

Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina Evaluación y Perspectivas

VOLUMEN 2



Coordinadores de la investigación y Editores:
Leticia Lorenzo, Cristián Riego y Mauricio Duce



© 2011. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA
Rodo 1950, Providencia
Santiago, Chile
Tel. +(562) 274-2933
Fax +(562) 341-5769
www.cejamericas.org

Equipo Editorial:
Andrea Cabezón P. (Coordinadora edición)
Sandra Araneda J.

Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina:
Evaluación y Perspectivas (volumen 2)
Registro de Propiedad Intelectual: 210.374
ISBN volumen 2: 978-956-8491-25-3
ISBN obra completa: 978-956-8491-24-6

Publicado en noviembre 2011

Diseño de portada:
Fanny A. Romero / Eduardo Argañaraz

Diseño e impresión:
Alfabetas Artes Gráficas
Fono Fax: 364-9242
Carmen 1985 - Santiago

ÍNDICE

Introducción 9

PRISIÓN PREVENTIVA Y REFORMA PROCESAL PENAL EN ARGENTINA

Luis A. Schiappa Pietra 13

1. Presentación del informe y aclaraciones metodológicas 13
2. Introducción 17

Capítulo Primero:

La reforma procesal penal y la prisión preventiva 20

1. La “reforma procesal penal” en Argentina 20
2. Diseños normativos de la prisión preventiva 30
3. El uso de la prisión preventiva. Los datos “duros” 51
4. Personas alojadas en comisarías y otras dependencias policiales 59
5. Notas recientes en la jurisprudencia 69

Capítulo Segundo:

Problemáticas del proceso penal que condicionan el uso de la prisión preventiva 73

1. Introducción 73
2. La gestión de la flagrancia 74
3. El control de las garantías durante la investigación y la necesidad de realizar audiencias previas al juicio 80
4. La duración de la prisión preventiva 82
5. Prisión preventiva y procedimientos abreviados 91
6. La duración de la detención a la espera de la resolución de prisión preventiva 99

Capítulo 3:

Los impulsos de “contrarreforma” y sus particularidades en Argentina 104

1. ¿Por qué hablar de “contrarreforma” en Argentina? 104

2. La contrarreforma en el discurso sobre la seguridad pública	106
3. El impacto del discurso <i>contrarreformista</i> en los procesos reformados de Argentina	110
Consideraciones finales.....	119
Entrevistas y consultas.....	125

LAS PRISIONES CAUTELARES EN BRASIL

<i>Rodrigo de Souza Costa y Carlos Eduardo Adriano Japiassú</i>	127
---	-----

1. Introducción: La legislación brasileña sobre prisiones cautelares	128
2. El procedimiento penal en Brasil	136
3. El sistema penitenciario brasileño	141
4. La reforma procesal en Brasil.....	158
5. Proyecto de ley 4.208, de 2001 – Medidas cautelares	161
6. Conclusión.....	169

ESTUDIO COMPARATIVO: EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

<i>Javier Carrasco Solís</i>	171
------------------------------------	-----

I. Introducción	171
II. Situación de la prisión preventiva antes de la reforma	174
A. Definición y categorías de prisión preventiva	175
B. La prisión preventiva en el sistema tradicional	177
C. Marco normativo de la prisión preventiva del sistema tradicional.....	179
1. La detención: orden judicial, flagrancia y urgencia	180
2. Plazos constitucionales.....	181
3. Régimen tradicional de la prisión preventiva y la libertad provisional bajo caución	181
D. Resultados.....	185

III. Contenido normativo de la reforma constitucional.....	188
A. Proceso de reforma en los Estados	189
B. Régimen constitucional de medidas cautelares.....	191
C. Disposiciones reformadas sobre la detención y las primeras audiencias.....	192
D. Impacto normativo de las reformas procesales penales de los estados en medidas cautelares.....	194
IV. La implementación de la reforma.....	199
V. Impacto de la reforma en el uso de la prisión preventiva y en otras medidas cautelares	200
A. Estadística: tendencias en la población penitenciaria	200
B. Impacto en el uso de las medidas cautelares	209
1. Chihuahua.....	213
2. Oaxaca.....	216
3. Morelos.....	219
VI. La contrarreforma.....	220
VII. Perspectivas de la situación actual	223
 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERÚ. ESTUDIO DE 112 AUDIENCIAS EN 7 DISTRITOS JUDICIALES CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
<i>Claudia Vertiz y Equipo REDEX Perú</i>	<i>227</i>
Introducción	227
 Parte I: El contexto previo a la prisión preventiva: la detención y su impacto en el sistema de justicia penal peruano	231
1. Aspectos previos.....	231
2. Marco general del proceso penal peruano.....	232
a) El proceso ordinario.....	233
b) El proceso sumario	234
3. Regulación normativa de la detención	235
4. Aspectos críticos en la aplicación de la detención.....	236

a) Ausencia de roles diferenciados:	236
b) Falta de audiencia previa	237
5. El plazo de duración de la detención	238
6. Estadísticas que reflejan la prisión preventiva en el sistema penitenciario.....	241
7. Conclusiones.....	243

