párrafo N° 46/47).

Caso Tomasi: Si bien se constató el “riesgo real” de presión sobre los testigos, esto existió sólo al comienzo del proceso, y fue atenuándose poco a poco (párrafo N° 95).

Caso W. c. Suiza: En especiales circunstancias, suficientemente fundadas, se podría avalar este supuesto incluso durante la etapa de juzgamiento (p. N° 34/36).

2.8 Riesgos de comisión de nuevos/futuros delitos

Revisemos lo que dicen los sistemas interamericanos y europeos sobre los riesgos de comisión de nuevos o futuros delitos:

A) Sistema Interamericano

En el Informe N° 2/97, la CIDH admitió el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos, como un riesgo que puede ser neutra-

lizado por la prisión preventiva aunque no tiene vínculo alguno con fines procesales.

Sobre este motivo en concreto se consideró que: “Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.” (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 32).

Admitió la posibilidad de la aplicación de la medida a la vista del peligro para casos en que mediara la gravedad del delito, siempre y cuando el peligro de reiteración fuera real. También debían tenerse en consideración ciertas condiciones personales del imputado, sin explicar el alcance de este requisito.

Si bien este criterio puede interpretarse como contradictorio con un informe anterior, ello es relativo. En el informe N° 12/96, la CIDH consideró que la decisión de mantener a una persona en detención por sus condenas anteriores vulnera claramente la presunción de inocencia, “así como el de rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas (...) la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles” (Informe N° 12/96, párrafo N° 97). Sin embargo, dichos extremos se tornan relativos, al señalar que: “Los antecedentes del Sr. Giménez no son un criterio suficiente para justificar la extensión de la prisión preventiva por un período de cinco años” (Informe N° 12/96, párrafo N° 98). En definitiva, dicho peligro no resulta suficiente para justificar la extensión de la prisión preventiva, pero sí para su dictado.

Lo objetable de esta causal consiste en que la reincidencia se trata de un fin meramente punitivo. A través de la historia criminal se evalúa la peligrosidad social del individuo, como posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos de la víctima del delito o de la sociedad. Si los Estados Partes tuvieran la capacidad de imponer medidas de coerción sustitutivas antes de la declaración de culpabilidad, el principio de inocencia y el proceso mismo carecerían de sentido.

B) Sistema Europeo

El riesgo de repetición es una causal contemplada en el art. N° 5.1.c de la Convención Europea que reza: “Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, (...) o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción (...)”.

La Corte Europea, al interpretar los alcances de la mencionada norma, ha señalado en distintos casos lo siguiente:

Caso Clooth: La gravedad de una acusación puede conducir a las autoridades judiciales a imponer la prisión provisional a un sospechoso, para impedirle la comisión de nuevas infracciones. Como pautas de evaluación que pueden tornar plausible de riesgo y adecuada la medida, se encuentran las circunstancias del caso y los antecedentes (específicamente sus condenas anteriores de robo calificado y deserción) y la personalidad del imputado.

Caso Matznetter: La Corte admitió el riesgo por “las circunstancias especiales del caso” y reiteró los elementos concretos invocados por los jueces nacionales: la prolongada continuidad de los actos imputados, el enorme daño sufrido a las víctimas y la “nocividad” del inculgado, a lo que se sumaba la experiencia y grandes capacidades de éste, que le facilitaron la reiteración de actos delictivos. El peligro de reiteración de hechos se basó en que Matznetter había desplegado una actividad fraudulenta con características habituales y metódicas durante largos años. Las imputaciones consistían en que el grupo económico en el cual trabajaba como asesor había confeccionado una contabili-

dad falsa, ocultando así el estado de endeudamiento con el fin de perjudicar a sus acreedores.

La Corte no resolvió en forma unánime, ya que tres de sus miembros votaron en disidencia. El juez G. Balladore Pallieri desconoció que el peligro de reincidencia legitimara, a la luz de la Convención Europea, la prisión preventiva, al menos cuando sólo se tratara, como en el caso, de un peligro abstracto y general y no de una amenaza precisa y de un delito determinado. El peligro de repetición implica, a su juicio, que el acusado ya ha cometido los delitos, pues de otra manera no habría repetición. Y ello no podría ser afirmado sobre la base de los hechos materia de la instrucción, respecto de los cuales no habría una sentencia definitiva, salvo contradicción con el principio de presunción de inocencia (caso Matznetter, p. N° 40).

En su voto, el juez Zekia también expuso sus reservas al voto de la mayoría, señaló que se aplica a un individuo del que se tienen razones plausibles de sospecha y se ha probado que tiene la intención de cometer una infracción, pero siempre a condición de que su comportamiento al momento del arresto constituya un acto punible. Resulta inadmisibles para la Convención Europea detener a un individuo invocando la probabilidad de verlo cometer o repetir un delito por la simple razón de que se trata de un tipo de hombre del que pueda razonablemente esperarse dicho comportamiento delictuoso (caso Matznetter, párrafo N° 43).

En los casos *B. vs. Austria* (párrafo N° 44) y *Toth* (párrafo N° 69/70), al igual que en el caso Matznetter, la Corte EDH tomó en consideración la eventual reiteración de delitos de naturaleza análoga a los que eran objeto del proceso en estudio.

Caso W. c. Suiza: Los jueces Walsh y Loizou sostuvieron que el riesgo de reincidencia ignora el principio de presunción de inocencia y busca “penar” al acusado por infracciones no cometidas ni intentadas (p. N° 28).

Caso Ringeisen: Michael Ringeisen fue sometido a dos procesos, uno por varias estafas y abuso de confianza y el otro por quiebra fraudulenta. En el marco de esas actuaciones se le dictó la prisión preventiva por existir peligro de reiteración delictiva. Para el proceso de quiebra fraudulenta, la Corte dijo que el peligro había desaparecido el día en que fue declarado judicialmente en quiebra, por lo tanto no podía realizar las operaciones comerciales a través de las cuales había defraudado. Y en el caso por estafas (venta de lotes), en atención, por un lado, a la gran publicidad del asunto, lo que hacía poco verosímil que el detenido pudiera encontrar nuevos compradores, y por el otro, el desapoderamiento de los poderes, hacía jurídicamente imposible toda nueva venta de lotes.

Caso Eriksen: De conformidad con el artículo N° 39, párrafo 1° del Código Penal de Noruega, los jueces pueden autorizar medidas restrictivas, incluida la prisión preventiva, si una persona comete actos castigados por la ley penal y existe el riesgo de que el sujeto cometa nuevamente tales actos. Los jueces deben determinar el tiempo máximo para la imposición de una medida de esta clase; más allá de este plazo, se debe obtener nueva autorización judicial. Las medidas restrictivas deben ser extinguidas cuando ya no sean consideradas necesarias, y el imputado puede en todo momento solicitar su revisión.

2.9 Preservación del orden público

Revisemos lo que dicen los sistemas interamericanos y europeos sobre la Preservación del orden público:

A) Sistema Interamericano

La CIDH, en el informe N° 2/97 reconoció que circunstancias muy excepcionales, basadas en la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante éste, pueden justificar la prisión preventiva por un cierto tiempo, ante la amenaza cierta de disturbio del orden público que la libertad del acusado podría ocasionar.

La validez de la medida, para la CIDH, dependía de que dicha amenaza continúe siendo “efectiva” y de que la necesidad de preservar el orden

público esté probada en forma “objetiva y concluyente” (Informe N° 2/97, párrafo N° 36/37). En el marco del informe N° 86/09 (fondo) de la CIDH, el Estado uruguayo argumentó que una de las causales que justificó la detención de dos imputados fue la preservación del orden del público por la amenaza que la liberación de los acusados podría ocasionar (Informe N° 86/09, párrafo N° 47). Dichas alegaciones fueron descalificadas por la CIDH, que señaló, en forma genérica, que sólo era legítima la imposición de una medida cautelar cuando se pretendiera lograr la efectiva realización del juicio, a través de la neutralización de los peligros procesales que atentan contra ese fin. Y agregó específicamente que debían descartarse todos los esfuerzos para fundamentar la prisión durante el proceso, basados, por ejemplo, en fines como la repercusión social del hecho, porque -según argumentó- estos elementos violentan el principio de inocencia del individuo por apoyarse en criterios de derecho material (Informe N° 86/09, párrafo N° 81).

B) Sistema Europeo

Revisemos algunos casos en particular en el sistema europeo:

Caso Letellier vs. Francia: En este caso, el Tribunal Europeo debió pronunciarse sobre la duración de la prisión preventiva, de dos años y nueve meses, de una persona imputada por el delito de homicidio, fundado en la preservación del orden público. En dicha oportunidad, reconoció que, por su gravedad especial y por la reacción del público a su comisión, ciertos ilícitos pueden despertar una alarma social que justifica la prisión preventiva, al menos durante un tiempo. En circunstancias excepcionales, esta causal puede entrar en consideración con respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida de que el derecho interno reconozca la perturbación del orden público provocada por la comisión de un delito como justificativo para la imposición de una medida de coerción. En el caso concreto, el art. N° 144 del Código Procesal Francés lo admitía como causal.

Sin embargo, solamente puede estimarse pertinente cuando se basa en hechos que demuestren que la puesta en libertad del detenido afecta el orden público. Asimismo, limita su duración, en tanto el encarce-

lamiento preventivo no puede tener una duración tal que anticipe el cumplimiento de una pena. Sobre el caso concreto, el Tribunal Europeo consideró que todas las condiciones no se habían cumplido, habiendo mediado una violación al art. N° 5 de la Convención EDH, con base en la manera “puramente abstracta” en que se pronunciaron los jueces, limitada a la gravedad del delito.

Caso Tomasi vs. Francia: En el mismo sentido que el anterior caso, la Corte debió resolver si la duración de la prisión provisional de cinco años y siete meses había sido excesiva respecto de una persona a la cual se le imputaba un asesinato terrorista. El Tribunal consideró que, en cuanto a la preservación del orden público como justificación de la duración de la prisión provisional, los jueces nacionales se limitaron a insistir sobre la gravedad de las infracciones o a resaltar los efectos de éstas, en tanto el atentado constituía un acto premeditado de terrorismo (atentado contra un centro de la Legión Extranjera, reivindicado por una organización clandestina que propiciaba la lucha armada, que había causado la muerte de un hombre y graves lesiones a otros).

También consideró que en principio existió una alteración del orden público, pero debió disiparse al cabo de un cierto tiempo, por lo que, si bien los motivos del rechazo de las peticiones de libertad de Tomasi fueron pertinentes y suficientes, perdieron en gran parte ese carácter a medida que transcurrió el plazo de detención. A su vez, determinó que las jurisdicciones competentes no obraron con la prontitud necesaria y que la duración de la prisión preventiva no era imputable al detenido ni a la complejidad del asunto.

2.10 Protección de la víctima

El último contenido de la lección corresponde a la protección de la víctima. Ésta es otra de las causales de cautela que tienen varios países de la región y se configura cuando se presume que la libertad del imputado puede significar un riesgo para la integridad de la víctima o su familia. Se considera que esta medida causal tendrá mayor relevancia en función del mayor reconocimiento de los intereses de la víctima en los sistemas procesales más modernos. Será necesaria la presencia de

las víctimas como testigos en los juicios orales, por lo que se deberá garantizarles algún tipo de seguridad frente a amenazas. De no contemplarse esta posibilidad, no sólo se dejarán insatisfechos los intereses de la víctima sino que se correrá el riesgo de perder un medio de prueba normalmente indispensable para sostener la versión de la acusación en el juicio oral. En definitiva, es un mecanismo para proteger la investigación y los medios de prueba recolectados.

Referencias, Lección 2

NORMATIVA INTERNACIONAL

Convención Americana de Derechos Humanos.

Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Europea de Derechos Humanos.

8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

Conjunto de Principios para protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12/11/1997.

Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31/8/2004.

Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/9/2004.

Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/1/2005.

Corte IDH, caso Yatama vs. Nicaragua, 23/6/2005.

Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/6/2005.

Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, 1/2/2006.

Corte IDH, caso Servellón García y otro vs. Honduras, 21/09/2006.

Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21/11/2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión IDH, Informe Nº 12/96, caso Nº 11.245, Argentina, 1/3/96.

Comisión IDH, informe Nº 2/97, caso Nº 11.205, 11/3/1997.

Comisión IDH, Informe N° 64/99, caso N° 11.778, Ruth del Rosario Garcés Valladares, Ecuador, 13/4/1999.

Comisión IDH, informe N° 86/09, caso N° 12.553, fondo, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6/8/2009.

Sistema Europeo:

Corte EDH, caso Wemhoff vs. Alemania, c. 2122/64, 27/6/1968.

Corte EDH, caso Neumeister vs. Austria, c. 1936/63, 27/6/1968.

Corte EDH, caso Stögmüller vs. Austria, c. 1602/62, 10/11/69.

Corte EDH, caso Matznetter vs. Austria, 10/11/1969.

Corte EDH, caso Ringeisen vs. Austria, 16/7/1971.

Corte EDH, caso Punzelt vs. República Checa, c. 31.315/96, 25/4/2000.

Corte EDH, caso Fox, Campbell and Hartley vs. Reino Unido, 30/8/1990.

Corte EDH, caso Letellier vs. Francia, c. 12.369, 26/6/1991.

Corte EDH, caso Kemmache vs. Francia, c. 17621/9, 27/11/1991.

Corte EDH, caso Clooth vs. Bélgica, c. 49/1999/240/311, 12/12/1991.

Corte EDH, caso Toth vs. Austria, 12/12/1991.

Corte EDH, caso Tomasi vs. Francia, 27/8/1992.

Corte EDH, caso Pham Hoang vs. Francia, c. 66/1991/318/390, 25/9/1992.

Corte EDH, caso W. vs. Suiza, c. 14.379/88, 26/6/1993.

Corte EDH, caso Van der Tang vs. España, 13/7/1993.

Corte EDH, caso Eriksen vs. Noruega, c. 17391/90, 27/5/1997.

Corte EDH, caso Debboub alias Hussein Ali vs. Francia, c. 37786/97, 9/11/1999.

Corte EDH, caso Punzelt vs. República Checa, c. 31.315/96, 25/4/2000.

Corte EDH, caso Jecius v Lituania, c. 34.578/97, 31/7/2000.

Corte EDH, caso B. vs. Austria.

Sistema Internacional:

Comité de Derechos Humanos (ONU), CCPR/CO/70/ARG, 15/11/2000.

Lección 3

DURACION DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: PLAZO RAZONABLE

INTRODUCCIÓN

En esta lección se estudiará en forma dinámica la aplicación de la prisión preventiva y los estándares relativos a su duración. Se podrá observar que a nivel internacional no existen plazos máximos legales que limiten la duración de la prisión preventiva, ya que esta calificación está sujeta a la apreciación jurisdiccional ulterior. En tal sentido, se buscarán en esta lección criterios interpretativos para determinar su duración y la posibilidad de que ésta sea aplicable para todos los casos en forma uniforme.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

Identificar los criterios utilizados internacionalmente para interpretar la duración de la prisión preventiva.

Identificar cómo, ante la imposibilidad de determinar desde los tratados internacionales una unidad de medida legal que limite la duración de la prisión preventiva, la jurisprudencia se encarga de desarrollar y dar fundamento al concepto del plazo razonable.

1. La garantía en la legislación internacional

El art. N° 7.5 de la **Convención Americana de Derechos Humanos** establece el derecho de todo individuo a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.

Con igual alcance, el art. N° 9.3 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** protege el derecho de toda persona “a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”.

El art. N° 5.3 de la **Convención Europea** regula el mismo derecho “a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento”.

La **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** establece que: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad” (art. XXV).

Ten en cuenta que:

Como se puede advertir, la redacción de todas las normas internacionales hace referencia al mismo precepto limitador de la duración de la prisión preventiva: que sea razonable.

Apuntes de la lección:

La garantía en la legislación internacional

La redacción de todas las normas internacionales hace referencia al mismo precepto limitador de la duración de la prisión preventiva: que sea razonable. En forma preliminar, se la puede considerar como la expresión más significativa para regular el derecho de todo detenido a que la prolongación del encarcelamiento tenga una duración justificada. Es un principio limitador que los Estado se imponen al ejercicio del poder coercitivo: si el Estado no puede obtener una sentencia condenatoria firme en un plazo razonable, se extingue su facultad de restringir la libertad ambulatoria del individuo y debe dejarlo en libertad.

A la prolongación de la prisión preventiva, por sus consecuencias, se le fijó una protección particular, una respuesta procesal rápida que deben tener todos los individuos sometidos a un proceso. Es un modo de respuesta a la histórica moral de la administración de justicia para resolver los casos en que les toca intervenir, en los que, dictada la restricción de la libertad, ésta podría llegar a durar tanto como el proceso.

Para diferenciarlas, la limitación razonable de la duración de la prisión preventiva está contemplada de modo autónomo, en tanto el plazo razonable de duración del proceso está contemplado en el art. N° 8.1 de la CADH. y en el art. N° 6.1 de la CEDH, y tiene por finalidad proteger a todos los individuos sometidos a proceso contra las demoras excesivas en la tramitación de los casos.

En el orden europeo, el mencionado art. N° 5.3 de la Convención Europea se refiere exclusivamente a los imputados detenidos. Esta resulta ser una disposición independiente del art. N° 6.1. CE, referida al plazo razonable del procedimiento en general, que produce sus propios efectos, cualesquiera hubiesen sido los hechos que motivaron el arresto o las circunstancias que causaron la duración de la instrucción (Corte EDH, caso Stögmüller p. N° 40, párrafo N° 5; y caso Matznetter, p. N° 34, párrafo N° 12).

El concepto de tiempo razonable de la prisión preventiva posibilita que el detenido sea liberado sin perjuicio de la duración del proceso, pues sus normas tienen dos objetivos distintos: una es limitar el tiempo de detención, la otra que la causa sea juzgada en un lapso breve, pero no necesariamente pueden coincidir. Entre las variantes posibles, la duración de un proceso penal podría ser considerada razonable pero no la prisión preventiva impuesta en el mismo proceso. Por ello, en el caso de que el imputado se encuentre detenido preventivamente, es menester que su causa sea tratada con la “debida prioridad”, en “forma expeditiva” y con “diligencia especial” (Comisión IDH, informe N° 2/97, párrafos N° 40 y 44; e informe N° 12/96, párrafo N° 102). Caso contrario, se vacía de contenido al principio de inocencia, al tener el imputado un tratamiento igual al de una persona condenada, pero sin el dictado de una sentencia condenatoria con autoridad de cosa juzgada (Corte IDH, caso Tibi, párrafo N° 180; y caso Suárez Rosero, párrafo N° 77).

Sumado a ello, la duración de la prisión preventiva genera el riesgo de que el juzgador tenga una tendencia a inclinarse por la condena y por la imposición de una pena al menos equivalente al tiempo de prisión preventiva, en un intento de legitimarla (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 76). Por ello, el plazo de duración del instituto preventivo es sustancialmente inferior y menos flexible que el de duración del plazo de proceso (Comisión IDH, informe N° 12/96, párrafos N° 110/111).

La consecuencia jurídica del vencimiento del plazo razonable, es el cese del encarcelamiento preventivo, aunque en algunos casos, se puede utilizar otra medida cautelar menos gravosa. Más allá de esa posibilidad, no correspondería ordenar nuevamente la detención preventiva del imputado, pues en este caso el Estado agotó sus facultades coercitivas de encarcelamiento, al ser el proceso penal de naturaleza no voluntaria para el imputado, de existir alguna necesidad de su intervención en un acto procesal, se deberá emplear el medio coercitivo menos lesivo para que se pueda concretar el acto, inclusive, cuando se corra el riesgo de que se reiteren las conductas evasivas del imputado.

Pero el Estado no tiene que llegar a esa situación extrema, por el contrario, a fin de evitar cualquier dilación debe tramitar con mayor diligencia y prontitud el proceso (Corte IDH, caso Barreto Leiva, párrafo N° 120), poniendo a disposición todos los recursos, humanos y materiales, para lograr que, en los supuestos de peligro que justifiquen la prisión preventiva, las investigaciones se lleven a cabo con la máxima premura (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 132), evitando que toda restricción de derechos de la persona aún no declarada culpable se extienda tanto como para constituir una pena anticipada.

La necesidad de determinar un plazo razonable responde a la premura de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar.

2. Problemas para determinar el plazo razonable

La dificultad del plazo “razonable” está en la interpretación de su alcance y determinación del plazo en una unidad de tiempo. Para la doctrina de los organismos internacionales, el “plazo razonable” no

puede ser establecido en forma abstracta y uniforme para todos los casos, porque ello dependerá de criterios cuya concurrencia habrá que determinar en cada caso. Son las particularidades de éste las que determinan cuando ese plazo se habrá cumplido, sin perjuicio de lo legalmente establecido (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 135). Incluso, se ha descalificado el esfuerzo de las legislaciones internas en fijar un plazo legal, pues no necesariamente en todos los casos se cumpla con los recaudos de la normativa supranacional (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 136).

En este sentido, la Comisión IDH consideró que el plazo razonable para la prisión preventiva no podía ser establecido en abstracto y, por lo tanto, el periodo de dos años establecidos por ley local no respondería necesariamente a la garantía del art. N° 7.5 CADH. En otras palabras, la duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley, sino que quedará sujeta a la apreciación judicial (Informe N° 2/97, párrafo N° 18).

3. Herramientas para la determinación del plazo razonable

A) Sistema Europeo

La Corte Europea debió interpretar por primera vez el concepto de plazo razonable de duración de prisión preventiva en el precedente “Wemhoff” (1968). En dicha oportunidad, la Comisión EDH presentó la doctrina de los “siete criterios”, sobre la base de los cuales se podría determinar la razonabilidad del plazo. Los tres primeros eran relativos a la detención provisional, mientras que los restantes, trataban específicamente sobre cuestiones atinentes a la duración del proceso.

Los postulados de la doctrina desarrollada por la Comisión Europea fueron los siguientes:

- 1) La duración de la detención en sí misma.
- 2) La duración de la prisión preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena que ésta tuviera estipulada y a la pena que debe esperarse en el caso de condena.

- 3) Los efectos personales sobre el detenido.
- 4) La conducta del detenido en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso.
- 5) Las dificultades para la investigación del caso.
- 6) La manera en que la investigación ha sido conducida.
- 7) La conducta de las autoridades judiciales.

Estos criterios fueron rechazados por la Corte EDH, al considerar que, para expedirse en el caso, debían ceñirse a las argumentaciones producidas en el proceso por las partes.

Si bien la Comisión EDH en otras oportunidades (Neumeister y Stögmüller) reeditó el planteo acerca de la doctrina de los “siete criterios”, éste corrió la misma suerte que en la anterior ocasión y fue rechazado. Por su parte, la Corte EDH estableció su última doctrina, luego adoptada por el sistema interamericano, relativa a la imposibilidad de traducir el concepto de razonable en un número fijo de días, semanas, meses o años o en variar la duración según la gravedad de la infracción. Asimismo, el carácter del plazo razonable de duración de la prisión preventiva debía ser determinado según las circunstancias de cada caso, pero especialmente tomando en cuenta su complejidad, la conducta del individuo privado de su libertad y la de las autoridades competentes. En principio, sin embargo, toda vez que la libertad de un individuo se encuentra en juego, el Estado debe organizar sus procedimientos de tal forma que sean conducidos con la menor dilación posible (caso Myzit vs. Rusia).

B) Sistema Interamericano

Estos mismos lineamientos fueron utilizados por la Corte y por la Comisión Interamericana cuando tuvieron que intervenir para determinar si hubo violación a la Convención Americana (Comisión IDH, informe N° 12/96, párrafos N° 110/111, y Corte IDH, caso Suárez Rosero, párrafo N° 72; caso Tibi, párrafo N° 175 y caso Acosta Calderón, párrafo N° 105). A criterio de la Comisión IDH, en los casos de duración inaceptable, correspondía al Estado presentar las razones específicas que justifiquen la demora (Informe N° 12/96, párrafo N° 101).

Asimismo, para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene o no el art. N° 7.5 de la Convención Americana, aplica a los casos de su conocimiento un método de análisis dividido en dos partes (Informe N° 12/96, párrafo N° 83, informe N° 2/97, párrafo N° 23 e informe N° 64/99, párrafo N° 53). En la primera parte, considera si los criterios aplicados por los jueces para justificar la medida son “pertinentes y suficientes” (Informe N° 12/96, párrafo N° 83). Si este recaudo se encuentra satisfecho, se pasa al estudio de la segunda parte (Informe N° 12/96, párrafo N° 83 e informe N° 2/97, párrafo N° 24), en la que se analiza si la duración de la prisión preventiva es razonable o no. El examen determinará si el tiempo transcurrido “por cualquier razón” ha sobrepasado el límite razonable que convierta al encarcelamiento en un “sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente” (Informe N° 12/96, párrafo N° 83). Corresponde disponer la liberación no sólo cuando el plazo de detención ya es irrazonable, sino también cuando se corre el riesgo de que vaya a serlo. El cumplimiento de las garantías debe ser más riguroso a medida que aumenta su duración (Comisión IDH, informe N° 2/97, párrafo N° 44).

Esta labor de análisis, llevada a cabo por un organismo internacional para analizar la decisión de un juez nacional, es precisamente la misma labor que deben realizar las autoridades judiciales para resolver la procedencia del mantenimiento de la prisión preventiva o su inmediata finalización. La vigencia de una medida coercitiva puede dar lugar a numerosas peticiones de liberación del interesado, pero si no las hubiera, igualmente la autoridad judicial debe mantener bajo examen la necesidad de la detención a “intervalos razonablemente cortos”.

Para revisar diferentes aspectos del reconocimiento de la jurisprudencia internacional, lo invitamos a revisar los siguientes puntos:

Complejidad del caso

La complejidad de los casos se determina de acuerdo a las cuestiones de hecho y de derecho aplicables al caso (Corte EDH, caso Katte Klitsche de la Grange, párrafos N° 52 y N° 55). Requerir la opinión de

expertos y la existencia de varios que sean demandados, puede provocar que se haga más lento el proceso (caso Billi, párrafo N° 19).

Lo mismo ocurre respecto de la cantidad de acusados (Corte EDH, caso Angelucci, párrafo N° 15), la multiplicidad de incidentes planteados por las partes (Corte EDH, caso Monnet, párrafo N° 28), o la cantidad de sujetos procesales involucrados en un asunto. La Comisión IDH en su Informe N° 86/09 consideró que la complejidad del caso se debe medir especialmente, en relación con las características del hecho y su dificultad probatoria (Informe N° 86/09, párrafo N° 76).

Colaboración o conducta procesal del detenido

La actividad procesal del imputado debe tomarse en cuenta para determinar la demora del proceso. Si sólo se limita a emplear recursos contemplados en el procedimiento (Corte EDH, caso Wiesinger párrafo N° 57) o a utilizar remedios procesales previstos por la ley, solamente estará “ejerciendo sus derechos” (Comisión IDH, informe N° 2/97, párrafo N° 40). La multiplicidad de pedidos de liberación, para la Corte EDH, no es reprochada, ni aunque mediara proximidad temporal entre ellos, debido a que el imputado está haciendo uso de instrumentos procesales para poner fin al encarcelamiento preventivo, que por naturaleza es restrictivo (Corte EDH, caso Bezicheri).

Tampoco resulta exigible del imputado una actitud colaboradora con el proceso. El individuo no está obligado a declarar para brindar explicaciones del hecho ni demostrar su inocencia. Lo que sí resulta admisible es valorar si las actividades procesales revelan manifiestamente una actitud objetivamente dilatoria (Corte EDH, caso Eckle párrafo N° 82). Un ejemplo de ello son los pedidos de postergación injustificados o cuando no se presenta a pesar de haber sido debidamente citado (Corte EDH, caso Adiletta, párrafo N° 17 y caso Kemmaneche párrafo N° 64). En consecuencia, la demora “sólo” puede imputarse al individuo “si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento” (Comisión IDH, informe N° 64/99, párrafo N° 60).

Entonces, hay que distinguir entre el derecho del detenido de utilizar los medios procesales a su disposición, su falta de cooperación y la obstaculización deliberada. Lo censurable es el abuso del sistema procesal en forma intencional con el propósito de demorar el procedimiento, lo cual demuestre una “obstaculización deliberada” de éste, la “mala fe” o los “propósitos obstructivos” del acusado (Comisión IDH, informe N° 12/96, párrafos N° 103 y N° 105).

A nivel probatorio, es el Estado quien debe demostrar que la conducta del detenido ha sido dilatoria del procedimiento (Comisión IDH, informe N° 12/96, párrafos N° 103 y N° 105 e informe N° 64/99, párrafos N° 59/60). En el informe N° 12/96, la Comisión IDH no objetó que el individuo interpusiera un recurso extraordinario ante la Corte Suprema por el rechazo de su pedido de excarcelación. Sin embargo, sí criticó que el expediente estuviera más de 14 meses en el mencionado tribunal, impidiendo así que el proceso siguiera su curso. La situación constituyó “un acto dilatorio del procedimiento imputable a las autoridades, desde que en reemplazo del expediente original pudieron remitirse compulsas o copias fotostáticas del mismo al alto tribunal sin que se paralizase el procedimiento” (Informe N° 12/96, párrafo N° 105). Si la demora fuese atribuible parcialmente al individuo, correspondería responsabilizarlo en forma proporcional por el tiempo que insumió al trámite su inconducta.

Comportamiento de autoridades competentes

Un problema recurrente son las omisiones o demoras imputables al Estado, que han llevado a la Corte a determinar la inobservancia del plazo razonable (Corte EDH, caso Vernillo, párrafos N° 36/38; caso Monnet, párrafos N° 32/33; y Kemmache párrafo N° 65). La Comisión IDH sostuvo que la diligencia de las autoridades judiciales debe ser analizada a la luz de la complejidad del caso y de la actividad probatoria (Informe N° 86/09, párrafo N° 76). Pero los Estados no pueden justificar su conducta detrás de las dificultades ligadas al carácter obsoleto de su aparato judicial o de su procedimiento, pues están obligados a organizar sus jurisdicciones de manera de permitir responder a las diversas exigencias de administración de justicia.

El art. N° 1.1. del CADH, exige a los Estados Partes, organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el caso Acosta Calderón (quien permaneció detenido cinco años y un mes), la Corte IDH consideró arbitraria y excesiva la duración de la detención por no existir razones que la justificaran. En efecto, valoró de un modo negativo el hecho de que el expediente incluyera documentos que nada tenían que ver con el proceso; la declaración del detenido se había extraviado (si es que la hubo) y se tomó dos años después, y -lo más grave- el examen de la sustancia que se secuestró no se realizó y una vez que se ordenó, ésta no fue encontrada (caso Acosta Calderón, párrafo N° 106). El proceso aplicable, de acuerdo al código de procedimiento, no debía exceder los cien días, pero se extendió por más de cinco años y no se justificó la demora. En estas circunstancias, corresponde al Estado exponer y probar la razón por la que se ha requerido más tiempo que el que en principio sería razonable para dictar sentencia definitiva en un caso particular, de conformidad con los criterios indicados (Corte IDH, caso Ricardo Canese, párrafo N° 142). A criterio de la Corte EDH, hay responsabilidad estatal cuando se detecta un razonable grado de pasividad de las actuaciones (caso Nunez Violantes), pues rige para los casos en que un imputado esté detenido, el llamado “mandato de celeridad” (caso Cevizovic), que el sistema interamericano denomina “diligencia especial” (Comisión IDH, informe N° 12/96, párrafo N° 99).

Sin embargo, no todas las evaluaciones fueron negativas para los Estados, ya que se han considerado positivamente los esfuerzos desplegados por el Estado para favorecer el trámite de un proceso, como por ejemplo la situación de haberse dispensado a la autoridad judicial de la instrucción de hacerse cargo de nuevos casos (Corte EDH, caso Martznetter, p. N° 35, párrafo N° 12). Otra cuestión de singular atención en la revisión de la permanencia de la medida será determinar qué causales son invocadas y bajo qué hechos y prueba se sustentan. Los jueces no deberán introducir, en el transcurso de la detención, causales que no hayan sido contempladas al momento de imponerse la medida. Resultaría irracional considerar

una circunstancia causal de peligro de fuga cuando, en forma previa, ésta no fue tomada en cuenta. La excepción a esta regla estaría dada cuando se vinculara con hechos posteriores o desconocidos al tiempo de los anteriores pronunciamientos.

Por su parte, el Tribunal Europeo descartó la causal de fuga invocada por el Estado cuando sólo se introdujo después de diversos pronunciamientos sobre la detención y a treinta y un meses del inicio de ésta (caso Clooth vs. Bélgica, párrafo N° 48). Tampoco entendió admisible el justificativo introducido una vez que el imputado permaneció en libertad cinco meses después de interrogarlo y de haber comenzado las investigaciones. Si hubiera sido su voluntad corromper a los testigos, pudo haberlo hecho en aquel tiempo (caso Ringeisen).

En conclusión, la causal de justificación habilitante de la prisión preventiva se volverá inatendible desde el momento en que deja de ser invocada por los jueces (caso Kemmache, párrafo N° 56).

4. Revalorización de los plazos legales, una luz de esperanza para el principio

A) Nuevo criterio

En el Informe del caso “Peirano Basso”, la Comisión IDH introdujo una unidad de medida, sujeta a la escala punitiva de los delitos, como instrumento rector para ser utilizado como guía a los fines de interpretar cuando se ha cumplido con el plazo razonable.

El organismo estimó como “bastante” el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Pero aclaró que no autorizaba al Estado a mantener la prisión preventiva de una persona por ese tiempo, sino que constituía un límite, que superado, presumía prima facie que el plazo es irrazonable.

Además, postuló que ese criterio no podía ser considerado como una presunción para creer que el plazo, por debajo de ese límite, es razonable (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 136). Sin em-

bargo, el mismo párrafo contiene una frase que podría llegar a relativizar el nuevo criterio, pues al señalar que “en el supuesto en que se haya superado ese término, ésta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”; con lo cual la irrazonabilidad antes apuntada no es absoluta como pretende ser inicialmente.

B) Plazo legal

El informe mencionado, a su vez, por aplicación del principio interpretativo *pro homine*, le concedió preponderancia normativa a los plazos legales contenidos en cada legislación, siempre que éstos resulten ser instrumentos de mayor protección a los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y advierte que la existencia del plazo legal no otorga facultad al Estado para privar de la libertad al imputado por ese lapso, pues se trata de un plazo máximo y, por encima de él, la detención siempre es ilegítima. Por debajo, habrá de analizar en cada caso, si subsisten los motivos que originariamente dieron razón a esa detención (Comisión IDH, informe N° 86/09, párrafo N° 139).

5. Una equivocación recurrente: diferencias con el principio de proporcionalidad

Las limitaciones a la medida cautelar por aplicación del plazo razonable no son las mismas que las derivadas del principio de proporcionalidad. Para estas últimas, el principio de proporcionalidad tiene una justificación distinta a la limitación de la prisión preventiva, en razón de que por ésta, un individuo sometido a proceso, no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada, es decir, debe tener un tratamiento acorde al estado de inocencia. Entonces, en este caso, el Estado debe impedir que la medida de coerción procesal sea igual o más grave para el imputado que la pena que se espera en caso de condena (teoría de expectativa de pena) o el mínimo legal del delito imputado (teoría de la inequivalencia). Esto se diferencia del principio de razonabilidad de la prisión preventiva, que se construye a través de otros conceptos jurídicos ya tratados como complejidad del caso, co-

laboración o conducta procesal del imputado y la labor de las autoridades competentes en el trámite del caso.

Como señala la Corte IDH, la prisión preventiva debe estar sujeta a los límites de temporalidad, razonabilidad y proporcionalidad (caso Barreto Leiva, párrafo N° 123). Con lo cual, dependiendo de las circunstancias del caso, el cese de la prisión preventiva, aun persistiendo riesgo procesal, podrá cesar a los fines de resguardar el principio de proporcionalidad o bien el de plazo razonable.

6. Puntos de medición de los plazos

Tanto la Corte IDH como la Corte Europea han resuelto que el plazo razonable de detención comienza en la fecha de la aprehensión del individuo (Corte IDH, caso Tibi, párrafo N° 168; caso Suárez Rosero, párrafo N° 70; Corte EDH, caso Hennig, párrafo N° 32 y caso Reinhardt, párrafo N° 93).

Sin embargo, en el Informe N° 17/89, la Comisión no computó como periodo de detención el tiempo que duró la sustanciación de la extradición del imputado desde Brasil a Argentina. Cabe mencionar que dicho trámite tuvo una duración de aproximadamente ocho meses. En concreto, se computó el plazo a partir de que el acusado fue entregado a las autoridades que habían emitido la orden de captura. Tampoco resulta computable para la Corte Europea, el lapso durante el cual el acusado permanece en libertad bajo control judicial (caso Letellier).

El término final del plazo computable puede ser determinado por dos circunstancias:

- 1) La recuperación de la libertad efectiva del individuo. El mero dictado de la resolución que dispone la libertad caucionada o bajo fianza no reúne tales características dado que el individuo permanece bajo prisión preventiva (caso Van der Tang).

2) La condena con autoridad de cosa juzgada del individuo. Respecto a si la condena debía encontrarse firme, la Comisión IDH ha resultado lo suficientemente ambigua para establecer si la sentencia tiene que ser firme o no. En el informe N° 12/96, alude al tiempo transcurrido “antes de que se dicte sentencia” (párrafo N° 83) o “antes de la sentencia final” (párrafo N° 75). Y en el informe N° 2/97 hace mención a la prisión preventiva “sin condena” (párrafos N° 43 y N° 54).

Para la Corte EDH, la sentencia condenatoria por sí sola constituye el término final computable del plazo razonable (casos Labita y Cevizovic), aunque no esté firme. Después de dicho dictado la causal de detención encuadra en el art. N° 5.1.a. (que contempla el caso de que una persona puede ser privada de su libertad después de una condena dictada por un tribunal competente) en reemplazo del art. N° 5.1.c. CEDH (caso Wemhoff vs. Alemania, p. N° 23). Sin embargo, medió la disidencia de dos jueces, quienes sostuvieron que tal decisión jurisdiccional debía reunir la calidad de cosa juzgada.

Es indudable que el plazo tiene que computarse hasta el dictado de la sentencia condenatoria firme, incluyendo los recursos de instancias que pudieran eventualmente presentarse. Así lo afirmó la Corte IDH en Suárez Rosero y Tibi (caso Suárez Rosero, párrafo N° 71; y caso Tibi, párrafo N° 169), en tanto corresponde resguardar al imputado detenido de las dilaciones que puedan realizarse en las etapas recursivas. A esta interpretación deben sumársele las previsiones del principio de inocencia, lo que determina que al imputado en tales circunstancias deberá considerársele inocente hasta tanto una sentencia judicial condenatoria con autoridad de cosa juzgada declare su responsabilidad criminal (Comisión IDH, informe N° 64/99, párrafo N° 89).