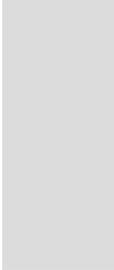
Parte II: La aplicación de la prisión preventiva con el nuevo

Código Procesal Penal 244

1. Regulación normativa	244
2. El proceso de implementación: los primeros cambios	251
3. Los resultados de la observación de 112 audiencias sobre prisión preventiva en 7 distritos judiciales del país	256
3.1 El análisis: observación y procesamiento de información.....	256
3.2 Hallazgos sobre los datos generales de la audiencia	257
3.3 Hallazgos sobre la dinámica de las audiencias: realización de la audiencia, calidad de la información y duración.....	272
3.4 Hallazgos sobre el rol de las partes: fiscales y defensores	279
i. Peligro de fuga: no arraigo del imputado	289
ii. Peligro de fuga: gravedad de la pena	290
iii. Peligro de fuga: resarcimiento del daño y actitud del imputado.....	292
iv. Peligro de fuga: comportamiento del imputado	294
v. Peligro de obstaculización	295
3.5 Hallazgos sobre la participación de los jueces.....	296

Reflexiones finales 308

Anexo 1: metodología aplicada	311
Anexo 2: ficha técnica aplicada.....	313
Anexo 3: ficha sobre publicidad y transparencia de audiencias	316
Anexo 4: ficha para entrevista de operadores.....	317
Anexo 5: agradecimientos	318



INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos principales que abordaron los procesos de reformas al sistema de justicia criminal en América Latina fue la racionalización del uso de la prisión preventiva. Los nuevos sistemas procesales penales representaron el reemplazo del paradigma del sistema inquisitivo –lógica de prisión preventiva como regla general, consecuencia automática del proceso y pena anticipada–, por un paradigma de lógica cautelar, donde la prisión preventiva solo tiene una aplicación excepcional y proporcional. También los distintos países incorporaron medidas cautelares distintas de la prisión preventiva y, asimismo, se incorporó la audiencia como metodología para la producción de información y la toma de decisión judicial, entre otros cambios.

Como se pudo constatar en *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas* –publicado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, en el año 2008–, los procesos de implementación de estas reformas han generado resultados heterogéneos en distintos países de la región. En efecto, algunos pocos países lograron cambios sustanciales en términos de reducir el porcentaje de presos preventivos respecto de dentro del total de personas privadas de libertad. No obstante, en la mayoría de los países la reforma normativa no produjo efectos importantes y el sistema siguió funcionando de manera bastante tradicional. A pesar de los limitados resultados del cambio normativo, en muchos países se ha producido un fuerte proceso de contrarreforma en materia de medidas cautelares. Este proceso se ha traducido en cambios legislativos orientados al establecer categorías de delitos en que la prisión preventiva se hace prácticamente automática, prohibiendo la sustitución de la prisión preventiva por alguna otra medida, o incorporando nuevas y polémicas causales de procedencia de la misma.

Siguiendo la línea de trabajo planteada por CEJA en cuanto al desarrollo de investigaciones sobre la utilización de la prisión preventiva

en la región, la presente publicación tiene por objetivo analizar lo que ha ocurrido en materia de prisión preventiva en algunos países que no quedaron cubiertos en el estudio anterior como son Argentina, Brasil, México y Perú. En cada uno de estos países se ha elaborado un informe que pretende describir la situación tanto desde el punto de vista normativo como empírico.

En este contexto, hay que señalar que estos países tienen procesos de reforma muy disímiles. En efecto, Argentina, México y Perú actualmente son países con reformas parciales. Argentina es un Estado federal que contiene 23 provincias, algunas con sistema acusatorio en plena implementación, y otras, con un sistema inquisitivo todavía vigente donde el juez es el que investiga y juzga. Algo similar sucede con México que es también un país federal, en cuyo caso 8 de 32 entidades federativas están con legislación reformada. Por último, Perú avanzó hacia un sistema acusatorio a partir del año 2006, con una aplicación gradual del nuevo Código Procesal Penal. Actualmente, de los 29 distritos judiciales de ese país, el sistema acusatorio está vigente en 16 de ellos.

En contraste, la situación de Brasil es muy distinta, ya que no se ha producido hasta ahora un proceso de reforma como los que han tenido lugar en el resto de América Latina. El Código de Proceso Penal brasileño, que es de carácter nacional, es decir, se aplica tanto en la jurisdicción federal como en las estatales, no ha sido objeto de una reforma integral, sino que en los últimos años ha venido siendo modificado a partir de varios proyectos tópicos que abordan materias como la policía, la investigación, organización de los tribunales y medidas cautelares. Es muy interesante observar que a pesar de que Brasil mantiene un sistema procesal bastante tradicional, su relación promedio de presos sin condena en relación con el total de la población penitenciaria es similar al de los demás países.

Cabe señalar que durante el proceso de edición de esta publicación, en Brasil se aprobó la Ley N° 12.403 que crea otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva como son la prohibición de acceder a determinados lugares, prohibición de mantener contacto con una persona determinada, prohibición de ausentarse de la jurisdicción, arresto domiciliario, entre otros¹. Si bien este es un paso importante para la consolidación del paradigma legal en la utilización de la prisión preventiva bajo la lógica cautelar, también es cierto que no se

¹ Véase el Art. 319 de la Ley 12.403 de la legislación brasileña.

incorpora una institucionalidad que se haga cargo del seguimiento de este tipo de medidas.

Por otra parte, hay problemas específicos y diversos en cada país, como son la duración de la detención a la espera de la resolución de prisión preventiva –o bien la duración de la misma prisión preventiva–, la duración de las audiencias, la oralidad en las etapas previas al juicio, resoluciones dictadas fuera de audiencia, entre otros hallazgos interesantes.

En este sentido, es posible identificar en Argentina serios problemas de eficiencia en la gestión judicial. Es común en ese país que una vez que la investigación del caso ha concluido puedan pasar meses o años sin que la causa finalice por medio de un juicio debido a enormes dificultades administrativas en la organización del mismo. Los plazos máximos de duración de prisión preventiva son extensos o sencillamente no se indican plazos máximos de duración en algunas provincias. Además, se constata la inexistencia de una discusión entre las partes en torno al “plazo razonable” de duración que debe tener la prisión preventiva.

Por su parte, uno de los principales problemas que reporta México es la reforma constitucional de 2008, que introdujo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la obligación del juez de ordenar la prisión preventiva en una serie de delitos para los cuales se establece la prisión preventiva como efecto necesario. Este proceso ha alentado a los Estados a que incorporen ese listado de delitos, además de agregar otros. En términos generales, es posible indicar que el proceso de reforma en los Estados mexicanos presenta resultados dispares en cuanto al uso de la prisión preventiva ya que algunos presentan bajas en la población sometida a prisión preventiva, pero en otros hay alzas o incrementos del uso de esta medida cautelar.

Por último, Perú detectó en la observación de 112 audiencias la dificultad de acopiar información necesaria para la audiencia de discusión de una medida cautelar, la duración excesiva de las audiencias –lo que podría llevar a que el debate se desvíe para cuestiones de fondo para probar la culpabilidad del imputado–, o la emisión de fallos fuera de la audiencia.

Con todo, se identifica como característica común a los informes la necesidad de profundizar la discusión en torno al uso de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, y la inexistencia de

mecanismos de seguimiento o control en torno a estas medidas sustitutivas.

La falta de un sistema que permita la relevación de información respecto a la situación específica del imputado para evaluar la necesidad de cautela, y la ausencia de mecanismos de supervisión que verifiquen el cumplimiento de la medida sustitutiva, es un aspecto que estuvo ausente en los procesos de reforma de Latinoamérica. En efecto, esta carencia ya se comienzan a evidenciar en algunos países de la región, como son el caso de Argentina, México y Perú. Tales informes dan cuenta de problemas transversales en la falta de información concreta, específica y confiable para la discusión de medidas cautelares. Sin la existencia de una metodología que ofrezca una capacidad real en la generación y recolección de información que permita diferenciar de manera precisa los riesgos procesales del imputado, la tendencia es decretar de manera automática la prisión preventiva bajo información de mala calidad, a partir de un automatismo que se ve como la única respuesta al delito.

También es posible constatar como aspecto común en los informes la inexistencia de mecanismos operativos para el control de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva. Actualmente en Latinoamérica no existen estadísticas claras y confiables acerca de los grados de incumplimiento de las medidas sustitutivas, no hay espacio para la producción de informes de seguimiento que permitan conocer el estado de cumplimiento por parte del imputado y, en fin, no hay una institucionalidad específica que se haga cargo de estos y otros aspectos, sino que el control es más bien simbólico o anecdótico.

Como se aprecia, este tipo de informes –y los contenidos en el estudio sobre prisión preventiva del año 2008 publicado por CEJA– llevan a concluir la necesidad de comenzar a trabajar de manera seria en la discusión, diseño, implementación y evaluación de políticas que favorezcan un uso eficaz de las medidas cautelares distintas de la prisión preventiva. Lo anterior implica hacerse cargo de los diversos desafíos presentes en cada jurisdicción, lo que van desde la excesiva duración del proceso penal, la falta de oportunidades mínimas para el ejercicio del derecho a defensa, la falta de mecanismos de control de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y en algunos casos el proceso de contrarreforma normativa.

PRISIÓN PREVENTIVA Y REFORMA PROCESAL PENAL EN ARGENTINA

LUIS A. SCHIAPPA PIETRA*

1. PRESENTACIÓN DEL INFORME Y ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Este informe se enmarca en la tarea de seguimiento de las experiencias de reformas de los sistemas judiciales que viene llevando a cabo el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, en esta oportunidad sobre el impacto que ellas tuvieron sobre el uso de la prisión preventiva.