7. Revisión de la prisión preventiva

La situación cautelar de los detenidos debe ser valorada periódicamente para constatar que las causas y los fines que justificaron la medida aún subsisten y si resulta absolutamente necesaria y proporcional. En cualquier momento en que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad del individuo.

Al revisar una medida restrictiva, el juez no puede remitirse a precedentes anteriores, sino que debe expresar mínimamente las razones por las que considera que el encarcelamiento preventivo debe mantenerse, debiendo evaluar los argumentos esgrimidos por las partes y analizar rigurosamente la prueba aportada (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, párrafo N° 117).

Si la prisión preventiva resulta ser arbitraria, no es necesario considerar si el tiempo transcurrido sobrepasó los límites de lo razonable (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, párrafo N° 142). En ese caso, corresponde la inmediata libertad del detenido. Si debiera analizarse, los jueces tendrán que evitar que la condición de detención preventiva se convierta en una suerte de pena anticipada (Comisión IDH, informe N° 2/97, párrafo N° 12 y Corte IDH, caso Suárez Rosero, párrafo N° 77).

La Comisión IDH, para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene o no el art. N° 7.5 de la Convención Americana, aplica a los casos de su conocimiento un método de análisis dividido en dos partes (Informe N° 12/96, párrafo N° 83, informe N° 2/97, párrafo N° 23 e informe N° 64/99, párrafo N° 53). En la primera parte, considera si los criterios aplicados por los jueces para justificar la medida son “pertinentes y suficientes” (Informe N° 12/96, párrafo N° 83). Si este recaudo se encuentra satisfecho, se pasa al estudio de la segunda parte (Informe N° 12/96, párrafo N° 83 e informe N° 2/97, párrafo N° 24), en la que se analiza si la duración de la prisión preventiva es razonable o no. El examen recaerá en determinar si el tiempo transcurrido “por cualquier razón” ha sobrepasado el límite razonable que convierta al encarcelamiento en un “sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente” (Informe N° 12/96, párrafo N° 83). Corresponde disponer la liberación no sólo cuando el plazo de detención ya es irrazonable, sino también cuando se corre el riesgo de que vaya a serlo. El cumplimiento de las garantías debe ser más riguroso a medida que aumenta su duración (Comisión IDH, informe N° 2/97, párrafo N° 44).

Esta labor de análisis llevada a cabo por un organismo internacional para analizar la decisión de un juez nacional es precisamente la misma labor que deben realizar las autoridades judiciales para resolver la procedencia del mantenimiento de la prisión preventiva o su inmediata finalización. La vigencia de una medida coercitiva, puede dar lugar a numerosas peticiones de liberación del interesado, pero si no las hubiera, igualmente la autoridad judicial debe mantener bajo examen la necesidad de la detención a “intervalos razonablemente cortos”.

Para la Corte del viejo continente, la cuestión sobre la pronta revisión judicial de la legalidad de la prisión preventiva no puede ser determinada en abstracto sino que debe ser evaluada a la luz de las circunstancias del caso en particular. El tribunal debe tener en consideración el comportamiento en general durante el procedimiento, y si las dilaciones pueden ser atribuibles al peticionante o a sus representantes legales. En principio, sin embargo, toda vez que la libertad de un individuo se encuentra en juego, el Estado debe organizar sus procedimientos de tal forma que sean conducidos con la menor dilación posible (caso Myzit vs. Rusia).

8. Infringido el principio, subsiste el agravio

Por último, la violación de la garantía del plazo razonable no resulta ser subsanable a través de la excarcelación o del dictado de una sentencia condenatoria, a pesar de que es admisible purgar total o parcialmente la pena impuesta con el tiempo transcurrido en prisión preventiva (Informe N° 12/96, párrafo N° 54/55). La violación de la duración de la prisión preventiva resulta independiente del resultado del litigio.

De esta manera terminamos con la lección 3 de este capítulo. Lo invitamos a revisar el material de apoyo y a realizar el ejercicio final.

Lecturas complementarias - Material de apoyo

-Observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y El Caribe (disponible en:

http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7330-observaciones-finales-del-comite-de-derechos-humanos-sobre-paises-de-america-latina-y-el-caribe [07-02-2013]).

Referencias, Lección 3

NORMATIVA INTERNACIONAL:

Convención Americana de Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
Convención Europea de Derechos Humanos.
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)
Asamblea General de la ONU. Resolución 45/110, 14/12/1990.

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Corte Interamericana de Derechos Humanos:
Corte IDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12/11/1997.
Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/4/2004.
Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 17/11/2009.
Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/6/2005.
Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, 31/8/2004.
Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 21/11/2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión IDH, informe N° 17/89, caso N° 10.037, Argentina, 13/4/1989.
Comisión IDH, informe N° 12/96, caso N° 11.245, Argentina, 1/3/1996.
Comisión IDH, informe N° 2/97, caso N° 11.205, Argentina, 11/3/1997.
Comisión IDH, informe N° 64/99, caso N° 11.778, Ecuador, 13/4/1999.

Comisión IDH, informe N° 86/09, caso N° 12.553, fondo, Jorge, José y Dante Peirano.
Basso, República Oriental del Uruguay, 6/8/2009.

Sistema Europeo:

Corte EDH, caso Wemhoff vs. Alemania, 2122/64, 27/6/1968.
Corte EDH, caso Neumeister vs. Austria, 1936/63, 27/6/1968.
Corte EDH, caso Stögmüller vs. Austria, 10/11/1969.
Corte EDH, caso Matznetter, 10/11/1969.
Corte EDH, caso Eckle vs. Alemania, 15/7/1982.
Corte EDH, caso Bezicheri vs. Italia, 30/8/1990.
Corte EDH, caso Angelucci vs. Italia, 19/2/1991.
Corte EDH, caso Adiletta vs. Italia, 19/2/1991.
Corte EDH, caso Vernillo vs. Francia, 20/2/1991.
Corte EDH, caso Letellier vs. Francia, 26/6/1991.
Corte EDH, caso Wiesinger vs. Austria, 30/10/1991.
Corte EDH, caso Kemmaneche vs. Francia, 27/11/1991.
Corte EDH, caso W. vs. Suiza, 26/1/1993.
Corte EDH, caso Billi vs. Italia, 26/2/1993.
Corte EDH, caso Katte Klitsche de la Grange vs. Italia, 6/4/1993.
Corte EDH, caso Monnet vs. Francia, 27/10/1993.
Corte EDH, caso Van der Tang vs. España, 13/7/1995.
Corte EDH, caso Reinhardt v Francia, 23043/93, 31/3/1998.
Corte EDH, caso Nunez Violantes vs. Portugal, 8/6/1999.
Corte EDH, caso Labita vs. Italia, 6/4/2000.
Corte EDH, caso Hennig vs. Austria, 41444/98, 2/10/2003.
Corte EDH, caso Cevizovic vs. Alemania, 29/4/2004.
Corte IDH, caso Cevizovic vs. Alemania, 24/7/2004.

Sistema Internacional:

O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general N° 27, párrafos N° 12/13.

Lección 4

CONTROL JUDICIAL Y CONSECUENCIAS DE LA DETENCIÓN

INTRODUCCIÓN

Hasta ahora hemos examinado los presupuestos y principios con que se rige la prisión preventiva en el marco internacional. A continuación, se analizarán los mecanismos procesales para determinar la validez de la detención y de las medidas de coerción.

Toda persona imputada por la comisión de un ilícito, incluso antes de su detención, se encuentra amparada por una serie de derechos y de mecanismos para ejercerlos adecuadamente. Si la persona resulta detenida, esos derechos deben ser ejercidos con mayor rigurosidad por las consecuencias que implica la privación de la libertad. En tanto, resulta ser un deber ineludible de todo Estado garantizar el goce de las potestades otorgadas legalmente a los individuos, sin coartar, desnaturalizar, alterar o extinguir sus derechos, pues su ejercicio busca evitar situaciones arbitrarias o ilegales. Luego de ello, se analizarán las consecuencias de que se decrete la prisión preventiva y las implicancias de la medida para la vida del individuo; entre ellas, las condiciones de la detención.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

Identificar las exigencias internacionales para controlar la legalidad de las detenciones y el dictado de la prisión preventiva.

Reconocer los límites del control de legalidad, quién deberá llevar a cabo dicha labor y bajo qué condiciones.

Identificar las consecuencias de la prisión preventiva y el trato que debe dar el Estado al individuo sujeto a ellas.

1. Control judicial

1.1 Protección normativa

Convención Americana: Para la Convención Americana el control de legalidad tiene por objetivo que el juez garantice:

1. El derecho a la libertad del imputado, y así evitar que sea privado de ella ilegalmente (art. N° 7.2 CADH), arbitrariamente (art. N° 7.3 CADH) o por deudas (art. N° 7.7 CADH).
2. La razonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva (art. N° 7.5 CADH).

Es un mecanismo esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El artículo N° 7.5 de la Convención dispone que, con fines de evitar arbitrariedades o ilegalidades en las detenciones, éstas deben ser sometidas sin demora a revisión judicial. De esta manera se garantiza la adopción de medidas cautelares cuando sea estrictamente necesario, manteniendo íntegramente, en la medida de lo posible, la presunción de inocencia del individuo.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: El art. N° 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asegura los siguientes postulados respecto de las personas privadas de su libertad:

1. Deben ser notificadas inmediatamente de las razones de la detención y de la acusación en su contra (art. N° 9.2).
2. Deben ser llevadas sin demora ante un juez o funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales (art. N° 9.3).
3. Tienen derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida respecto de la legalidad de su prisión y ordene su libertad en caso de considerarla ilegal (art. N° 9.4)

Convención Europea: La Convención Europea establece para todos los detenidos lo siguiente:

1. Deben ser informados, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprendan, sobre los motivos de su detención y sobre cualquier acusación formulada contra ellos (art. N° 5.2).
2. Deben ser conducidos sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales (art. N° 5.3).
3. Tienen derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuere ilegal (art. N° 5.4).

1.2 Reconocimiento jurisprudencial internacional

Para revisar diferentes aspectos del reconocimiento de la jurisprudencia internacional, lo invitamos a revisar los siguientes puntos:

A) Control judicial

Al interpretar el art. N° 7.5 CADH, la Corte IDH sostuvo que toda persona sometida a una detención o retención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. A través del control judicial inmediato, el Estado, por intermedio del juzgador, garantiza los derechos del detenido, autoriza la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procura, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (caso Palamara Iribarne, 22/11/2005). El derecho a que se controle mediante un órgano jurisdiccional la legalidad de la detención es aplicable a todas las personas privadas de su libertad por detención o prisión.

El control de legalidad lo tiene que ejercer un “juez o un tribunal” (Art. N° 7.6 CADH), con lo cual debe ser necesariamente un integrante del poder judicial, aunque la ley local le confiera competencia a otra autoridad. Resulta fundamental la función que presta el juez a quien, como

garante de los derechos de toda persona bajo custodia del Estado, le corresponde la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias y garantizar un trato conforme al principio de presunción de inocencia (Corte IDH, caso Bayarri, párrafo N° 67).

Para el Régimen Europeo, el derecho a ser conducido ante el órgano judicial se encuentra contemplado en el art. N° 5 ap. N° 3 de la CEDH y se expresa en términos amplios: no exige necesariamente la presencia de un juez sino que habilita a otras autoridades que por ley puedan ejercer poderes jurisdiccionales.

Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez (Corte IDH, caso Acosta Calderón, párrafo N° 77).

El simple conocimiento judicial del hecho de que una persona está detenida no satisface esa garantía, el detenido debe comparecer personalmente y rendir declaración ante el juez o autoridad que corresponda. Será en el marco de este control cuando se podrá determinar la adopción de medidas cautelares que resulten estrictamente necesarias.

De acuerdo al art. N° 5 del Convenio Europeo, las restricciones a los derechos requieren la regulación taxativa de las medidas cautelares para evitar cualquier tipo de abusos. Con este objetivo dicha normativa impone un conjunto de deberes a los Estados firmantes, cuyo cumplimiento minimiza el riesgo de una privación arbitraria de la libertad física. Este derecho debe ser no sólo teórico o ilusorio sino práctico y efectivo (Corte EDH, caso RMD).

Por su parte, el 2º Principio del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas señala que “el arresto, la detención o la prisión sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin”.

Para los efectos del art. N° 7.2 de la Convención, la Corte interpretó que una detención, sea por un periodo breve, o una “demora”, así sea con meros fines de identificación, constituyen formas de privación de la libertad física de la persona y, por ende, en tanto limitación a ésta debe ajustarse estrictamente a lo que la Convención Americana y la legislatura interna establezcan al efecto, siempre y cuando sea compatible con la Convención (Corte IDH., caso Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 76 y caso Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 54).

Entonces, nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas o métodos que -aun calificados como legales- puedan reputarse como incompatibles con respecto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad (Corte IDH., caso Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 57).

Sobre la necesidad de ajustar la normativa nacional a la suprallegal, la Corte tiene dicho que: “(...) si bien cualquier detención debe llevarse a cabo de conformidad con los procedimientos establecidos en la ley nacional, es necesario además que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención”. Sin embargo, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos, “no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad (...)” (Corte IDH, caso Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 58). Además, “Toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad personal no sólo debe estar prevista en la ley, en los términos del artículo N° 7.3 de la Convención, su finalidad debe ser legítima y compatible con la Convención y no debe ser una consecuencia del ejercicio de derechos. En este caso, el señor Fleury no fue detenido en una situación de flagrancia y su detención por parte de la PNH nunca persiguió el objetivo de formularle cargos o de ponerlo a disposición de un juez por la supuesta o posible comisión de un hecho ilícito, sino que tuvo otros objetivos, como pudo ser una posible extorsión (...)” (Corte IDH, caso Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 59).

En el marco en que se concreta la detención (“cuando ésta se produce”), el individuo tiene derecho a ser informado de los “motivos y razones” de la detención. Esto implica: I) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención y II) la notificación, por escrito, de los cargos (Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. párrafo N° 106 y caso Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 59).

B) Juez o autoridad judicial

La razonabilidad de la prisión preventiva corresponde que sea juzgada en todos los casos por el juez que entiende en la causa, es una actividad obligatoria que pesa sobre aquél (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 19). Para ello, los jueces deben revestir las características de competencia, imparcialidad e independencia necesarias para respetar las garantías judiciales.

En un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (Corte IDH, Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 61).

El art. N° 8.1 de la CADH fija las características con las que debe contar la autoridad judicial que interviene en la controversia originada por la privación de la libertad, a saber:

- 1) Haberse establecido legalmente, es decir, que sus atribuciones deriven de la ley.
- 2) Preexistir a los hechos sobre los que debe pronunciarse.
- 3) Ser independiente, o sea, autónomo en todos los órdenes de su desempeño jurisdiccional, dotado con las facultades para resolver sin injerencia de otros órganos del Estado.
- 4) Ser imparcial, ajeno al interés y al derecho de quienes comparecen ante él, constituyéndose en un sujeto idóneo para tomar la mejor decisión, por sobre el interés de las partes.
- 5) Ser competente, investido con la capacidad de resolver los litigios que se le sometan conforme al régimen que distribuye entre

los órganos jurisdiccionales la potestad de conocimiento y decisión que corresponde al Estado, y que éste ejerce a través de la función jurisdiccional (Corte IDH, Palamara Iribarne, párrafo N^o 218).

En base a estas cualidades de competencia, imparcialidad e independencia, los únicos que pueden resolver respecto de la prisión preventiva de una persona son los jueces. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Cabe agregar que el control de convencionalidad se precisa en dos aspectos: 1) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten y 2) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia (Corte IDH, Almonacid Arellano vs. Chile, párrafos N^o 124 y N^o 125).

Todos los jueces nacionales “deben” ejercer un control difuso de convencionalidad. Existe una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales”, como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos

previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional” (Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, voto Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párrafo N^o 21).

En este sentido, se precisó que el “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH, que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera de carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos (Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, voto Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párrafo N^o 24).

La Corte Europea tuvo la oportunidad de interpretar el Convenio en lo que refiere a “otra autoridad”, y señaló que el funcionario debe tener capacidad para desempeñar “poderes judiciales”, garantizando una serie de requisitos procedimentales: independencia e imparcialidad del órgano, trámite por medio de audiencia y motivación de la decisión con arreglo a derecho. En forma adicional, sólo serán considerados como “autoridad” aquellos órganos con potestad para ordenar la puesta en libertad del particular afectado. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que conferir la autoridad de decidir sobre el mantenimiento de la detención preventiva a un fiscal y no a un juez es incompatible con el art. N^o 9.3 PIDCyP (Comité de DDHH, ONU, Ob. Finales, Bielorrusia, Doc. ONU: CCPR/C/79/add. N^o 86, párrafo N^o 10).

Entonces, el detenido debe ser presentado cuanto antes al juzgador, y no a otro agente de la autoridad, para que aquél verifique si se han cumplido las condiciones que legitiman su detención y si ésta debe prolongarse.

C) En forma inmediata o sin demora

La persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o autoridad judicial competente, pues resulta ser el mecanismo más efectivo para prevenir arbitrariedades e ilegalidades. Esta actividad procesal se debe desarrollar en forma inmediata y en el plazo máximo de detención legalmente establecido, y corresponde a las autoridades policiales o administrativas demostrar si existieron razones o circunstancias legítimas para no haber puesto, sin demora, a la persona a disposición de las autoridades competentes (Corte IDH, Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 63).

La CIDH planteó que si un tribunal no recibe notificación oficial de una detención o la recibe con una demora significativa, los derechos del detenido no están siendo protegidos, lo que posibilita otro tipo de abusos que deterioran el respeto a los tribunales y su eficacia, y conducen a la institucionalización del desorden (2º informe sobre la Situación de los D.H en Surinam, OEA/Ser. L/V/II.66, doc. N° 21 rev. 1. 1985, párrafo N° 23). El mismo organismo concluyó que una persona debe ser llevada ante un juez u otra autoridad judicial “tan pronto como sea posible”, las demoras son inaceptables (Información sobre los D.H en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II. 96, doc. 10, rev. 1, p. N° 73, 24/4/1997).

El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente no satisface esta garantía, ya que ésta se satisface cuando efectivamente el detenido comparece personalmente ante el juez o autoridad competente. Entre los casos que fueron puestos al conocimiento de la Corte, se puede mencionar:

1) El caso Tibi, en el cual el detenido rindió declaración ante un “escribano público” casi seis (6) meses después de su detención.

2) En el caso Wilson García Asto, quien no fue puesto a disposición de autoridad judicial competente sino hasta diecisiete (17) días después de su detención.

3) En el caso Chaparro Álvarez no se aceptó el argumento del Estado de que la jueza de la causa estuvo presente al momento de la detención y ejerció un control judicial directo, dando a entender que no había necesidad de llevar las víctimas nuevamente ante ella y aclaró que, aun cuando su presencia podría ser una garantía adicional no sería suficiente, pues la autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad (caso Chaparro Calderón, párrafo N° 85).

Sobre el particular, la Corte Europea interpretó que la expresión “sin dilación” debía ser equiparada con el término “inmediatamente” y que la flexibilidad en la interpretación de este término correspondía que fuera limitada (caso Brogan, párrafo N° 59). Esto debiera ser así, dado que la prisión preventiva “es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito” (Corte IDH, caso Ivon Neptune, párrafo N° 40). En ese caso concreto, cuatro días y seis horas de detención sin control judicial supone la vulneración de lo dispuesto en el artículo N° 5.3 de la CE (caso Brogan).

Este tribunal sostuvo que, genéricamente, si bien el vocablo “inmediatamente” debía ser interpretado de conformidad con las características de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención sin afectar el artículo N° 5.3 de la Convención Europea (Kurt vs. Turquía, párrafo N° 124). Sin embargo, posteriormente cuestionó las dilaciones superiores a cuatro o cinco días. En otro asunto, el Tribunal ha considerado que la liberación después de tres días de detención sin control judicial no infringió el artículo N° 5.3 CE (caso Ikinci-soy vs. Turquía).

Por su parte, para el Comité de Derechos Humanos las demoras no deben exceder unos pocos días (Observación General N° 8, párrafo N° 2). En un caso de pena capital, una demora de una semana en la com-

parecencia del detenido ante el juez desde el momento de su arresto había sido incompatible con el art. N° 9.3 PIDCyP (caso *Mc Lawrence c. Jamaica*, Doc. ONU: CCPR/C/60/D/702/1996, 29/9/1997, párrafo N° 5.6).

D) Medios de evaluación

El magistrado debe analizar “todo los elementos relevantes” del caso con el propósito de determinar si existe una necesidad racional de mantener la medida (CIDH, informe N° 2/97, párrafo N° 19). Frente a estas exigencias, también debe tener en consideración todos los argumentos del acusado que pretende la libertad y para ello, el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

La norma convencional exige una efectiva comparecencia (consistente, explícita, requirente y asistida) del individuo detenido ante el juez y una verdadera toma de conocimiento por parte de éste, como requisito esencial para la aplicación legítima de la medida, que será resuelta a través de una decisión motivada y fundada. Cualquier omisión en esa comparecencia, al impedir el acceso a la justicia, puede tornar ilegal la detención.

Para aclarar el punto, se puede mencionar el caso *Juan Carlos Bayarri*, quien fue trasladado para prestar declaración indagatoria casi una semana después de ser detenido, incumpliendo la exigencia de presentación del detenido “sin demora” ante la autoridad judicial del artículo N° 7.5 de la Convención Americana. Pero la declaración que prestó Bayarri tampoco abarcó aquellos aspectos que pudieran sustentar o no la legalidad de su detención para poder ejercer el control de ésta. A su vez, el juez ordenó el traslado del detenido a un centro penitenciario, sin decretar su prisión preventiva como lo establecía el Código de Procedimiento en Material Penal. Dicha medida cautelar no fue dictada sino después de tres meses (caso *Bayarri*, párrafo N° 67). Para la Corte IDH, la intervención judicial no resultó un medio efectivo para controlar la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios policiales encargados de la detención y custodia de Juan

Carlos Bayarri y reestablecer sus derechos. Por lo cual, para analizar la validez de la detención y determinar la vigencia de la misma, el juez deberá sustanciar y resolver la prisión preventiva en audiencia, otorgándole una intervención efectiva al imputado.

La Corte EDH entiende que el tribunal debe escuchar de modo personal al individuo llevado ante él y pronunciarse según los criterios jurídicos sobre la existencia de razones que justifiquen la detención (casos Assenov y HB). Por otro lado, sostiene que corresponde al juez estudiar todas las circunstancias que lleven a admitir o a descartar la existencia de una verdadera exigencia de interés público que justifique apartarse de la ya mencionada regla respecto de la libertad personal (casos Neumeister vs. Austria, p. N° 37, párrafo N° 7 y Debboub alias Hussein Ali vs. Francia, párrafo N° 39).

E) Motivación

En términos de la CIDH, las consideraciones del juez acerca de los motivos del dictado de la prisión preventiva deben ser puestas de manifiesto “claramente” en su pronunciamiento (Informe N° 2/97, párrafo N° 19), pues cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones que a continuación se precisarán será arbitraria y, por lo tanto, violatoria del art. N° 7.3 CADH (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez, párrafo N° 135 y caso García Asto, párrafo N° 128).

El juez deberá determinar:

- La legalidad de la detención.
- Si hay motivos suficientes para considerar la existencia de un hecho presuntamente ilícito y la participación del imputado en él.
- Que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la convención (asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia).
- Que la medida resulte idónea para cumplir con el fin perseguido.

- Que sean necesarias, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa.
- Que sean medidas estrictamente proporcionales (caso Instituto de Reeducación del Menor, párrafo N° 228), de tal manera que el sacrificio inherente resultado de la restricción del derecho a la libertad no sea exagerado o desmedido frente a las ventajas que se quieren con la aplicación de la medida (Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, párrafo N° 93).

La motivación de las medidas no sólo constituye un elemento determinante de su validez, sino que a nivel supra-nacional serán consideradas por los órganos internacionales para basar su examen, aunque no resulta ser la única fuente (CIDH, informe N° 2/97, párrafos N° 20 y N° 22 e informe N° 12/96, párrafo N° 82).

También para la Corte EDH, la decisión debe ser motivada y se han de indicar las circunstancias en que se basó la decisión (W. c. Suiza, p. N° 24, párrafo N° 12). Rechaza aquellas que resulten ser “esteriotipadas” o con sustento en formulaciones puramente “generales” o “abstractas” (caso Letellier, párrafos N° 51/52) o que se limiten a remitir a decisiones anteriores (caso Matznetter, p. N° 32, párrafo N° 9 y caso Clooth, párrafo N° 43).

La labor de racionalizar el uso de las medidas coercitivas es dejada totalmente de lado cuando media una aplicación sistemática de la prisión preventiva como consecuencia de una presunción legal, sin admitir prueba en contrario, e impide el control judicial del cumplimiento de los estándares internacionales. De esta manera, al no existir una justificación para su dictado, la revisión de la medida cautelar se torna ilusoria o de imposible cumplimiento.

De acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana, nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por ella (aspecto formal). En consecuencia, cuando entren en pugna el derecho interno con el derecho internacional de los derechos huma-

nos, o diferentes instrumentos de éste, los jueces locales deberán adecuar sus decisiones en materia coercitiva a la norma más favorable para el individuo, con indiferencia del rango jerárquico de aquéllos.

F) Revisión de medida cautelar

Por aplicación del principio de provisionalidad, es necesario someter a control todos los presupuestos de la prisión preventiva (CIDH, Informe N° 86/09, párrafo N° 108).

Como ya se hiciera mención en la lección anterior, la CIDH, para establecer si el encarcelamiento previo a la sentencia de un acusado contraviene la normativa supralegal, aplica a los casos de su conocimiento un método de análisis dividido en dos partes. En el primero, determina si las pautas aplicados por los jueces para justificar una medida son “pertinentes y suficientes”. Satisfechos los mismos, se examina la razonabilidad de la duración de la prisión preventiva. El estudio concreto se orientará a averiguar si el tiempo transcurrido sobrepasó el límite razonable que convierta al encarcelamiento en un “sacrificio mayor, en las circunstancias del caso, que el que se podría esperar tratándose de una persona que se presume inocente” (Informe N° 12/96, párrafo N° 83).

Esta labor de análisis, llevada a cabo por un organismo internacional para analizar la decisión de un juez nacional, es precisamente la misma labor que deben realizar las autoridades judiciales para resolver la procedencia del mantenimiento de la prisión preventiva o su inmediata finalización.

Para la Corte del viejo continente, la cuestión sobre la pronta revisión judicial de la legalidad de la prisión preventiva no puede ser determinada en abstracto, sino que debe ser evaluada a la luz de las circunstancias del caso en particular. El tribunal debe tener en consideración el comportamiento en general durante el procedimiento y si las dilaciones pueden ser atribuibles al peticionante o a sus representantes legales. En principio, sin embargo, toda vez que la libertad de un individuo se encuentra en juego, el Estado debe organizar sus procedi-

mientos de tal forma que sean conducidos con la menor dilación posible (caso Myzit vs. Rusia).

Otra cuestión de singular atención en la revisión de la permanencia de la medida será determinar qué causales son invocadas y bajo qué hechos y pruebas se sustentan. Los jueces no deberán introducir, en el transcurso de la detención, causales que no hayan sido contempladas al momento de imponerse la medida. Resultaría irracional considerar una circunstancia como causal de peligro de fuga, cuando en forma previa ella no fue tomada en cuenta. La excepción a esta regla estará dada cuando se vinculara con hechos posteriores o desconocidos al tiempo de los anteriores pronunciamientos.

G) Mecanismo efectivo

No basta con la existencia formal de una instancia judicial, sino que además ésta debe ser efectiva, dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. De lo contrario, la actividad judicial no significaría un verdadero control, sino un mero trámite formal, o simbólico, que generaría un menoscabo de la libertad del individuo. Más aún, el análisis de la legalidad de una privación de libertad “debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, de acuerdo a los parámetros establecidos por la Convención Americana” (corte IDH, caso López Álvarez, párrafo N° 96 y caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez párrafo N° 133).

La Corte IDH resalta que la Corte Superior demoró 31 días en resolver el recurso del señor Lapo y 9 días en resolver el recurso del señor Chaparro, lo que no se ajusta al término “sin demora” contenido en el artículo N° 7.6 de la Convención (caso Chaparro López y Lapo Íñiguez, voto juez García Ramírez, párrafo N° 14). Lo que se demanda es una efectiva comparecencia -consciente, explicativa, requirente, asistida- del sujeto ante el juez y una verdadera toma de conocimiento por parte de éste, como requisito para un control genuino a través de una resolución motivada y fundada (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, voto juez García Ramírez, párrafo N° 14).

La CIDH considera una violación del artículo N° 7(6) de la Convención no otorgar al individuo la posibilidad de interponer por sus propios medios un recurso rápido y efectivo que le permitiera definir la legalidad de su detención y mantenerlo privado de la libertad sin ningún control institucional como registros o minutas que permitieran establecer la fecha, forma y condiciones de detención. La prisión preventiva estará en concordancia con las garantías consagradas en la Convención siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional, respete la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

En tal sentido, la detención aun si fue realizada para fines de identificación, tuvo que haber sido debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como constancia de que se dio aviso al juez de instrucción competente, en su caso, como mínimo (Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 74).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que: “El artículo N° 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona detenida a ser llevada, en el plazo más breve posible, ante un juez o funcionario judicial que cumpla esas funciones. La obligación de que los detenidos sean puestos a disposición del juez competente nunca puede ser un requisito puramente formal. Así, no puede sustituirse la debida presentación de los detenidos ante el juez competente por la mera autorización de internamiento de un juez, a requerimiento de las autoridades del ministerio público, sin que éste tenga un efectivo control jurisdiccional sobre esa detención” (Comité de Derechos Humanos (ONU), opinión N° 20/2007, México).

2. El Estado y el Detenido

A) Responsabilidad de los Estados Partes

Las condiciones en las cuales se encuentra un país, no importa cuán difíciles sean éstas, no son causas de justificación para que los Estados Partes en la Convención Americana estén liberados de cumplir con las obligaciones consagradas en ella (Corte IDH, caso Ivon Neptuno, párrafo N° 40). La responsabilidad asumida subsiste con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo (Corte IDH, caso Ivon Neptuno, párrafo N° 40).

El Estado es el responsable de los establecimientos de detención y resulta ser el garante de los derechos de los detenidos ya que ejerce un control total sobre sus personas. Esto implica el deber de explicar lo que le suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia.

Y por ello, el Estado tiene el deber de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrafo N° 166; Radilla Pacheco vs. México, párrafo N° 142; caso Ibsen Peña vs. Bolivia, párrafo N° 62 y caso Torres Millacura y otro vs. Argentina, párrafo N° 98).

Es jurisprudencia de la Corte IDH que el actuar omiso y negligente de los órganos estatales no es compatible con las obligaciones emanadas de la Convención Americana, con mayor razón si están en juego bienes jurídicos esenciales de las personas, como es la vida si ocurre cuando el individuo se encuentra bajo su custodia (Corte IDH, Vera Vera vs. Ecuador, párrafo 97).

En el caso Cabrera García y Montiel Flores, los representantes de las partes solicitaron “la creación de un registro de detenidos público, accesible e inmediato”, en todos los sitios “donde las personas a quienes se imputa un delito son detenidas antes de ser presentadas ante el juez competente”. Dicho registro debería especificar el nombre del servidor público a cargo de la investigación. Y si bien reconocieron la actual existencia de registros de detención, también señalaron que “éstos en muchos casos carecen de información completa y fidedigna y que tampoco se realizan en forma inmediata, prerequisites fundamentales para la tutela efectiva de los derechos del imputado. Que el registro solicitado debía contar con especificidad la hora, lugar, circunstancias de la detención; lugar donde será llevada la persona detenida y probable hora de llegada; hora de llegada; situación procesal del detenido; nombres de las personas que en cada momento ostentan la custodia física inmediata, y nombres de las personas que ostentan la custodia legal del detenido” (Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo N° 238)

B) Estado de vulneración de los detenidos

Los detenidos son individuos en una situación de vulnerabilidad constante de sus derechos, ya que organismos del estado ejercen un control total sobre sus personas. El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas estableció en reiteradas oportunidades que, muchos de los actos de tortura se consuman entre la detención y la consignación del detenido ante un juez. En consecuencia, resulta ser precisamente ese lapso de tiempo el que se debe reducir, posibilitando el inmediato control judicial de legalidad de la detención.

Ese cuadro se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria, situación en la que el detenido es colocado en estado de completa indefensión, posibilitando que se transgredan otros derechos como la integridad física, trato digno, etc. Cuando la detención es ilegal, no se necesita comprobar otros tratos crueles o inhumanos para que se encuentre violado el art. N° 5 CADH. Esta interpretación se consolidó con el caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, en el que se esta-

bleció que bastaba con que haya transcurrido un breve tiempo de detención ilegal para que se configure una conculcación a la integridad psíquica y moral del individuo. Ese fallo modificó el criterio de la Corte IDH, que entendía que no se violaba el derecho a la integridad personal del detenido, aun cuando se había comprobado una infracción al art. N° 7 CADH, como producto de una detención ilegal (caso Gangaram Panday vs. Surinam).

Otra situación de vulnerabilidad es la incomunicación del detenido, que la Corte recomienda que sea excepcional dado los sufrimientos a los que es expuesto, al creciente riesgo de agresión, a la arbitrariedad de las cárceles y a la puesta en peligro del debido proceso. En reiteradas oportunidades, la Corte IDH ha considerado que el sólo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad (caso Velásquez Rodríguez, párrafo N° 187; caso Suárez Rosero, párrafo N° 91; caso Loayza Tamaya, párrafo N° 57 y caso Castillo Petruzzi, párrafos N° 192/194). Sólo se desvió de esa decisión en el caso Caballero Delgado y Santana, en el que consideró que no se había violado el art. N° 5 de la CADH, “ya que a su juicio no hay prueba suficiente de que los detenidos hayan sido torturados o sometidos a malos tratos” (párrafo N° 65).

Como se señaló anteriormente, una persona detenida de por sí resulta ser una persona en una condición de vulnerabilidad. Pero a su vez, dentro de este universo de individuos, ciertas cualidades, la pueden tornar susceptibles de ser víctima de abusos. “No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión pública o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera” (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, art. N° 6 apartado N° 1; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, principio N° 2). Lo que implica que están prohibidas cualquier “distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionales reconocidos a las personas privadas de la liber-

tad” (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su libertad en las Américas, principio N° II).

Sin embargo, no se debe considerar discriminatorias las acciones que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultos mayores; de las personas enfermas o con infecciones; como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su libertad en las Américas, principio N° II).

En el caso *Tibi vs. Ecuador* concluyó que determinados actos de violencia realizados de forma intencional y acaecidos en el contexto de una detención pueden producir sensaciones de pánico y temor por la vida. Esta situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran las personas a quienes al momento de ser detenidas se les somete a tratos crueles, inhumanos y degradantes producen “sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillar y devastar a una persona y posiblemente quebrar su resistencia física y moral.

Así, con respecto a la especial relación de sujeción en la que se encuentran los privados de libertad frente al aparato estatal, la Corte dijo en el caso *Bulacio*: “Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulneración de aquél” (*Corte IDH, Bulacio vs Argentina*, párrafo N° 126).

En el caso “*Instituto de Reeducción del menor*”, se desarrolló un concepto más amplio: “Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de la libertad y el Estado, caracterizado por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias

propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas (...)” (Corte IDH, Instituto de Reeducación del Menor, párrafo N° 152).

Por su parte, la Comisión IDH., estableció en su informe de fondo N° 41/99 del caso de los menores detenidos que: “El Estado, al privar de la libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en un “instituto total”, como es la prisión, en el cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección” (Comisión IDH, Informe N° 41/99, Menores detenidos, Honduras, párrafo N° 135).

3. Consecuencias de la detención

La Corte Interamericana considera que la privación de la libertad trae, como consecuencia ineludible o como efecto lateral, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal (CIDH, caso Montero Aranguren y otro, párrafo N° 86; caso López Álvarez, párrafo N° 105; caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párrafo N° 154 y caso “Cinco Pensionistas”, párrafo N° 116). Para evitar esas circunstancias, entre otras cuestiones, las condiciones de las cárceles se deben adecuar a los estándares internacionales relativos a esta materia. De modo genérico, se le deberá respetar y garantizar su vida, su integridad física y se asegurarán condiciones mínimas de detención que sean compatibles con su dignidad. Esta resulta ser una labor propia del Estado, asegurando la manera y el método de ejecución de la medida que no someta al detenido a angustias o dificultades que excedan el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, se garantice su salud y bienestar (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 86).

Esta obligación del Estado se debe a que se encuentra en una posición de garante frente a las personas privadas de la libertad, toda vez

que el personal que ejecuta la detención ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Se produce una relación e interacción especial de sujeción entre el sujeto y el Estado caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones, y por las características propias del encierro en donde se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 87; caso García Asto y Ramírez Rojas, párrafo N° 221; caso Raxcacó Reyes, párrafo N° 95; caso Fermín Ramírez, párrafo N° 118; caso Instituto de Reeducción del Menor, párrafo N° 152).

En este sentido, el Juez Sergio García Ramírez, en el caso de las Penitenciarias de Mendoza, ha señalado que “la calidad de garante del Estado es una expresión generalmente utilizada -si se atiende al diccionario de las voces penales- para referirse a la comisión por omisión: calidad de quien debe responder por ciertos resultados, en virtud de las obligaciones de custodia que asume o se le atribuyen en forma vinculante. Éste es el caso, precisamente, cuando se trata del Estado carcelero: el interno, como se suele denominar al prisionero, con lujo de eufemismo, queda a merced del custodio *-lato sensu-*, en cuanto sus derechos se hallan diluidos, suprimidos, enrarecidos de facto. Carece de los medios para hacerlos valer. Depende de la voluntad del funcionario, que puede ser benévolo o tiránico; o bien, queda a merced de las circunstancias en el frecuente supuesto de que el custodio abdique de sus atribuciones como autoridad del encierro y permita que las cosas sucedan como la fortuna lo disponga” (Medida provisional, 18/6/2005, párrafo N° 1).

La decisión de privar de la libertad a un individuo sólo implica la limitación legal de un solo derecho, el derecho a la libertad personal. Los restantes derechos de las personas privadas de la libertad deben ser respetados, sobre todo los que se refieren a condiciones para el desarrollo de una vida digna (caso Instituto de Reeducción del Menor, párrafo N° 151). La defensa de los derechos humanos sólo se puede ejercer libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas ni de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o

morales u otro acto de hostigamiento (Corte IDH, *Fleury vs. Haití*, párrafo N° 81).