A los fines de la comprensión de algunas cuestiones metodológicas resulta importante tener presente que la República Argentina es un Estado federal conformado por un conjunto de estados locales (provincias) federados quienes tienen expresas competencias y facultades para regular todas aquellas materias referidas a la organización de la administración de justicia y normas de procedimiento. En conclusión, y por imperio constitucional, el Estado argentino cuenta con tantas administraciones de justicia como provincias tiene (es decir 23 provincias), más la administración de justicia correspondiente al estado federal (es decir, la Justicia Federal) que se extiende en todo el territorio¹, de modo tal que en cada provincia existen dos jurisdicciones distintas, la nacional o federal y la ordinaria o provincial.

A todo ello debe agregarse la situación particular de la ciudad capital del país, la Ciudad de Buenos Aires, en la cual conviven junto

* Abogado. Asesor Técnico de la Dirección Provincial de Transformación del Sistema Procesal Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe. Profesor Derecho Procesal II (Procesal Penal) Universidad Nacional de Rosario. Profesor Litigación UCEL Rosario. Santa Fe. Argentina.

¹ Para ampliar sobre la estructura judicial Argentina ver, Bielsa, Rafael y Graña, Eduardo: "Manual de la Justicia Nacional" Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pág. 75 y ss.

con la Jurisdicción Federal la “Justicia Nacional” –administración con la que ya contaba la ciudad antes de la reforma constitucional del año 94 (y hacía las veces de la justicia “ordinaria”, funcionando en lo que hace a su competencia de modo similar a las administraciones de justicia provinciales)–; y la nueva justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Esta resulta ser la consecuencia de la autonomización de la ciudad, conforme la reforma constitucional del año 1994 y tal como lo ha dispuesto la nueva carta orgánica de la ciudad, del 1 de octubre de 1996 que coloca a este distrito del país con un régimen político y administrativo autónomo e independiente del Estado Federal.

Cada provincia cuenta con un Código Procesal Penal propio, que tiene aplicación en su provincia, con Ministerios Públicos propios, sistemas de defensa pública, etc.; además de tribunales de juicio oral, tribunales de alzada y Superiores Tribunales de Provincia. La justicia federal replica esta estructura en todo el país. Y como máximo tribunal de la nación se encuentra la Corte Suprema de la Nación, con sede en la ciudad capital del país.

Las diversas situaciones y avatares políticos por las que atraviesan las provincias argentinas y las particularidades propias de sus procesos de reforma en el sector justicia, junto con la multiplicidad de problemáticas vinculadas a la prisión preventiva, exigieron, por un lado, una ardua tarea de síntesis del material consultado; y del otro, un desarrollo por momentos particularizado de algunas características de los sistemas procesales provinciales. Todo ello acarreará inexorablemente algún grado de amplitud en el tratamiento de determinadas cuestiones y, a la vez, una importante cuota de recorte y selección de puntos a resaltar, lo que esperamos resulte atinado en miras a aproximarnos a la problemática de la prisión preventiva a nivel nacional. En este sentido, procuramos ser lo menos arbitrarios posible y siempre tratamos de fundamentar las particularidades de las observaciones que realizamos.

Para la elaboración del informe revisaremos la legislación vigente (tanto a nivel federal como en las provincias) y las sucesivas reformas, cuales han sido las influencias de los fallos dictados por tribunales nacionales e internacionales; y tuvimos en cuenta el tratamiento que desde la doctrina se ha dado a esta problemática. Además, llevamos a cabo una serie de entrevistas a funcionarios y magistrados del Poder Judicial, abogados profesionales y otros funcionarios públicos vinculados al sistema penal, con el objetivo relevar percepciones en torno

a los problemas de los sistemas de enjuiciamiento vinculados a la aplicación de la prisión preventiva².

Respecto a la información empírica expuesta en el informe debemos destacar el invalorable aporte hecho por los miembros de la *REDEX Argentina*, colectivo de abogados argentinos que ha participado del programa de formación de capacitadores para la Reforma Procesal Penal en América Latina, que lleva a cabo el Centro de Estudio de Justicia de las Américas, quienes han colaborado con los autores del informe y a los cuales les hacemos saber nuestro más sincero agradecimiento³.

En cuanto a la estructura del informe, el mismo está compuesto por esta introducción, tres capítulos y las consideraciones finales.

El capítulo primero tendrá como centro de atención la reforma procesal penal en Argentina, su estado de avance y perspectivas. Repasaré el estado actual de los procesos de reforma en las provincias, caracterizando a cada uno de sus sistemas procesales según la forma que regulan la prisión preventiva y cuál ha sido el uso que han hecho de esta medida. Haremos una mención de cuáles han sido las directrices más importantes que la jurisprudencia ha venido impartiendo en relación a esta materia en los últimos años; y por fin, nos ocuparemos de la problemática relacionada con las dificultades generadas en los lugares de alojamiento de las personas detenidas, muchos de los cuales han sido atribuidos a un uso desmedido de la prisión preventiva.