Frente a esta situación, los Estados deben garantizar no sólo el cumplimiento de las obligaciones negativas como la prohibición de las torturas y otros tratos crueles e inhumanos y degradantes, sino llevar adelante adecuaciones estructurales dentro de los centros penitenciarios para la dotación de servicios básicos en materia de alojamiento, salud, alimentación, educación, derechos sexuales, libertad religiosa, trabajo, etc. (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° II), contribuyendo de este modo al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de la libertad (caso Instituto de Reeducción del Menor, párrafo N° 153).

A) Control Judicial

Las medidas cautelares personales deben ser controladas no sólo al momento en que son decretadas, sino constantemente por un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° III).

Petición y Respuesta

Las personas privadas de libertad tendrán el derecho de petición individual o colectiva, y a obtener respuesta ante las autoridades judiciales, administrativas y de otra índole. Este derecho podrá ser ejercido por terceras personas u organizaciones, de conformidad con la ley.

Implica que tendrán el derecho a presentar denuncias, peticiones o quejas ante las instituciones nacionales de derechos humanos, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante las demás instancias internacionales competentes (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° VII).

Hábeas Corpus

Como una garantía judicial inderogable, el Hábeas Corpus representa el medio idóneo para controlar el respeto a la vida e integridad de las personas para impedir su desaparición o intermediación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura (Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros, párrafo N° 187; caso Suárez Rose-ro, párrafo N° 63; caso Neira Alegría y otros, párrafo. N° 82 y caso Durand y Ugarte vs. Perú, párrafo N° 103; caso Bámaca Velázquez, párrafo N° 192; caso Cantoral Benavides, párrafo N° 165; caso Pania-gua Morales, párrafo N° 164; caso Blake, párrafo N° 102; y caso Casti-llo Páez, párrafo N° 83).

El mismo Tribunal, en la opinión consultiva OC-8, ha sostenido que “los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garan-tías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo N° 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática” (Corte IDH, OC-8 y OC-9, párrafo N° 35 y caso Durand y Ugarte vs. Perú, párrafo N° 106).

B) Condición de detención

Lo que se analizará a continuación son las reglas generales que se deben respetar dirigidas a todas las personas privadas de la libertad.

La Corte IDH ha reconocido expresamente los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deberes de prevención que el Esta-do debe garantizar a favor de las personas privadas de libertad. Se enumeraron los siguientes documentos:

- ONU, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977;

- ONU, Conjunto de Principios para la Protección de todas las Per-sonas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión. Adoptado

por la Asamblea General de la ONU en su resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988;

-ONU, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Adoptadas por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

Ver también:

-ONU, Observación General N° 21 del Comité de Derechos Humanos. 10 de abril de 1992. A/47/40/(SUPP), Sustituye la Observación General N° 9, Trato humano de las personas privadas de libertad (art. 10): 44 período de sesiones 1992, y

-CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados durante el 131 Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

Toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad como persona. En calidad de responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que está bajo su custodia (Corte IDH, caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo, párrafo N° 63; caso Vélez Loor vs. Panamá, párrafo N° 198 y caso Díaz Peña vs. Venezuela, párrafo N° 135). Y esto se debe a que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre los detenidos.

Por esa posición, el Estado debe salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención (Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. párrafo. N° 159 y caso Vélez Loor Vs. Panamá, párrafo N° 198).

Los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano (Corte IDH, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, párrafo N° 67).

Y vinculado con ello, la prohibición de tortura debe subsistir aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (Corte IDH, Cantoral Benavides vs. Perú, párrafo N° 95; Anzualdo Castro vs. Perú, párrafo N° 199 y Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 70). Se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: a) es intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales y c) se cometa con cualquier fin o propósito (Corte IDH, Bueno Alves vs. Argentina, párrafo N° 79; Fernández Ortega vs. México, párrafo N° 120 y Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 72).

La violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado, que abarcan desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona -duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros- (Corte IDH, Loayza Tamayo vs. Perú, párrafo N° 57 y N° 58; Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 86 y Fleury y otros vs. Haití, párrafo N° 73).

Sobre la tortura psicológica, se ha reconocido que ésta se puede producir cuando las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una sensación de angustia moral. De modo ilustrativo, se puede mencionar el caso de Torres Millacura y otros, en que si autoridades policiales obligaron al individuo detenido a desvestirse mediante golpes y amenazas contra su vida con armas de fuego, y lo obligaron a tirarse a los matorrales para evitar un aparente fusilamiento, necesariamente le provocó sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad, lo cual constituyó un acto de tortura (Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 88).

El libre ejercicio del derecho a la vida y a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlos (obligación negativa) sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas

das para garantizarlos (obligación positiva) (Corte IDH, Vera Vera vs. Ecuador, párrafo N° 41).

Por aplicación del art. N° 7.4 CADH, el detenido al momento de ser privado de su libertad debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegados tiene particular relevancia, a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpado y pueda proveerle la asistencia y protección debidas (Corte IDH, Tibi vs. Ecuador, párrafo N° 112 y Comisión IDH, caso N° 12.581, Jesús Tranquillino Vélez Loor vs. Panamá).

Lugar de detención

Las personas privadas de la libertad sólo serán reclusas en lugares de privación de la libertad oficialmente reconocidos como tales (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° III).

Registro e ingreso

El ingreso a un centro de privación de libertad no será permitido por las autoridades del centro si el individuo no está autorizado por una orden de autoridad competente. Al momento del ingreso, se deberá informarle al individuo en su lengua materna, cuáles son las reglas del centro en cuanto a sus derechos y obligaciones. Respecto a sus bienes personales (dinero, objetos de valor, ropas y otros efectos que el reglamento no le autorice retener), deberán ser guardados en un lugar seguro que será devuelto al momento de su liberación, a excepción del dinero que se haya autorizado para realizar ciertos gastos (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 43).

Otra exigencia que deberán satisfacer los establecimientos, será contar con un registro de las personas privadas de libertad, en el que constará la siguiente información:

- Identidad.
- El estado de salud.
- Razón de la privación.
- La autoridad que lo ordenó.
- La autoridad que realiza la entrega.
- La autoridad que controla la privación.
- Día y hora del ingreso.
- Día y hora de los traslados y lugares de destino.
- Identidad de la autoridad que ordene los traslados y la encargada de realizarlos.
- Inventario de bienes personales y la firma de la persona privada de la libertad.

(Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 7 y Principios y Buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principios N° I X.1. y 2).

Separación por categoría

Los reclusos deberán ser alojados según diversas categorías en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos según:

- Sexo.
- Edad.
- Antecedentes.
- Motivos de la detención.
- Trato que corresponda aplicarle.

Además:

-Los hombres y mujeres deberán ser recluidos, hasta donde fuera posible, en establecimientos diferentes.

-En un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres el conjunto de locales destinados a las mujeres deberá estar completamente separado.

-Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los condenados (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N^o 85.1 y Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión, principio N^o 8).

-Los detenidos jóvenes deberán estar separados de los adultos (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N^o 8).

Instalaciones

El espacio físico de las personas privadas de la libertad ha sido establecido en distintos cuerpos normativos, no sólo con el objetivo de evitar situaciones de hacinamiento, sino también para fijar ciertos estándares de calidad dentro de un penal.

Según las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupadas más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resulta indispensable que la administración penitenciaria hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. Cuando se utilicen dormitorios, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. De todos modos, por la noche, deberán ser sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate (Regla Mínima para el Tratamiento de Reclusos, apartado N^o 9.1).

Sobre las características que deben reunir las celdas o cuartos, se ha considerado necesario que deben:

- Disponer de espacio suficiente.
- Exposición diaria a la luz natural.

- Ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar.

Las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural, y deberán estar dispuestas para que pueda entrar aire fresco, haya o no haya ventilación artificial (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 11.a). Respecto del mobiliario, se deberá proporcionar una cama individual (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartada 10 y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° XII.1).

Las celdas deberán tener acceso a instalaciones sanitarias adecuadas y a baños con duchas, para que el individuo pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 12).

Las malas condiciones físicas y sanitarias de los lugares de detención, la falta de luz y ventilación adecuada de acuerdo a su intensidad, su duración y las características personales de quien las sufre, pueden ser violatorias del art. N° 5 de la CADH, pues pueden causar sufrimiento de una intensidad que excede el límite inevitable de sufrimientos que acarrea la detención, y porque conllevan sentimientos de humillación e inferioridad (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 97).

En el caso Reten de Catia, los internos no sólo tenían que excretar en presencia de sus compañeros, sino que tenían que vivir entre excrementos, y hasta alimentarse en esas circunstancias. La Corte consideró que ese tipo de condiciones carcelarias son completamente inaceptables, constituyen un desprecio a la dignidad humana, un trato cruel, inhumano y degradante, un severo riesgo para la salud y la vida, y una rotunda violación de los artículos N° 5.1 y N° 5.2 de la Convención Americana (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 99).

En el caso “Díaz Peña vs. Venezuela”, la Corte IDH tuvo por comprobado que recién un año y ocho meses después del ingreso del im-

putado a prisión, se abrió una ventana, se permitió el uso de ventiladores de pie, se dispuso de manera progresiva un sistema de iluminación artificial, extractores internos de aire y aire acondicionado como así el acceso a la luz natural (párrafo N° 136).

Del precedente Pacheco Turuel y otros vs. Honduras, se determinó que el sistema eléctrico era deplorable y la sobrecarga de aparatos generó un corto circuito que provocó el incendio. El centro carecía de mecanismos adecuados para prevenir y afrontar dicha situación. Las únicas instrucciones para el personal en esos casos era llamar a los bomberos y disparar al suelo. Y de los hechos se desprende que durante el incendio los internos no pudieron salir de la celda por aproximadamente una hora, lo que derivó en un gran número de muertes a causa de asfixias por sofocación y quemaduras graves (párrafo N° 66).

El Estado en su función de garante debe diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que pondrían en peligro los derechos fundamentales de los internos en custodia. En este sentido, el Estado debe incorporar en el diseño, estructura, construcción, mejoras, manutención y operación de los centros de detención, todos los mecanismos materiales que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzcan situaciones de emergencia o incendios y en el evento de que se produzcan estas situaciones se pueda reaccionar con la debida diligencia, garantizando la protección de los internos o una evacuación segura de los locales. Entre esos mecanismos se encuentran sistemas eficaces de detección y extinción de incendios, alarmas, así como protocolos de acción en casos de emergencias que garanticen la seguridad de los privados de libertad (caso Pacheco Turuel vs. Honduras, párrafo N° 68).

A criterio de la Corte EDH, el hecho de que una persona hubiera sido obligada a vivir, dormir y hacer uso del sanitario conjuntamente con un gran número de internos era en sí mismo suficiente para considerarlo como un trato degradante (Corte EDH, caso Khudovorov vs. Rusia, párrafo N° 107; caso Karalevicius vs. Lituania, párrafo N° 39; caso I.I. vs. Bulgaria, párrafo N° 73).

· Más antecedentes sobre las instalaciones: los problemas de hacinamiento

En el caso *Montero Aranguren*, la Corte IDH, pudo constatar que las personas recluidas en el Retén de Catia vivían en condiciones de extremo hacinamiento y sobrepoblación a pesar de la carencia de registros. Según estimaciones, la población ascendía a entre 2286 y 3618 internos, cuando la capacidad máxima era de 900 reclusos. Es decir, que tenía una sobrepoblación carcelaria de entre 254 y 402 por ciento mayor a la capacidad del establecimiento. Con esa población, el espacio para cada individuo era aproximadamente de 30 centímetros cuadrados. Esta situación fue catalogada, por la Corte IDH, como inaceptable y constitutiva de un trato cruel, inhumano y degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y violatorio del artículo N° 5.2 de la Convención Americana (Corte IDH, caso *Montero Aranguren*, párrafo N° 91).

La Corte IDH, en el caso *Fleury*, consideró que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, en aislamiento e incomunicación o con restricciones indebidas al régimen de visitas, constituye una violación a la integridad personal (Corte IDH, *Fleury y otro vs. Haití*, párrafo N° 85).

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes estableció que siete (7) metros cuadrados por prisionero es una guía aproximada y deseable para una celda de detención (CPT/Inf (92) 3 [EN], 2º reporte general, 13/4/1992, párrafo N° 43). Además, caracterizó a una prisión sobre-poblada, de modo enunciativo, por su alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de los sanitarios; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario.

En los casos en los que tuvo que intervenir la Corte EDH, ha considerado:

A) Que un espacio de dos metros cuadrados para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo resulta cuestionable a la luz del artículo N° 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Corte EDH, caso Kalashnikov vs. Rusia, párrafo N° 97);

B) Que una celda de siete metros cuadrados para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación del artículo citado (Corte EDH, caso Peers vs. Grecia, párrafos N° 70/72);

C) Una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio (Corte EDH, caso Karalevicius vs. Lituania, párrafo N° 36).

En cuanto a la utilización de dormitorios de gran capacidad, se han formulado distintas observaciones:

A) Implican una falta de privacidad para los individuos en su vida diaria y el riesgo de intimidación y violencia resulta ser alto;

B) Facilitan el desarrollo de sub-culturas delictivas y facilita el mantenimiento de la cohesión de organizaciones criminales;

C) Pueden volver extremadamente difícil, si no imposible, el apropiado control por parte del personal penitenciario; más específicamente en caso de disturbios (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 92).

Atención Médica

Como mecanismo para garantizar el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, el Estado debe garantizar el acceso a la atención médica gratuita e integral mientras dure la detención. Esta obligación del Estado comienza con el ingreso del individuo al lugar de detención, al que se le deberá practicar un examen médico imparcial y confidencial en el que se deberá constatar su estado de salud mental y física, además de la identificación de huellas de maltrato físico o tortura y de la necesidad de algún tratamiento médico especial. Si de este examen da como resultado la existencia de alguna condición de gra-

vedad, se deberá trasladar la información a la autoridad competente. Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuado. Además el personal deberá poseer suficiente preparación profesional (Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (ONU), apartado N° 24; CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio X.3).

Los derechos a la vida y a la integridad física se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público. El Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera. La Corte IDH ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo N° 5 de la Convención Americana (Corte IDH, *Vera Vera vs. Ecuador*, párrafo N° 43).

La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en contra de la tortura y los malos tratos, físicos o mentales, de las personas privadas de la libertad (Corte IDH, caso *Montero Aranguren y otros (Reten de Catia) vs. Venezuela*, párrafo N° 102; caso *Vélez Loor vs. Panamá*, párrafo N° 220 y *Díaz Peña vs. Venezuela*, párrafo N° 137).

Siempre que una persona es detenida en un estado de salud normal y posteriormente aparece con afectaciones a su salud, corresponde al Estado proveer una explicación creíble de esa situación (Corte IDH, *Sánchez vs. Honduras*, párrafo N° 100; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo N° 134 y *Fleury y otro vs. Haití*, párrafo N° 77).

La Corte IDH consideró útil remitirse a la jurisprudencia de la Corte EDH, en casos en los cuales ha habido un tratamiento médico negligente o deficiente a personas privadas de la libertad. El Tribunal Europeo ha tomado en cuenta factores tales como la falta de asistencia médica de emergencia y especializada pertinente, deterioro excesivo de la salud física y mental de la persona privada de la libertad y exposición a dolor severo o prolongado a consecuencia de la falta de atención médica oportuna y diligente, las condiciones excesivas de seguridad a las que se ha sometido a la persona a pesar de su evidente estado de salud grave y sin existir fundamentos o evidencias que las hicieran necesarias, entre otros, para valorar si se ha dado un tratamiento inhumano o degradante a la persona privada de la libertad (Corte EDH, *Sarban vs. Moldavia*, nota N° 90 y *Paladi vs. Moldavia*).

A criterio de la Corte IDH, el Estado tiene el deber de:

A) Proporcionar revisión médica regular, atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera (caso *Montero Aranguren*, párrafo N° 102) y a cargo del personal médico calificado cuando éste sea necesario (caso *Pacheco Teruel vs. Honduras*, párrafo N° 67); acorde al sistema nacional de salud, para lo cual el gobierno deberá tener en cuenta a los detenidos al fijar sus políticas, administrar sus recursos y sin discriminarlos por su condición jurídica (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, principio N° 9);

B) Permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal (Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas*, párrafo N° 227; caso de la *Cruz Flores*, 28/11/2004, párrafo N° 115; caso *Tibi*, párrafo N° 157; caso *Montero Aranguren*, párrafo N° 102, Ppio. 24 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión) si su petición es razonable y está en condiciones de sufragar los gastos (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 91). La atención por parte de un médico que no tenga vínculos con las autoridades penitenciarias o de detención es una importante salvaguardia en

contra de las torturas y malos tratos, físicos o mentales, de los prisioneros (Corte EDH, caso Mathew vs. Holanda, párrafo 187 y Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo 102). Cabe aclarar, que ello no implica la obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de los individuos en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 102);

C) Prevenir y facilitar tratamientos de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas para satisfacer las necesidades particulares de las personas de grupos vulnerables o de alto riesgo: personas adultas mayores; mujeres; personas con discapacidad; portadores de VIH-SIDA, tuberculosis y las personas con enfermedades en fase terminal (Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (ONU), apartado N° 22; Comisión IDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio X.); y

D) No someter a experimentos médicos o científicos, ni siquiera con su consentimiento, si puede perjudicarles su estado de salud (Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, principio N° 22).

La falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria de los artículos N° 5.1 y N° 5.2 de la Convención Americana dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos. De acuerdo a la Corte IDH, la negativa a permitir que un detenido sea atendido por un médico a su elección, no resulta violatorio del art. N° 5.2 de la CADH (caso Cesti Hurtado, párrafos N° 153/160). En cambio, en el caso de alegarse una atención médica deficiente, esa negativa constituye una violación a la norma antes citada (caso Bulacio, párrafo N° 131). El Comité de Derechos Humanos ha manifestado que la protección de los detenidos exige que a todos ellos se les permita acceder de forma rápida y periódica a un médico (Observaciones Generales N° 20, párrafo N° 11).

En el caso de los facultativos médicos, ellos tienen una serie de responsabilidades frente a las personas privadas de la libertad:

A) Deben tratarlas al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no lo están (Principio de ética médica, principios N° 1 y N° 6);

B) La participación del personal de la salud en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo es contraria a la ética médica, a menos que se determine que es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio detenido, de los demás presos o detenidos o de sus guardianes y no presenta peligro para la salud del detenido (Principios de ética médica, principio N° 5).

Alimentación y agua potable

La alimentación que se brinde en los centros de detención debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente (Corte IDH, caso Pacheco Turuel y otros vs. Honduras, párrafo N° 67).

Dentro de los límites, los detenidos en prisión preventiva podrán si lo desean alimentarse por su propia cuenta procurándose alimentos del exterior por conducto de la administración, de su familia o de sus amigos. Caso contrario, la administración suministrará la alimentación (Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, apartado N° 87), pues resulta ser una obligación del Estado, el cual deberá tener en cuenta estándares de nutrición e higiene en su preparación.

Deberán tomarse en cuenta además las concepciones religiosas y culturales de los individuos, así como dietas especiales debido a condiciones médicas particulares (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 20; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio N° XI).

La privación de agua potable o de alimento con fines de castigo o como forma de indagación deben estar prohibidos en la ley, constitu-

yendo su uso, según el grado de afectación a la persona y la intención del acto, tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Las personas privadas de la libertad deberán tener acceso a agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal (Corte IDH, caso Pacheco Turuel y otros vs. Honduras, párrafo N° 67).

Ejercicios físicos

Si el individuo no ejerce un trabajo al aire libre, deberá disponer, si el clima lo permite, de una hora al menos al día de ejercicio físico adecuado al aire libre (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 21.1).

Educación y cultura

El individuo tendrá derecho a participar de actividades culturales y educativas (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 6). A esos fines, cada establecimiento deberá tener una biblioteca, suficientemente provista de libros instructivos y recreativos (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 40). De todos modos, se deberá autorizar a todo acusado a procurarse, a sus expensas o a las de un tercero, de libros, periódicos, recado de escribir, así como otro medio de ocupación, dentro de los límites compatibles con la seguridad y el buen orden del establecimiento (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 90).

Trabajo

La administración penitenciaria deberá crear condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborables remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral, y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, principio N° 8). En el caso concreto de las personas detenidas en prisión preventiva, se les podrá ofrecer la posibilidad de trabajar, pero no se les exigirá que lo

hagan; pero si lo hacen, esta actividad deberá ser remunerada (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 89).

Registros corporales e inspecciones de las instalaciones

Deberán realizarse con la debida necesidad, razonabilidad y proporcionalidad para lograr la protección de la vida y la integridad de las personas privadas de su libertad. Como medida para evitar la presencia de armas dentro de los establecimientos, se deben implementar acciones para que, de manera inmediata, sean requisadas las armas de todo tipo que pudieran existir en el interior de los establecimientos, con un adecuado monitoreo, y con presencia y control judicial, a efectos de garantizar su legalidad. Asimismo, se deberán adoptar las medidas que sean necesarias para evitar el ingreso clandestino de armas, incluyendo en el control a los ámbitos destinados a los agentes penitenciarios (Corte IDH, caso de las Penitenciarías de Mendoza, medidas provisionales, párrafo N° 3).

Los registros corporales a las personas privadas de su libertad deberán ser acordes a la dignidad humana y a los derechos fundamentales. Esto implica que se deberá practicar en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo. En lo posible se utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados.

Los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio XXI).

Relación con el mundo exterior

El contacto con el mundo exterior es uno de los derechos básicos de las personas privadas de la libertad, que incluye principalmente la posibilidad de que el individuo pueda recibir visitas de familiares y amigos (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 37 y Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, principio XXVIII) o bien tener con-

tacto a través de correspondencia (Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, principio N° 19). Esta actividad, es fundamental para la reinserción social de la persona que es sometida a detención.

El contacto con el exterior incluye el acceso a visitas íntimas, por lo que respetar los derechos sexuales de las personas privadas de su libertad obliga a los Estados a proporcionar instalaciones adecuadas y a no imponer requisitos que desnaturalicen este derecho, como excluir de este servicio a las personas que no mantengan vínculo matrimonial con la persona visitante o prohibir las visitas íntimas entre personas del mismo sexo. En caso de personas privadas extranjeras se deberán proporcionar las facilidades para la comunicación con sus representantes diplomáticos y consulares (Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, apartado N° 38).

Traslados

Se deberá respetar la dignidad humana y sus derechos fundamentales, para lo cual se deberán realizar con la menor exposición posible al público, impidiendo toda clase de publicidad y en condiciones adecuadas de ventilación y luz (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 45). Los traslados se realizarán con autorización de la autoridad competente, a costa del Estado y jamás deberán practicarse con el objeto de castigar, reprimir o discriminar (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en la Américas, principio XII).

Régimen disciplinario

Los Estados podrán establecer sanciones disciplinarias a los individuos que violenten las normas de convivencia del centro de detención con el objeto de mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común (Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, apartado N° 27). Las conductas punibles y sus respectivas sanciones deberán estar contenidas en la ley, ser susceptibles de control judicial, debiendo cumplirse las normas del debido proceso penal para su imposi-

ción (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en la Américas, principio XXII. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 30).

Las sanciones incompatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos serán prohibidas por la ley. En concreto, quedarán prohibidos como sanciones disciplinarias las penas corporales, el encierro en celdas oscuras, como todo otro castigo cruel, inhumano o degradante, los traslados, las sanciones que se impongan en forma colectiva, o los medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 31). Las sanciones de aislamiento, reducción de alimentos o cualquier otra sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlo (Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, apartado N° 32).

• Más antecedentes sobre el régimen disciplinario: celdas de aislamiento o castigo

Sólo deben usarse como medidas disciplinarias o para la protección de personas (Corte EDH, caso Mathew vs. Holanda, párrafo N° 199; Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 94), por el tiempo estrictamente necesario y en estricta aplicación de los criterios de racionalidad, necesidad y legalidad (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 94). Aunque se tiende a tratar de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria (Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, principio N° 7).

Estas unidades deben reunir las siguientes características:

- Condiciones mínimas de habitabilidad, espacio y ventilación (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 94).
- No pueden ser oscuras (Art. N° 31 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).
- El individuo no puede estar incomunicado (Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas, párrafo N° 221; caso Raxcacó Reyes, párrafo N° 95 y caso Fermín Ramírez, párrafo N° 118).

- Sólo pueden ser aplicadas cuando un médico certifique que el interno puede soportarlas (art. N° 32.1 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas señaló que celdas de aislamiento de 60 x 80 centímetros, en las que no hay luz ni ventilación y sólo se puede estar en ellas de pie o agachado “constituyen en sí mismas una forma de instrumento de tortura” (Informe del Comité contra la Tortura sobre Turquía, ONU, 48º periodo de sesiones, A/48/44/Add.1, 1994, párrafo N° 52).

Métodos de control

La violencia dentro del centro de detención deberá ser prevenida oportunamente mediante acciones eficaces y acorde a los derechos humanos. Repelerla a través del uso de la fuerza, la que deberá sujetarse de forma estricta a parámetros de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, en especial el uso de las armas el cual será excepcional y deberá ser justificado por el agente que tomó la decisión de usarla (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en la Américas, principio XXIII).

No se empleará la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos cuando corra peligro la integridad física de las personas (Principios para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 15).

De acuerdo a la Corte IDH, la posición de garante del Estado respecto a las personas privadas de la libertad, obliga a preservar sus vidas y la integridad de las mismas frente a cualquier acto de violencia, sea consecuencia del accionar de agentes estatales como de la actuación de terceros particulares (Corte IDH, solicitud de medidas provisionales a favor de las personas privadas de la libertad de la penitenciaria “Dr. Sebastiao Martins Silveira”, San Paulo, Brasil, 30/9/2006).

La Corte IDH sostiene que, en cuanto al uso de la fuerza por parte de las entidades de seguridad, ésta debe atenerse a criterios de motivos

legítimos como necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Corte IDH, *Montero Aranguren (Reten de Catia) vs. Venezuela*, párrafos N° 67 a N° 69; *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, párrafos N° 83 a N° 85 y *Fleury y otros vs. Haití*, párrafo N° 74). Y todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, párrafo N° 57; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrafo N° 134 y *Fleury y otro vs. Haití*, párrafo N° 77). Sobre esa base, se consideró que en el análisis del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado se deben tomar en cuenta tres momentos fundamentales: a) las acciones preventivas; b) las acciones concomitantes a los hechos y c) las acciones posteriores a los hechos (Corte IDH, *Fleury y otro vs. Haití*, párrafo N° 78).

Para analizar el uso de la fuerza en el caso concreto, se deberá realizar en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad: *i. Legalidad*: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo; en este caso detener el vehículo que desató un alto en un puesto de control. Frente a ello, la legislación y entrenamiento debían prever la forma de actuación en dicha situación. *ii. Absoluta necesidad*: es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, en conformidad con las circunstancias del caso. La Corte considera que, aun cuando la abstención del uso de la fuerza hubiera permitido la huida de las personas objeto de la acción estatal, los agentes no debieron emplear la fuerza letal frente a las personas que no representaban una amenaza o peligro real o inminente de los agentes o terceros. En consecuencia, dicho acontecimiento no constituyó, en definitiva, una situación de absoluta necesidad. *iii. Proporcionalidad*: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda (Corte IDH, *Fleury y otro vs. Haití*, párrafo N° 85). Sobre este último elemento, la Corte complementó que la proporcionalidad está también relacionada con la planeación de medidas

preventivas, toda vez que ésta comporta una evaluación de la razonabilidad del uso de la fuerza. Para ello, resulta útil analizar los hechos bajo estricto escrutinio a fin de determinar: a) si con la implementación de medios menos lesivos se podrían evitar las afectaciones, y b) si existió proporcionalidad entre el uso de la fuerza y el daño que estaba encaminado a repeler (Corte IDH, Fleury y otro vs. Haití, párrafo N° 87).

En el caso Fleury quedó acreditado que, si bien el camión no atendió la señal de la autoridad, lo cual generó una persecución temeraria, en ningún momento existió alguna agresión o ataque de parte de las personas que se encontraban en el camión. Por el contrario, los agentes accionaron, de manera indiscriminada, armas de alto calibre y ocasionaron heridos y muertos (Corte IDH, Fleury y otro vs. Haití, párrafo N° 86).

Respecto de los medios empleados, la Corte reitera que los Estados tienen el deber de planear adecuadamente la actividad de sus agentes para minimizar el uso de la fuerza y las fatalidades que se pudieran presentar (Corte IDH, Fleury y otro vs. Haití, párrafo N° 88).

A continuación podrás saber más información sobre los siguientes puntos:

• **Medios preventivos:** Para lograr ese objetivo del punto anterior, la Comisión Interamericana ha regulado algunas pautas de carácter preventivo, como:

- Separar adecuadamente las diferentes categorías de personas.
- Asegurar la capacidad y formación continua y apropiada del personal.
 - Incrementar el personal destinado a la seguridad y vigilancia interior, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos.
 - Evitar de manera efectiva el ingreso de armas, drogas, alcohol y de otras sustancias u objetos prohibidos por la ley, a través de registros e inspecciones periódicas, y la utilización de medios tecnológicos u otros métodos apropiados, incluyendo la requisita al propio personal.

- Establecer mecanismos de alerta temprana para prevenir las crisis o emergencias.
- Promover la mediación y la resolución pacífica de conflictos internos.
- Evitar y combatir todo tipo de abusos de autoridad y actos de corrupción.
- Erradicar la impunidad, investigando y sancionando todo tipo de hechos de violencia y de corrupción, conforme a la ley.

(Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en la Américas, principio N° XXIII).

• **Medios de coerción:** Los medios de coerción como las esposas, podrán ser empleados en los siguientes supuestos:

- Como medida de precaución contra una evasión durante un traslado siempre que sean retiradas cuando comparezcan ante la autoridad correspondiente.
 - Por razones médicas y por indicación del médico.
 - Por orden del director si han fracasado los demás medios para dominar a un recluso, con el objeto de evitar que se dañe a sí mismo o dañe a terceros o produzca daños materiales.
- **Uso de armas de fuego:** Según la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cuestión de si debería recurrirse al uso de armas de fuego y en qué circunstancias debe decidirse sobre la base de disposiciones legales claras y entrenamiento adecuado (Corte EDH, caso Erdogan vs. Turquía, párrafo N° 68; caso Kakavalli vs. Turquía, párrafos N° 109/110; caso Kilic vs. Turquía, párrafo N° 62).

Los funcionarios no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una serie de amenazas para la vida y con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dicho

objetivo (Principios para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 9). Tampoco lo emplearán, salvo en defensa propia o en defensa de terceros cuando haya peligro inminente de muerte o lesiones graves, o cuando sea estrictamente necesario para impedir la fuga de una persona sometida a custodia o detención presente el peligro a que se refiere el principio N° 9 (Principio para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 16).

La Corte IDH, siguiendo los “Principios sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley” (aprobado por la Asamblea General en su resolución N° 34/139, 17/12/1979), determina que: las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

- Especificuen las circunstancias en que tales funcionarios estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados.
- Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios.
- Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado.
- Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado.
- Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego.
- Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.
- (Principios para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 5 y Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 75).

Los Estados deberán dotar a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y munición de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, debería permitirse utilizar equipos autoprotectores (Principios para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 2). Para ello, se hará evaluaciones a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará el uso de tales armas (Principios para el Empleo de Fuerza y de Armas, principio N° 4).

· **Capacitación y entrenamiento de los agentes estatales en el uso de la fuerza:** Con el fin de garantizar la no repetición de violaciones de derechos humanos, la Corte IDH ha considerado importante fortalecer las capacidades institucionales del personal policial mediante su capacitación sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, incluyendo los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad de las personas, así como sobre los límites a los que se encuentran sometidos al detener a una persona. Para cubrir dichas exigencias el Estado debe implementar un programa o curso obligatorio sobre los puntos antes referenciados como parte de una formación general y continua de los policías de todos los niveles jerárquicos (Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, párrafo N° 173).

La Comisión IDH, solicitó en *Cabrera García vs México* a la Corte IDH que ordene al Estado que desarrolle programas de formación para los funcionarios estatales que tengan en cuenta las normas internacionales establecidas en el Protocolo de Estambul, con el fin de que dichos funcionarios “cuenten con los elementos técnicos y científicos necesarios para evaluar posibles situaciones de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes”; como programas permanentes de educación en derechos humanos dentro de las Fuerzas Armadas mexicanas, en todos los niveles jerárquicos.

Una adecuada legislación sobre el uso de las armas resultará insuficiente si el Estado no forma o capacita a los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad, sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que deben estar sometidos, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 77).

Los organismos internacionales aconsejan limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales (Corte IDH, caso Montero Aranguren, párrafo N° 78).

En definitiva, el uso de armas de fuego resulta ser una medida extrema. No deberán emplearse excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.

4. Corolario

A modo de corolario de este capítulo, resulta oportuno formular una serie de reflexiones acerca de las cuestiones que fueron objeto de análisis. A partir de ellas, debemos asumir la misión de reflexionar seriamente sobre qué hacer y cómo actuar para convertir en realidad el Estado de Derecho.

Un tribunal internacional de derechos humanos sólo cuenta con capacidad operativa para resolver una ínfima cantidad de los litigios. En muchos de los casos a consideración, se reproduce el análisis de las mismas violaciones previamente sometidas a su jurisdicción, es decir, temas que si bien resultan ser fundamentales, ya se establecieron los alcances de derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, para que no se continúen repitiendo los mismos errores, debe ser un objetivo que los alcances brindados en los casos sean trasladados y receptados en el derecho interno de cada Estado

parte e impacten de un modo efectivo en las prácticas cotidianas que impliquen restricciones de derechos. De esta manera, se evitaría la repetición de casos que llega a la instancia internacional.

Para lograr ello, resulta necesario que los Estados Partes, como garantes de los derechos de las personas que se encuentran sometidas a privación de la libertad, y sus funcionarios, quienes son los que, en definitiva, ejecutan el poder coercitivo, materialicen los cambios necesarios para que las pautas de los organismos internacionales sean consideradas las “bases” o “pautas mínimas” de actuación y dejen de formar parte de debates doctrinarios netamente dogmáticos. “Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados, que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones” (Corte IDH, caso Tibi, voto concurrente Dr. García Ramírez, párrafo N° 9).

De modo fundamental e improrrogable, entre los asuntos a analizar para provocar un cambio, se encuentran las instituciones de privación de la libertad, que resultan el ámbito con mayor capacidad lesiva a los derechos humanos, esencialmente por el grado de vulnerabilidad que el sistema imprime a los individuos que ingresan en él, sean culpables (de resultar determinada su responsabilidad) o que nunca dejen de contar con el status de inocentes. No hay que ser pesimistas y negar que se obtuvieron logros importantes, pero todavía éstos deben consolidarse, convirtiéndose en prácticas universalmente válidas para todos los individuos de la región.

La persistencia de antiguas formas de criminalidad, la aparición de nuevas expresiones de la delincuencia, el asedio del crimen organizado y la extraordinaria virulencia de ciertos delitos de suma gravedad han determinado una suerte de “exasperación o desesperación” que es mala consejera: sugiere abandonar los progresos y retornar a sistemas o medidas que ya

mostraron sus enormes deficiencias éticas y prácticas (Corte IDH, caso Tibi, voto concurrente Dr. García Ramírez, párrafo N° 30).

Con alguna frecuencia se da cabida a prácticas y, peor aun, a normas derogatorias de derechos y garantías en el marco de la lucha contra delitos muy graves que parecen “justificar” estos retrocesos. Las consecuencias de esto, que desde luego no ha logrado ni prevenir, ni impedir ni reducir esos delitos, están a la vista en una extensa experiencia procesal contemporánea. No sólo se incorporan disposiciones que construyen, al lado del régimen procesal ordinario provisto de garantías, un régimen procesal especial o excepcional desprovisto de ellas, sino también aparecen y arraigan, como es obvio, una práctica devastadora que echa mano de todo género de argumentos para “legitimar” las más severas violaciones” (Corte IDH, caso Tibi, voto concurrente Dr. García Ramírez, párrafo N° 31).

Lecturas Complementarias - Material de apoyo

- Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (disponible en:

http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7331-principios-y-buenas-practicas-sobre-la-proteccion-de-las-personas-privadas-de-libertad-en-las-americas [07-02-2013]).

- Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (disponible en:

http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7332-100-reglas-de-brasil-sobre-acceso-a-la-justicia-en-condicion-de-vulnerabilidad [07-02-2013]).

Referencias, Lección 4

1. CONTROL DE DETENCION

Normativa:

Convención Americana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptados por el 1º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31/7/1957 y 2076 (LXII) de 13/5/1977. La primera parte es aplicable a todas las categorías de reclusos, incluso prisión preventiva.

Reglas Europeas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado por la Asamblea General (ONU) en su resolución 43/173, 9/12/1988.

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Corte Interamericana de Derecho Humanos:

Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 29/7/1988.

Corte IDH, caso Gangaram Panday vs. Suriman, 21/1/1994.

Corte IDH, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, 8/12/1995.

Corte IDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12/11/1997.

Corte IDH, caso Loayza Tamaya vs. Perú 17/11/1997.

Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros, 30/5/1999.

Corte IDH, caso Cesti Hurtado vs. Perú, 29/9/1999.

Corte IDH, caso Bámaco Velásquez vs. Guatemala, 25/11/2000.

Corte IDH, caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, 7/6/2003.

Corte IDH, caso Bulacio vs. Argentina, 18/9/2003.

Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, 2/9/2004.

Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, 7/9/2004.

Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/6/2005.

Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, 24/6/2005.

Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, 22/11/2005.

- Corte IDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, 25/11/2005.
Corte IDH, caso *López Álvarez vs. Honduras*, 1/6/2006.
Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, 21/9/2006.
Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26/9/2006.
Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21/11/2007.
Corte IDH, caso *Ivon Neptuno vs. Haití*, 6/5/2008.
Corte IDH, caso *Bayarri vs. Argentina*, 30/10/2008.
Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos*, 23/11/2009.
Corte IDH, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, 1/09/2010.
Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, 26/11/2010.
Corte IDH, caso *Vera Vera y otra vs. Ecuador*, 19/05/2011.
Corte IDH, caso *Torres Millacura y otros vs. Argentina*, 26/08/2011.
Corte IDH, caso *Fleury y otros vs. Haití*, 23/11/2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

- Comisión IDH, 2º informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Surinam, OEA/Ser. L/V/II.66, doc. 21 rev. 1. 1985.
Comisión IDH, informe Nº 12/96, caso 11.245, Argentina, 1/3/1996.
Comisión IDH, informe Nº 2/97, caso 11.205, Argentina, 11/3/1997.
Comisión IDH, Información sobre los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10, rev. 1, 24/4/1997.
Comisión IDH, Informe Nº 41/99, caso 11.491, Honduras (Menores detenidos), 10/03/1999.
Comisión IDH, informe Nº 64/99, caso 11.778, Ruth del Rosario Garcés Valladares, Ecuador, 13/4/1999.
Comisión IDH, informe Nº 86/09, fondo, Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6/8/2009.