En el segundo capítulo abordaremos algunas problemáticas puntuales de funcionamiento de los sistemas procesales que inciden directamente en la forma y modo en que se recurre al dictado de la prisión

² Las entrevistas se hallan en poder de los autores. Anexo al informe se encuentran identificadas aquellas personas entrevistadas y la función que desempeñan. Constituyen algo más de veinte entrevistas realizadas vía contacto telefónico, personalmente y por correo electrónico. Como se aclara, no tuvieron más pretensiones que relevar percepciones en torno al funcionamiento del sistema penal en diversos lugares del país.

³ El agradecimiento es más que justificado dado que resulta una constante, y en algún caso altamente llamativo, advertir el poco desarrollo de parte de los sistemas procesales de prácticas orientadas a la producción de información que permitan evaluar el funcionamiento real del sistema, en lo que a nosotros interesa, el procesal penal. En este contexto, la recolección de datos empíricos que describan las realidades ha resultado ser una tarea más que compleja y sigue siendo una materia pendiente de los sistemas procesales reformados la de producir información útil, no solo para dar cuenta del trabajo realizado sino para evidenciar dificultades y aciertos para una constante evaluación y proyección a futuro de políticas públicas para el mejoramiento del sector.

preventiva. Aquí comentaremos el impacto que ha tenido en el uso de la prisión preventiva el tratamiento diferenciado de los casos *flagrantes*; los inconvenientes que presenta la etapa de investigación de los delitos sobre todo en lo que refiere al control de las garantías de los imputados durante el transcurso de la misma y cómo ello repercute en el uso que se da de este instituto procesal. Destacaremos las cuestiones vinculadas a la duración del proceso penal y en particular del encierro preventivo, el tiempo de duración de la indefinición de la situación procesal del imputado hasta que recaiga la resolución de prisión preventiva y el tiempo de duración de los casos y el uso de los procedimientos abreviados.

En el tercer capítulo nos ocuparemos de formular consideraciones en torno a la llamada *contrarreforma* y su dimensión en el contexto local. Pasaremos a evaluar el impacto que viene teniendo en el uso de la prisión preventiva, un discurso cada vez más consolidado en materia de seguridad pública que recurre a este instituto para paliar problemas en este ámbito (el de la seguridad), la recepción legislativa que ha tenido y las consecuencias directas de ello para la administración de justicia penal.

Para terminar, a modo de conclusión formularemos un pequeño diagnóstico y análisis valorativo de las cuestiones tratadas a modo de consideraciones finales, intentando reflejar los problemas que dificultan un uso adecuado del encierro preventivo y destacando cuáles han sido los avances que entendemos más han colaborado para el mejoramiento de la situación.

Nos parece importante advertir que la estructura de este informe difiere sensiblemente de algunos de los otros producidos por CEJA en el primer volumen sobre *prisión preventiva*⁴. Si bien el fondo de las discusiones aquí propuestas son las mismas que las relevadas por aquellos informes, lo cierto es que nos costó mucho estructurar el presente de la forma que, en su generalidad, tuvieron aquellos; es decir, dando cuenta del *estado anterior a la reforma*, los *cambios y efectos* que ella generó, y los problemas presentados por la *contrarreforma*, identificados como “retrocesos” en los avances de las reformas procesales en materia de prisión preventiva.

⁴ “Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectiva”. Mauricio Duce y Cristián Riego, directores de investigación y editores. Disponible en <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/cejaprisionpreventiva.pdf>

Ello se debe principalmente a la diversidad legislativa sobre la materia (debido a la organización del Estado en un sistema federal) y al momento en que cada provincia se encuentra en sus procesos de reforma (algunas recién iniciando estos procesos o en vías de diseño, otras ya en etapas bastante más avanzadas).

Creímos oportuno abordar este elemento metodológico –la diversidad– en términos problemáticos y no reducir la cuestión a partir de generalizaciones en donde nos arriesgábamos a no reflejar el estado de situación en cada región. Entendemos que ello pueda traer alguna dificultad a la hora de obtener conclusiones generales, por lo cual tratamos de dejar a los lectores esta tarea y enfocarnos a relevar de la mejor manera esas particularidades.

2. INTRODUCCIÓN

Hace más de dos décadas que en América Latina podemos observar el desarrollo, avance e implementación de una buena cantidad de “acciones”⁵ en el campo de la justicia penal tendientes a reformarla. Este proceso ha estado caracterizado por una importante transformación a nivel normativo de códigos y leyes orgánicas que modelan la investigación y enjuiciamiento de delitos en la región.

El objetivo más evidente que tuvieron estos cambios fue el de abandonar los viejos “códigos inquisitivos” por otros de corte acusatorio. El proceso se propuso cambiar la forma de investigar y enjuiciar a las personas acusadas de cometer delitos, teniendo en miras transformar la conformación de las tradicionales estructuras en las que se sostiene el *modelo inquisitorial*⁶ por otras funcionales al sistema democrático de gobierno y respetuoso de los derechos de las personas involucradas, caracterizado como modelos de juzgamiento *acusatorios*.