Sistema Europeo:

- Corte EDH, caso *Neumeister vs. Austria*, 27/6/1968.
Corte EDH, caso *Matznetter vs. Austria*, 10/11/1969.
Corte EDH, caso *Ringeisen vs. Austria*, 16/7/71.
Corte EDH, caso *Brogan y otros vs. Reino Unido*, 29/11/1988.
Corte EDH, caso *Fox, Campbell y Hartley*, 30/8/1990.
Corte EDH, caso *Letellier vs. Francia*, 26/6/1991.
Corte EDH, caso *Kemmache vs. Francia*, 27/11/1991.

Corte EDH, caso Clooth vs. Bélgica, 12/12/1991.
Corte EDH, caso R.M.D. v Suiza, 26/9/1997.
Corte EDH, caso Clooth vs. Bélgica, 5/3/1998.
Corte EDH, caso Kurt vs. Turquía, 25/5/1998.
Corte EDH, caso Assenov y otros v. Bulgaria, 28/10/1998.
Corte EDH, caso Brogan y otros vs. Reino Unido, 29/11/1998.
Corte EDH, caso Debboub alias Hussein Ali vs. Francia, 9/9/1999.
Corte EDH, caso H.B. v. Suiza, 5/4/2001.
Corte EDH, caso Ikincisoy vs. Turquía, 24/7/2004.
Corte EDH, caso Myzit vs. Rusia, 63378/00, 20/1/2005.

Sistema Internacional:

Comité de Derechos Humanos, Observaciones Generales Nº 8.
Comité de Derechos Humanos, Observaciones Generales Nº 20.
Comité de Derechos Humanos, caso Drescher Caldas vs. Uruguay (21/6/1983).
Comité Derechos Humanos (ONU), caso Portorreal vs. República Dominicana (188/1984).
Comité de Derechos Humanos, caso Kelly vs. Jamaica (253/1987), 8/4/1991.
Comité de Derechos Humanos, caso Mc Lawrence c. Jamaica, Doc. ONU: CCPR/C/60/D/702/1996, 29/9/1997.
Comité de Derechos Humanos (ONU), Observaciones Finales, Bielorrusia, Doc. ONU: CCPR/C/79/add.86, 19/11/1997.
Comité de Derechos Humanos (ONU), opinión Nº 20/2007 (Mexico).
Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 4º periodo de sesiones, tema 2 del programa provisional; aplicación de la resolución Nº 60/251 de la Asamblea General. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. Presidenta-Relatora: Leila Zerrougui. 25/3/2006.

2. CONDICIONES DE DETENCION

Normativa internacional:

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, aprobada por la Asamblea General, resolución Nº 3452, de 9/12/1975.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el 1º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955. Aprobado por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31/7/1957 y 2076 (LXII) de 13/5/1977. La primera parte es aplicable a todas las categorías de reclusos, incluso prisión preventiva.

Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley. Aprobado por la Asamblea General en su resolución 34/169, 17/12/1979.

Principios de Ética Médica aplicables a la función del Personal de la Salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Aprobado por la Asamblea General (ONU) en su resolución 37/194, 18/12/1982.

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos de Penas Crueles, inhumanos o degradantes aprobada por la Asamblea General (ONU) en su resolución 39/46, 10/12/1984.

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, aprobado por la Asamblea General (ONU) en su resolución 43/173, 9/12/1988.

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego para los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la Ley. Aprobados por el 8vo. Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos. Aprobados y proclamados por la Asamblea General (ONU) en su resolución 45/111, del 14/12/1990.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas. Documento Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Corte IDH, caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia 3/11/1997.

- Corte IDH, caso Blake vs. Guatemala, sentencia 24/1/1998.
- Corte IDH, caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala, sentencia 8/3/1998.
- Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia 30/5/1999.
- Corte IDH, caso Cesti Hurtado vs. Perú, sentencia 29/9/1999.
- Corte IDH, caso Durand y Ugarte vs. Perú, 16/8/2000.
- Corte IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia 18/8/2000.
- Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, vs. Perú, sentencia 28/2/2003.
- Corte IDH, Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia 23/11/2003.
- Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia 2/9/2004.
- Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador; sentencia 7/9/2004
- Corte IDH, caso De la Cruz Flores vs. Perú; sentencia 18/11/2004.
- Corte IDH, caso Penitenciarías de Mendoza, medidas provisionales, 18/6/2005.
- Corte IDH, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia 20/6/2005.
- Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia 25/11/2005.
- Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia 1/2/2006.
- Corte IDH, caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, sentencia 5/7/2006.
- Corte IDH, Bueno Alves vs. Argentina, sentencia 11/05/2007.
- Corte IDH., Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia 22/09/2009.
- Corte IDH, Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia 30/08/2010.
- Corte IDH, Vélez Llor Vs. Panamá, sentencia 23/11/2010.
- Corte IDH, Fleury y otros vs. Haití, sentencia 23/11/2010.
- Corte IDH, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, sentencia 27/04/2011.
- Corte IDH, Vera Vera vs. Ecuador, sentencia 19/05/2011.
- Corte IDH, Torres Millacura y otros vs. Argentina, sentencia 26/08/2011
- Corte IDH, Díaz Peña vs. Venezuela, sentencia 26/06/2012.
- Corte IDH, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia 26/06/2012.

Corte Europea de Derechos Humanos:

- Corte EDH, caso Erdogan y otros vs. Turquía, párrafo 68.
- Corte EDH, caso kakaulli vs Turquía, párrafo 109/110.

Corte EDH, caso Kilic vs. Turquía, 22492, 28/4/2000.
Corte EDH, caso Peers vs. Grecia, 28524/95, 19/4/2001
Corte EDH, caso Kalashnikov vs. Rusia, 47095/99, 15/7/2002.
Corte EDH, caso Karalevicius vs. Lituania, 53254/99, 7/4/2005.
Corte EDH, caso I.I. vs. Bulgaria, 44082/98, 9/6/2005.
Corte EDH, caso Ostravar vs. Moldova, 35207/03, 13/9/2005.
Corte EDH, caso Mathew vs. Holanda, 24919/03, 29/9/2005.
Corte EDH, caso Khudovorov vs. Rusia, 6847/02; 8/11/2005.
Corte EDH., Sarban vs. Moldavia (No. 3456/05), 4/1/2006.
Corte EDH., Paladi vs. Moldavia (No. 39806/05), 10/3/2009.

Otros documentos:

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, 30/1/1987.
Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, 6/10/1987.

CAPÍTULO 3

LA AUDIENCIA PARA DEBATIR
LA PRISIÓN PREVENTIVA
Y SUS DISTINTOS COMPONENTES



LA AUDIENCIA PARA DEBATIR LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS DISTINTOS COMPONENTES

CRISTIÁN RIEGO R.⁶¹

INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos explícitos de las reformas en la región ha tenido que ver con el fortalecimiento de las funciones de garantía de los jueces. No obstante lo anterior, la evidencia empírica disponible demuestra una debilidad muy importante en la materia. El caso paradigmático en este tema es el uso todavía extendido y automático de la prisión preventiva como medida cautelar principal de los nuevos procesos penales. Así, la información disponible en la región da cuenta de que se sigue recurriendo a la aplicación de esta medida como la única para lograr la concurrencia del imputado al proceso. Además, como hemos revisado en los capítulos previos, se utiliza fácticamente como un adelantamiento de la pena y no para los fines de cautela. En este capítulo, se revisará la audiencia para debatir la prisión preventiva como un componente importante para garantizar los derechos de las personas procesadas dentro de los sistemas reformados.

OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

Al final de capítulo, el lector será capaz de:

- Reconocer la necesidad de la audiencia para debatir la prisión preventiva, haciendo reflexión sobre el balance entre la presunción de inocencia y la privación de libertad como medida cautelar.
- Identificar cuáles son los componentes para debatir la prisión preventiva en esta audiencia y cómo se deben presentar.
- Reconocer la importancia de que la audiencia contenga argumentos concretos sobre el debate de la prisión preventiva.

⁶¹ Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.

Lecciones

Este capítulo se compone de las siguientes lecciones:

1. La necesidad de un debate como un método de control respecto del uso de la prisión preventiva como medida cautelar.
2. El contenido del debate acerca de la prisión preventiva.
3. El carácter concreto del debate sobre la prisión preventiva.

Lección 1

LA NECESIDAD DE UN DEBATE COMO UN MÉTODO DE CONTROL RESPECTO DEL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN

En esta lección, se revisará una visión acerca de cuáles son las condiciones para que el nuevo programa normativo funcione en la práctica como un verdadero sistema de control respecto del uso de la prisión preventiva como medida cautelar.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar la necesidad de realizar un debate acerca de la prisión preventiva.
- Reconocer cuáles son las condiciones institucionales y las dinámicas de rol necesarias para la producción de ese debate.

1. El debate sobre la libertad del imputado

En cualquier proceso penal el debate acerca de la libertad del imputado constituye uno de sus elementos más importantes y polémicos. En el caso de América Latina, podemos decir que ésta ha sido tradicionalmente una cuestión mal resuelta. En los sistemas inquisitivos tradicionales, no existía un reconocimiento sobre la presunción de inocencia y la prisión constituía un accesorio ineludible del proceso. Las reformas procesales por su parte han planteado un nuevo esquema normativo que reconoce la presunción de inocencia y que pretende hacer que la prisión durante el proceso sea utilizada sólo excepcionalmente y con objetivos puramente cautelares.

El problema es que este nuevo modelo normativo, plasmado en varios códigos recientes, no se ha traducido en un cambio efectivo de las prácticas, y en consecuencia, en la mayoría de nuestros países se sigue operando del modo tradicional, es decir, la prisión preventiva se decreta a partir de una aplicación bastante automática de criterios legales o generados a partir de la práctica de largo tiempo. Con esto se da lugar a la continuidad del sistema de aplicación anticipada de penas, con todas las distorsiones que acarrea y se frustran los propósitos de las reformas.

Ten en cuenta que:

Un debate intenso y concreto acerca de la prisión preventiva es una condición indispensable para la vigencia de la presunción de inocencia y para un uso restringido de la privación de libertad durante el proceso. Ese debate debe significar que en cada caso se haga un examen pormenorizado acerca de la existencia o no de la necesidad de adoptar medidas cautelares.

2. ¿Qué significa que haya un debate?

La presunción de inocencia impide que, en principio, se aplique la prisión preventiva y determina que no haya ninguna afectación de la libertad del imputado. Si quien promueve la acción penal considera necesaria la aplicación de una medida cautelar deberá solicitarla y justificarla. Esta petición y su fundamento serán objeto de un debate, el cual supone las siguientes condiciones.

CONDICIÓN Nº 1

Que haya un procedimiento que garantice condiciones mínimas de juego justo

En lo fundamental, se requiere la existencia de un sistema de audiencias en la cuales se pueda debatir respecto a la procedencia de la prisión preventiva. Esta metodología opera sobre la base de reunir a los

actores involucrados y permitir que en presencia de ellos se genere un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se discute. De esta manera, se propicia la producción de información de alta calidad (contradicción e interacción) para la toma de decisiones, la adopción de decisiones judiciales de la más alta calidad posible, la generación de un entorno en que las partes pueden razonablemente ejercer sus derechos en el proceso y del resguardo de la publicidad de las decisiones que se toman en el sistema de justicia criminal. Para poder lograr esto, la audiencia no puede ser de cualquier tipo, sino que debe reunir una serie de componentes mínimos para asegurar lo anteriormente dicho, a saber: **publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.**

Publicidad: Implica la posibilidad de que cualquier persona pueda presenciar las audiencias, con el objetivo de proscribir la administración de justicia secreta al tomar decisiones, sometiéndolas al escrutinio de las partes y el público, de manera de favorecer la imparcialidad y transparencia (caso Palamara contra Chile, sentencia del 22 de noviembre del 2005, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero respecto a una audiencia de juicio).

Oralidad: Permite que la comunicación y el intercambio de información entre las partes se haga verbalmente. La oralidad es indispensable para garantizar efectivamente la presencia de los demás componentes de la audiencia; es decir, es relevante para lograr la existencia de un debido debate frente al juez, con intervención de las partes y con acceso público a éste.

Inmediación: Permite el contacto directo del juez con las partes, con lo cual la decisión se toma exclusivamente sobre la base de información aportada por las partes en la audiencia. Así, se garantiza que será el juez quién -en base a la información dispuesta por las partes- tome la decisión, y no algún funcionario del tribunal mediante la delegación de funciones que caracterizaba a los sistemas inquisitivos.

Contradicción: Permite que la decisión sobre la prisión preventiva se haga previamente a un debate entre las partes. Es decir, que cada uno de los involucrados pueda realizar sus alegaciones, planteamientos, solicitudes y contrastar la información incorporada a la audiencia.

Desgraciadamente, en la experiencia de diversos países que han desarrollado procesos de reforma, el respeto por estas garantías básicas se ha concentrado en la etapa de juicio, y se ha mantenido la discusión de la prisión preventiva en un entorno muy similar al del antiguo sistema inquisitivo. Tal como se revisó en el capítulo 1, esto es, la prisión preventiva se resuelve por escrito, sin contacto directo entre el juez y el imputado, muchas veces de oficio por el juez, sin esperar la petición del fiscal ni esperar la defensa del imputado, y en muchos casos además se sigue utilizando la vieja práctica de la delegación de funciones, en la que los trámites son realizados por funcionarios auxiliares sin que el juez intervenga salvo en una función general de supervisión.

CONDICIÓN Nº 2

Que el juez tenga facultades suficientes para ejercer un control sobre la solicitud de prisión preventiva

Parece bastante obvio que si se quiere que el juez de garantía (o cualquiera sea la denominación que se use) cumpla una función de control, se requiere que ese juez cuente con las facultades necesarias para ello. Eso básicamente exige que el juez deba poder resolver acerca de la aplicación o no de la prisión preventiva en un determinado caso. En varios países el problema es que el legislador priva al juez de resolver acerca de la procedencia o no de la prisión preventiva al establecer una categoría de delitos en las que la prisión preventiva es obligatoria a lo menos durante un cierto plazo (denominados delitos inexcarcelables, como hemos revisado en el capítulo 1). Este tipo de regulación impide en la práctica la existencia de un verdadero control judicial sobre el uso de la prisión, ya que opera de manera automática; esto es, existiendo una imputación con cierta seriedad, sólo se verifica si el delito cae o no en la categoría indicada en la ley, y si es así se

aplica la prisión sin más. Las legislaciones que funcionan de la manera descrita y que establecen los llamados delitos inexcusables, lo que hacen en la práctica es negar toda vigencia a la presunción de inocencia y por lo tanto resultan completamente inaceptables desde el punto de vista de los estándares del debido proceso.

CONDICIÓN N°3

Que el imputado tenga acceso a los medios de defensa apropiados

La gravedad de la decisión de prisión preventiva hace que sea una de las etapas procesales en que los derechos del imputado se encuentran en mayor riesgo, es por esa razón que si se pretende que el sistema respete las garantías básicas del debido proceso, se otorguen al imputado los medios necesarios para ejercitar su defensa. El elemento central para el ejercicio de la defensa es el acceso a un abogado, que debe estar garantizado para esta etapa, pero además, el imputado debe contar con las demás condiciones que le permitan participar en la discusión que ha de producirse. Entre esos componentes, uno muy importante es la información y el tiempo mínimo de preparación. Es necesario que el imputado y su abogado puedan contar con la información necesaria con una anticipación que, aunque sea mínima, le permita conocer de qué se va a discutir y preparar su estrategia. Esta información tiene que ver con el acceso a los antecedentes de cargo pero también a la posibilidad de que el defensor y su cliente se entrevisten antes de la audiencia.

Lección 2

EL CONTENIDO DEL DEBATE ACERCA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN

De una manera general, podemos decir que la discusión acerca de la posible aplicación de una prisión preventiva representa un conflicto muy radical entre dos valores muy importantes para el sistema de justicia penal. Por una parte está la presunción de inocencia, que en esta situación concreta se traduce en la idea de que el imputado no debe ser afectado por la pena sino después de que haya sido juzgado y condenado. Pero por otra parte está el valor de que el Estado tenga la efectiva posibilidad de juzgar al imputado y de que este juzgamiento no se frustre. Estos dos valores se enfrentan, y lo hacen de un modo muy dramático puesto que desde el punto de vista del juez, cualquiera sea su decisión, ésta se puede traducir en una injusticia muy grave, dependiendo de las circunstancias que no puede prever con suficiente certeza. Por una parte, existe la posibilidad de que el juez acceda a la prisión preventiva y de que el imputado resulte en definitiva absuelto, o de que el juicio nunca tenga lugar, con lo cual la decisión aparecerá como muy injusta. Por otra parte, si el juez niega la solicitud con el fin de evitar el riesgo mencionado puede ocurrir que el imputado efectivamente se comporte de modo que impida que el juicio tenga lugar, lo cual también resulta muy injusto porque impide el ejercicio de una facultad legítima del Estado. En esta lección revisaremos cuál es el contenido del debate o, dicho de otra manera, qué es lo que se discute y cuáles son los criterios con los que el juez debe resolver el conflicto.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar cuál es el debate acerca de la prisión preventiva, específicamente la seriedad de los cargos formulados y la necesidad de cautela.

Componentes específicos del debate

Los componentes específicos del debate que vamos a revisar en esta lección son los siguientes:

1. Formulación de cargos
2. Seriedad de los cargos
3. Necesidad de cautela
4. Tiempo
5. Posibilidad de una medida menos gravosa

1. Formulación de los cargos

La condición elemental de un debate de prisión preventiva es la existencia de cargos contra una persona, es decir, el promotor de la acción debe indicar con claridad cuáles son los hechos que imputa porque todo el resto del debate sólo se podrá realizar adecuadamente si es que existe claridad acerca de esto. Esta formulación de cargos consistirá normalmente en el relato de los hechos imputados por parte del fiscal o de quien ejercite la persecución, además deberá indicarse la calificación jurídica de dichos hechos.

A continuación revisemos en qué consisten estos conceptos:

La indicación de los hechos

La indicación clara de los hechos imputados cumple en una audiencia de prisión preventiva una doble función. Por una parte, se cumple con ello un elemento básico del derecho a la defensa, que es el conocimiento de la imputación por parte de quien se defiende. Si

bien es cierto que es probable que esta persona ya tuviera antecedentes acerca de los cargos en su contra, es importante que estos se planteen formalmente frente al juez porque así se determina con toda claridad cuál será el objeto del debate y el imputado podrá definir su estrategia. Por otra parte, la formulación clara de los cargos determina el debate posterior. Como veremos más adelante, los hechos imputados son los que definen los antecedentes probatorios que se deberán exhibir.

Calificación jurídica

La calificación jurídica (es decir, qué delito se le imputa) no sólo es fundamental para el ejercicio de derecho de la defensa, en cuanto a conocer el delito específico por el cual se le investigara, sino que también -respecto a la prisión preventiva- para hacer una estimación de la pena probable, aspecto muy relevante para determinar el peligro de fuga, por ejemplo.

Ejemplo: La fiscalía imputa, al señor Juan Pérez, el delito de homicidio cometido en la persona de don Jorge González, que ocurrió el día 28 de enero del año 2003 en la ciudad de La Paz aproximadamente a las 12 horas. Ese día el señor Pérez se encontró con el señor González en la plaza Bolívar y al verlo procedió a sacar un revólver que portaba y a dispararle dos balas, las que impactaron sobre la víctima en el tórax, matándola en forma instantánea. Estos hechos constituyen el delito de homicidio, conforme se encuentra regulado en el art. N^o 251 del Código Penal de Bolivia, que se le imputan en calidad de Autor al señor Juan Pérez. Como se observa, si bien el relato es resumido, da clara cuenta de todos los hechos relevantes para que se configure el delito, y el imputado puede comprender sin ambigüedades cuáles son los cargos en su contra.

Esto es lo que Ud. NO debe hacer: Este representante del Ministerio Público afirma, con basamento en sendos elementos probatorios y conforme lo dispuesto por el artículo N° 457 de rito, que el encartado don Jaime Torres, en franca actitud peligrosa, ha incurrido en la conducta tipificada por el artículo N° 59 inciso segundo apartado “c” del código de fondo en la materia al haber sustraído brusca y violentamente -empleando fuerza en las cosas- una billetera ajena, de propiedad del señor don Enrique Acosta, quien se encontraba paseando tranquilamente en su día libre.

En conclusión, se reflejan aquí varios modismos o términos que suelen utilizarse para solicitar la medida cautelar de un modo confuso, complicado, innecesario y, por sobre todo, en términos abstractos que impiden al imputado y a los jueces conocer en concreto de qué se trata el caso.

2. Seriedad de los cargos

Además de que los cargos sean formulados claramente, se requiere que quien solicite la prisión preventiva alegue la existencia de algunos antecedentes probatorios que otorguen una cierta plausibilidad a los cargos que se formulan. Esta exigencia, como venimos revisando, es lo que en doctrina procesal suele denominarse el “supuesto material”, es decir, la necesidad que tiene el Ministerio Público de mostrarle a los jueces que tiene un caso que permita proyectar la seriedad de su petición. Las legislaciones procesales suelen recoger dicha exigencia estableciendo un cierto estándar de convicción para los jueces que los fiscales deben satisfacer respecto a la efectiva existencia de un delito y de la participación del imputado en éste.

A continuación, revisemos algunos ejemplos de legislaciones de países de la región:

Chile: En el caso chileno, en las letras a) y b) del artículo N° 140 del Código Procesal Penal Chileno se establece que:

“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 existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación como autor, cómplice o encubridor”.

Ecuador: En el caso de la Legislación del Ecuador, exigencias similares se plantean en los numerales 1 y 2 del artículo N° 167, que señalan:

“Cuando el juez o el tribunal (...) puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

- 1) Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
- 2) Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito (...).”

El Salvador: Otra fórmula similar se puede encontrar en el artículo N° 292 del Código Procesal Penal de El Salvador, que establece:

“Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes:

- 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad autor o participe; y (...).”

Dentro del debate de la prisión preventiva, el componente de la seriedad de los cargos contempla además otros elementos. A continuación revisemos los siguientes puntos:

A) Consideraciones

Este requerimiento puede estar formulado de diversas maneras en la ley: como mínimo de prueba; apariencia de buen derecho; presunciones fundadas o con otras fórmulas, pero en un sistema acusatorio en el que el juzgamiento tendrá lugar en un juicio oral posterior, el contenido de fondo de lo que se alega es el hecho de que a esas alturas del proceso existe una sólida expectativa de que los cargos serán llevados a juicio.

B) ¿Por qué se exige esta seriedad?

El sentido de esta exigencia es bastante claro: la prisión preventiva se solicita para precaver que el juicio donde se resolverá de manera definitiva sobre la condena o absolución del imputado, pueda efectivamente llevarse a cabo, por lo tanto un supuesto central de la discusión es que ese juicio realmente tendrá lugar.

A modo de ejemplo, podríamos graficarlo de la siguiente manera en la que se dirigiría el fiscal: “Señor Juez, tengo aquí el caso de don Juan Pérez, imputado por homicidio, este caso será llevado por la fiscalía a juicio oral puesto que contamos con la declaración de un testigo presencial, don Manuel Toro, quien relató los hechos en detalle. Además contamos con el testimonio de los dos policías que lo detuvieron y que encontraron el revólver en su poder y con el arma que tiene sus huellas, por último tenemos el informe de la autopsia que da cuenta de que la muerte de la víctima se produjo por las dos balas que la hirieron.”

C) ¿Cuál es la exigencia probatoria?

Un problema que se plantea al examinar este aspecto de la decisión sobre la prisión preventiva dice relación con cuál es la exigencia probatoria que se requiere respecto de la seriedad de los cargos. Esta discusión, en muchos casos, se vincula al modo en que la ley define el estándar en cada país, pero en términos generales debemos decir que en realidad este asunto tiene mucho más que ver con una cuestión estratégica que con una definición abstracta. Es decir, el nivel hasta el cual se deba llegar a probar cuán sólidos son los cargos contra el im-

putado, dependerá en gran medida de la actitud del defensor, de hasta qué punto este último exija en el debate una prueba más fuerte de la solidez del caso del fiscal.

D) Preparación de cargos por el Defensor y el Fiscal

Superficialmente, se podría pensar que el defensor siempre tendrá interés en presionar para exigir un estándar probatorio alto e intentar así liberar a su cliente de la posible aplicación de la prisión preventiva. Sin embargo eso no es así. Normalmente, los casos que los fiscales presentan serán sólidos, pero además el defensor a esas alturas estará recién conociendo el caso y no se encontrará preparado para un ataque a fondo de las pruebas de cargo. En ese contexto, el riesgo que el defensor asumiría si exigiera un debate a fondo de la prueba, sería que el fiscal lograra convencer al juez de que el imputado es muy probablemente culpable y de que será condenado en el juicio, a partir de allí, la posibilidad de que ese juez ejerza una función de garantía intensa se debilitaría mucho, puesto que su conocimiento de la prueba de cargo lo predispondrá fuertemente en contra del imputado. Es posible no obstante que en algunos casos el defensor quiera plantear a esta altura una defensa intensa, eso ocurrirá normalmente cuando el caso del fiscal sea francamente débil y tenga la expectativa de poder mostrarlo así, puesto que en ese caso el juez difícilmente accederá a ninguna medida contra el imputado.

E) Examen sobre la prueba

Como el debate sobre la prueba dependerá fundamentalmente de consideraciones estratégicas eso será lo que en definitiva determine qué tan a fondo sea el examen que se realice en la audiencia. Lo normal debiera ser que bastara con el relato que el fiscal haga de los antecedentes probatorios con que cuenta, pero excepcionalmente -si es que el debate lo exige- podría ser necesario un examen de los registros de la investigación que dan cuenta de esos antecedentes probatorios, y en caso extremos sería posible que fuera necesaria la comparecencia de medios de prueba a la audiencia.

3. Necesidad de cautela

Además de establecer el supuesto material, se requerirá que el persecutor indique por qué es necesaria la prisión del imputado para poder llevar a efecto el juicio, es decir, tiene que indicar riesgos específicos en el sentido que de no mantenerse al imputado preso entre ese momento y el juicio, este último no se podrá llevar a efecto o la sentencia que resulte no se podrá ejecutar. Esta doctrina de la “necesidad de cautela” requiere establecer la existencia de razones concretas y poderosas que hacen necesaria la prisión preventiva para asegurar un fin específico del procedimiento. Como hemos visto, suelen encontrarse en las legislaciones de la región normas que habilitan el uso de esta medida cautelar para evitar la fuga del imputado, la destrucción de evidencia u obstaculización de la investigación y la peligrosidad del imputado.

A continuación, revisemos algunos ejemplos de legislaciones de países de la región:

Chile: Nuevamente el código chileno nos puede servir de ejemplo en la materia. El artículo N° 140 letra “c” del Código Procesal Penal establece que junto con la existencia de un supuesto material se debe:

“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: (...).

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren 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”.

Ecuador: En Ecuador la necesidad de cautela se contempla en el enunciado del artículo N° 167, que indica:

“Cuando el juez o el tribunal lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos (...).”

A continuación, revisemos algunas consideraciones importantes sobre la necesidad de cautela:

A) ¿Sobre qué hacer el alegato?

El contenido específico de la alegación que el acusador debe formular está determinado por la legislación de cada país. Desgraciadamente, en muchos de nuestros países las legislaciones son inconsistentes con los principios que proclaman, ya que al momento de regular las causales que autorizan la prisión preventiva se alejan de los objetivos cautelares que esta medida debe cumplir en un sistema de debido proceso, e incorporan otros componentes que en realidad transforman a la prisión preventiva en una pena anticipada.

B) Influencia de la cultura legal

Pero además de los defectos legislativos suele existir una tendencia de la cultura legal a interpretar las causales legales de modo rígido, como reglas de aplicación automática, se suele entonces entender que a partir de un elemento, como el monto de la pena, la existencia de antecedentes previos u otros similares, se deriva como consecuencia directa la procedencia de la prisión preventiva.

C) ¿Cómo proceder?

En cada caso, es necesario analizar la legislación vigente para determinar cuáles son las hipótesis de riesgo que la ley autoriza a cautelar por medio de la prisión preventiva, para así generar un debate concreto en torno a la existencia o no de esas hipótesis.

Como hemos visto, las legislaciones nacionales varían en cuanto a cuáles son las causales que legítimamente se pueden invocar para solicitar la prisión preventiva de una persona. En general se reconoce como la más importante al denominado peligro de fuga.

D) Importante

De manera general, podemos decir que las hipótesis de prisión preventiva se deben referir siempre a un riesgo de comportamiento futuro del imputado, que debe ser susceptible de ser evaluado en concreto. Por otra parte, ese riesgo siempre debe consistir en la afectación grave de la posibilidad de lograr un apropiado juzgamiento del caso. Lo que nos interesa aquí resaltar, es que en la alegación de prisión preventiva es necesario exponer alguna hipótesis que esté vigente en la legislación del país de que se trata e indicar cuál es el riesgo concreto de que se produzca alguno de los efectos que las causales legales buscan evitar.

4. Tiempo

Como ya hemos dicho, la prisión preventiva enfrenta al juez de garantía con un dilema muy dramático entre valores muy importantes para el sistema. Pero la intensidad de este conflicto está estrechamente vinculada al tiempo que transcurra entre el momento en que se formulan los cargos y la conclusión del juicio en el que se decida la absolución o condena del imputado. Dicho de otra manera, el juez tiene mejores posibilidades de lograr afectar menos radicalmente los valores en juego si es que el tiempo en que se requiere la cautela es menor. Por ejemplo, es menos difícil para el juez decretar la prisión preventiva si es que el juicio se desarrollara en dos meses que si éste tuviera lugar en un periodo indeterminado que bien podría resultar de varios años. Asimismo, los riesgos de que el juicio se frustre son menores en la medida en que éste se lleve a efecto de manera rápida.

A continuación, podrás revisar información sobre los plazos implícitos en la discusión y negociación del caso y las consideraciones importantes sobre el tiempo:

Plazos implícitos en la discusión y negociación del caso

Si bien este punto ha sido mencionado anteriormente, resulta útil fijar un concepto que bien puede ilustrarse a partir del siguiente esquema:



Mediante este esquema se pretende visualizar la conexión existente entre la audiencia de medida cautelar y la de juicio. En tanto la primera puede servir como garantía de la segunda, el juez -a pedido del fiscal- establecerá un plazo para la ejecución de la medida cautelar, lo que repercute en el lapso de tiempo que separa esta primera audiencia de la realización del juicio. Entonces, mientras el fiscal proponga un plazo razonable -en virtud de las circunstancias del caso, complejidad del delito, antecedentes del imputado, riesgo de que se frustre el juicio por una causal previsible-, el juez aceptará la proposición si considera proporcionada y viable la medida cautelar a aplicar en vista del tiempo que resta para la producción del juicio.

Consideraciones importantes sobre el tiempo

Esta cuestión del tiempo es fundamental en la discusión sobre prisión preventiva y se traduce en varias cosas concretas:

1. Primero, el juez resuelve la prisión preventiva mirando al juicio oral y calculando el tiempo que transcurrirá hasta ese momento.
2. Segundo, las partes deben entregar al juez información que le permita proyectar el tiempo en que será necesario mantener la cautela.
3. Tercero, el juez debe presionar a las partes para el acortamiento de los tiempos y si es necesario debe condicionar las medidas cautelares al acortamiento de los tiempos.

Respecto a este punto, se debe recordar el video revisado en la lección 1 de este capítulo, en el cual se realizó frente al juez una discusión concreta y específica del tiempo que se requería para llevar a cabo el juicio oral, a propósito de la solicitud de prisión preventiva. En ese caso, un argumento trascendental para que el juez concediera la prisión preventiva fue que el fiscal tomó el compromiso de llevar a juicio en un periodo bastante breve (dos meses).

5. Posibilidad de una medida menos gravosa

Por último, como se revisó en el capítulo 1, la mayoría de las nuevas legislaciones procesales penales contemplan la posibilidad de que con el fin de satisfacer las necesidades cautelares, los jueces puedan adoptar medidas menos gravosas para el imputado que la prisión preventiva. De este modo en algunos casos será posible precaver la fuga del imputado dictando, por ejemplo, en su contra una medida que le impida salir del país, o que lo obligue a someterse a alguna verificación periódica de su presencia en el lugar del juicio. La aplicación de estas medidas requiere de su incorporación a la discusión en la audiencia, con el fin de que el juez pueda elaborar a partir de un conocimiento detallado de las circunstancias del caso un verdadero estatuto de cautela. Esto es, el juez se enfrenta al problema de que existirá un tiempo entre el momento en que se formulan los cargos y que se lleve a cabo el juicio, en el cual existe el riesgo de que el imputado realice actuaciones que pongan en peligro su correcta y oportuna realización; el asunto es entonces, cómo el juez enfrenta ese riesgo, minimizando la afectación de los derechos de un imputado protegido por la presunción de inocencia. La existencia de un conjunto de diversas medidas posibles permite que el juez pueda construir un verdadero estatuto provisional destinado a cautelar los fines del procedimiento.

Ten en cuenta que:

Una de las cuestiones centrales que es necesario atender con el fin de maximizar el uso de las medidas alternativas a la prisión preventiva es que éstas ofrezcan razonables garantías de cumplimiento, para lo cual fue necesario diseñar mecanismos destinados a su verificación. Uno de estos mecanismos se revisará en el capítulo 4.

A continuación, revisemos cómo algunas legislaciones prevén la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva:

Uruguay: El Código Procesal Penal de Uruguay dispone, en su art. N° 73, que “De acuerdo con las circunstancias del caso, el Juez podrá imponer al procesado:

A. Prohibición de salir de su domicilio durante determinados días en forma de que no perjudique, en lo posible, el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias. La prohibición podrá extenderse hasta cuarenta días como máximo.

B. Prohibición de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios o de practicar otras actividades, así como las obligaciones de comunicar sus cambios de domicilio y de presentarse periódicamente a la autoridad (...).”

Bolivia: El Código Procesal Penal de Bolivia dispone en su art. N° 240: “Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

1. La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral.

2. Obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designe.
3. Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, sin su autorización, ordenando el arraigo a las autoridades competentes.
4. Prohibición de concurrencia a determinados lugares.
5. Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa.
6. Fianza juratoria, personal o económica. La fianza económica podrá ser prestada por el imputado o por otra persona mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca.”

Argentina: Por último, interesa destacar el artículo N° 160 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

“Entre otras alternativas, aun de oficio y con fundamento suficiente, podrá disponerse la libertad del imputado sujeta a una o varias de las condiciones siguientes, de acuerdo a las circunstancias del caso:

1. La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quién informará periódicamente a la autoridad.
2. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe.
3. La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.
4. La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona.

5. La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra (...).”

Lección 3

EL CARÁCTER CONCRETO DEL DEBATE SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA

INTRODUCCIÓN

Hasta ahora hemos examinado cuál es el marco del debate sobre la prisión preventiva y cuál es su contenido. En esta última lección pondremos el énfasis en lo que constituye la principal característica del debate, que es su carácter concreto. Esto es, que el debate se haga cargo de manera específica de los elementos relevantes concretos del caso al momento de tomar la decisión de prisión preventiva. Esta característica de la discusión sobre prisión preventiva podría expresarse diciendo que un buen sistema procesal debe producir decisiones sobre medidas cautelares “hechas a la medida”.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Reconocer que el debate acerca de la prisión preventiva es muy concreto, que requiere antecedentes y un desarrollo de argumentos muy específicos para persuadir al juez de inclinarse en el sentido que cada parte promueve.

1. ¿Qué significa que sea un debate concreto?

Que el debate sea concreto significa que en cada caso se ponderen pormenorizadamente los hechos y los argumentos que son relevantes para verificar la necesidad de la aplicación de una medida cautelar tan grave como la prisión preventiva. De lo que estamos hablando, es que el sistema requiere que, en cada caso, se tome una decisión que resuelva de la mejor manera posible el problema específico que el juez enfrenta en ese caso en particular.

2. Visión opuesta

La visión opuesta a la que aquí planteamos es que la decisión sobre la prisión preventiva se puede tomar abstractamente, es decir, sobre la base de la aplicación de criterios que definan categorías de casos, sea de delitos, de personas, de situaciones, en las cuales se aplica o no, de manera general, la medida. Este tipo de aproximación abstracta se puede hacer por medio de la ley, como cuando se determinan delitos inexcusables, pero también se puede aplicar por medio de una práctica judicial, la que ocurre precisamente cuando el debate sobre la aplicación de la prisión preventiva no es adecuado.

Una posibilidad de decidir en abstracto es usar una categoría amplia, decir por ejemplo: van a prisión preventiva todos los hechos que merezcan penas graves.

A partir de un criterio así, los hechos a discutir son mínimos. Sin embargo, es necesario no sólo determinar si el caso es grave sino también saber también si hay una víctima que es además testigo y que, en consecuencia, es posible que el imputado quiera evitar que comparezca. Aquí requerimos más información sobre los hechos, pero todavía es abstracto.

Una tendencia muy general que se suscita en los distintos países de la región es que la discusión acerca de la prisión preventiva resulta ser muy abstracta, ya que prescinde de las características y particularidades de cada caso. En este sentido es que la decisión acerca de la procedencia de esta medida cautelar se basa principalmente en categorías de argumentos genéricos, como por ejemplo la pena asignada al delito y la reincidencia del imputado, sin detallar por qué en ese caso en específico existe algún riesgo que cautelar. La abstracción lleva siempre involucrada la posibilidad del error, tratar por igual casos que son diferentes a partir de parámetros generales y entonces aplicar prisión en casos en que no era necesario y dejar de aplicarla en casos en que sí lo era. Es por esto que es necesario abandonar esta visión. La tesis que sostenemos en esta lección es que mientras más concreta sea la discusión, esto es, mientras más profundamente se puedan examinar

los hechos que son relevantes para determinar si existe un riesgo de afectación de que el proceso se desarrolle apropiadamente, de mejor calidad será la decisión sobre la prisión preventiva y mejor se servirá a los dos objetivos que el juez de garantía debe arbitrar: proteger la presunción de inocencia y permitir que las imputaciones puedan ser juzgadas de manera oportuna y con un costo razonable.

3. Para que el debate sea concreto se requiere información

Es necesario hacer una discusión lo más específica posible acerca de las circunstancias que generan o no un riesgo para que el proceso se pueda llevar adelante de manera razonable. Para que este nivel de especificidad se alcance, es requisito contar con información que permita evaluar ese riesgo. Ahora bien, ¿qué tipo de información es relevante? En general, será relevante toda la información que permita ilustrar al tribunal acerca de los riesgos que la ley intenta evitar, en general vinculados a que se afecten las posibilidades de la apropiada y oportuna realización del proceso y la aplicación de la sentencia. Será relevante además, saber acerca del comportamiento previo del imputado en cualquier circunstancia que permita deducir algo acerca de su comportamiento futuro. En general, será relevante conocer acerca de cualquier incentivo o desincentivo que el imputado tenga para esperar el juicio y asistir a él, o para intentar evitarlo huyendo del lugar o no asistiendo a las citaciones.