⁵ Creemos que la utilización del término “acciones” da cuenta con mayor justeza de la naturaleza de la actividad desarrollada por esta red de abogados latinoamericanos (“red de expertos activistas”, al decir de Máximo Langer) involucrados con la problemática procesal penal, que de forma bastante inorgánica pusieron en marcha en los países de la región los procesos de transformación de la administración de justicia penal más importante desde los últimos dos siglos de su existencia; y que hasta el día de la fecha no se detiene. Ver: Maximo Langer. “La revolución en el Proceso Penal”. Disponible en www.cejamericas.org

⁶ Binder, A. – Obando, J. “De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho”. Ed. Ad-Hoc.

En base a ello, y en mayor o menor medida según los países y circunstancias particulares de cada región, estos cambios muy contundentes a nivel legal han generado ámbitos propicios para la reflexión y discusión sobre otras cuestiones, tales como la capacitación legal (y en particular la capacitación de los operadores del sistema de justicia penal), la reformulación de los mecanismos de selección de jueces, la problemática presupuestaria y el aumento de los presupuestos de los poderes judiciales (y Ministerios Públicos), la reformulación de la gestión y gobierno de la administración de justicia penal, etc.⁷. A este proceso se lo ha presentado como “La reforma procesal penal”⁸.

En perspectiva histórica y política, la reforma procesal penal en América Latina tiene directa relación con la recomposición y normalización institucional de los países de la región que, pasados los gobiernos de facto que atravesaron América Latina entre los años 60 y 80 del siglo pasado, retornaron a la vida democrática. La institucionalización de los Estados latinoamericanos y la recuperación de la vigencia del estado de derecho fue sin duda una causa –y a la vez consecuencia– de la expansión de estos procesos de reforma en la región⁹.

En Argentina el proceso de recuperación de la vida institucional y democrática se cuenta a partir del año 1983. Desde aquellos años hasta la fecha –reforma constitucional del año 94 mediante– las vicisitudes por las que transitaron los sistemas procesales del país evidencian importantes avances por transformar este modelo *inquisitorial*. La instalación del “juicio oral y público” como instancia central del proceso, la creación de Ministerios Públicos Fiscales (MPF) y la entrega de las facultades y responsabilidades de investigar y perseguir el delito, el reconocimiento y expansión de la vigencia de los derechos de los imputados y de las víctimas, entre otros¹⁰, son algunos buenos ejemplos.

⁷ Para un abordaje integral del tema, ver Binder, A. – Obando, J., ob. cit.

⁸ A los fines de avanzar sobre la conceptualización de estos procesos ver, entre otros, los trabajos de Máximo Langer, ob. cit; Julio B. J. Maier, “El Ministerio Público en el Proceso Penal”. Ed. Ad-Hoc. 1993; Binder, A.– Oscar, J., ob. cit; Ledesma, Ángela: “La reforma procesal penal”. Nova Tesis Editorial Jurídica. 2005; y los Informes de Seguimiento de la Reforma Procesal Penal en América Latina producidos por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, disponibles en www.cejamericas.org

⁹ Máximo Langer, ob. cit.

¹⁰ De todos modos, y pese a que luego haremos varias referencias, vale la pena apuntar aquí que las reformas procesales en Argentina tuvieron a la provincia de Córdoba como la primera en receptar la legislación procesal conocida como “sistema mixto” (gracias al impulso de la escuela procesal cordobesa, entre los que se destacan el Dr. Vélez Mariconde y Sebastián Soler) y que luego fuera seguida por

No obstante, ya por aquellos tiempos el “preso sin condena” resultaba una preocupación que inquietaba a las amanecidas democracias de la región. Así lo había documentado el ILANUD en aquel memorable informe¹¹ y constituía, sin lugar a duda, uno de los tantos desafíos que debía asumir con prisa, pero sin pausa, el programa reformista.

Los datos que arrojará aquel informe respecto a nuestro país son tanto más preocupantes cuando advertimos que desde aquellos días el uso extendido y abusivo del encierro de personas sin sentencia firme de culpabilidad se reitera, e incluso con índices superiores, que luego analizaremos en detalle.

Y para más, hace algunos años que asistimos al embate de un discurso (emanado de estamentos legales, políticos, y de los mass media) que pretende poner en crisis los valores que inspiraron la reforma procesal, con el claro objetivo de ampliar el poder punitivo del Estado. La llamada *contrarreforma* ha impactado en la marcha de aquel programa reformista y muy posiblemente sea el régimen de prisión preventiva donde se manifieste este discurso de forma más evidente y contundente, constituyendo un claro objetivo el “endurecimiento” del sistema de prisión preventiva¹².

Defectos estructurales en el funcionamiento de los procesos reformados y verdaderos embates de neto corte ideológico respecto a la manera de regular la forma en que el Estado despliega violencia legítima, pueden sintetizar la esencia de estas políticas de “ajuste contrarreformistas” que sufren los procesos acusatorios en materia de prisión preventiva.