En adición a otra información que se podrá revisar, debemos tener en cuenta los siguientes elementos sobre el comportamiento previo del imputado:

- Comisión de delitos anteriores.
- Conducta/actitud demostrada en lo que va del proceso.
- Situación de rebeldía en procesos penales previos.
- Cumplimiento de medidas cautelares anteriormente.
- Antecedentes penales.

4. ¿De dónde proviene la información?

Mucha de la información que es necesaria provendrá, desde el punto de vista del fiscal, de las propias indagaciones sobre los hechos que a esa altura haya podido concretar, por ejemplo la gravedad de la pena. Otra deberá ser averiguada por el propio fiscal con el fin de poder usarla en la audiencia, por ejemplo, los antecedentes sobre el comportamiento anterior del imputado. Desde el punto de vista del defensor, éste también podrá extraer información de la investigación del fiscal, pero tendrá además una fuente autónoma de información que es su propio cliente. En sistemas procesales más experimentados en la discusión concreta de las medidas cautelares existen métodos especialmente diseñados para producir información útil para la decisión acerca de medidas cautelares. Normalmente esto se hace por medio de un servicio que opera en etapas muy tempranas del proceso y que genera información útil para el juez. Lo común es que ese servicio sirva además para monitorear el cumplimiento de las medidas que se adopten cuando éstas sean distintas al encierro del imputado. Estos servicios se revisarán en detalle en el próximo capítulo.

5. ¿Cómo se prueban las afirmaciones de hecho que se hacen?

La audiencia de prisión preventiva es muy dinámica y su objetivo no es de carácter probatorio. No obstante, en la medida que las partes indican hechos como base de sus argumentos, surge la necesidad de dotarlos de verosimilitud. De manera general, los hechos que serán relevantes para la decisión de prisión preventiva no debieran ser demasiado polémicos en cuanto a su prueba, de hecho, muchos de ellos se encuentran en los registros estatales (como por ejemplo, los relativos a contactos previos con el sistema) y otros pueden ser chequeados muy fácilmente (como los relativos al domicilio del imputado o sus relaciones familiares).

Ten en cuenta que:

El principio general es que la dinámica de la audiencia debe permitir chequear la información que las partes introducen a partir del propio debate e interacción entre ellas.

6. Es necesario construir argumentos sobre los hechos

Por último, los hechos que se puedan identificar como relevantes para resolver la prisión preventiva, no hablan por sí solos, muchos incluso pueden ser ambiguos en cuanto a su significado para la decisión. Es por eso que es necesario que las partes construyan argumentos que den sentido a esos hechos. Pareciera ser claro que el hecho de que el imputado tenga antecedentes penales previos, es en general algo relevante para decidir acerca de su prisión preventiva. Pero planteado el hecho es poco persuasivo. ¿Por qué el evento de que el imputado haya sido condenado con anterioridad aumenta el riesgo de que se fugue, por ejemplo? Aquí es donde la capacidad de argumentación se hace indispensable, y ésta a su vez contribuye a hacer la discusión más concreta. Entonces, por ejemplo, es necesario explicarle al juez cómo el hecho de que el imputado tenga antecedentes previos hace que en el caso de ser condenado la pena aumente, y que ese factor (que la pena sea mayor), le pone un incentivo para no comparecer al juicio. El defensor por su parte podrá argumentar sobre los mismos hechos en un sentido distinto diciendo, por ejemplo, que si bien el imputado tiene antecedentes de condenas anteriores, éstas fueron cumplidas y esto muestra precisamente que no hay riesgo de que se fugue porque en situaciones parecidas se presentó a cumplir la sentencia.

CAPÍTULO 4

MECANISMOS DE EVALUACIÓN
DE RIESGO Y SUPERVISIÓN
DE MEDIDAS CAUTELARES:
LA EXPERIENCIA DE LOS SERVICIOS
DE ANTELACIÓN AL JUICIO



MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE RIESGO Y SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES: LA EXPERIENCIA DE LOS SERVICIOS DE ANTELACIÓN AL JUICIO

CAROLINA VILLADIEGO B.⁶²

INTRODUCCIÓN

Como hemos visto a lo largo de esta publicación, en los sistemas procesales penales de nuestra región, el uso de la prisión preventiva como medida cautelar es de carácter excepcional. Sin embargo, el análisis empírico muestra que en la mayoría de los países ello no es cierto, pues a pesar de existir otras medidas cautelares, éstas son subutilizadas y la prisión preventiva se utiliza de manera reiterada. El uso indiscriminado de esta medida cautelar está asociado tanto a prácticas inquisitivas firmemente arraigadas en nuestra región, como a las grandes demandas de “seguridad ciudadana” que las autoridades públicas enfrentan. No obstante la importancia y los fundamentos que rodean estos argumentos, el uso indiscriminado de la prisión preventiva se debe, entre otras razones, a que no existe información realmente confiable para adoptar otra medida cautelar, ni mecanismos de supervisión adecuados de las medidas cautelares no privativas de la libertad. Por este motivo, en algunos países de la región se crearon los servicios de antelación al juicio (*pretrial services*) como estrategia para brindar información confiable al juez y las partes en el proceso para la adopción de la medida cautelar, y para brindar servicios de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad. Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo pretende describir y analizar los servicios de

⁶² Consultora internacional asociada al Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, con experiencia en múltiples actividades de investigación y capacitación. Abogada y Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes de Colombia, con Maestría en Ciencia Política y Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO.

antelación al juicio como estrategia efectiva para racionalizar el uso de las medidas cautelares en el proceso penal, en especial, de la prisión preventiva.

OBJETIVOS DEL CAPÍTULO

Al final del capítulo, el lector será capaz de:

- Identificar las bondades de implementar los servicios de antelación al juicio como estrategia para racionalizar el uso indiscriminado y excesivo de la prisión preventiva.
- Reconocer las estrategias de investigación y evaluación de riesgos de los servicios de antelación al juicio como herramientas para fundamentar los fines legítimos de la prisión preventiva.
- Identificar los elementos clave para la implementación de mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión de las medidas cautelares.

Lecciones

Este capítulo se compone de las siguientes lecciones:

1. Los Servicios de Antelación a un juicio: ¿un mecanismo eficiente para racionalizar el uso indiscriminado de la prisión preventiva?
2. Evaluación de la necesidad de cautela: herramienta para analizar los fines legítimos de la medida cautelar.
3. Estrategias de supervisión e intervención: herramientas para verificar el cumplimiento de medidas cautelares y condiciones impuestas por el juez.
4. Claves para la implementación de mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión de medidas cautelares.

Lección 1

LOS SERVICIOS DE ANTELACIÓN A UN JUICIO: ¿UN MECANISMO EFICIENTE PARA RACIONALIZAR EL USO INDISCRIMINADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA?

INTRODUCCIÓN

A pesar de su excepcionalidad, la prisión preventiva constituye en promedio el 41% del total de personas privadas de la libertad en la región; y en más de 10 países, dicho porcentaje está por encima del promedio⁶³. Más allá de las discusiones sobre si la privación de libertad es una herramienta efectiva para combatir el crimen, el hecho es que debe ser excepcional y proceder únicamente como mecanismo de cautela. La pertinencia de la prisión preventiva se debe valorar a través de una evaluación de los riesgos que conlleva, para los fines legítimos de la medida cautelar, su no imposición. Tal como se señaló en el capítulo 2, dichos fines han sido definidos en los estándares del sistema interamericano de derechos humanos y en las legislaciones nacionales. En esta lección conoceremos los servicios de antelación al juicio como instancia para racionalizar el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar qué son los servicios de antelación al juicio y cómo constituyen un mecanismo eficiente para racionalizar el uso de la prisión preventiva.

⁶³ Podestá y Villadiego, "Servicios de Antelación al Juicio (...)", 2010: 20.

1. Una síntesis sobre la prisión preventiva

Antes de comenzar con los contenidos del capítulo, nos parece necesario repasar algunos contenidos tratados a lo largo de la publicación.

1) Supuestos base

La prisión preventiva es la medida cautelar excepcional por excelencia, ya que restringe de manera sustantiva los derechos de la persona detenida, y por lo tanto, su procedencia requiere que existan elementos serios de evidencia que vinculen a la persona con el hecho investigado (CIDH, Informe N° 86/09, 2009: párrafo N° 77), y no puede estar asociada a fines distintos de la necesidad de cautela del proceso. No es una forma de pena anticipada, ni una herramienta que “garantiza” la seguridad ciudadana, ni la forma más fácil de cautelar el proceso penal. La procedencia de la prisión preventiva requiere ponderar el principio de presunción de inocencia de todo procesado y la posible frustración de la persecución penal si no se puede llevar a cabo el juicio oral por falta de cautela efectiva, por lo cual, la decisión en torno a su imposición debe ser evaluada y decidida con fundamentos ciertos.

2) Elementos que legitiman el uso de la prisión preventiva en la región

Varios países, en consonancia con los estándares del sistema interamericano, establecen como fines legítimos para el uso de la prisión preventiva el riesgo de que:

- 1) La persona no comparezca en el juicio; o que,
- 2) si se encuentra en libertad pueda obstruir la investigación penal (CIDH, Informe N° 86/09, 2009: párrafo N° 81).

Además, varias legislaciones nacionales han establecido otros fines de la medida cautelar, como por ejemplo, el peligro para la sociedad o para la víctima. Se debate mucho si estos últimos constituyen fines legítimos, pues en realidad parecen estar relacionados con la “peligro-

sidad” del detenido, su responsabilidad penal en el proceso o la gravedad del delito cometido, más que con la necesidad de cautela. En algunos casos, sin embargo, el peligro para la víctima o para la sociedad puede estar asociado a una posible obstrucción del procedimiento, especialmente cuando las víctimas o testigos son fundamentales para la realización del juicio oral. No obstante, siempre es importante analizar si estos fines son legítimos o si responden a estrategias que pretenden enfrentar la demanda de seguridad ciudadana.

Ten en cuenta que:

Los jueces deben evaluar en cada caso concreto si la medida cautelar a imponer, especialmente la prisión preventiva, cumple realmente los fines legítimos, para lo cual se requiere información altamente fiable y no argumentos autómatas empleados por los fiscales en las audiencias, poco controvertidos por los defensores, y fácilmente aceptados por los jueces. La necesidad de cautela que deriva en la imposición de la prisión preventiva debe darse únicamente cuando el juez encuentra razonablemente probable que la persona detenida, en caso de ser dejada en libertad, puede no comparecer en el juicio oral, obstruir el procedimiento, o representar un peligro para la víctima o para la sociedad.

3) Debilidades en la fundamentación: la realidad en la región

A pesar de la obligación de fundamentar de manera clara y precisa los fines de la medida cautelar, la realidad es que en muy pocas ocasiones esto se presenta adecuadamente, y más bien, la prisión preventiva se decide por la gravedad del delito cometido, la connotación del mismo, u otras razones no asociadas a la necesidad de cautela.

Así cabe preguntarse:

- ¿En cuántos países de la región existen listas de delitos inexcusables?

- ¿Cuántos de nuestros jueces tienen como costumbre decretar la prisión preventiva como medida cautelar en los “delitos de gravedad”?
- ¿Cuántas audiencias de control de garantías no discuten la procedencia de las diversas medidas cautelares sino únicamente de la prisión preventiva?
- ¿Cuántos jueces y fiscales utilizan el concepto de medida cautelar como sinónimo de prisión preventiva?
- ¿Cuántos jueces y fiscales se sienten “presionados” por la opinión pública que entiende como “impunidad” la no detención preventiva de personas?

Puede interrogarse sólo por un momento en las audiencias de control de garantías de su país: en realidad, ¿cuántas veces se discute la imposición de las medidas cautelares no privativas de la libertad y cuántas veces la de la prisión preventiva? Lo más probable es que se dé cuenta de que son muy pocos los casos en los que se discuten todas las medidas cautelares establecidas en el código procesal penal, y en la mayoría de ellos, se discute únicamente la prisión preventiva.

4) Razones que motivan que se privilegie el uso de la prisión preventiva como medida cautelar

Probablemente existen muchas explicaciones que puedan explicar el uso de la prisión preventiva como medida cautelar, sin embargo, en esta ocasión, nos interesa principalmente ahondar en dos posibles argumentos y las estrategias desarrolladas para afrontarlos:

1) El juez en la audiencia de control de garantías no cuenta con información confiable para evaluar de manera razonablemente cierta si, al ser dejada la persona procesada en libertad, se corre un riesgo alto de que ésta no comparezca en juicio, obstruya el procedimiento o constituya un peligro para la sociedad o la víctima (o cualquier otro fin de la medida cautelar).

2) El sistema de justicia no cuenta con mecanismos adecuados de supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad, que le den confianza a los intervinientes para utilizarlas.

Ten en cuenta que:

Ahora bien, independientemente de cuál sea el argumento empleado, lo cierto es que en América Latina ha sido el imputado quien ha pagado las consecuencias de las debilidades del sistema de justicia, pues si el juez tiene duda sobre la necesidad de cautela de un proceso penal usualmente decreta la prisión preventiva, en lugar de abstenerse de hacerlo y decretar otro tipo de medida. De todas maneras, no es extraño escuchar a algunos jueces manifestar que si tuvieran mejor información al momento de decretar una medida cautelar sentirían más confianza para decretar una no privativa de la libertad, e igualmente, que si existieran herramientas de supervisión de dichas medidas las emplearían más.

2. Una introducción a los servicios de antelación al juicio (*pretrial services*)

La decisión de decretar una medida cautelar privativa de la libertad es altamente difícil y hay mucho en juego, pues el juez debe garantizar el principio de presunción de inocencia al mismo tiempo que la persecución penal. Justamente por esto, se crearon los servicios de antelación al juicio (*pretrial services*) en algunos países, en especial en Estados Unidos, donde comenzaron en 1961 en el condado de Nueva York. Su objetivo es brindar mayor información al juez para la adopción de la medida cautelar y, además, equilibrar los derechos de las personas detenidas sin discriminación por razones económicas pues la experiencia mostraba que las medidas cautelares no privativas de la libertad se aplicaban únicamente a aquellos que pagaran fianza⁶⁴

⁶⁴ US Department of Justice, Bureau of Justice Assistance, "Pretrial Services Programming (...)", 2004: 1.

1) ¿Qué son los servicios de antelación al juicio?

Los servicios de antelación al juicio son una estrategia del sistema de justicia penal encaminada a desarrollar herramientas efectivas para garantizar el uso realmente excepcional de la prisión preventiva y fortalecer la utilización de las medidas cautelares no privativas de la libertad, efectivizándolas a través de estrategias especializadas de supervisión. Pretenden efectivizar los derechos de las personas capturadas para garantizar que las decisiones sobre la medida cautelar a imponer se fundamenten en información altamente confiable que evalúe la necesidad de cautela del proceso.

2) ¿Qué objetivos tienen?

Tienen tres objetivos fundamentales⁶⁵:

- Obtener información de alta calidad, objetiva y fiable, para la adopción de las medidas cautelares.
- Evaluar el riesgo de que una persona procesada sujeta a una medida cautelar no privativa de la libertad no comparezca en el juicio, obstruya el procedimiento o constituya un peligro para la sociedad/comunidad/víctima.
- Realizar acciones de supervisión de las personas con medidas cautelares no privativas de la libertad, para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas judicialmente.

3) ¿Cuáles son sus funciones?

Los servicios de antelación al juicio tienen dos funciones centrales para lograr sus objetivos: evaluar la necesidad de cautela y otorgar supervisión.

- **La función de evaluación** implica recopilar información, verificarla, realizar la evaluación concreta de los riesgos procesales y realizar y entregar un reporte a las partes y al juez. El servicio recopila información relevante para analizar la necesidad de cautela, referida a la

⁶⁵ Pretrial Justice Institute, "Survey of pretrial (...)" 2009: 10

situación de residencia, situación laboral, lazos comunitarios, antecedentes penales, procesos pendientes, comparecencias en otros procesos, entre otros. Esta información la recopila a partir de una entrevista y la consulta de otras fuentes de información. Luego, la información es verificada con el objetivo de contrastar su confiabilidad. Una vez que se ha recopilado y verificado la información, el servicio realiza una evaluación de riesgos que clasifica a la persona aprehendida/detenida en un determinado nivel según un instrumento estandarizado, para detectar la necesidad de cautela que existe en el caso. Por último, tanto la información recopilada como los resultados de la evaluación de riesgos son presentados a las partes y al juez en un reporte que puede contener recomendaciones sobre las condiciones de supervisión si es que fuera necesario en caso que se decrete alguna medida cautelar alternativa con supervisión.

- **La función de supervisión** consiste en monitorear el cumplimiento de las condiciones de la medida cautelar alternativa que el juez ha impuesto al imputado y generar reportes sobre cumplimiento e incumplimiento.

Como se aprecia, estas dos funciones centrales tienen por finalidad permitir a los jueces realizar decisiones más informadas, ya que implican la evaluación del riesgo procesal en el caso concreto y la legitimidad de las medidas cautelares alternativas al tener control y monitoreo.

En Estados Unidos, los servicios de antelación al juicio están establecidos y regulados por leyes federales y estatales, y además se rigen por estándares nacionales (NAPSA, National Association of Pretrial Services Agencies, y el ABA, American Bar Association). En la actualidad existen más de 200 programas en Estados Unidos, y además existe este tipo de servicios en otros lugares como México, Canadá, el Reino Unido, Sudáfrica y Australia. Un interrogante frecuente que se presenta en América Latina, al exponer los objetivos de los servicios de antelación al juicio, es si en un proceso adversarial existe información “objetiva” que pueda ser brindada a las partes y al juez en el proceso, y que sobre ella se funde la decisión de la medida cautelar. Este cuestionamiento nace de temores no necesariamente infundados acerca de la posible utilización “inquisitiva” de estos servicios en nuestros países, en especial, en aquéllos en los que el tránsito hacia el sistema adversarial es reciente, aún está tenue o no se ha iniciado. Igualmente, nace

de una postura que indica que no existe información imparcial en el proceso penal, y por ello crear servicios encargados de proveer determinada información a las partes y al juez es violatorio de la adversarialidad. No obstante lo anterior, es interesante observar que justamente un país con gran tradición adversarial es el que ha desarrollado de manera amplia y sostenida estos programas, y es probable que ello no se deba únicamente a que racionaliza el uso de la prisión preventiva. Tal vez, se debe también a que comprende que la adversarialidad del sistema no reside en que los intervinientes no compartan ningún tipo de información, o que la información recolectada por los servicios de antelación sea conocida de manera equitativa por las partes en el proceso, y por ello, pueda ser controvertida en audiencia; o a que la información brindada no necesariamente funde la decisión de la medida cautelar sino que mejore la calidad del debate. En resumen, una cosa es que se establezca un servicio que brinde información altamente confiable a las partes y al juez para mejorar la calidad del debate, y otra cosa es que dicha información sea utilizada sin argumento o controversia por las partes que están obligadas a fundamentar la procedencia e improcedencia de una medida cautelar.

Pero, ¿dónde implementar los servicios de antelación al juicio? ¿En el poder judicial, en el ministerio público, en la defensa penal, en el sistema de prisiones? La respuesta adecuada a estas preguntas requiere un análisis detenido en cada uno de los países de la región, pues ellas deben considerar que, independientemente de dónde se coloquen, se debe garantizar: **i) la neutralidad e independencia de su trabajo frente al realizado por los demás intervinientes del proceso, y ii) la entrega equitativa de la información obtenida a las partes en el proceso, e incluso al juez.** Así, mientras esto se garantice no importa en realidad en qué institución se implementen los servicios de antelación al juicio. En Estados Unidos, por ejemplo, están ubicados en una gran variedad de instituciones: en aquellas que manejan los programas de suspensión condicional del procedimiento (probation), en el sistema penitenciario, en el poder judicial; en instituciones autónomas; en entidades que pertenecen al poder ejecutivo, entre otras. Se debe notar que en la experiencia comparada estos servicios no se colocan en el ministerio público ni en la defensa penal, pues no se

considera que puedan cumplir sus funciones de manera neutral dentro de estas instituciones.

Además, se debe responder otra pregunta: ¿cuánto cuestan realmente los servicios de antelación al juicio respecto de cuánto cuesta mantener a una persona en prisión preventiva? Estudios de análisis de costos en Estados Unidos han mostrado que los costos de mantener a una persona en supervisión por los servicios de antelación al juicio son bastante más bajos que los costos de prisión preventiva. Además, según estudios realizados en la región, la prisión preventiva representa costos enormes para los Estados latinoamericanos y también para las personas procesadas y sus familias.

Tabla Nº 1: Costo de prisión preventiva versus costo de supervisión por un servicio de antelación al juicio por día (en U\$D)

Servicio de antelación al Juicio	Costo de prisión preventiva por día	Costo de supervisión por día
U.S. Pretrial Services	\$ 66,45	\$ 6,11
New York City criminal Justice Agency	\$ 202,65	\$ 23
Mweimack county pretrial services (New Hampshire)	\$ 65	\$ 10,50
North Carolina pretrial services	\$ 57,30	\$ 6,04
Denton county community supervision and Corrections department (Texas) ⁶⁶	\$ 60	\$ 2
Broward county pretrial services (Florida)	\$108	\$ 1,50

Fuente: elaboración propia

⁶⁶ La información que contiene esta tabla se deriva del intercambio de información con Robert Trail, Deputy Chief, U.S. Pretrial Services; Jerry McElroy, Executive Director, New York City Criminal Justice Agency, Inc.; y Chris Alexander, Assistant Director, Denton County Community Supervisión and Corrections Department (Texas Department of Criminal Justice). También, de algunos documentos,

Veamos ejemplos de estudios de costos en Argentina, Chile y México:

Argentina: Un estudio en Argentina⁶⁷ reveló que el costo anual estimado de la prisión preventiva asciende a 435,2 millones de pesos chilenos anuales (U\$D 112.586.240 aproximadamente); siendo que el Estado asume el 68%; las personas detenidas, el 12%, y sus familias, el 20%. Los costos analizados en dicho estudio incluyen: a) para la persona detenida: los costos laborales, el riesgo de muerte y enfermedad, los aportes a seguridad social y los pagos extralegales; b) para el Estado: la manutención de la persona detenida, el proceso penal, el gasto anual en atención de VIH post detención, la pérdida de cotizaciones a la seguridad social, y c) para la familia: la ayuda en manutención de la persona detenida, el tiempo invertido en visitas, el pago a abogados particulares, y los pagos extra-legales.

Chile: en Chile un estudio⁶⁸ señaló que el costo total asociado a la prisión preventiva en Chile en 2007 alcanzaba la cifra de 48.321 millones de pesos chilenos (U\$D 92.481 millones). Este costo se divide en costos directos, que representan el 69% del total y en costos indirectos, que son el 31%. El costo directo incluye la Justicia Criminal (esto es, los organismos relacionados con el sistema de justicia criminal como son el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública) y la Gendarmería. Por su parte, el costo indirecto más relevante es el costo de las visitas, que incluye el costo monetario de cada visita y el costo de oportunidad de quienes la realizan. También se incluyen, en estos costos indirectos y sociales, los ingresos que deja de recibir el detenido, las visitas familiares, los abogados particulares, la muerte o enfermedad por estar recluso, los costos psicológicos, la

como por ejemplo: i) *Pretrial Services Programs, Program Descriptions*, Merrimack County, EE.UU., disponible en <http://www.merrimackcounty.net/pretrial/programs.html>; ii) Tanner, Melinda et al., *Evaluating Pretrial Services Programs in North Carolina*, Federal Probation, Volumen 72, N° 1, Washington, D.C., EE.UU., 2008; y iii) *Due South: Broward County, Florida: Expanding Pretrial Release*, Justice Policy Institute, Broward County, EE.UU., 2011.

⁶⁷ CIPPEC, 2009: 23.

⁶⁸ Fundación Paz Ciudadana, *Los Costos de la Prisión Preventiva en Chile*, 2008.

desintegración familiar, deserción escolar, estigmatización, socialización y el impacto macroeconómico en el mercado laboral. El mismo estudio determinó que el costo diario de prisión preventiva en Chile es de 16.961 pesos chilenos.

México: En México, un estudio⁶⁹ reveló que la prisión preventiva tiene un costo anual de 9.755.829 millones de pesos mexicanos (USD 783.017.550), que se dividen entre los costos para los detenidos, los costos para el Estado, los costos para los familiares y los costos para la comunidad. Los costos para los detenidos alcanzan la cifra de 2.004.873 millones de pesos mexicanos e incluye los costos laborales (ausencia de actividad económica), riesgos de muerte y enfermedad (riesgo de homicidio y ausencia de atención médica), pagos a seguridad social de empleados y pagos extra-legales (cargos por corrupción). Los costos para el Estado suman 5.794.839 millones de pesos mexicanos y considera el mantenimiento de prisioneros, el proceso penal (investigación, proceso judicial, defensa pública y ayuda social), provisión de salud a familiares de detenidos y contribuciones de empleadores a seguridad social. Luego, los costos para familiares de detenidos alcanza la cifra de 1.907.053 millones de pesos mexicanos comprendiendo la asistencia en el mantenimiento de detenidos, tiempo de visitas a detenidos, representación de abogados particulares y los pagos extra-legales (cargos por corrupción). Finalmente, los costos para la comunidad llegan a la suma de 1.907.053 millones de pesos mexicanos y abarcan los servicios de organizaciones sociales y productividad.

Por supuesto, los costos no son ni deben ser los argumentos más importantes para efectivizar las medidas cautelares no privativas de la libertad. Éstos deben ser la necesidad de garantizar el principio de presunción de inocencia, hacer efectiva la excepcionalidad de la privación de libertad, obligar al Estado a operacionalizar las medidas no privativas de la libertad, entre otras. Sin embargo, el análisis de costos es altamente pertinente pues las cifras muestran con claridad que la

⁶⁹ ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?: Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México, de Open Society Justice Initiative, 2009.

detención preventiva es una medida cautelar económicamente costosa respecto de aquéllas no privativas de la libertad. Por lo tanto, la implementación de estas últimas no sólo es una obligación del Estado para proteger los derechos humanos de las personas procesadas, sino también para utilizar de manera eficiente los recursos públicos.

3. Definiendo factores de riesgo para evaluar la necesidad de cautela

Si los argumentos hasta ahora expuestos no son suficientemente convincentes, es interesante considerar otro: **la definición de cautela del proceso penal debe responder a factores de riesgo objetivamente evaluados que den cuenta de la necesidad de cautela.** Los servicios de antelación al juicio utilizan criterios que evalúan objetivamente la necesidad de cautela en cada proceso penal, a través de un instrumento metodológico que evalúa el nivel de riesgo que tiene una persona de no comparecer al juicio, obstruir el procedimiento o constituir un peligro para la sociedad/víctima. Pero, ¿qué criterios y factores de riesgo se deben emplear para evaluar la necesidad de cautela de un proceso penal?, ¿qué características debe tener la evaluación de riesgo?, ¿existe una gama de distintos niveles de riesgo como resultado de la evaluación?, ¿cómo se interpretan los resultados de la evaluación de riesgo para decretar las medidas cautelares?, ¿cuándo es conveniente decretar medidas privativas de la libertad? Las respuestas a todas estas preguntas serán revisadas en la lección 2. Sin embargo, a continuación haremos algunas consideraciones generales alrededor de estos temas.

En primer lugar, el desarrollo de la evaluación de riesgo debe responder a un ejercicio cuidadoso de diseño, implementación y verificación. Para ello se debe:

- Definir factores de riesgo, analizados a través de variables, que indiquen la necesidad de cautela del proceso según cada uno de los fines legítimos establecidos.
- Definir criterios objetivos de evaluación, a través de herramientas de análisis que correspondan a instrumentos metodológicos validados.

- Realizar análisis de riesgo diferenciados según el fin legítimo de la medida cautelar.

Con el fin de precisar este tema usemos algunos ejemplos. Imaginemos por un instante dos hipótesis distintas y partamos de la base de que en ambos casos los delitos por los que se procesa al imputado son excarcelables.

Caso 1: Leonor

Se captura en flagrancia a Leonor, mujer de 70 años, procesada por microtráfico de drogas. Se conoce que fue condenada hace 6 meses por el delito de tráfico de estupefacientes y tiene libertad condicional.

Caso 2: Silvina

Se captura a Silvina, mujer de 35 años, procesada por hurto agravado con arma de fuego de cuantía superior a 50 salarios mínimos legales vigentes. Se conoce que fue condenada hace 5 años por el delito de porte ilegal de estupefacientes con pena principal de prisión pero con libertad condicional, y se conoce que cumplió las condiciones impuestas por el juez en ese momento.

Teniendo en cuenta estos dos casos hipotéticos, los factores de riesgo y las variables a través de las cuales se evalúa la necesidad de cautela requerida en el caso concreto, debe evaluarse el peligro de fuga, la obstrucción de la investigación y el peligro para la sociedad. Así por ejemplo, para analizar el peligro de fuga en ambos casos utilizaremos un factor de riesgo (sin que esto quiera decir que es el único):

Antecedentes penales: En ambos casos, un análisis general sobre este factor de riesgo mostraría que ambas mujeres tienen antecedentes penales por condenas previas, y por lo tanto, un análisis simple puede mostrar que pueden tener un alto porcentaje de riesgo en ese factor. Sin embargo, lo interesante es profundizar el análisis y utilizar variables para analizar cada factor, pues ello permite conclusiones distintas. Por ejemplo, analicemos en nuestros casos las siguientes variables con este factor de riesgo:

Delito por el cual fue condenada: En el primer caso, la mujer fue condenada por el mismo delito por el cual es procesada hoy en día: microtráfico de estupeficientes; mientras que en el segundo caso, la mujer fue condenada por otro tipo de delito (hurto). Un análisis sofisticado puede concluir que en el primer caso la mujer ha continuado las actividades de microtráfico de drogas a pesar de la condena, y por ello, será más probable que ante un nuevo proceso emprenda la fuga para no ir a la cárcel. Pero en el segundo caso, un análisis detenido puede concluir que los delitos que se le imputan no están relacionados, y por ello, puede ser menos probable que la mujer decida huir en este caso.

Período de tiempo acontecido desde esa condena: El análisis de la variable anterior se complementa con otra variable que responda la siguiente pregunta: ¿hace cuánto tiempo fue condenada la persona? Este análisis es muy interesante, pues de él se puede derivar que hubo violación al régimen de la pena impuesta. En el primer caso, por ejemplo, la pena fue impuesta hace menos de 6 meses, lo que constituye un período corto de tiempo y hace suponer que la persona violó el régimen de la pena impuesta y ello genera mayor probabilidad de fuga en este caso de acuerdo con el análisis de este factor de riesgo. Por el otro lado, la pena impuesta a Silvina por porte ilegal de estupeficientes fue hace 5 años y se conoce que cumplió las condiciones impuestas por el juez, por lo cual, no ha violado el régimen de pena impuesta, y por ello, puede ser menos probable que no comparezca en el juicio por el delito que se le imputa.

Conclusión

Ahora bien, como puede verse, el análisis a través de factores de riesgo y variables de cada uno de dichos factores sofisticada el examen de la necesidad de cautela en el caso concreto. Sin embargo, este análisis tan detenido puede generar un efecto perverso: tener demasiada información implica también mayores prejuicios y puede aumentar las prisiones preventivas. Por ejemplo, en los casos anteriormente descritos, Leonor y Silvina tienen antecedentes penales, lo cual puede implicar una conclusión inmediata en el juzgador: si delinquieron una vez y están aquí de nuevo, volverán a hacerlo si las dejas en libertad. Si a este razonamiento se suma que la legislación nacional hipotéticamente permite decretar la prisión preventiva si la persona detenida tiene antecedentes penales, es posible que el juez la decreta de manera inmediata. Pero, si se modifica el pensamiento del juzgador para comprender que la necesidad de cautela se evalúa con fundamento en la necesidad de “comparecencia en el juicio oral” y la “obstrucción del procedimiento” en el caso específico, el análisis peligrosista que implica pensar que la persona volverá a delinquir si la deja en libertad, no es precedente. Por supuesto, este razonamiento implica objetivar, cada vez más, los criterios de análisis de la evaluación de riesgo de los fines legítimos de la prisión preventiva.

3.1 Criterios objetivos de análisis de riesgo

La experiencia en servicios de antelación al juicio muestra la necesidad de implementar **varios criterios objetivos de análisis de riesgo** y disminuir los criterios subjetivos para evitar prejuicios por parte de los funcionarios. No se requiere únicamente desarrollar criterios para evaluar la pertinencia de una medida cautelar, sino realmente crear **estrategias objetivas de análisis** de dichos criterios, para utilizarlos de manera adecuada y equitativa sin distinción alguna por razones de raza, etnia o condiciones económicas. La objetividad de la evaluación la da:

- La **validación permanente** de los factores de riesgo desarrollados.
- El **método** de evaluación empleado.

- La **verificación de los datos** obtenidos antes de entregar el reporte al juez y las partes.

Ten en cuenta que:

El análisis de riesgo según cada fin legítimo de la medida cautelar puede utilizar los mismos factores de riesgo o diferenciados si se considera pertinente, pero lo importante es evaluar de manera diferenciada cada factor de riesgo. Se debe tener en cuenta que los fines legítimos están instituidos para demostrar la necesidad de cautela en el proceso, y no es lo mismo el peligro de fuga que el de obstrucción en la investigación, por lo cual, un análisis uniforme es poco riguroso y puede llevar a equívocos. Por ejemplo, si el procesado es un funcionario público acusado de malversar fondos de la entidad para la que trabaja y uno de los criterios a analizar es la “estabilidad del empleo”, es probable que su evaluación del riesgo de no comparecer en el juicio sea baja pues tiene arraigo en la sociedad y eso lo hace fácil de supervisar. En cambio, es probable que la evaluación de ese mismo factor frente al riesgo de obstrucción del procedimiento sea alta, pues trabaja en el mismo lugar donde se encuentran las posibles evidencias de la acusación en su contra. De esta manera, el análisis sobre la medida cautelar a imponer debe evaluar los fines legítimos por separado, y balancear el análisis de riesgo para determinar la medida más adecuada. Además, la evaluación de riesgo utilizada debe ser validada rigurosamente para asegurar que el instrumento es confiable en la localidad donde se aplica.

3.2 La presentación de los resultados y recomendaciones

La evaluación del riesgo para determinar la necesidad de cautela del proceso penal debe tener clara la forma en la que se presentan los resultados obtenidos y las recomendaciones que se realizan. Ello implica que es debido:

- Categorizar niveles de riesgo para clasificar los resultados obtenidos en las evaluaciones realizadas.

- Contar con una amplia gama de recomendaciones según los niveles de riesgo establecidos, privilegiando las medidas cautelares no privativas de la libertad.
- Validar frecuentemente los niveles de riesgo y la efectividad de las recomendaciones realizadas en cada nivel.
- Mantener criterios de confidencialidad de la información no relevante que fue obtenida en el proceso de evaluación de riesgo.

3.3 Tomar en cuenta las realidades locales

Asimismo, en la evaluación de riesgo y la implementación de los servicios de antelación al juicio se deben tener en cuenta las particularidades locales. En efecto, cabe preguntarse:

- ¿Puede evaluarse de la misma manera el riesgo de no comparecencia de una persona que habita en una zona urbana que el de otra que habita en zona rural?
- ¿Será necesario elaborar análisis de riesgos según las realidades locales?

Si dado que el proceso penal se funda en las circunstancias reales de cada caso, la evaluación de riesgo debe considerar las condiciones concretas de los hechos, el detenido y la comunidad donde se encuentra. En este punto, es importante tener en cuenta que la creación de un servicio de antelación al juicio no quiere decir, necesariamente, la definición de un gran programa que tenga miles de empleados. Puede existir uno grande y uno pequeño, de acuerdo con las necesidades de cada uno de los lugares donde se implemente. Revisa aquí dos programas que existen en la actualidad:

Servicios de antelación al juicio en el Distrito de Columbia, Estados Unidos

(Para más información véase: <http://www.psa.gov/>). Es una agencia independiente que desarrolla uno de los programas más grandes y sofisticados de los Estados Unidos, tiene más de 300 empleados y un

presupuesto anual de U\$D 50 millones. Debido a su tamaño, presta uno de los servicios más completos del país, tiene unidades de investigación y análisis de datos, investigación forense, relaciones con la comunidad, entre otros. Los servicios de antelación para personas procesadas penalmente, los presta a través de cuatro grandes unidades:

1) **Pruebas para verificar el abuso de sustancias psicoactivas:** unidad en la que se realiza el control del abuso de sustancias psicoactivas de personas capturadas.

2) **Servicios de diagnóstico para las cortes:** realiza la evaluación de riesgo desde el momento de la captura hasta la audiencia de control de garantías (o la primera audiencia en la que se define la medida cautelar). Esta unidad elabora la evaluación de riesgo.

3) **Supervisión:** encargada de supervisar las medidas cautelares no privativas de la libertad que el juez definió en la audiencia de control de garantías que debían estar bajo supervisión de esta institución.

4) **Tratamiento:** encargada de desarrollar el programa de tratamiento, directa o indirectamente supervisando a quienes prestan dicho servicio, en dos líneas de acción específicas: tratamiento de personas que abusan de sustancias psicoactivas y de personas con problemas de salud mental.

En 2008, este programa produjo 19.000 informes de diagnóstico de necesidad de cautela, hizo 3.230.671 pruebas de consumo de sustancias psicoactivas; tuvo 12.000 personas procesadas en supervisión general; ubicó 1.788 personas procesadas en tratamiento de abuso de sustancias psicoactivas y llevó a cabo 1.255 evaluaciones de salud mental⁷⁰.

Servicios de antelación al juicio en Denver, Colorado, Estados Unidos

(Para más información véase: <http://www.denvergov.org/PreTrial/>).

Es un programa cuya gestión está a cargo del Departamento de Seguridad. Tiene sólo nueve empleados, encargados de desarrollar las dos fases del programa:

⁷⁰ District of Columbia Pretrial Services Agency, 2009; p. 12-23.

- 1) Realizar la evaluación de riesgo y las recomendaciones de medidas cautelares de las personas capturadas dentro de las 24 horas siguientes a la captura.
- 2) Supervisar a las personas procesadas que, por orden judicial, fueron dejadas en libertad bajo supervisión del programa.

Como puede verse, este programa es mucho más pequeño que el anterior pues cuenta con menos de diez empleados, y aunque no cumple algunas de las funciones desarrolladas por el anterior, realiza las dos funciones esenciales: evaluación de riesgo y supervisión general de medidas cautelares. Por ello, se debe insistir en que la creación de estos programas debe responder a las necesidades de cada jurisdicción, y que su implementación no necesariamente requiere grandes infraestructuras.

4. Herramientas de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad

Finalmente, se expondrá un último argumento para fundamentar la pertinencia de los servicios o programas de antelación al juicio: **El Estado debe contar con herramientas adecuadas que le permitan supervisar las medidas cautelares no privativas de la libertad**, que son además la regla general en el derecho penal en lugar de privilegiar la medida excepcional de prisión preventiva. Ahora revisemos algunos puntos interesantes:

¿Por qué son tan importantes estas herramientas de supervisión?

Como se ha visto, la decisión de la medida cautelar a decretar en un proceso penal es difícil, pues están en juego el principio de presunción de inocencia, la garantía de la persecución penal y, en algunos casos, los derechos de terceros involucrados en el proceso como las víctimas. Además, existe una amplia gama de medidas cautelares no privativas de la libertad, dado que la prisión preventiva es la más excepcional de todas las medidas cautelares y que la persona no puede sufrir un menoscabo de sus derechos debido a las carencias institucionales. Por esto, implementar mecanismos de supervisión del cumplimiento de las condiciones de las

medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva es una respuesta del sistema de justicia para verificar que, efectivamente, no se puso en riesgo la cautela del proceso penal.

¿Qué mecanismos de supervisión se deben implementar?

Los mecanismos de supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad deben estar asociados a los distintos niveles de evaluación de riesgo utilizados por el juez que decretó la medida cautelar. En efecto, no es lo mismo supervisar a un individuo cuya medida cautelar es estar sujeto a un mecanismo electrónico de vigilancia, que a otro al que se le ordenó observar buena conducta y asistir a un programa de rehabilitación de drogas. Las herramientas de supervisión deben estar encaminadas a vigilar el riesgo de cada uno de los fines de la medida cautelar, o de aquel que fue considerado fundamental por el tribunal para interponer una medida. Así por ejemplo, una herramienta de supervisión que se puede utilizar para garantizar la comparecencia en el juicio es realizar periódicamente llamadas en las que se le recuerde la fecha del juicio; sin embargo, este mecanismo no es pertinente si se busca supervisar la no obstrucción del proceso penal. Los mecanismos de supervisión deben trabajar con organismos e instituciones encargadas de la seguridad (por ejemplo, la policía en los casos de medidas cautelares en las que se pide que la persona no abandone su domicilio), o que son especializadas en la atención de población que presenta condiciones particulares, como por ejemplo, el abuso de sustancias psicoactivas.

5. Conclusiones

La privación de libertad como medida cautelar es excepcional y debe proceder únicamente cuando, además de que se presentan los supuestos materiales, existe un riesgo razonable que indique la necesidad de cautela del proceso. El análisis de la existencia de dicho riesgo debe realizarse a través de una metodología de evaluación que brinde información de calidad y altamente confiable a los intervinientes en el proceso. Desde este punto de vista, los servicios o programas de ante-

lación al juicio son una estrategia interesante que busca desarrollar herramientas efectivas para racionalizar el uso de la prisión preventiva, fortalecer la utilización de las medidas no privativas de la libertad y desplegar actividades de supervisión de éstas. Esta estrategia tiene dos grandes componentes que serán analizados en las siguientes lecciones y que buscan:

- Evaluar la necesidad de cautela en cada caso concreto a través de un instrumento metodológico de análisis de riesgo.
- Supervisar el cumplimiento de las condiciones otorgadas por el juez al decretar las medidas cautelares no privativas de la libertad.

Lecturas complementarias - Material de apoyo

- Capítulo 1 sobre desafíos de América Latina del uso de medidas cautelares e introducción a los servicios de antelación al juicio del Manual de Servicios de Antelación al Juicio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (disponible en:

http://www.cejamericas.org/libro_maj/index.html [07-02-2013]).

- Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares (disponible en:

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/89> [07-02-2013]).

- Folleto de información de los *pretrial services* del Distrito de Columbia (disponible en:

http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_download/7333-evaluacion-de-riesgo-en-indiana [07-02-2013]).

- 2009 Survey of Pretrial Services Programs (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7338-2009-survey-of-pretrial-services-programs [07-02-2013]).

- <http://www.pretrial.org/>
- <http://www.znapsa.org/>
- <http://www.dcpsa.gov/>

Referencias, Lección 1

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, Informe N° 86/09, caso N° 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009.

DOCUMENTOS

Revistas Digitales:

Podestá, Tobías y Villadiego, Carolina, Servicios de Antelación al Juicio: Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región. En: Revista Sistema Judiciales, 2010, en: www.sistemasjudiciales.org.

Sitio web del Pretrial Services Agency for the District of Columbia, disponible en: <http://www.dcpsa.gov/>.

Informes y Estudios:

Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Manual de Servicios de Antelación al Juicio.

Clark, John y Henry, D. Alan, "Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century. A Survey of Pretrial Services Programs", US Department of Justice, Office of Justice program, Bureau of Justice Assistance, 2004.

Pretrial Justice Institute, 2009 Survey of Pretrial Services Programs, Washington, D.C., agosto 2009.

National Association of Pretrial Services Agencies -NAPSA, Pretrial Diversion in the 21st century: A national survey of pretrial diversion programs and practices, Washington, D.C., 2009.

District of Columbia Pretrial Services Agency, FY 2008 Annual Report Leading in the Field, Washington D.C., 2009.

Derdoy, Malena; Fernández Valle, Mariano; Freedman Diego; Malajovich, Laura; Roth, Laura; Salinas, Raúl, El Costo Social y Económico de la Prisión preventiva en la Argentina, Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento -CIPPEC, septiembre 2009.

Ahumada, Alejandra; Farren, Diego y Williamson Bernardita, Los costos de la prisión preventiva en Chile, Fundación Paz Ciudadana, Santiago, Chile, diciembre de 2008.

Carrasco, Javier; Servicios de Evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares; Open Society Justice Initiative, Proyecto Presunción de inocencia en México, 2009.

Lección 2

EVALUACIÓN DE LA NECESIDAD DE CAUTELA: HERRAMIENTA PARA ANALIZAR LOS FINES LEGÍTIMOS DE LA MEDIDA CAUTELAR

INTRODUCCIÓN

La procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva debe evaluarse en cada caso concreto después de comprobar que se presentan los supuestos materiales y que existe una necesidad de cautela. En este capítulo nos interesa particularmente la evaluación de la necesidad de cautela, asociada a los fines legítimos, que indiquen con determinado grado de certeza que, si la persona no es detenida preventivamente, existe un riesgo razonable que indique que:

- 1) No comparecerá al juicio.
- 2) Obstruirá el procedimiento.
- 3) En algunas legislaciones representará un peligro para la sociedad, la comunidad, o la víctima.

En la lección anterior se puso de manifiesto la necesidad de contar con herramientas sustantivas que permitan definir la necesidad de cautela, que evalúen de manera objetiva los factores de riesgo a los que se expone el sistema de justicia si no se impone una medida cautelar privativa de la libertad. Los servicios de antelación al juicio evalúan la necesidad de cautela a través de una metodología sofisticada. La lección abarcará las siguientes preguntas:

- ¿Cómo evaluar la necesidad de cautela?
- ¿Qué criterios y factores de riesgo emplear?
- ¿Qué características tiene la evaluación de riesgo?
- ¿Cuál es el procedimiento que se sigue?

- ¿Existen distintos niveles de riesgo?
- ¿Cómo se interpretan los resultados de la evaluación?
- ¿Cuándo es conveniente decretar una medida privativa de la libertad?

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar las herramientas empleadas para evaluar la necesidad de cautela.
- Reconocer el procedimiento utilizado para la evaluación de riesgo.

1. Herramientas empleadas

El diseño de herramientas que evalúen la necesidad de cautela de un proceso penal debe desarrollar los siguientes pasos:

- Definir factores de riesgo que indiquen la necesidad de cautela respecto de los fines legítimos de la medida; cada uno de ellos analizado a través de distintas variables.
- Aplicar un instrumento de evaluación según un análisis preferentemente objetivo de los fines de la medida cautelar.
 - Establecer niveles de riesgo.
 - Definir estrategias de supervisión de medidas no privativas de la libertad según los niveles de riesgo establecidos.
 - Definir una gama de recomendaciones para implementar las estrategias de supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad.

Para el análisis de este tema en este capítulo continuaremos con los ejemplos esbozados en la lección anterior sobre Leonor y Silvina.

Caso 2: Silvina

Se captura a Silvina, mujer de 35 años, procesada por hurto agravado con arma de fuego de cuantía superior a 50 salarios mínimos legales vigentes. Se conoce que fue condenada hace 5 años por el delito de porte ilegal de estupefacientes con pena principal de prisión pero con libertad condicional, y se conoce que cumplió las condiciones impuestas por el juez en ese momento.

Por su parte, en el caso de Silvina, los empleados de los servicios de antelación al juicio obtienen información respecto de que:

- Dio positivo en la prueba de consumo de sustancias psicoactivas ilegales.
- No tiene una vivienda estable en la ciudad sino que se queda en casa de amigos de vez en cuando, y otras veces, va a una casa de un familiar a 100 km de distancia.
- Realiza un trabajo como vendedora de enceres en una calle céntrica de la ciudad desde hace 1 año, su horario de trabajo es diurno de lunes a viernes.
- No posee teléfono ni otro medio de comunicación.
- Tiene una hija, quien vive con su madre, en un pueblo pequeño al sur del país; ella le envía dinero mensualmente.

Ahora bien, de acuerdo con las hipótesis de ambos casos, examinemos a lo largo de esta lección la forma en la que se realizarían algunos aspectos de la evaluación de riesgo. Lo primero que debemos tener en cuenta, es que el análisis debe diferenciar los factores de riesgo, las variables que examinan cada factor, el instrumento de evaluación, los niveles de riesgo, y las estrategias de supervisión y recomendaciones.

Como lo señalamos, para definir los factores de riesgo es necesario considerar distintas variables para analizar la necesidad de cautela del proceso. Además, se debe revisar y verificar que estos factores y varia-

bles evalúen la necesidad de cautela según los fines legítimos de la medida cautelar y validarlos después de su implementación.

Para mayores antecedentes, revisa los siguientes puntos:

Consideraciones para la definición de factores y variables de riesgo

Adicionalmente, para la definición de factores y variables de riesgo se sugiere tener en cuenta que:

- El hecho de que apunten a evaluar los fines de la medida cautelar no quiere decir que se deban emplear distintos factores y variables para cada uno de los fines de la medida cautelar. Lo importante es que la evaluación sea distinta según el fin legítimo analizado.
- Se deben analizar, con detenimiento, las características de la jurisdicción donde se pretenden implementar, pues la experiencia muestra que los factores de riesgo utilizados en unas jurisdicciones -especialmente las variables empleadas-, no necesariamente son pertinentes en otras.
- El diseño de factores y variables de riesgo requiere un trabajo interdisciplinario realizado a través de una metodología estadística específica, usualmente de regresión logística⁷¹, que permite determinar si se puede presentar o no un suceso a partir del análisis de diversas variables.

Los nueve factores de riesgo mayormente empleados por los servicios de antelación al juicio en EE.UU.

A continuación, se exponen los nueve factores de riesgo mayormente empleados por parte de los servicios de antelación al juicio en ese país⁷²:

- Categoría de tipo penal principal que se le imputa.
- Casos pendientes al momento de ser capturado.
- Otras órdenes de captura pendientes.
- Historial de condenas previas.

⁷¹ Urban Institute Justice Policy Center, 2003: 7.

⁷² USA Department of Justice and Luminosity the Solution , 2007: 8.

- Historial de no comparecencia en el juicio.
- Medida cautelar supervisada o pena no privativa de la libertad bajo la que se encuentra (si se tiene alguna de ellas).
 - Situación de residencia: (tiempo de permanencia en ella, estabilidad de la misma).
 - Situación de empleo/sustento económico de su familia: (empleo, subempleo, necesidad de sustentar a hijos/familia, entre otras).
 - Abuso de sustancias psicoactivas.

1.1 Factores de riesgo y sus variables

La calificación de los factores de riesgo, a través de sus diversas variables, se realiza en el caso concreto a través de indicadores que son preguntas cerradas (SI/NO o selección múltiple), y que debe tramitar el funcionario encargado. Cada pregunta tiene un puntaje determinado, asignado previamente en el instrumento de evaluación de riesgo, que se calcula automáticamente y arroja un porcentaje de riesgo. Es posible además, que el instrumento de evaluación de riesgo otorgue puntajes diferenciados a las distintas variables de cada uno de los factores, por lo cual, el análisis de riesgo no quiere decir que cada factor variable tiene un puntaje que al final se promedia. No; la evaluación de riesgo corresponde a un análisis de regresión estadística que se ha construido a través de un análisis específico.

Apuntes de la lección:

A continuación, demos un vistazo a un ejemplo de factores de riesgo analizados a través de algunas variables e indicadores para la evaluación. Este cuadro ha sido elaborado para efectos pedagógicos, por lo cual, no constituye un instrumento de evaluación de riesgo completo, sino un ejemplo de posibles factores de riesgo que se podrían analizar a través del instrumento. Como hemos dicho a lo largo del texto, la construcción de la evaluación de riesgo debe responder a las características específicas de la jurisdicción donde se implementa y por lo tanto, cada una de ellas debe definir los factores y variables de riesgo, así como, los indicadores y los puntajes asignados.

Como se puede advertir

Tabla N° 2: Ejemplo de Factores de Riesgo

Factor de riesgo	Variab-les	Nombre del indicador	Tipo de respuesta (Unidad de medida)	Observaciones para tener en cuenta en el trámite del caso	Grado de riesgo Alto/ Medio/ Bajo según puntaje
Categoría de tipo penal principal que se le imputa	Tipo penal	¿El delito del que se le acusa está catalogado como de especial gravedad en la legislación?	Sí/No		
		¿El delito del que se le acusa está catalogado como grave en la legislación?	Sí/No		
		¿El delito del que se le acusa está catalogado como menor en la legislación?	Sí/No		
		¿Cuál es el tipo penal que se le imputa?	Marque la opción correcta (lista de delitos de acuerdo con la legislación penal)	En caso de posible concurso de delitos se debe tener en cuenta el más grave	
		¿Cuál es la pena principal del tipo penal que se le imputa?	Marque la opción correcta (lista de penas según delito seleccionado)		
	Uso de arma	¿El imputado utilizó un arma de fuego para la comisión del presunto delito?	Sí/No		
		¿El imputado utilizó otro tipo de arma, para la presunta comisión del delito?	Sí/No		

	Presunta Víctima del crimen	¿La presunta víctima del delito es una persona menor de edad?	Sí/No		
		¿La presunta víctima del delito es una persona familiar o conocida del imputado?	Sí/No		
Casos pendientes al momento de ser capturado	Tipo penal	¿La persona tiene algún registro de un caso pendiente en el sistema penal?	Sí/No		
		¿Cuál es el tipo penal que registra como caso pendiente?	Marque la opción correcta (lista de delitos de acuerdo con la legislación penal)	Si la captura se debe por falta de comparecencia en el juicio tenga presente que ello en sí mismo no constituye un caso pendiente	
		¿En qué situación procesal se encuentra el caso pendiente del imputado?	Marque la opción correcta (lista de opciones procesales) Un ejemplo: pendiente de juicio oral, con suspensión del procedimiento a prueba)		
Otras órdenes de captura pendientes	Órdenes de captura	¿La persona tiene algún registro de una orden de captura emitida por autoridad judicial por un caso pendiente en el sistema?	Sí/No	Si la orden de captura es por falta de comparecencia en el juicio no se puede considerar una respuesta afirmativa, pues esta debe ser por la imputación de un delito	
		¿Cuál es la razón por la cual se ordena la captura pendiente?	Marque la opción correcta (lista de opciones de motivos) Un ejemplo: violación al régimen de libertad provisional)	Si la orden de captura es por falta de comparecencia en el juicio no se puede considerar una respuesta afirmativa, pues ésta debe ser por la imputación de un delito	

	Tipo penal	¿Cuál es el tipo penal principal por el cual se ordena la captura?	Marque la opción correcta (lista de delitos de acuerdo con la legislación penal)		
Antecedentes penales	Tipo penal	¿El imputado tiene condenas por otros delitos cuya pena principal sea de prisión?	Sí/No	Sólo cuentan las condenas proferidas por delitos cuya pena es de prisión, por lo cual, sólo en esos casos responda afirmativamente	
		¿Cuál fue el tipo penal principal por el cual fue condenado el imputado?	Marque la opción correcta (lista de delitos de acuerdo con la legislación penal)		
	Tiempo	¿Hace cuánto tiempo fue proferida la condena?	Marque la opción correcta (lista de opciones de tiempo) Un ejemplo: menos de 6 meses, entre 6 y 12 meses, entre 12 y 36 meses, más de 36 meses)		
	Sanción	¿Se tiene registro de incumplimiento, por parte del imputado, de las condiciones impuestas por el juez en la condena?	Sí/No	Responda afirmativamente, si el incumplimiento está asociado con las condiciones de supervisión impuestas, incluyendo presentarse ante los tribunales, no acercarse a las víctimas, no acudir al tratamiento otorgado	
En caso afirmativo a la pregunta anterior, ¿qué tipo de incumplimientos a las condiciones de la pena se tiene registrado?					
Historial de no comparecencia al juicio oral	No comparecencia	¿Existe registro que muestre que el imputado no ha comparecido al juicio oral anteriormente?	Sí/No	Debe responder afirmativamente si el procesado en más de dos ocasiones no ha comparecido en un juicio	

		¿Cuáles fueron los motivos por los que cuáles no compareció en el juicio anteriormente?	Marque la opción correcta (lista de opciones de motivos) Un ejemplo: no recordaba la fecha del juicio, estaba fuera de la ciudad, no le llegó una comunicación del tribunal, no tenía permiso del empleador)		
	Tiempo	¿Hace cuánto tiempo fue la última fecha en la que registra no haber comparecido al juicio?	Marque la opción correcta (lista de opciones de tiempo) Un ejemplo: menos de 6 meses, entre 6 y 12 meses, entre 12 y 36 meses, más de 36 meses)		
Situación de Residencia	Tipo de residente	¿El imputado tiene residencia permanente en la ciudad/pueblo?	Sí/No	Residencia permanente si reside hace más de 1 año en el lugar	
		¿El imputado es propietario de dicha residencia o arrendatario de la misma?	Sí/No		
		¿El imputado habita con familiares o amigos?	Sí/No		
	Lugar	¿La residencia del imputado se encuentra en la misma jurisdicción de los tribunales?	Sí/No		
		De ser negativa la respuesta anterior, ¿en qué jurisdicción se encuentra?	Marque la opción correcta (Lista de opciones de jurisdicciones)		

	Distancia	¿Cuál es la distancia entre la residencia del imputado y los tribunales	Marque la opción correcta (lista de opciones de tiempo) Un ejemplo: menos de 10 Km, entre 10 y 50 km, más de 50 km)		
	Medio de transporte	¿Existe medio de transporte masivo para llegar desde la residencia hasta los tribunales?	Sí/No		
Situación de empleo/sustento económico de familia	Empleo	¿El imputado tiene un empleo/subempleo permanente?	Sí/No	Debe considerar que no hay factor de riesgo si la persona ha sido empleada continuamente aunque haya tenido varios trabajos en los últimos dos años	
	Duración	¿Hace cuánto tiempo el imputado labora en ese lugar?	Marque la opción correcta (lista de opciones de tiempo) Un ejemplo: menos de 6 meses, entre 6 y 12 meses, entre 12 y 36 meses, más de 36 meses)		
	Horario	¿Cuál es el horario de trabajo del imputado?	Marque la opción correcta (lista de opciones de horarios) Un ejemplo: diurno, nocturno, por horas, por días)		
	Ingresos	¿El imputado tiene otros ingresos no relacionados con su trabajo?	Sí/No		
	Deuda	¿El imputado tiene una deuda cuyo abono cancela periódicamente?	Sí/No	Tenga en cuenta de manera especial los servicios de salud, la educación de los hijos/as, los préstamos de vivienda	
	Manutención de otras personas	¿El imputado mantiene económicamente a otra persona?	Sí/No		

	nas	¿El imputado es mantenido económicamente por otra persona?	Sí/No		
Abuso de sustancias psicoactivas (No se incluye el alcohol)	Abuso	¿El imputado abusa de sustancias psicoactivas?	Sí/No	Debe considerar que la persona abusa de sustancias si: a) tiene antecedentes de consumo frecuente; b) ha admitido el uso de dichas sustancias; su historial criminal ha estado asociado a dicho consumo; c) ha estado sometida a algún tipo de tratamiento contra las drogas.	
		En el presente caso, ¿la prueba de abuso de sustancias psicoactivas dio positiva?	Sí/No		
	Sustancia	¿Qué tipo de sustancia psicoactiva es aquella de la que el imputado abusa?	Marque la opción correcta (lista de opciones de sustancias) Un ejemplo: cocaína, heroína, opio)	Únicamente marque esta opción, si la sustancia se encuentra expresamente establecida en la lista	
	Tratamiento	¿El imputado ha estado sometido anteriormente a tratamiento de abuso de sustancias psicoactivas?	Sí/No		
Total evaluación de riesgo					%

Casos de Leonor y Silvina: analizando el riesgo de peligro de fuga

Ahora bien, analicemos un momento los factores y variables de riesgo relacionados con la situación de residencia y empleo de Leonor y Silvina en nuestros casos planteados en este texto, desde el punto de vista del riesgo de peligro de fuga de las imputadas.

Caso 1: Leonor

En el caso de Leonor, se sabe que tiene residencia permanente en la ciudad, que es arrendataria, que habita con su hijo y que está en la misma jurisdicción de los tribunales a tan sólo 50 minutos en transporte público.

Caso 2: Silvina

Por el otro lado, en el caso de Silvina, se conoce que no tiene residencia permanente, que a veces vive con amigos en la ciudad y otras veces por fuera de la ciudad y además que no posee medio de contacto, como un teléfono.

De esta manera, la evaluación de riesgo de estos ejemplos, denota a priori que en este factor de riesgo es posible que Leonor constituya un nivel bajo de riesgo, mientras que para Silvina sería alto.

Casos de Leonor y Silvina: la situación de empleo/ingresos

Adicionalmente, si se evalúa otro factor de riesgo, como por ejemplo la situación de empleo/ingresos, tendríamos un análisis diferente.

Caso 1: Leonor

En el caso de Leonor, aunque ella no trabaja, se conoce que percibe mensualmente un dinero que es la jubilación de su marido que murió, y que debe reportarse periódicamente con la institución que otorga las pensiones.

Caso 2: Silvina

En el caso de Silvina, se conoce que tiene un trabajo estable desde hace un año, que aunque es a través de sub empleo, le da ingresos y estabilidad; y más aun se conoce que debe enviarles dinero a su madre e hija mensualmente.

Por este motivo, la evaluación de riesgo en este factor puede dar niveles bajos en ambos casos, pues lo cierto es que ambas tienen motivos “laborales-ingresos” para permanecer en la ciudad.

En todo caso, es interesante anotar dos cosas adicionales. En primer lugar, recordemos que en la lección anterior cuando utilizamos el caso de Silvina y Leonor nos dimos cuenta de que el análisis de riesgo del factor de antecedentes penales mostraba que Leonor tenía un mayor riesgo que Silvina en ese ítem. Por lo tanto, es importante precisar que la evaluación de riesgo es el análisis completo de todos los factores y variables en conjunto, a través de un instrumento objetivo de evaluación, por lo cual, el análisis independiente de las variables y los factores nos dan algunos datos, pero no una evaluación suficiente.

En segundo lugar, tengamos presente que cada factor y variable de riesgo tiene un puntaje determinado, el cual no es necesariamente equivalente entre todas las variables y factores, que debe evaluar de manera separada el peligro de fuga, de la obstrucción de la investigación o del peligro para la sociedad. Es altamente posible que los factores de riesgo sean los mismos, pero no necesariamente todos los indicadores ni los puntajes obtenidos. Por ejemplo, si Leonor tiene en su casa el espacio en el cual comercializa drogas (plantas, químicos, etc.), la situación de residencia puede ser un bajo factor de riesgo para el análisis del peligro de fuga, pero un alto factor de riesgo para el análisis de la obstrucción del procedimiento pues en ese lugar se encuentran las evidencias.

1.2 Instrumento de evaluación de riesgo

Después de identificar y calificar los factores de riesgo, el proceso requiere crear un instrumento estadístico objetivo de evaluación. Su desarrollo debe tener en mente dos objetivos principales:

- 1) **Recomendar objetivamente** medidas cautelares no privativas de la libertad para todas las personas sin distinción alguna.

2) **Hacer más certera la decisión** de la medida cautelar a partir de la evaluación de riesgo.

Los instrumentos más sofisticados que existen en la actualidad incluyen tecnologías de información y comunicación que calculan el nivel de riesgo a partir de criterios objetivos. También, hay métodos menos sofisticados que combinan criterios objetivos y subjetivos para calcular el nivel de riesgo⁷³. En todo caso, la American Bar Association ha definido como estándar para los servicios de antelación al juicio la utilización de un instrumento que emplee criterios objetivos de evaluación del riesgo⁷⁴. Ello no excluye que el funcionario pueda realizar observaciones, pero no debe poder modificar la evaluación objetiva.

Pero, ¿por qué es tan importante desarrollar criterios objetivos de evaluación de riesgo? Bueno, porque la experiencia indica que los programas que fundamentan la evaluación en criterios subjetivos son propensos, a:

- Emplear prejuicios al momento de evaluar el riesgo (condiciones económicas, ubicación del lugar de residencia, etc.).
- Obtener recomendaciones disímiles en casos con evaluación de riesgo similares.
- Privilegiar la fianza en las recomendaciones de medidas cautelares no privativas de la libertad.
- Utilizar prácticas poco uniformes y difícilmente transparentes en el proceso de evaluación del riesgo.
- Obviar en la evaluación la evidencia objetiva.

Un ejemplo que ilustra claramente lo anterior, es que si el análisis de la situación de residencia del detenido muestra que la persona cuenta con una residencia permanente en una zona vulnerable de la ciudad, es probable que una evaluación objetiva de di-

⁷³ Pretrial Justice Institute, "Survey of pretrial (...)" 2009: 36.

⁷⁴ American Bar Association, ABA Standards for Criminal Justice: Pretrial Release. 10-4.2.

cho factor considere que no existe riesgo pues la persona cumple objetivamente con la condición; mientras que un evaluación subjetiva puede concluir que existe riesgo porque “la residencia está en una ambiente propicio para cometer nuevos delitos”. Este último análisis interpreta subjetivamente el factor de riesgo y además lo evalúa a partir de consideraciones distintas de los fines legítimos de la medida cautelar. Otro ejemplo, en nuestro caso de Silvina, es que aunque objetivamente tenga un trabajo con horario fijo, una visión subjetiva puede considerar que ello no es un “trabajo real”. Por este motivo, la creación de un instrumento objetivo de riesgo garantiza el derecho a la igualdad de las personas y una evaluación más confiable para decretar la medida cautelar pertinente.

1.3 Niveles de riesgo

Por otra parte, el proceso de evaluación requiere definir niveles de riesgo que valoren la necesidad de cautela del proceso penal, que estén asociados a recomendaciones de supervisión del cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad. Su definición debe responder a las particularidades de la jurisdicción y a datos empíricos que los verifiquen y validen. En Estados Unidos, por ejemplo, existen programas que poseen entre tres y cinco niveles de riesgo. Una evaluación de riesgo debe identificar la escala de análisis y el nivel de riesgo frente al cumplimiento de cada uno de los fines de la medida cautelar.

Por ejemplo, revisemos la siguiente
tabla N° 375 Ejemplo de Condiciones y Sanciones

Nivel de riesgo	Rango según puntaje de evaluación	% riesgo de no comparecencia	% riesgo de obstrucción de la investigación	% riesgo de peligro para la sociedad/victima
Bajo	0-1	1%	0%	0%
Medio Bajo	1-2	3%	2%	2%
Medio	2-3	5%	3%	7%
Medio Alto	3-4	8%	5%	12%
Alto	4-5	12%	8%	15%

A partir de la definición de los niveles de riesgo cabe preguntarse: ¿cuáles son las medidas cautelares apropiadas para cada nivel?, ¿cuáles son las condiciones de libertad que deben imponerse según el nivel de riesgo?, ¿debe privilegiarse la prisión preventiva en aquellos casos en los que la evaluación de riesgo está en un nivel alto? Las respuestas a estas preguntas son muy importantes y deben tener en cuenta al menos lo siguiente:

1. Una medida cautelar debe propender a la utilización de las condiciones menos restrictivas de las personas, y la detención preventiva debe ser excepcional. El orden según las condiciones menos restrictivas de las medidas cautelares es:

- a) No privativas de la libertad sin supervisión.
- b) No privativas de la libertad con mecanismos de supervisión.
- c) Privativas de la libertad en opciones distintas a la detención preventiva.
- d) Prisión preventiva.

2. El Estado está obligado a garantizar mecanismos de supervisión que efectivicen las medidas cautelares no privativas de la libertad. No en vano, la American Bar Association ha recomendado diseñar varias estrategias que permitan garantizar que la persona comparecerá

⁷⁵ Los datos dentro de esta tabla han sido contruidos con fines pedagógicos, y no representan porcentajes de riesgos reales.

en el juicio, no obstruirá el procedimiento y no se constituirá en un peligro para la sociedad/comunidad/víctima. En efecto, el estándar N^o 10-1.2 ha dicho que: el juez, al decidir la medida cautelar no privativa de la libertad, debe definir las condiciones menos restrictivas posibles que aseguren, de manera razonable, que la persona comparecerá en el juicio y se protegerá a la comunidad, las víctimas o los testigos. Dichas condiciones de libertad pueden incluir una gran variedad de opciones para garantizar los objetivos establecidos anteriormente, y es deseable que se tenga en cuenta el riesgo y las necesidades de la persona procesada.

De lo anterior se puede concluir que una evaluación de riesgo alta no autoriza la imposición automática de la prisión preventiva. Para que el sistema de justicia sea efectivo es necesario desarrollar estrategias de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad en los distintos niveles de riesgo, pues si los mecanismos de supervisión se implementan únicamente para los niveles bajos de riesgo, su efectividad es absolutamente reducida.

De acuerdo con algunas investigaciones en el sistema federal de Estados Unidos, un 93% de los casos con medidas cautelares no privativas de la libertad supervisadas son exitosos porque la persona cumple las condiciones impuestas. El promedio varía según el nivel de riesgo así: en el nivel 1, el porcentaje de casos satisfactorios es de 97,7%; mientras que en el nivel 5 éste es de 84,5%⁷⁶. En todo caso, un porcentaje de satisfacción superior al 80% en el nivel de riesgo más alto es más que satisfactorio. Adicionalmente, es interesante analizar el incumplimiento de las condiciones según cada uno de los fines de la medida cautelar y el nivel de riesgo, pues por ejemplo, esa misma investigación mostró que, en los niveles 1 a 4, se incumplía principalmente la no comparecencia al juicio; mientras que, en el nivel 5, se incumplía principalmente el peligro para la sociedad.

⁷⁶ USA Department of Justice and Luminosity the Solution, 2009: 22.

1.4 Recomendaciones y mecanismos de supervisión

Ahora bien, cabe preguntarse: **¿cuáles niveles de riesgo deben tener mecanismos de supervisión?, ¿es que acaso todas las personas procesadas a las que se les impone una medida cautelar requieren ser supervisadas?** No. La supervisión debe implementarse en los niveles en los que se requiere, es decir, en los niveles medio y alto; y en aquellos bajos, debe reducirse la supervisión. Datos empíricos muestran que:

- 1) Las personas en niveles de riesgo bajos cumplen usualmente las condiciones impuestas por el juez.
- 2) Las medidas cautelares no privativas de la libertad supervisadas son apropiadas para los niveles medio y alto de riesgo, por lo cual, los servicios de antelación deben recomendar mecanismos específicos de supervisión.

Lo anterior nos lleva entonces a otro tema: el proceso requiere crear una amplia gama de recomendaciones para los distintos niveles de riesgo. Pero, vale la pena preguntar: **¿ellas incluyen sugerencias sobre la medida cautelar a decretar?** Las recomendaciones proponen estrategias de supervisión del cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad impuestas por los jueces. Entonces cabe preguntarse: **¿qué tipo de recomendaciones realizan los servicios de antelación al juicio?, y ¿cuáles son las estrategias de supervisión que desarrollan?** Las respuestas a estas preguntas serán analizadas con detenimiento en la siguiente lección; no obstante, baste hacer aquí algunas consideraciones generales:

- Las recomendaciones deben estar asociadas a la evaluación de riesgo realizada.
- Deben existir distintos niveles de supervisión, ya que existen distintos niveles de riesgo.
- Cada nivel de supervisión debe desarrollar distintas estrategias según las condiciones impuestas por los jueces.
- Las recomendaciones deben implicar la menor restricción posible de los derechos de la persona.

- Las recomendaciones pueden incluir aquella que diga que no se necesita supervisión.

Ten en cuenta que:

Adicionalmente, el diseño de las recomendaciones debe tener en cuenta varias cosas. La primera: que deben responder a las realidades de cada jurisdicción; la segunda: que la supervisión de cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad requiere un proceso de validación y evaluación constante; y la tercera: que debe incluir una amplia gama de posibilidades de supervisión.

A continuación, se ejemplifican niveles y herramientas de supervisión que ilustran la asociación entre los niveles y las recomendaciones sugeridas⁷⁷. Éstas son posibles opciones de supervisión que se pueden utilizar dentro de los distintos niveles, pero no quiere decir que todas se ocuparán al mismo tiempo.

Nivel bajo o medio de supervisión

- Reportarse telefónicamente una vez al mes.
- Reportarse una vez al mes personalmente a la oficina de servicios de antelación.
- Abstenerse de consumir alcohol o drogas.
- Mantener el empleo o el estudio.

Nivel alto de supervisión

- Reportarse cada semana personalmente a la oficina.
- Someterse a un control semanal de pruebas de uso de drogas y alcohol.

⁷⁷ Virginia Department of Criminal Justice Services.

- Evitar cualquier contacto con la víctima o testigo potencial. Se controla a través de sistemas de monitoreo electrónico.
- Cumplir con las condiciones de “toque de queda”, es decir, no salir después de determinada hora de la residencia.
- Abstenerse de utilizar armas de fuego.
- Buscar empleo.

2. Procedimiento empleado para evaluar la necesidad de cautela en los servicios de antelación al juicio

La evaluación de la necesidad de cautela requiere definir un procedimiento estandarizado en el que los servicios de antelación al juicio apliquen el método objetivo de evaluación de riesgo. Dicho procedimiento debe ser realizado en un período corto de tiempo, un máximo de 24 horas usualmente, porque se debe llevar a cabo entre el momento de la captura y la audiencia que decreta la medida cautelar. No es razonable que la evaluación se realice después de que el juez ha definido la medida, pues justamente lo que busca este tipo de servicio es brindar información confiable y de alta calidad para que el juez la decrete. Por este motivo, el procedimiento debe estar milimétricamente calculado para que dé resultados efectivos en menos de 24 a 36 horas. Las acciones que se deben desarrollar en ese tiempo son:

- Recopilar información de los factores de riesgo de las personas capturadas.
 - Verificar la información recolectada.
 - Realizar una evaluación de riesgo de todas las personas capturadas.
 - Realizar un informe para los intervinientes en el proceso penal que muestre el resultado de la evaluación de riesgo y la recomendación propuesta.
 - Entregar el informe a los intervinientes en el proceso y estar disponible en la audiencia de control de garantías para resolver dudas.

En este momento, es probable que piense que realizar todas estas acciones en menos de 24 horas es absolutamente imposible, o que de ser posible se requiere una infraestructura muy grande y costosa.

Recuerde que los Ministerios Públicos y las Defensas penales de la región trabajan actualmente en esos lapsos de tiempo en la argumentación y contra argumentación de la necesidad de cautela en procesos de flagrancia. Por esto, no es un reto imposible, y además diseñados e implementados de manera adecuada, pueden dar resultados óptimos. Es probable que piense que las cinco actividades anteriormente descritas son muy difíciles de realizar, o que es un procedimiento altamente complejo, e incluso que este procedimiento puede menoscabar los derechos del imputado por las preguntas que se realizan y la información que se obtiene. Analicemos estos temas de manera detenida.

En primer lugar, el procedimiento aplicado para realizar la evaluación de riesgo es bastante sencillo en la práctica, pues una vez que se ha construido el instrumento de análisis de riesgo y los factores y variables de análisis, el funcionario de los servicios de antelación al juicio sólo debe realizar la entrevista con el imputado en la que le realiza las preguntas cerradas con respuesta de SÍ/NO o de selección múltiple (¿Tiene empleo permanente?, ¿Hace cuánto tiempo trabaja en ese lugar?, ¿Cuál es el horario de trabajo?, ¿Tiene otros ingresos mensuales?). Posteriormente, el funcionario realiza actividades de verificación de los datos obtenidos a través de la consulta de fuentes de información (bases de datos de antecedentes penales, por ejemplo) y de algunas verificaciones directas desde la oficina (llamar a la residencia del imputado y al lugar de empleo, por ejemplo).

Estas actividades realmente se realizan en menos de una hora y media: por ejemplo, 20 minutos para entrevistarse con el imputado (máximo), 20 minutos consultando las bases de datos de información pública y haciendo verificaciones directas (llamadas a familiares, empleadores); 10 minutos colocando la información recolectada en el sistema de información, y 5 minutos mientras el sistema realiza de manera automática la evaluación de riesgo y arroja el porcentaje de riesgo. En este tema no se deben perder de vista dos asuntos muy importantes:

- El proceso más largo para realizar la evaluación de riesgo recae en la creación, validación y verificación del instrumento de evaluación de riesgo y los factores–variables de análisis; pero una vez que esto está operativo, el funcionario de los servicios de antelación al juicio realiza una serie de actividades operativas que permiten la recolección y verificación de la información, y la producción del informe de evaluación de riesgo a partir del análisis que el sistema de información realiza con los datos obtenidos.
- La evaluación de riesgo debe ser lo más objetiva posible y centrarse en el análisis de la necesidad de cautela respecto del peligro de fuga, obstrucción de la investigación y peligro para la sociedad. No es un análisis encaminado a identificar las “características” del imputado ni su “posible peligrosidad”, y por ello, la información -que además es confidencial- está sujeta únicamente al análisis específico permitido para identificar la necesidad de cautela.

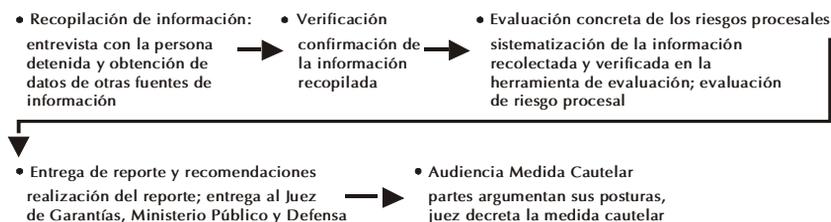
Por ello, en segundo lugar, es importante reiterar que la información obtenida para realizar la evaluación de riesgo no debe ser empleada para otro tipo de análisis distintos de los fines de las medidas cautelares, ni debe fundarse en preguntas abiertas que permitan la interpretación ni los prejuicios del funcionario. Además, la información recolectada es de los servicios de antelación al juicio y no de los jueces, ni de los fiscales, ni de la defensa; por esto, lo único que ellos conocen es el informe que los servicios de antelación al juicio presentan que, seguramente, no contiene toda la información recolectada.