En este contexto y con estos datos a la vista creemos que avanzar hacia niveles más racionales y respetuosos del uso de la prisión preventiva en resguardo de los derechos humanos continúa siendo una de las “promesa incumplidas” de nuestras democracias y un desafío con miras al futuro y sostenibilidad de estos proceso de reforma.

otras provincias argentinas a partir del impulso de Ricardo Levene (h), entre las que se destaca de La Pampa que adopta este régimen por el año 1964.

¹¹ Elías Carranza, Mario Houed, Luis Paulino Mora y Eugenio Raúl Zaffaroni. “El preso sin condena en América Latina y el Caribe”. ILANUD. Costa Rica. NACIONES UNIDAS. 1983.

¹² “Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, abril de 2009. Disponible en www.cejamericas.org

CAPÍTULO PRIMERO

LA REFORMA PROCESAL PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La “reforma procesal penal” en Argentina

a. *Los “modelos procesales penales argentinos”*. Aun con los riesgos que implica la conceptualización en “modelos”, en lo que sigue presentaremos sintéticamente el estado de avance y situación actual del proceso de reforma de la justicia penal en Argentina. Excede por mucho las pretensiones puestas en este trabajo hacer un análisis exhaustivo sobre el punto, solo rescataremos las características más generales y algunas de sus particularidades que entendemos nos resultan útiles para explicar buena parte de las razones por las que se recurre al encierro preventivo en cada región del país.

Las reformas procesales penales podríamos caracterizarlas –simplificando la cuestión– como procesos de transformación de la administración de justicia penal que tienden a la sustitución de los modelos tradicionales *inquisitivos*, por otros oralizados, modernos y acusatorios¹³.

Estos procesos han procurado cambios profundos en la conformación de las estructuras de poder que históricamente han gestionado los sistemas procesales penales y el sistema penal en su conjunto, por lo cual, en ninguno de los lugares donde han progresado significativamente en sus cometidos, lo han hecho sin transitar convulsionados y difíciles trances.

A pesar de las marchas y contramarchas que estos procesos han experimentado, como bien pone de resalto Binder, la reforma –más allá

¹³ Al respecto, la *Redex Argentina* ha definido en el documento “Bases para la implementación de un sistema de justicia por audiencias” una serie de caracteres que debe revestir un proceso penal para contener las condiciones citadas. Allí se presentan estas características y se lleva a cabo un desarrollo sumario de las mismas donde se puede observar la dimensión de cada uno de estos conceptos. Por un lado la necesidad de oralizar los procesos penales da cuenta de la necesidad de una nueva gestión enfocada a la producción de audiencias orales en todas las instancias del proceso penal (no solo en la fase de juicio); en lo que refiere a la “modernización” del sistema, se demanda que la justicia penal se ponga a tono con las exigencias de la nueva criminalidad y los modernos sistemas de gestión y administración, y la necesidad de recurrir a las nuevas tecnologías; todo lo cual configura un diverso modelo tanto legal como cultural, caracterizado con el tinte de “adversarial” donde buena parte del funcionamiento del mismo está depositado en la responsabilidad de las partes en litigio. Publicado en “Primer Encuentro Redex Argentina”. Ed. Advocatus. 2009.

de las particularidades de cada caso– ha significado un verdadero cambio en prácticas y avance en el reconocimiento de derechos de las personas. Mucho más que cambios “cosméticos” ha significado un verdadero proceso de democratización y afianzamiento de derechos.

Explayarnos sobre las particularidades que denotan a la “reforma procesal penal” como proceso político, social y cultural, merecerá consideraciones muy extensas¹⁴. Sí nos parece oportuno destacar aquí algunos rasgos característicos de estos cambios acaecidos en nuestro país en los últimos 30 años con el afán de trazar algunas líneas conceptuales en torno a la discusión sobre los modelos procesales en pugna. Junto con ello este ejercicio nos permitirá localizar –en ese marco general– las diversidades que ofrece la discusión, de acuerdo al momento en que en cada uno de esos procesos de reforma se encuentra.

El estado de avance actual de los procesos de reforma difiere de provincia a provincia, lo cual ofrece una gran diversidad, y sin duda refleja un proceso en pleno desarrollo, “en constante movimiento”¹⁵ y para nada uniforme. A continuación haremos un pequeño repaso histórico, en donde referiremos muy someramente el camino recorrido hasta nuestros días en la materia, no sin antes advertir que cada uno de los “impulsos legislativos” que hubo en nuestra vida institucional en rededor del sistema criminal son la plasmación en el debate público de importantes tensiones que ponen en la superficie las diversas concepciones tanto del Estado, como del rol del sistema de administración de justicia penal, de cada uno de los actores propulsores.

El primero de esos “impulsos” es el de inicios de la república que culminara con el Código de Procedimiento en Materia Penal, Ley 2.372 de 1888, que muy pronto se expandió por las provincias argentinas. Ese marco normativo definía un proceso penal de corte netamente *inquisitivo*, en donde todo el procedimiento se llevaba a cabo en forma escrita. Hasta entrados los años noventa esta fue la ley vigente para el Sistema Federal, el llamado *Código Obarrio*.