Ahora bien, el diseño del procedimiento debe cumplir determinados estándares. En primer lugar, debe permitir obtener información de toda persona capturada, independientemente de si en la jurisdicción existen delitos inexcusables. Este asunto es de gran importancia pues la medida cautelar está establecida para que cumpla un fin legítimo no asociado a la gravedad del delito cometido sino a la necesidad de cautela del proceso. A pesar de lo anterior, investigaciones en Estados Unidos muestran que el 76% de los servicios de antelación excluyen de su competencia determinados casos en los que la legislación no

permite medidas cautelares no privativas de la libertad u otras situaciones⁷⁸.

En segundo lugar, el procedimiento debe incluir una entrevista personal y voluntaria con el detenido antes de la audiencia de control de garantías, con el objetivo de recopilar información necesaria para la evaluación de riesgo. En tercer lugar, el procedimiento debe introducir la recolección independiente de otra información requerida para la evaluación, como por ejemplo, los antecedentes penales. En cuarto lugar, el procedimiento debe realizar la evaluación de riesgo a través del instrumento objetivo desarrollado para tal fin. Y finalmente, debe incluir el informe de evaluación de riesgos que es entregado a los intervinientes en el proceso penal. La entrega debe realizarse según el diseño de los servicios de antelación en cada jurisdicción, pues en algunas puede hacerse a la defensa y al ministerio público antes de la audiencia, y en otras, en audiencia a las partes y el juez.

A continuación, se presenta un flujograma del procedimiento para la evaluación de riesgos realizado por los funcionarios de los servicios de antelación al juicio.



Finalmente, el diseño del procedimiento requiere resolver otra pregunta: ¿qué contiene el informe que entregan los servicios de antelación al juicio a las partes y al juez? Este informe es usualmente un do-

⁷⁸ 2009 Survey of Pretrial Services Programs, 2009: 33.

cumento muy corto, incluso de una página, en el que se mencionan los datos más relevantes acerca del caso, incluida la evaluación del riesgo. En el Estado de Virginia, Estados Unidos, el informe contiene datos sobre los cargos que se le imputan al acusado, los antecedentes penales, algunos datos de información personal, algunos datos de residencia y empleo, la recomendación que brinda el servicio de antelación al juicio a partir de la evaluación de riesgo realizada.

Conclusiones

La necesidad de cautela del proceso penal debe ser decidida a partir de herramientas sofisticadas de evaluación que se apliquen con un procedimiento estandarizado.

Las herramientas requeridas principalmente son:

- Un instrumento objetivo de evaluación de riesgo.
- Factores de riesgo, analizados a través de diversas variables e indicadores, que son evaluados en dicho instrumento.

Además, el proceso de evaluación requiere determinar:

- Distintos niveles de riesgo.
- Estrategias de supervisión y una amplia gama de recomendaciones para la supervisión.

Finalmente, el procedimiento de evaluación requerido debe contar, al menos, con:

- Entrevista al detenido.
- Recopilación de información.
- Verificación de los datos obtenidos.
- Evaluación del riesgo;
- Realización y presentación del informe de evaluación a las partes y al juez.

Lecturas complementarias - Material de apoyo

- Winterfield, Laura; Coggeshall, Mark y Harrell Adele: Development of an Empirically-Based Risk Assessment Instrument Final Report, Urban Institute Justice Policy Center, Estados Unidos, abril 2003 (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7334-development-of-an-empirically-based-risk-assessment-instrument [07-02-2013]).
- Modelo de Instrumento de Evaluación de Riesgos utilizado en el Estado de Indiana (versión original en inglés) (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7333-evaluacion-de-riesgo-en-indiana [07-02-2013]).
- Modelo de Instrumento de Evaluación de Riesgos utilizado en el Estado de Indiana (español) (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7335-sistema-de-evaluacion-de-riesgo-de-indiana-instrumento-de-evaluacion-pretrial [07-02-2013]).
- VanNostrand, Marie y Rose Kenneth J.: Pretrial Risk Assessment in Virginia, Luminosity, Inc., Estados Unidos, mayo 2009. (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7336-pretrial-risk-assessment-in-virginia [07-02-2013]).

Referencias, Lección 2

DOCUMENTOS

Informes y Estudios:

Winterfield, Laura; Coggeshall, Mark y Harrell, Adele: Development of an Empirically-Based Risk Assessment Instrument Final Report, Urban Institute Justice Policy Center, Estados Unidos, abril 2003.

Ph.D VanNostrand, Marie y Keebler, Gena: Pretrial Risk Assessment in the Federal Court, USA Department of Justice and Luminosity the

Solution, Sponsored by the Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts, abril 2009.

Pretrial Justice Institute, 2009 Survey of Pretrial Services Programs, Washington, D.C., agosto 2009.

American Bar Association, ABA Standards for Criminal Justice: Pretrial Release, Standard, 10-1-10, Estados Unidos, 2007. En: http://www.abanet.org/crimjust/standards/pretrialrelease_toc.html (última vez consultado: enero 15 de 2010).

Virginia Department of Criminal Justice Services, VA Pretrial Risk Assessment Instrument Training, Estados Unidos, Washington, mayo 2009, En: <http://www.dcjs.virginia.gov/corrections/documents/vpraiManual.pdf>.

Lección 3

ESTRATEGIAS DE SUPERVISIÓN E INTERVENCIÓN: HERRAMIENTAS PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES Y CONDICIONES IMPUESTAS POR EL JUEZ

INTRODUCCIÓN

La supervisión del cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad y de las condiciones impuestas por el juez que las decreta son una necesidad imperiosa para efectivizar las decisiones del sistema de justicia. Una experiencia interesante sobre este punto son los servicios de antelación al juicio que desarrollan estrategias de supervisión e intervención según niveles de riesgo diferenciados. Su objetivo es fiscalizar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez y garantizar que la persona efectivamente comparezca al juicio, no obstruya la investigación y no constituya un peligro para la sociedad/víctima. Pueden ser simplemente estrategias de supervisión del cumplimiento de medidas cautelares o ser parte de salidas alternativas al proceso, (típicamente, suspensión condicional).

Nos hemos preguntado con anterioridad: ¿qué mecanismos de supervisión se deben implementar?, ¿cómo garantizar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez?, ¿qué hacer si éste viola las condiciones de libertad?, ¿cómo supervisar el cumplimiento de las condiciones decretadas por el juez, que están asociadas a salidas alternativas?

Esta lección pretende brindar algunas respuestas a estas preguntas y, para ello, abordará dos ejes centrales bajo un supuesto común: el Estado debe brindar suficientes herramientas para garantizar los derechos de las personas detenidas y también la persecución penal, para lo cual, debe diversificar sus estrategias de supervisión de medidas cautelares e intervención preventiva del delito.

OBJETIVOS DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar las estrategias comunes de supervisión que vigilen el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez.
- Identificar las estrategias especiales de supervisión e intervención diferenciada para diversificar la respuesta del sistema de justicia ante la conflictividad penal.

1. Estrategias comunes de supervisión según el nivel de riesgo

El diseño de estrategias de supervisión debe apuntar a la utilización de mecanismos variados y confiables que verifiquen el cumplimiento de la medida cautelar. Su efectividad genera confianza para que éstas sean más usadas y, por ello, racionaliza el uso de la prisión preventiva. Un diseño adecuado debe seguir los siguientes pasos:

1. **Definir niveles y estrategias de supervisión** de acuerdo con las particularidades de cada jurisdicción que sean evaluadas de manera constante. Los niveles son la categoría de supervisión en la cual se ubica a la persona y las estrategias son las distintas herramientas utilizadas por los servicios de antelación al juicio para supervisar el cumplimiento de la medida cautelar no privativa de la libertad. Por supuesto, a mayor nivel de riesgo, más sofisticación en las estrategias de supervisión.

2. **Establecer un procedimiento estandarizado para la supervisión** de dichas medidas, incluyendo las acciones que deben llevarse a cabo en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por el juez.

Ahora bien, detengámonos un momento en la diferencia entre niveles y estrategias de supervisión a partir de lo mencionado en la lección anterior. Supongamos, que debido a la evaluación de riesgo, Leonor y Silvina fueron sujetas a medidas cautelares no privativas de la libertad; sin embargo, fueron catalogadas en “niveles” distintos de riesgo y, por

lo tanto, el cumplimiento de la medida es supervisado a través de estrategias diferentes.

Caso 1: Leonor

Presumamos que Leonor se encuentra en el nivel bajo de riesgo y, por ello, se estableció como estrategia de supervisión comunicarse una vez al mes con los servicios de antelación al juicio.

Caso 2: Silvina

Por el otro lado, Silvina se encuentra en un nivel medio de riesgo y, por ello, las estrategias de supervisión impuestas fueron: control de abuso de estupefacientes cada dos semanas, asistir semanalmente a la oficina de los servicios de antelación al juicio para reportarse, verificar que no usa ni porta armas de fuego y constatar que continúa trabajando.

Como puede verse, el procedimiento empleado para supervisar el cumplimiento de las medidas cautelares varía en los dos niveles distintos. Por ejemplo, mientras que en el nivel bajo de riesgo se requiere que una persona, desde la oficina de los servicios de antelación, controle el cumplimiento de las condiciones, en el nivel medio de riesgo se requiere, también, la realización de visitas personales y la elaboración de pruebas de laboratorio para verificar el abuso de sustancias psicoactivas. Teniendo presente esto, analicemos los niveles y estrategias de supervisión.

1.1 Niveles y estrategias de supervisión

El sistema de justicia debe diversificar sus respuestas en la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad. Con frecuencia se escucha decir que las decisiones judiciales “sirven únicamente para ser enmarcadas en cuadros que adornan la pared”, pues las decisiones judiciales no se cumplen. El derecho penal no es ajeno a esta crítica, en especial en los casos en los que se decretan medidas cautelares en libertad o penas alternativas a la prisión.

Una solución facilista para afrontar esta crítica es decretar como regla -y no excepción- la prisión preventiva y dejar de garantizar otros principios fundamentales, como por ejemplo, la presunción de inocencia y el derecho penal mínimo que evite mayor restricción de derechos⁷⁹. Sin embargo, el Estado está en la obligación de procurar distintas soluciones que garanticen todos los principios y derechos en juego.

En este caso, está en juego el derecho a la libertad de la persona, el principio de presunción de inocencia, el derecho de las víctimas a que se juzgue al presunto responsable, la efectividad de la persecución penal y la credibilidad del sistema de justicia, entre otras cuestiones.

Debido a esto, la creación de diversas estrategias de supervisión de medidas cautelares es un mecanismo encaminado a garantizar el cumplimiento de aquéllas no privativas de la libertad. Pero, cabe preguntarse: ¿estas estrategias responden uniformemente a cualquier tipo de evaluación de riesgo? No, lo que se propone es que se supervise de manera diversa y a través de distintas herramientas, según la evaluación de riesgo realizada y las órdenes decretadas por el juez.

Así, de la misma manera que se debe evaluar la necesidad de cautela en cada caso concreto, también se deben desplegar estrategias de supervisión que vigilen de manera especializada el cumplimiento de las condiciones impuestas en las medidas cautelares.

Tal vez por esto, uno de los principios que debe regir la actuación de los servicios de antelación al juicio es el de supervisión individualizada, según el cual el modelo define un nivel de supervisión específico para cada persona procesada, de acuerdo a las características del caso y los requisitos procesales impuestos por el juez.

De esta manera, es necesario definir distintos **niveles** y **estrategias** de supervisión. Podría pensarse que el número de niveles de supervisión debe ser equivalente al de niveles de riesgo.

⁷⁹ Ríos, Como enfrentar la tarea de controlar y potenciar (...), 2008; 17.

Sin embargo, aunque esta idea parece acertada -pues responde a la noción de hacer equivalentes los niveles y estrategias de supervisión con la evaluación del riesgo- parte de un supuesto erróneo: todas las medidas cautelares no privativas de la libertad deben ser supervisadas.

Tal como se mencionó en la lección anterior, ni todas las personas con medida cautelar deben ser supervisadas ni todos los niveles de riesgo requieren estrategias de supervisión. Por supuesto, al definir los niveles y estrategias de supervisión se deben decidir los niveles de riesgo a los que ellas corresponden. Pero la decisión sobre los niveles y estrategias de supervisión debe responder a una experiencia empírica que demuestre la efectividad de implementar unas y otras.

A modo de ejemplo y profundizado lo revisado en la lección anterior, analicemos a continuación una posible clasificación de niveles y estrategias de supervisión (fuente: elaboración propia).

Nivel de supervisión bajo

- El imputado debe comunicarse vía telefónica con los servicios de antelación al juicio una vez al mes e informar sobre el comportamiento que ha tenido y que asistirá al juicio.
 - Informar sobre el lugar de residencia.
 - Informar sobre la permanencia en el empleo.
 - **Recordarle telefónicamente a la persona el día que debe comparecer en la audiencia.**

Nivel de supervisión medio

- El imputado debe presentarse personalmente una vez al mes en la oficina de los servicios de antelación al juicio el día programado.
 - Verificar de manera frecuente el lugar de residencia de la persona sujeta a supervisión.
 - Verificar de manera frecuente el lugar y permanencia en el empleo de la persona.
 - Verificar que la persona no utiliza ni porta armas de fuego.

- Realizar una prueba de control de uso de drogas.
- **Recordarle telefónicamente a la persona el día que debe comparecer en la audiencia.**

Nivel de supervisión alto

- El imputado debe presentarse personalmente una o dos veces a la semana en la sede de los servicios de antelación.
- Verificar que la persona no haya salido de la jurisdicción.
- Utilizar un sistema de monitoreo que permita verificar el lugar donde se encuentra la persona.
- Utilizar un sistema de monitoreo del lugar donde la persona no puede acercarse.
- El imputado debe pertenecer a algún programa especial de atención diferencial (tratamiento contra el abuso de drogas, por ejemplo).
- Verificar el cumplimiento del toque de queda impuesto por el juez.
- **Recordarle telefónicamente a la persona el día que debe comparecer en la audiencia.**

Un análisis detenido de las estrategias mencionadas anteriormente revela aspectos importantes. Lo primero es que las estrategias de supervisión del nivel bajo se fundan en un seguimiento menos controlado de la persona, mientras que en el nivel medio se despliegan estrategias especiales para verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas y un control más cercano a la persona, y en el nivel alto, se ejecutan fuertes acciones de vigilancia de la persona bajo supervisión. Lo segundo es que la restricción de derechos de la persona se incrementa a medida que aumenta el nivel de supervisión. Y lo tercero es que en todos los niveles de supervisión se desarrolla una estrategia que permite recordar la fecha del juicio oral.

Ahora bien, la definición de niveles y estrategias de supervisión debe tener en cuenta las condiciones de cada jurisdicción (si está en una zona urbana o rural, si existe conectividad, si el servicio de telefonía móvil celular cubre la zona, si el desplazamiento a la sede de la entidad que supervisa es de fácil acceso, entre otras). En este punto nuevamente se remarca la idea de

que el diseño de toda herramienta de evaluación y supervisión debe realizarse según las particularidades de cada uno de los lugares donde se implementan. Por ejemplo, si se solicita que la persona se desplace semanalmente en horario diurno a la sede de la entidad encargada de la supervisión, que se encuentra en el conurbano de la jurisdicción, y ésta habita de manera permanente en una zona rural alejada o tiene alguna discapacidad que complejiza su desplazamiento, es probable que esta forma de supervisión no sea la más adecuada.

También, la definición de estrategias de supervisión requiere tener claro quién es la entidad encargada de ejecutarlas. Para ello, lo primero que se requiere definir son las estrategias de supervisión, pues según aquellas definidas, se pueden determinar las entidades o instituciones competentes. Además, se debe considerar que la supervisión de cumplimiento de la medida cautelar requiere un trabajo interinstitucional e interdisciplinario que reconozca las complejidades que subyacen en la conflictividad penal. Debido a esto, en algunas jurisdicciones de Estados Unidos, por ejemplo, determinadas estrategias de supervisión son ejecutadas por los servicios de antelación al juicio y en el caso de requerir programas especiales (como ser tratamiento contra el abuso de drogas o de salud mental) se ejecutan a través de instituciones especializadas.

Finalmente, las estrategias de supervisión requieren ser evaluadas de manera permanente con el fin de validar su efectividad y pertinencia. La necesidad de evaluación no sólo se debe a los requerimientos de rendición de cuentas del sistema de justicia, sino a la necesidad de verificar que las estrategias no sean obsoletas por el dinamismo de la sociedad. Por ejemplo, hace 20 años, las estrategias de supervisión empleadas no estaban asociadas a las tecnologías de información y comunicación que existen en la actualidad.

1.2 Procedimiento para la supervisión general de medidas cautelares

Las estrategias de supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad requieren definir un procedimiento estandarizado. Éste contempla el período de tiempo en el que está vigente la medida cautelar, es decir, desde que se decreta hasta la fecha del juicio oral o de suspensión de la medida. Puede involucrar el desempeño de profesionales que laboran en distintas instituciones encargados de verificar estrategias de supervisión, lo que hace necesario una buena comunicación entre ellos para el mejor seguimiento del caso.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿qué tipo de elementos centrales debe tener el diseño de un procedimiento estandarizado para el control de estrategias comunes de supervisión?

En términos generales, el diseño del procedimiento debe cumplir determinados estándares.

En primer lugar, requiere definir las instituciones encargadas de las medidas de supervisión, en especial, si éstas deben ser públicas o privadas y su relación con los intervinientes en el proceso penal. Así, debido a que las estrategias de supervisión pueden ser diversas, también pueden ser diversas las autoridades que las desarrollan. Por ejemplo, si se trata de realizar controles telefónicos o personales, es posible que los funcionarios de los servicios de antelación al juicio realicen dichas actividades, pero si se trata de pruebas de laboratorio, lo más probable es que las realice una institución especializada, al igual que el seguimiento o control de los sistemas de vigilancia electrónica. Sobre este punto se debe recordar que la creación de este tipo de servicios debe tener en cuenta que, independientemente de dónde se coloquen, deben gozar de independencia frente a los intervinientes en el proceso penal, es decir, frente a los jueces, los fiscales y la defensa.

En segundo lugar, se requiere realizar un registro del ingreso de la persona y demás actuaciones que reconozcan el cumplimiento de las

condiciones impuestas por el juez. En este punto es importante tener en cuenta un par de consideraciones adicionales:

- El registro del cumplimiento de las condiciones de supervisión debe ser uno solo, independientemente de si las instituciones que ejecutan las estrategias de supervisión son diferentes.
- El registro debe permitir la consulta permanente por parte de los funcionarios encargados de la supervisión, sean o no de la misma institución para el seguimiento.
- El registro debe privilegiar el uso de tecnologías de información y comunicación.

El registro puede ser un formulario a través del cual el sistema de información guarda los datos generales de la persona bajo supervisión, las condiciones impuestas por el juez que deben ser supervisadas y el cumplimiento paulatino de las mismas. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, si las estrategias de supervisión a las que está sometida una misma persona son desarrolladas por instituciones y autoridades distintas, lo importante es que el registro de la supervisión realizada y el cumplimiento de las condiciones impuestas sea uno solo.

Caso: Silvina

Por ejemplo, en el caso de Silvina, si ella debe realizar una prueba de abuso de sustancias psicoactivas, reportarse semanalmente ante los servicios de antelación y, además, puede ser visitada aleatoriamente por parte de las autoridades competentes, es altamente posible que cada estrategia la desarrolle una institución distinta, y por ello, en aras del informe de supervisión para el juez, debe existir un solo sistema de información que consolide el cumplimiento de las condiciones impuestas por él.

En tercer lugar, se requiere establecer la forma en la que se desarrolla cada una de las estrategias de supervisión, especialmente, las responsabilidades del funcionario que las ejecuta. Por ejemplo, si se supervisa el uso de sustancias psicoactivas es importante tener claro:

- Cómo se realiza dicho control.
- Cada cuánto se ejecuta la acción de supervisión.

- Cuándo se está incumpliendo la condición de supervisión.
- Qué actividades son responsabilidad del funcionario y cuáles de la persona.

Se sugiere tener formatos de control de las actividades de supervisión que emitan una alerta automática ante un posible incumplimiento.

En cuarto lugar, se necesita definir todo lo relacionado con el reporte de la supervisión a la autoridad competente. Para ello, se debe decidir al menos:

- **Autoridad competente a la que se reporta** Usualmente se considera que el reporte debe ser entregado al juez, pues fue él quien decretó la medida cautelar y estableció las condiciones de supervisión, por lo cual, es la autoridad competente para suspender o revocar la medida si existe algún problema. Pero se debate si dicho reporte debe también ser entregado a las partes en el proceso (Ministerio Público y Defensa) e incluso si sólo debe ser entregado a éstas que son las encargadas de solicitar una revisión de las medidas. Este debate tiene como raíz las funciones que desarrollan los distintos intervinientes en el proceso, pues aunque el juez garantiza los derechos en el proceso, se genera debate en torno a los límites sobre sus actuaciones.

- **Requerimientos del reporte**

Los datos que deben ser incluidos en el reporte de supervisión deben responder a determinados criterios. En general, lo que debe certificar el reporte es el cumplimiento de las condiciones impuestas con determinados datos que sustenten su afirmación (número de test de control de drogas realizados; número de llamadas realizadas y contestadas, entre otros). Ahora bien, lo que se debate es el grado de información que se debe brindar en caso de incumplimiento de la condición, siempre y cuando no se ponga en jaque la cautela del proceso. Por ejemplo, si la persona no se reportó el día estipulado pero lo hizo al día siguiente, ¿realmente es necesario reportarlo?

- **Forma en la que se entrega el reporte**

La entrega del reporte a la autoridad competente debe ser por escrito, en el plazo acordado con el tribunal (mensual, trimestral), u oral si así se considera pertinente. En todo caso, el personal debe estar disponible para ir a audiencia a brindar explicaciones.

A continuación, se presenta un flujograma del procedimiento para la supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad.



Las estrategias de supervisión inician en la audiencia en la que finaliza -usualmente- la etapa de evaluación de riesgos: la audiencia de control de garantías, en las que el juez define la medida cautelar. De acuerdo con la orden judicial proferida, las entidades o instituciones encargadas de la supervisión son notificadas usualmente en la misma audiencia, y se realiza después de la misma el contacto con el imputado para hacer el registro de información que establece su ingreso a los mecanismos de supervisión. Dicho registro tiene como eje central la creación de una carpeta en la que se relaciona toda la información del imputado y se diseñan las estrategias concretas de supervisión en caso de que el juez haya establecido condiciones genéricas. Igualmente, luego de la creación de la carpeta, la persona debe tener una entrevista con un asesor jurídico con el fin de conocer su situación legal, las condiciones que debe cumplir y las faltas en las que incurre por incumplimiento de las condiciones impuestas. Posteriormente, y de acuerdo con las estrategias de supervisión definidas, la información se remite a las instituciones que desarrollan de manera directa las estrategias de supervisión (laboratorios, policía, instituciones de monitoreo electrónico, entre otras). Y finalmente, se deben realizar, según la frecuencia periódica establecida por el juez, los informes del cumplimiento de las condiciones impuestas. Por este motivo, es importante que una sola institución -usualmente los servicios de antelación al juicio-

coordine la realización de los informes de supervisión y seguimiento para el juez, para lo cual, debe acceder a la información de la supervisión realizada por cada una de las instituciones y consolidarla para el juez y las partes. Además, las instituciones encargadas de la supervisión deben verificar el incumplimiento de las condiciones impuestas y reportarlo al juez cuando, según el análisis del caso y la legislación de cada jurisdicción, el incumplimiento de las condiciones deba ser puesto en conocimiento de él. **Uno de los temas que se discute con frecuencia es: ¿cuál es la violación a las condiciones impuestas por el juez y a las estrategias de supervisión que requiere ser notificadas al juez?** La respuesta a esta pregunta debe hacerse en cada jurisdicción, de acuerdo con el análisis de las realidades particulares. Sin embargo, la decisión debe ser razonable pues es posible que sea necesario ponderar la gravedad de la condición que se incumplió (puede que a la persona se le haya olvidado asistir un día a las oficinas de los servicios de antelación al juicio, pero fue días después) con las características del proceso (la persona fue encontrada portando un arma blanca durante el cumplimiento de la medida alternativa y cuando fue capturada en flagrancia, se encontraba con un arma blanca, por ejemplo), entre otros.

2. Estrategias especiales de supervisión e intervención diferenciada

La intervención del sistema de justicia para afrontar la conflictividad penal tiene diversas estrategias que reconocen la heterogeneidad de los fenómenos sociales que subyacen en la comisión de delitos, y las causas y condiciones particulares que los generan. La persecución penal encaminada a investigar y sancionar al responsable de la conducta es una intervención adecuada pero no es la única, pues existen otras que procuran intervenir y resolver la problemática que subyace detrás del delito. Éstas últimas parten de un supuesto fundamental: el sistema de justicia debe brindar mejores respuestas a la conflictividad con el objetivo de disminuir la comisión de delitos o prevenir su posible comisión. No en vano se escucha decir con frecuencia que condenar y privar de la libertad a consumidores de drogas no resuelve el problema central ni coincide con el fin resocializador de la pena. Pero acaso, ¿las estrategias diversificadas de intervención generan impunidad porque privilegian la resolución de la problemática subyacente antes que la con-

dena del hecho cometido? Una respuesta a esta pregunta debe considerar varios asuntos:

- El derecho penal tiene un fin resocializador y por lo tanto le interesa principalmente que el individuo no cometa hechos punibles y por ello puede desarrollar un fin preventivo.
- El proceso penal tiene salidas de alta calidad que incluyen la sentencia condenatoria pero no se limitan a ella, pues existen otras, como por ejemplo, los mecanismos alternos de solución de conflictos y las salidas alternativas, entre otras.
- Igualmente fundamental, las estrategias de intervención diferenciadas no implican que la persona no pueda ser sometida a un juicio oral y eventualmente condenada.
- En algunas circunstancias, este tipo de intervenciones se realiza cuando la persona ha reconocido los hechos o su responsabilidad en éstos.
- La sujeción a este tipo de intervenciones diferenciales y el cumplimiento de las condiciones impuestas están bajo permanente supervisión, y su violación acarrea sanciones, incluyendo la revocación de las condiciones.

Una idea clave es que las estrategias especiales de supervisión e intervención diferenciada son una respuesta más adecuada del sistema de justicia a los problemas de fondo. En varios países de la región se han desarrollado estrategias de supervisión e intervención diferenciada en determinadas circunstancias:

- Adicción a las sustancias psicoactivas ilegales.
- Problemas de salud mental.
- Casos de violencia doméstica⁸⁰.

⁸⁰ NAPSA, Pretrial Diversion in the 21st century: (...), 2009: 16.

Ten en cuenta que:

En algunas legislaciones nacionales están asociadas a las salidas alternativas, en especial a la suspensión condicional del procedimiento que detiene el proceso mientras el imputado se somete al cumplimiento de las condiciones y, si son cumplidas satisfactoriamente, permiten la extinción de la acción penal. En efecto, varios países con código procesal penal reformado establecen la suspensión condicional del procedimiento a prueba: Chile (Artículo N° 237 del CPP), Colombia (Artículo N° 325 del CPP), entre otros.

No obstante lo anterior, se puede cuestionar si este tipo de intervención debe ser considerada una salida alternativa del proceso o si hace parte de las condiciones impuestas en la medida cautelar no privativa de la libertad. Una respuesta a esta pregunta no implica una decisión dicotómica, es decir, no requiere seleccionar una u otra forma de las posibilidades planteadas. Requiere, eso sí, tener en cuenta que este tipo de intervención debe procurarse de manera temprana en el proceso, siendo un momento procesal adecuado la audiencia en la que se decreta la medida cautelar. Por ello, en Estados Unidos, por ejemplo, se ha decidido que los servicios de antelación al juicio, como parte del proceso de evaluación de la necesidad de cautela, también realicen la evaluación de elegibilidad de la persona para un programa de intervención diversificada.

Revisemos algunas condiciones a definir para estas estrategias.

1. Condiciones procesales requeridas para estos programas

Lo primero entonces que se debe definir son las condiciones procesales bajo las que se permiten este tipo de programas, es decir, si se realiza como mecanismo de supervisión especializado de una medida cautelar no privativa de la libertad o como una salida alternativa del proceso. Esta decisión conlleva otra: ¿debe el imputado aceptar los hechos o su responsabilidad -total o condicional- para acceder a este

tipo de intervención? Ésta es sin duda una de las decisiones más difíciles, pues debe balancear el principio de presunción de inocencia con la garantía de la persecución penal si el imputado no cumple las condiciones. Estos programas parten de la necesidad de otorgar respuestas especializadas a la conflictividad penal, es decir, parten de la existencia del delito pero también se fundan en la necesidad de desarrollar estrategias diferenciadas de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad. Sin embargo, ¿con fundamento en qué se podría ordenar una estrategia especializada de supervisión y tratamiento a una persona que no se ha encontrado responsable de un hecho punible ni ha aceptado su responsabilidad?, y ¿cuál sería la motivación del ministerio público para aceptar o acordar una medida de este tipo respecto de la persecución penal del caso concreto? Debido a esto, parece razonable que la adopción de la decisión considere lo siguiente:

- Las estrategias de supervisión e intervención diferenciada requieren la voluntad real del imputado para asistir al programa. Únicamente, en determinadas condiciones (como por ejemplo, que la persona sea interdicta), puede excluirse dicha voluntad como requisito. El consentimiento debe ser cierto y no resultado de estrategias para no ir a prisión, para que se retiren los cargos o se agilice el juicio, entre otras.
- Estas estrategias deben garantizar mejores respuestas del sistema de justicia a las necesidades del proceso, desde etapas tempranas en las que no se ha determinado la responsabilidad penal. Por ello, no deben ser utilizadas como amenazas para no ir a prisión o como estímulos para solucionar rápidamente el problema jurídico.
- Así, aunque no se excluye que este tipo de estrategias se utilicen en las salidas alternativas, se recomiendan como herramientas para garantizar el cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad, aceptadas voluntariamente por el imputado, que puedan generar eventualmente la terminación del proceso por el cumplimiento de las condiciones impuestas.

2. Casos y circunstancias en los que procede

Lo segundo que se debe definir son los casos y circunstancias en las que procede la intervención diferenciada. Ello requiere un análisis empírico que demuestre la relevancia de implementar un programa de este tipo como parte del fin preventivo del derecho penal o la diversificación de respuestas ante la conflictividad. Además, requiere analizar las particularidades de la jurisdicción en la que se implementa pues, como se ha dicho reiteradamente a lo largo del capítulo, las estrategias de supervisión deben responder a realidades concretas de la comunidad. En efecto, si en la comunidad no existe un problema de adicción a las drogas alucinógenas sino al alcohol, no tiene sentido diseñar un programa sobre las primeras. La selección de procesos e imposición de condiciones especiales para personas procesadas debe dar respuesta a una crítica: ¿viola el derecho a la igualdad y el principio de legalidad la selectividad de casos en los que se aplican “condiciones más benéficas” a unas personas procesadas y no a otras? Una respuesta a esta pregunta debe considerar varias cosas:

- En primer lugar, la intervención diversificada no implica que no se adelante la persecución penal o se renuncie a ella.
- En segundo lugar, es una forma de respuesta especializada para afrontar la conflictividad penal después de la imposición de la medida cautelar.
- En tercer lugar, el principio de igualdad no significa que se debe imponer las mismas penas o medidas cautelares a las personas acusadas o condenadas por la comisión de los mismos delitos; significa que tienen acceso a las mismas garantías y tratamiento similar de éstas en condiciones iguales.

3. Instrumentos para realizar la evaluación de elegibilidad al programa

Lo tercero que se debe definir son los instrumentos a través de los cuales se realiza una evaluación de riesgo que permita definir, con determinado grado razonable de certeza, que la persona es elegible a la estrategia diferenciada de supervisión⁸¹. De la misma manera que se requiere contar con información confiable para decretar la medida cautelar, se necesita también evaluar la pertinencia de este tipo de estrategia y la elegibilidad del candidato. El proceso de diseño del instrumento metodológico para realizar la evaluación de riesgo debe seguir los parámetros mencionados en la lección 2, teniendo en cuenta las particularidades propias de las estrategias diversificadas de intervención existentes.

4. Autoridades competentes

Por otra parte, el cuarto elemento que se requiere definir son las autoridades competentes para establecer:

1. Quién tiene la titularidad de la estrategia de supervisión o intervención diferenciada.
2. Quién tiene la competencia para supervisar el cumplimiento de las condiciones impuestas por parte del imputado.
3. Quién es la autoridad competente para ejecutar de manera directa el programa.

Respecto de lo primero, la titularidad de la estrategia de supervisión o intervención diferenciada depende de los supuestos procesales según los que se establezca, pues si se consideran salidas alternativas es razonable que la titularidad sea compartida entre el fiscal y el juez, ya que el primero debe avalar la solicitud de esta estrategia. Sin embargo, si se propone como una estrategia especializada de supervisión de una medida cautelar no privativa de la libertad, las partes pueden argumentar su procedencia o no en el caso, pero finalmente quien tiene la potestad para decretarla es el juez. En segundo lugar, la autoridad competente para supervisar el cum-

⁸¹ NAPSA, Pretrial diversion in the 21st century: (...), 2009: 15.

plimiento de las condiciones depende también de la decisión previa sobre supuestos procesales de procedencia. En general, dicha autoridad debe ser la misma que esté definida para vigilar el cumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad según la institucionalidad de cada país. Esta supervisión pueden realizarla los servicios de antelación al juicio, el Ministerio Público, el servicio de verificación de cumplimiento de medidas cautelares de los tribunales, el sistema de vigilancia de la libertad condicional del país, entre otras. Lo importante es que independientemente de quién la realice, se efectúen reportes sobre el cumplimiento de las condiciones para los intervinientes en el proceso penal.

Igualmente, y en tercer lugar, la autoridad competente para ejecutar las estrategias de intervención diferenciada debe ser aquella especializada en el tipo de intervención requerido: tratamiento de adicción a las drogas, problemas de salud mental, control de la violencia, entre otros. En este punto, lo importante es la comunicación existente entre las autoridades que ejecutan los programas y los intervinientes en el proceso penal.

5. Condiciones de sujeción al programa

Finalmente, el quinto punto que se debe decidir son las condiciones de sujeción al programa que debe cumplir el imputado y las sanciones que acarrea su incumplimiento. Debe existir una correspondencia entre las condiciones impuestas y su sanción por incumplimiento, pues no es lo mismo en un programa de tratamiento contra la adicción de drogas, por ejemplo, incumplir la obligación de asistir a una sesión terapéutica que dejar de asistir definitivamente a él. Igualmente, debe existir una amplia gama de condiciones que permita verificar la efectividad de éste. A manera de ejemplo, demos un vistazo a algunas condiciones impuestas en los programas de adicción a las drogas y las posibles sanciones por su incumplimiento.

Tabla Nº 4: Ejemplo de Condiciones y Sanciones

CONDICIÓN DE SUJECCIÓN AL PROGRAMA DE TRATAMIENTO DE DROGAS	SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO
Asistir diariamente al programa de intervención especializada en drogas	<ul style="list-style-type: none"> • Amonestación: si el imputado no cumplió la condición una vez • Reporte a la autoridad: si el imputado incumplió en más de dos ocasiones esta condición • Revocar de la medida: si el imputado incumple frecuentemente con la condición
Abstenerse de consumir sustancias psicoactivas	
Realizar semanalmente una prueba de orina	
Realizar semanalmente trabajo comunitario	<ul style="list-style-type: none"> • Reporte a la autoridad: si el imputado incumplió en más de dos ocasiones esta condición • Revocar la medida: si el imputado incumple frecuentemente con la condición
Internarse en una clínica de rehabilitación	<ul style="list-style-type: none"> • Revocar la medida: si el imputado incumple frecuentemente con la condición

De esta manera, utilicemos nuevamente el ejemplo de Silvina:

Caso: Silvina

Supongamos que se le impone, como una de las condiciones de supervisión, asistir a un programa de tratamiento contra el abuso de sustancias psicoactivas, para lo cual debe: ir a dos reuniones semanales en horario nocturno y realizar pruebas de control del consumo de sustancias psicoactivas. Se puede establecer, que dado que Silvina no requiere un tratamiento contra el abuso de sustancias a través de internación, si viola las condiciones impuestas obtendría las siguientes sanciones:

- Inasistencia a una de las reuniones semanales: amonestación escrita.
- Inasistencia a cuatro reuniones semanales anotación en el registro de información que contiene el expediente de Silvina y reporte al juez.
- Inasistencia a una de las sesiones de trabajo comunitario: amonestación.
- Dar positivo en la prueba de control de consumo de sustancias psicoactivas: reporte al juez de la causa.

Así, es importante tener en cuenta que las estrategias de supervisión diversificada deben elaborarse para cada persona según la evaluación específica de sus necesidades concretas, e igualmente, las sanciones deben corresponder al tipo de intervención que se diseñe para la persona y a la gravedad de la violación a las condiciones impuestas.

3. Conclusiones

La supervisión del cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad y de las condiciones impuestas por el juez que las decreta es una necesidad imperiosa. Existen estrategias comunes de supervisión según el nivel de riesgo, pero también especiales de intervención diferenciada que pretenden diversificar la respuesta del sistema de justicia ante la conflictividad penal. El diseño de los distintos mecanismos de supervisión debe definir niveles y estrategias de selección, procedimiento aplicable, condiciones procesales, entre otras.

Lecturas complementarias - Material de apoyo

- Folleto del programa de tratamiento del Distrito de Columbia en Estados Unidos (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7340-folleto-servicios-pretribunales-del-distrito-de-columbia [07-02-2013]).
- Folleto del programa de supervisión comunitaria del Distrito de Columbia en Estados Unidos (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7339-d-c-pretrial-services-agency-community-supervision-programs [07-02-2013]).
- National Association of Pretrial Services Agencies, Pretrial Diversion in the 21st century: A national survey of pretrial diversion programs and practices, Estados Unidos, 2009 (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7341-pretrial-diversion-in-the-21st-century [07-02-2013]).

- <https://www.ncjrs.gov/html/ojjdp/9909-3/div.html>
- <http://www.pretrial.org/DiversionPrograms/Pages/default.aspx>
- <http://www.aija.org.au/research/australasian-therapeutic-jurisprudence-clearinghouse/court-diversion-programs.html>

Referencias, Lección 3

SISTEMA NORMATIVO INTERNACIONAL

Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU).