Ya por ese entonces se evidenciaba una confrontación ideológica en lo que al sistema penal refiere. Es que en ese contexto histórico, por el año 1871, se encomendó la redacción de un “Código de Enjuiciamiento Criminal” a una comisión conformada por Victorino de

¹⁴ Al respecto, ver Binder, A. – Obando, J., ob cit.

¹⁵ Ledesma, Ángela, ob cit. Pág. 19.

la Plaza y Florentino González. Esa comisión presentó un proyecto netamente acusatorio, definiendo un enjuiciamiento oral y público, cuyo tribunal estaba compuesto por jurados legos. Además contenía la institución del “gran jurado” del modelo americano.

De esta puja salió airoso el que luego fuera conocido como “Código Obarrio” de 1889, sancionado por ley de la Nación 2.372 que rápidamente se expandió por las provincias argentinas y siguió vigente hasta el año 1992 en el “Sistema Federal”. Es paradigmático que algunos de los argumentos por los cuales esa legislación fue rechazada en aquel entonces de los argumentos por los cuales esa legislación fue rechazada en aquel entonces se reiteran hoy día para denotar algunas de las instituciones tradicionales del sistema procesal penal que nos impone nuestra Constitución Nacional.

Un siguiente impulso codificador lo constituyen los procesos de reforma que comenzaron en la provincia de Córdoba cuando, por la década de los años 40 (de la mano del Dr. Sebastián Soler y el Dr. Vélez Mariconde), se consagran los llamados “códigos mixtos” o modelo “inquisitivo atenuado”, sistemas resultantes del impacto de la influencia del Código napoleónico de comienzos del siglo XIX sobre las legislaciones del *Ancien Regime*¹⁶, modelo que rápidamente se expandió a otras provincias argentinas¹⁷.

A la vuelta de la democracia por los años 1983 y siguientes, se inició un nuevo período de codificaciones¹⁸ que cuenta como nota dilecta el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación conocido como *Proyecto Maier* y el Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público, *Proyecto Maier-Binder* (en obvia alusión a los referentes que participaron en la elaboración de estas normas).

Estos proyectos significaron un gran avance respecto al modelo “mixto”, reforzando la centralidad del juicio oral y público, pero además entregando la investigación de los delitos al Ministerio Público Fiscal, actor con renovadas características que desafiaba los modelos tradi-

¹⁶ A los fines de la caracterización de estos modelos ha sido la obra de Vélez Mariconde y Soler (la llamada “escuela cordobesa” de fines de los años 30), la que en mejor medida ha difundido y explicado el modelo “mixto”.

¹⁷ Explica Ángela Ledesma que este ha constituido un segundo período de codificaciones (el primero lo constituye el Código “Obarrio” de 1888.) iniciado por Córdoba y continuado por Santiago del Estero, San Luis, La Rioja, Jujuy, Mendoza, Salta, Catamarca, La Pampa, Corrientes, Chaco y Entre Ríos. En Ledesma, Ángela, ob. cit.

¹⁸ Ángela Ledesma lo denomina “3er período”. En Ledesma, Ángela, ob. cit.

cionales de organización y gestión de las fiscalías¹⁹. A pesar de no ser sancionados, estos proyectos encarnaron los modelos a seguir por varias reformas provinciales²⁰ a partir de mediados de la década del 80.

La discusión en torno a la reforma del “Sistema Federal”, montada sobre aquellos impulsos reformistas generados por los proyectos “Maier – Binder”, tuvo como punto cúlmine a la reforma normativa de impacto nacional el 21 de agosto de 1991, cuando la Legislatura de la Nación sanciona el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (todavía vigente, aunque con modificaciones), Ley 23.984, que comenzara a regir el 5 de septiembre de 1992²¹.

A pesar del avance del estado de la discusión que generó el proyecto “Maier – Binder” y de la superación que ello significaba respecto del modelo “mixto” el sistema Federal adopta el proyecto “Levene” (que básicamente respondía a esa modelo “mixto”), ingresando así a la ola de reformas latinoamericanas aunque tarde y sobre un paradigma ya superado (sin perjuicio de destacar la importancia del establecimiento del “juicio oral público). Al decir de Daniel Pastor, el Código Procesal Penal de la Nación había nacido nuevamente “viejo y caduco”. Este modelo procesal penal ha sido fuertemente impugnado por la jurisprudencia de la CSJN²².

¹⁹ En este modelo procesal se asume la importancia de entregar facultades a los Ministerios Públicos para que seleccionen qué causas están en condiciones de llevar a juicio, para lo cual se consagran facultades discrecionales en el ejercicio de la acción penal; se avanza sobre la consagración de otras salidas alternativas a las tradicionales en el juicio penal enfocando así al proceso penal como instancias de solución de conflictos; se reconsidera el rol de la víctima en los procesos penales, asumiendo que ella constituye uno de los actores centrales del procesos penal y propugnando por un cambio en su tratamiento y vinculación al proceso penal, etc.

²⁰ Máximo Langer