Declaración Americana de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca).

Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Reglas de Tokio, Asamblea General de la ONU. Resolución N° 45/110, 14/12/1990.

100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, redactadas en el marco del XIV Cumbre Judicial Iberoamérica (2009).

JURISPRUDENCIA

Sistema Interamericano:

Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia 29/7/1988.

Corte IDH, caso Gangaram Panday Vs. Suriname, sentencia 21/1/1994.

Corte IDH, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia 20/1/1999.

Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia 30/5/1999.

Corte IDH, caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia 18/8/1999.

Corte IDH, caso Baena y otros vs. Panamá, sentencia 2/2/2001.

Corte IDH, caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia 31/8/2004.

Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia 2/9/2004.

Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, sentencia 7/9/2004.

Corte IDH, caso Palamara Iribarne vs. Chile, sentencia 22/1/2005.

Corte IDH, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia 24/6/2005.

Corte IDH, caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, 15/9/2005, párrafo N° 12.

Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, sentencia 25/11/2005.

Corte IDH, caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia 1/2/2006.

Corte IDH, caso Servellón García y otros vs. Honduras, sentencia 21/9/2006.

Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia 21/11/2007.

Corte IDH, caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia 6/5/2008.

Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia 17/11/2009.

Opinión consultiva:

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, 9/5/86, serie A, N° 6, párrafo N° 37.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-05/85, 13/11/85, Serie A N° 5, párrafo N° 46.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Comisión IDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1978, párrafo N° 61.

Comisión IDH, Informe 12/96, caso N° 11.245, Argentina, 1/3/96.

Comisión IDH, Informe 2/97, caso N° 11.205 y otros, Argentina, 11/3/1997.

Comisión IDH, Informe N° 64/99, caso Ruth del Rosario Garcés valladares, caso N° 11.778, Ecuador, 13/4/1999, párrafo N° 51.

Comisión IDH, Informe N° 86/09, caso N° 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6/8/2009, párrafo N° 69.

Sistema Europeo:

Corte EDH, caso Wemhoff vs. Alemania, 27/6/1968.

Corte EDH, caso Engel vs. Países Bajos, 8/6/1976.

Corte EDH, caso The Sunday Times vs. Reino Unido, 26/4/79.

Corte EDH, caso W. vs. Suiza, 14379/88, 26/6/1993.

Corte EDH, caso Riera Blume vs. España, 14/10/1999.

Corte EDH, caso Vasileva vs. Dinamarca, 3/12/2002.

Corte EDH, caso Altun vs. Turquía, 1/6/2004.

Sistema Internacional:

Comité Derechos Humanos (ONU), Observaciones Generales 13).

Lección 4

CLAVES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE RIESGO Y SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

INTRODUCCIÓN

En las lecciones anteriores se ha sostenido que el uso indiscriminado de la prisión preventiva en la región se debe, en parte, a que el juez no cuenta con información fiable al momento de decretar la medida cautelar ni tiene confianza en las medidas no privativas de la libertad.

Por ello, se han explicado dos estrategias implementadas para resolver estos problemas:

- La primera desarrolla un mecanismo objetivo y serio a través del cual se evalúa la necesidad de cautela del proceso penal.
- La segunda diversifica las estrategias de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad, a través de herramientas comunes o de intervenciones especializadas.

Igualmente, se ha señalado que estas estrategias han sido desarrolladas a través de servicios de antelación al juicio, cuya creación e implementación es importante considerar en los países de la región.

OBJETIVO DE LA LECCIÓN

Al finalizar la lección, el lector será capaz de:

- Identificar las claves para la implementación de mecanismos de evaluación de riesgo, supervisión de medidas cautelares y estrategias diversificadas de intervención, considerando las claves para la regulación normativa y las claves para la implementación adecuada y desempeño óptimo.

1. Diseño e implementación de este tipo de estrategias de evaluación y supervisión

Es fundamental tener en cuenta que no existe una “receta” única para el diseño e implementación de este tipo de estrategias de evaluación y supervisión, y que probablemente, cualquier diseño debe partir del conocimiento específico de la jurisdicción en la que se va a implementar. Así por ejemplo, el diseño y la implementación de estas estrategias varía según se pretenda implementar en un país completo, en una jurisdicción urbana con millones de habitantes o en jurisdicciones pequeñas de corte rural o de corte urbana.

Por este motivo, existen dos claves fundamentales para implementar mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad:

- Primero, diseñarlos de acuerdo con la realidad de la jurisdicción donde se aplicarán, siendo altamente deseable que se realice en distritos no muy grandes en lugar de todo un país. La experiencia muestra que, por más homogéneo que pueda ser un país, las realidades de las jurisdicciones varían entre unas y otras, y lo que funciona en unas, no funciona en otras. Para ello, es absolutamente recomendable realizar un estudio de caracterización de la jurisdicción, a partir del cual se construyan este tipo de servicios.
- Segundo, iniciarlos de manera gradual, lo más deseable sería que fuera a través de pequeños distritos judiciales que permitieran validar, verificar y estimar la evaluación de riesgo y las estrategias de supervisión. En efecto, recuerde que estas herramientas pretenden racionalizar el uso de la prisión preventiva y efectivizar las medidas cautelares alternativas a ella, por lo tanto, esto puede generar algunas animadversiones en distintos sectores sociales y políticos, que ante el menor error, estarán atentos a “denunciar” la inconveniencia de estos programas. Por ello, es importante iniciar con programas pequeños que permitan su extensión gradual a otras jurisdicciones.

Para efectos de esta lección, empleemos dos hipótesis de jurisdicciones distintas para la implementación de los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares.

- La primera está constituida por la ciudad capital del país “**Bonita**”, que tiene en promedio 5 millones de habitantes, de los cuales, 4 viven en zona urbana y 1 en zona rural. En ella, existen de manera centralizada las dependencias de la fiscalía, defensa y los tribunales y cuenta con instituciones privadas encargadas de realizar tratamientos contra la drogadicción e instituciones de salud mental.
- La segunda, “**La Pradera**”, es un lugar comprendido por 200 Km de territorio habitado por 200.000 personas, de los cuales, 50.000 residen en la cabecera municipal y 150.000 a lo largo del territorio rural. La jurisdicción cuenta con una infraestructura pequeña de ministerio público, defensa y jueces, y en el municipio no hay instituciones que brinden servicios de tratamiento contra el abuso de sustancias psicoactivas.

2. Claves para la regulación normativa

La regulación normativa de los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares debe partir de una decisión esencial: ¿se deben regular los tres grandes ejes centrales en un solo “paquete” de medidas normativas o, por el contrario, se debe regular cada una de éstas por separado? Esta decisión es de suma importancia, y aunque lo deseable es poder regular los tres ejes a través de un “paquete” de medidas normativas, es probable que ello requiera un diseño más sofisticado y completo y el concurso de diversas instituciones y autoridades.

Sin embargo, lo ideal sería hacerlo de manera conjunta, pues es probable que, sin medidas de supervisión adecuadas, se sub-utilice la evaluación de riesgo y, sin mecanismos de evaluación de riesgo efectivos, se sub-utilicen las estrategias de supervisión. Esto no quiere decir que los elementos centrales de cada una de ellas deban ser reglamentados de la misma manera. Por ejemplo, definir las reglas de elegibilidad de los imputados requiere tener claro que mientras en los meca-

nismos de evaluación no parece razonable excluir a ninguna persona capturada, en las estrategias de supervisión parece absolutamente razonable hacerlo, pues depende de la decisión judicial que se haya decretado.

Ahora bien, pensemos por un instante lo siguiente: ¿es posible realizar una regulación normativa sobre los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares que sea general y cubra a “Bonita” y a “La Pradera”?

Es posible hacer una regulación general que cubra a ambas jurisdicciones en temas especialmente sensibles, como por ejemplo: la institución en la que se implementan estos servicios, quién tiene la titularidad de los programas, cuál es el ámbito de su aplicación y algunas estrategias generales de supervisión e intervención diversificada. Sin embargo, existen determinadas variables e indicadores de riesgo y estrategias específicas de supervisión que deben ser reguladas de manera diferenciada.

Por ejemplo, es posible que el indicador de riesgo relacionado con la situación de residencia de las personas en la ciudad de “Bonita” incluya la siguiente pregunta: ¿el imputado tiene email o teléfono móvil celular?, pero dicho indicador es poco relevante en “La Pradera”.

Además, y esto es mucho más importante, el diseño del instrumento de evaluación de riesgo puede variar de jurisdicción a jurisdicción. Es probable que un mismo país pueda compartir los factores de riesgo, pero es menos probable que todo el país pueda compartir las variables e indicadores de riesgo y los puntajes asignados a cada uno de ellos.

Detengámonos un momento en este punto para comprender la verdadera dimensión de esta afirmación. Supongamos por un momento que el 90% de la población de “Bonita” realiza actividades económicas a través de contrato de trabajo y las actividades económicas informales son mínimas, mientras que el 90% de la población de “La Pradera” trabaja de manera informal y esporádica de acuerdo con las épocas de cosecha. Si en ambos lugares se encuentran dos imputados acusa-

dos de haber cometido hurto agravado y ambos trabajan en actividades transitorias e inestables, es altamente probable que la evaluación de riesgo del factor “empleo” varíe significativamente en ambas jurisdicciones, siendo que en “Bonita” es mayor que en “La Pradera”.

De la misma manera, el diseño de las estrategias generales de supervisión y la definición de la intervención diversificada deben variar entre las jurisdicciones, por lo cual la regulación normativa común debe ser general y permitir la regulación específica en cada jurisdicción. Así por ejemplo, imaginemos que en “Bonita” existe un alto consumo de heroína mientras que en “La Pradera” el consumo de drogas es mínimo pero el de alcohol es absolutamente elevado. No sería una política pública eficiente desarrollar programas de tratamiento para el abuso de drogas (con énfasis en heroína) para todo el país, si ello no responde a las características reales de la jurisdicción.

A continuación, examinaremos algunos puntos relevantes para el diseño e implementación de los servicios de antelación al juicio.

- Acuerdo político e institucional requerido.
- Titularidad.
- Oportunidad.
- Reglas de elegibilidad del imputado.
- Procedimiento.

2.1 Acuerdo político e institucional requerido

La creación e implementación de mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión de medidas cautelares requiere, como en casi todo lo que está relacionado con el sistema de justicia criminal, la realización de un consenso político e interinstitucional que involucre a gobernantes, parlamentarios, funcionarios del poder ejecutivo, organizaciones de la sociedad civil, entre otros. Lo anterior se debe a que además de requerir la promulgación de una norma que involucra distintas competencias, una reforma de este tipo abarca distintos intereses estatales y sociales.

Pensemos sólo por un momento que si la prisión preventiva se utiliza como mecanismo para luchar contra la inseguridad ciudadana, es probable que una reforma que pretenda racionalizar su uso no cuente con muchos “amigos” en determinados sectores. Sin embargo, dado que se requiere sumar más amigos que “enemigos”, es importante contar con el apoyo requerido para enfrentar las críticas de esta reforma (por ejemplo, que fomenta la inseguridad y la impunidad, que protege los derechos de los “delincuentes” en lugar de los de las víctimas, entre otras).

Éste es tal vez uno de los asuntos más importantes a tener en cuenta en el diseño y la implementación de este tipo de mecanismos; ahora bien, ¿qué diferencia el consenso requerido en este tema del que se necesita en otros? A nuestro juicio, existen dos temas esenciales de los que se debe hacer cargo un consenso para la implementación de estos mecanismos:

- El primero es que las sociedades de nuestros países no están acostumbradas a comprender que la prisión preventiva es excepcional y que decretar una medida cautelar alternativa no significa que exista “impunidad”. Sumado a esto, la tradición política de varios países de la región conlleva la creencia de que la prisión preventiva es una forma de enfrentar la delincuencia, y por ello, se requiere una estrategia discursiva sólida y permanente para contra-argumentar estas posiciones. Por esto, la forma en la que se comunica y se presenta a la sociedad este tipo de mecanismos, con el fin de buscar más adeptos y menos opositores, debe ser altamente estratégica.

- El segundo -que es igualmente difícil- es la necesidad de contar con el consenso de las instituciones relacionadas con el sistema de justicia penal, en especial, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensa Penal y el sistema de prisiones. Éste es un asunto extremadamente importante, pues los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares impactan el trabajo de todos los intervinientes del proceso penal. En este sentido, tanto los beneficios como las fallas y críticas son para todos. En este punto es importante mencionar que no se debe afectar la independencia de las institucio-

nes, simplemente efectivizar su participación en el diseño de estas estrategias y en la forma en que se enfrentarán las críticas.

Adicionalmente, este asunto puede ser altamente sensible y polémico en la mayoría de los países de la región, en especial en aquéllos con regímenes procesales penales reformados, en los que se transitó de sistemas inquisitivos hacia adversariales para implementar un sistema de partes en el que el juez ni investiga ni acusa, y mucho menos, cuenta con información adicional a la brindada por la Fiscalía o la Defensa.

Por ello, la implementación de un mecanismo de evaluación de riesgos en el que se recolecte información de calidad para decretar la medida cautelar puede generar grandes temores en las fiscalías y las defensas públicas, especialmente, en lo que al uso de dicha información se refiere. Además, la situación se agrava si a lo anterior sumamos que una parte importante de los operadores de los sistemas procesales penales reformados consideran que no existe información imparcial en el proceso penal, y que algunos jueces aún continúan con mentalidad inquisitiva -especialmente si antes eran jueces de instrucción- y que es necesario decidir a cargo de quién (Poder Judicial, sistema de prisiones, gobierno, independiente, etc.) estaría este tipo de mecanismos, y que para que su funcionamiento sea efectivo no puede generar temores en los intervinientes en el proceso penal.

¿Dónde implementar estos mecanismos?

No existen “recetas” acerca del mejor lugar para implementar estos mecanismos (en Estados Unidos, por ejemplo, su ubicación varía en las distintas jurisdicciones, a tal punto que se encuentran en el poder judicial, en entidades del poder ejecutivo, en el sistema de prisiones y de probation, en organismos privados, en instituciones públicas autónomas, entre otros⁸²), sin embargo es fundamental precisar que, independientemente de dónde se coloquen dichos mecanismos, ellos garantizan lo siguiente:

⁸² Podestá y Villadiego, *Servicios de Antelación al Juicio (...)*, 2010: 23.

1) **Independencia** frente al juez y las partes del proceso (Fiscalía y Defensa), con el fin de que todos los intervinientes en el sistema penal confíen en la evaluación de riesgo realizada, y además con el ánimo de que la información sea conocida por todos ellos de manera equitativa. No puede ser conocida únicamente por el juez o por alguna de las partes, sino que la información debe ser entregada a todos de manera equitativa y de la misma manera, es decir, a través de un informe o en audiencia.

2) **Imparcialidad** en el ejercicio de sus funciones, es decir, realizar una evaluación de riesgo con el uso de criterios objetivos, que como se mencionó en la lección 2, debe estar estructurada a través de preguntas cerradas que impiden la interpretación del funcionario. Éste es un tema que genera gran debate en la región, pues debido a lo nuevo de nuestros sistemas procesales penales reformados, se cree que no existe información “imparcial” en el proceso y que cualquier información que se manifieste puede alterar la teoría del caso de las partes. Sin embargo, llama la atención que es, justamente, un país con gran tradición adversarial quien implementa de manera decidida estos mecanismos de evaluación y supervisión, pues considera que hay información que puede ser compartida por las partes y el juez en el proceso, y además, que los derechos del detenido y el principio de presunción de inocencia son un valor fundamental del proceso penal.

3) **Confidencialidad** de toda la información recolectada en el proceso de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares, no sólo desde el punto de vista del proceso penal como tal, sino incluso de la información brindada a los intervinientes en el proceso. Lo anterior significa lo siguiente: el trabajo que debe desarrollar un servicio de evaluación de riesgo es analizar una multiplicidad de factores para definir el nivel de riesgo y las recomendaciones de supervisión, lo cual significa que su labor es entregar dicho resultado pero no toda la sistematización de las respuestas del instrumento de evaluación.

La regulación normativa debe garantizar en el diseño los tres principios mencionados anteriormente. Por ello, debe considerar las realidades concretas de cada jurisdicción, para determinar dónde es con-

veniente implementar los mecanismos de evaluación. Además, se deben balancear las ventajas y desventajas de colocarlos en uno u otro lugar, teniendo presentes aspectos de independencia y autonomía funcional, asuntos presupuestales, infraestructura, entre otros. Por ejemplo, si se sabe que el poder judicial de la jurisdicción se caracteriza por no haber apropiado internamente la lógica del sistema adversarial y además las personas encargadas de dichos mecanismos no podrían ser independientes, es posible que no sea la mejor decisión implementarlos ahí. Por lo general, no es recomendable colocar estos mecanismos en la fiscalía o en la defensa porque no generarán confianza de las otras partes. Y por otro lado, si la infraestructura del sistema de justicia permite la creación de una institución totalmente independiente y autónoma, crearla de esta manera puede ser una buena decisión.

Por otra parte, el acuerdo político e institucional requerido para el diseño de las estrategias generales de supervisión e intervención diversificada requiere tener en cuenta no sólo a los intervinientes clásicos del proceso penal (juez, fiscalía, defensa), sino también a aquellas instituciones públicas y privadas que se encargan de desarrollar, en el día a día, algunas estrategias de supervisión posibles. Por ejemplo, si se establece como estrategia de supervisión el monitoreo electrónico que usualmente es supervisado por el sistema de prisiones, es fundamental contar con su apoyo y consenso en el diseño de estas estrategias. Asimismo, si se pretende crear estrategias de supervisión diversificada, como tratamiento de consumo de sustancias psicoactivas, es necesario contar con instituciones que tradicionalmente prestan estos servicios. No se puede olvidar que la efectividad de estas medidas reposa en que se diseñen de manera adecuada y según las características de cada estrategia de supervisión; por ello, no la pueden diseñar de manera aislada un par técnicos del proceso penal. Se necesita la convergencia de personas e instituciones que conozcan distintos aspectos relevantes del:

- 1) Sistema procesal penal.
- 2) Estrategias de supervisión.
- 3) Ejecución de programas de intervención diversificada o estrategias sofisticadas de supervisión general.

Ahora bien, debido a la necesidad de garantizar un consenso político e institucional para la implementación de los mecanismos de eva-

luación de riesgo y supervisión de medidas cautelares, se sugiere además de lo mencionado anteriormente:

- Realizar mesas de trabajo con todos los intervinientes del proceso penal, así como con políticos, gobernantes y representantes de la sociedad civil.
- Desarrollar estrategias de comunicación adecuadas, tales como: foros universitarios, utilización de medios de comunicación, entre otros.
- Utilizar un lenguaje claro y preciso para transmitir los objetivos de estas estrategias y sus beneficios para la sociedad.
- Responder de manera clara a las críticas sobre su creación e implementación.

2.2 Titularidad

La titularidad de los mecanismos de evaluación y supervisión puede variar en cada figura. En la evaluación de riesgo debe estar en cabeza de la institución responsable de realizarla, según el diseño procesal establecido. Aquí es importante recordar lo mencionado anteriormente, respecto de que independientemente de la institución en la que se implemente este tipo de estrategia, lo fundamental es que tenga autonomía para realizar su trabajo sin presiones de ninguna índole, menos de los intervinientes del proceso penal.

Es importante mencionar que más allá de la institución a la que pertenezca la titularidad, los funcionarios encargados deben tener perfiles específicos distintos de los judiciales, de los del sistema de prisiones y de los de la fiscalía y la defensa pública. Se deben recordar las labores que deben realizar: obtener información (a través de entrevista y búsqueda en base de datos), verificarla, realizar el informe de riesgo y presentarlo a los intervinientes en el proceso penal. Por ello:

- No requieren ser abogados sino más bien personas entrenadas en realización de entrevistas y manejo del sistema de información.

- Es muy importante contar con profesionales en sistemas de información que realicen el soporte informático necesario, pues el instrumento de evaluación de riesgo debe estar en el sistema y no debe ser manipulado.

Respecto de las estrategias de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad e intervención diferenciada, la titularidad puede ser del juez o mixta. En efecto, por un lado, el juez es el competente para decretar la medida cautelar e imponer las condiciones de supervisión; y por el otro, si las estrategias diversificadas de supervisión están atadas a salidas alternativas del proceso, parece razonable que proceda por un acuerdo entre el Ministerio Público y el imputado, por lo cual, también tendría la titularidad de la institución. Sin embargo, si dichas estrategias no están atadas a las salidas alternativas sino a medidas cautelares no privativas de la libertad, la titularidad puede ser únicamente del juez.

Es importante mencionar que los funcionarios encargados de las labores relacionadas con la evaluación de riesgo y la supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad deben tener capacitación permanente, encaminada a que exista:

- Estandarización de las prácticas de evaluación y supervisión.
- Restricción a la utilización de prejuicios o apreciaciones subjetivas al momento de evaluar o supervisar.
- Garantía del principio de igualdad al aplicar los mismos criterios en la evaluación y supervisión.
- Resolución de dudas que enfrentan los funcionarios diariamente cuando realizan su trabajo.
- Revisión de los parámetros empleados para evaluar el riesgo y supervisar las medidas, así como realización de una actualización de éstos.

2.3 Oportunidad

La oportunidad procesal en la que se deben desarrollar los mecanismos de evaluación de riesgo es antes de imponer la medida cautelar, es decir, en el periodo de tiempo comprendido desde el momento de la captura hasta la audiencia que define la situación jurídica del

imputado. Sin embargo, se debe definir cuándo se acaba la etapa de evaluación de riesgo, es decir, si ésta puede ser posterior al momento en el que se decreta la medida cautelar. Esta respuesta es de suma importancia pues de ella se derivan varias consecuencias:

- Las personas con medida cautelar privativa de la libertad pueden ser sujetas a evaluación de riesgo con posterioridad a la imposición de dicha medida, y por lo tanto, debe existir la obligación de revisar de manera frecuente la medida impuesta según la nueva evaluación de riesgo.
- Las personas sujetas a medida cautelar no privativa de la libertad pueden ser evaluadas con posterioridad a la definición de dicha medida, por lo cual, si se demuestra que el nivel de riesgo aumentó o que se requiere necesidad de cautela, su medida puede ser modificada.

Teniendo en cuenta que el objetivo de la evaluación de riesgo es verificar la necesidad de cautela, es claro que ésta se necesita entre el momento de la captura y el momento del juicio oral. Por esto, el diseño de los mecanismos de evaluación puede considerar la posibilidad de realizar la evaluación de riesgo con posterioridad a la imposición de la medida cautelar. Sin embargo, esta decisión debe realizarse de acuerdo con las realidades de cada jurisdicción, pues por ejemplo:

- En una jurisdicción como “Bonita”, en la que existen millones de habitantes con un flujo diario de miles de personas capturadas, realizar nuevas evaluaciones de riesgo significa mayores recursos, empleados, e infraestructura.
- Mientras que en el caso de “La Pradera”, con menos población, es probable que ello sea viable.

Por otra parte, la oportunidad procesal en el caso de las estrategias de supervisión está asociada al período de tiempo que existe entre la imposición de la medida cautelar y la realización del juicio oral. Deben decretarse en la audiencia de control de garantías, y deben poder modificarse a partir de la evaluación del cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez.

El diseño de la oportunidad en las estrategias de supervisión debe tener en cuenta algunos factores. En primer lugar, si existen estrategias de intervención diversificada en la jurisdicción, debe ser posible permitir el flujo de un imputado entre las estrategias generales de supervisión y las diversificadas. Así por ejemplo, si la persona cumplió con el tratamiento de drogas y fue dada de alta antes del juicio, es importante que la regulación permita traspasar su estrategia de supervisión a aquellas generales.

Igualmente, es importante que se permita una revisión constante de las estrategias de supervisión aplicadas a los casos concretos, de manera tal que se puedan variar las estrategias a lo largo de toda la etapa procesal en la que se está a la espera del juicio, a partir del análisis específico de cada caso.

2.4 Reglas de elegibilidad del imputado

En el caso de los mecanismos de evaluación de riesgo todas las personas capturadas deben ser elegibles para participar en el proceso, a menos que por disposición normativa existan delitos inexcusables que hacen que el imputado no pueda ser sujeto a una medida cautelar no privativa de la libertad, y por lo tanto, evaluar su nivel de riesgo no generaría ninguna consecuencia concreta pues todo caso iría a prisión preventiva.

Por otra parte, el diseño de los criterios de elegibilidad en las estrategias de supervisión debe diferenciar las estrategias comunes de las de intervención diversificada. En las primeras, son elegibles todas las personas sujetas a medida cautelar supervisada de acuerdo con la orden judicial. En las segundas la definición de elegibilidad es más compleja, pues aunque también son elegibles las personas a las que el juez les haya decretado estas condiciones, para acceder a ellas se deben resolver otros asuntos:

1. Supuestos procesales de su procedencia

Se debe decidir si estas estrategias son parte de salidas alternativas o de medidas cautelares no privativas de la libertad. En el segundo caso,

se requeriría definir las exigencias a las que se debe someter el imputado para participar, es decir, si debe reconocer los hechos, admitir su responsabilidad o ninguna de las anteriores.

2. **Voluntad real del imputado.** Se necesita contar con el consentimiento pleno e informado del imputado, pues este tipo de intervención requiere la aceptación plena y real del programa ya que desarrolla aspectos íntimos de la persona.

2.5 Procedimiento

La regulación del procedimiento es uno de los aspectos más relevantes de todo el diseño procesal. En éste se deben incluir de manera detallada las autoridades competentes para ejecutar la evaluación de riesgo y la supervisión de medidas cautelares, sus funciones, la forma a través de la cual desarrollan sus actividades y el control de sus funciones.

En lo que hace referencia a los mecanismos de evaluación, la autoridad competente para ejecutar las funciones debe ser una independiente y especializada de acuerdo con lo mencionado en los párrafos anteriores, y su objetividad no debe verse comprometida. Sus funciones deben ser todas aquellas requeridas para la evaluación del riesgo, en especial, para la:

1. Recopilación de información.
2. Verificación de información.
3. Evaluación de riesgo.
4. Realización y entrega del informe.

El control debe ser ejercido por las partes en la audiencia de control de garantías al controvertir la evaluación, y por el juez que solicita fundamentación y revisión de los argumentos.

Un aspecto importante para tener en cuenta, en el diseño del procedimiento de los mecanismos de evaluación, es que éste puede tener unas reglas generales uniformes en varias jurisdicciones y unas reglas específicas de acuerdo con las características de cada jurisdicción. Por ejemplo, aunque todas las jurisdicciones deben analizar todos los fac-

tores de riesgo, el procedimiento específico para analizar algunos puede variar. Así por ejemplo, el procedimiento para analizar el abuso de sustancias psicoactivas en:

- “Bonita” puede ser a través de pruebas de orina pues la jurisdicción cuenta con infraestructura que le permite tener el resultado de la muestra en menos de 24 horas.
- Dicho procedimiento en “La Pradera” puede consistir en preguntarle al imputado en la entrevista personal y luego verificar la información con otra fuente.

Ten en cuenta que:

Por este motivo, nuevamente es importante insistir en que no existe una “receta” única para implementar los mecanismos de evaluación y que, aunque pueden existir procedimientos generales, pueden existir distintas formas de aplicarlos.

En el caso de las estrategias de supervisión, la regulación del procedimiento debe considerar de manera separada las estrategias comunes de las de intervención diversificada. En las primeras, se debe establecer como autoridad competente a aquéllas encargadas de la supervisión del cumplimiento de medidas cautelares en la jurisdicción del país/estado/ciudad, y en caso de requerir fortalecer esta figura, se recomienda otorgar responsabilidades de supervisión a la autoridad encargada de la evaluación de riesgo. Sus funciones deben ser las necesarias para:

- Verificar, utilizando la metodología establecida, el cumplimiento de las condiciones de supervisión.
- Reportar el cumplimiento e incumplimiento de las condiciones impuestas a las autoridades competentes.

Por otra parte, en las segundas, la definición de la autoridad competente debe considerar los programas especializados establecidos, pues es probable que si están a cargo de instituciones específicas ellas sean las

autoridades responsables de cada programa. Sus funciones deben sujetarse al cumplimiento del principio de legalidad y a la decisión judicial que resolvió este tipo de intervención. Todas las estrategias de supervisión deben estar sujetas a control, no sólo a través de la evaluación del cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez que se realiza en cada caso concreto, sino por medio de mecanismos específicos de rendición de cuentas.

En este punto vale la pena realizar el mismo análisis efectuado para los mecanismos de evaluación de riesgo. El diseño del procedimiento aplicable a las estrategias generales de supervisión y de intervención diversificada debe considerar las particularidades de cada jurisdicción. Por ejemplo, mientras que el procedimiento establecido para supervisar a una persona que debe reportarse semanalmente puede consistir en “Bonita” en enviar un email o realizar una llamada telefónica, dicho procedimiento en “La Pradera” puede consistir en desplazarse no semanal sino mensualmente ante las instalaciones de la institución que supervisa o enviar un telegrama.

3. Claves para su implementación adecuada

La implementación adecuada de los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad debe tener en cuenta distintos aspectos para un desempeño óptimo. Lo primero que debe tener claro es que la implementación es un proceso que no se desarrolla de un momento para otro, sino que como todo proceso se ejecuta a través de un plan integral que contempla.

- El diseño.
- La puesta en marcha.
- La evaluación y ajuste.

Por este motivo, uno de los primeros asuntos a realizar es un estudio empírico encaminado a caracterizar la jurisdicción y su población. Dicho estudio debe recolectar y analizar al menos la siguiente información:

- Análisis de demanda estimada para calcular la oferta, incluyendo el rango de personas capturadas diariamente por tipo de delito. Así, es importante estimar la carga de trabajo que tendrían los meca-

nismos de evaluación y supervisión de medidas cautelares, que permita diseñar los recursos humanos, tecnológicos y físicos requeridos para su implementación.

- Caracterización general de los delitos de mayor frecuencia y determinadas características según una lista de factores de riesgo, definidas a priori. En este tema es importante definir los grupos de delitos por los que hay más capturas, las horas del día en la que existen más capturas y características de los imputados relacionadas con la situación de residencia, empleo, abuso de sustancias, entre otras. Particularmente se debe recopilar información sobre el cumplimiento o no cumplimiento de medidas cautelares alternativas de los imputados y cuáles fueron las características de esos casos. La realización de este análisis permite construir y validar los factores, variables e indicadores de riesgo, así como los puntajes asignados a cada uno de ellos. Igualmente, una definición empírica de la evaluación de riesgo permite diseñar las estrategias de supervisión adecuadas para la jurisdicción y, por supuesto, las estrategias de intervención diversificada.

- Caracterización de las instituciones existentes relacionadas con el sistema de justicia penal, así como las posibles instituciones que podrían brindar servicios de implementar este tipo de mecanismos (organizaciones de tratamiento de drogas, de supervisión del monitoreo electrónico, por ejemplo). Este análisis permite resolver dos problemas importantes a partir de una investigación empírica: ¿cuál es la mejor institución para implementar los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares? y ¿cuáles son las estrategias reales de supervisión general e intervención diversificada que se deben -pueden- implementar en la jurisdicción?

- Definición del instrumento objetivo de evaluación de riesgo, a partir de los factores, variables e indicadores identificados en el análisis previo. En este tema, el análisis empírico permitirá concluir si la jurisdicción tiene suficiente desarrollo tecnológico para implementar un sistema de información sofisticado, o si se requiere un instrumento de evaluación manual y un instructivo metodológico.

Por otro lado, se deben tener en cuenta algunos aspectos claves para la implementación de los mecanismos de evaluación y supervisión:

1. Gradualidad

De la misma manera que “el universo no se creó en un solo día”, estas estrategias no se implementan en un solo instante. La implementación gradual requiere que el inicio de estos mecanismos se efectúe en jurisdicciones pequeñas con un grado de conflictividad penal que permita el monitoreo y la evaluación constante. A veces se implementan reformas de gran envergadura en ciudades con muchos millones de habitantes y una elevada conflictividad penal, y se pretende que de un día para otro las herramientas de supervisión y evaluación de riesgo funcionen sin haberlas probado con anterioridad en otra parte. Adicionalmente, la implementación gradual también debe considerarse desde el punto de vista de los elementos que componen la evaluación de riesgo y la supervisión de medidas cautelares. Así por ejemplo, la gradualidad puede implicar implementar en etapas todos los indicadores de riesgo realizados, con el fin de verificar el tiempo empleado en la evaluación y los recursos requeridos para el proceso, así como algunas estrategias de supervisión general y diversificada, para monitorear de cerca su efectividad y validar los resultados. Una implementación pequeña, menos pomposa, puede generar beneficios de largo plazo que devengan en la efectividad de los mecanismos y la reducción de la prisión preventiva.

2. Incorporación de diversos sectores al proceso de implementación

De acuerdo con lo mencionado en párrafos anteriores, es necesario contar con consensos políticos e institucionales para diseñar e implementar estos programas. Pero además, su proceso de incorporación no termina cuando se realiza la regulación normativa ni cuando se pone en marcha el programa; su incorporación finaliza, años después, cuando se ha realizado un proceso de evaluación y ajuste. Por lo tanto, se requiere mantener el consenso entre los distintos sectores durante ese período de tiempo, y contar con mesas de trabajo interinstitucional que se encarguen de sopesar los

mecanismos de evaluación y supervisión. En este punto es importante tener en cuenta que existe una ventaja de necesitar el trabajo y responsabilidad conjunta de distintas instituciones relacionadas con el proceso penal para lograr la efectividad de estos mecanismos: si todos son responsables de los resultados, a todos les interesa que sean efectivos.

3. Trabajo con medios de comunicación

El proceso de implementación requiere desarrollar al menos dos estrategias con los medios de comunicación para que:

1. Brinden información correcta y adecuada a la ciudadanía sobre los objetivos de los mecanismos de evaluación y supervisión de medidas cautelares.
2. Obtengan respuestas claras cuando se formulen críticas sobre el incremento del delito o las fallas de estos servicios.

Para nadie es un secreto que los medios de comunicación juegan un rol esencial en la percepción ciudadana de la “seguridad” y la “criminalidad”. Por ello, la implementación de este tipo de mecanismos requiere un trabajo constante con dichos medios, mediante el cual se les explique que la impunidad no está relacionada con la prisión preventiva. Ahora bien, si estos mecanismos se implementan sin contar con los medios de comunicación, seguramente ellos transmitirán algunos mensajes que no generarán buenos sentimientos hacia las reformas.

4. Estrategias claras para enfrentar situaciones difíciles

La implementación de estas estrategias debe tener claro que enfrentará grandes fracasos de los que se debe hacer cargo. Una estrategia comunicativa adecuada sumada a un trabajo interinstitucional derivado de los consensos políticos, puede ayudar a enfrentar estas situaciones difíciles. En efecto, todos los que trabajan en estas áreas saben que es altamente probable que, al menos en un caso, el imputado sujeto a medida cautelar no privativa de la libertad bajo supervisión cometa un nuevo delito de especial gravedad y que ello sea utilizado por los medios de comunicación para mostrar lo mal que le hacen a la sociedad estos mecanismos. Por ello, es una obligación contar con estrategias sofisticadas de comunicación que enfrenten dichas situaciones difíciles, pues de lo contrario, la implementación de los mecanismos puede ser muy difícil.

5. Proceso de evaluación

Todo proceso de implementación de mecanismos de supervisión debe contar con un proceso de evaluación que permita verificar que las variables e instrumentos utilizados por estas estrategias no son anacrónicos. Esta necesidad también se funda en la obligación de rendición de cuentas a la que está sometido el sistema de justicia.

Finalmente, el diseño e implementación de los servicios de antelación al juicio debe fundarse en los principios que se enumeran a continuación⁸³:

1. Presunción de Inocencia

Toda persona detenida es inocente hasta que sea condenada en juicio, y por lo tanto, ése es el tratamiento que le debe dar en el proceso.

2. Excepcionalidad de la Prisión Preventiva

Esta medida cautelar es la excepción y no la regla, razón por la cual, sólo debe proceder en aquellos casos en los que exista un riesgo razonable que indique que el imputado no comparecerá al juicio, obs-

⁸³ Open Society Justice Initiative, 2009: 5-8.

truirá el procedimiento o constituirá peligro para la sociedad o la víctima.

3. Análisis Caso a Caso

La decisión de la medida cautelar debe fundarse en hechos y argumentos sustentados en las condiciones concretas de cada caso, e igualmente la evaluación de riesgo.

4. Independencia y Objetividad

Los servicios de antelación al juicio, independientemente de la institución a la que pertenezcan, deben evaluar el riesgo a través de información objetiva y verificada, y entregar los resultados de manera equitativa a los intervinientes en el proceso penal.

5. Igualdad y No Discriminación

Los servicios de antelación al juicio deben brindar sus servicios a todas las personas capturadas, sin distinción alguna.

6. Confidencialidad

La información recolectada en el marco de los programas de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares es confidencial y no puede ser utilizada como prueba en otros procesos penales.

7. Promoción de Medidas Cautelares No Privativas de la Libertad

Los servicios de antelación al juicio deben promover el uso de las medidas menos restrictivas de la libertad y sugerir principalmente mecanismos de supervisión menos lesivos a los derechos de las personas.

8. Principio de Legalidad y Órdenes Judiciales

Los servicios de antelación al juicio deben cumplir las leyes que los instituyen y, en los casos de actividades de supervisión, las órdenes judiciales en materia de condiciones de libertad de los procesados.

4. Conclusiones

El diseño de mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad debe regularse e implementarse de manera adecuada. Debe contar con la participación y beneplácito de distintos actores estatales e instituciones encargadas del sistema de justicia penal y con herramientas comunicativas avanzadas que permitan una buena comprensión por parte de la comunidad de sus objetivos. Es importante reglamentar los mecanismos de evaluación

y las estrategias de supervisión de manera diferenciada. Y es fundamental tener en cuenta la especificidad de las jurisdicciones, la graduación, las dificultades que se deben afrontar, y la necesidad de evaluación en el proceso de implementación.

Lecturas complementarias - Material de apoyo

- Murray, Timothy (Director General Pretrial Justice Institute): Herramientas para el manejo de las medidas cautelares, En: Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública, Coordinador Gabriel Cavazos Villanueva, págs. 91-96 (disponible en: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_download/7337-mecanismos-de-implementacion-herramientas-para-el-manejo-de-las-medidas-cautelares [07-02-2013]).

Referencias, Lección 4

DOCUMENTOS

Revistas Digitales:

Podestá, Tobías y Villadiego, Carolina: Servicios de Antelación al Juicio: Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región, En: Revista Sistema Judiciales, 2010, www.sistemasjudiciales.org.



Prisión preventiva en América Latina por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported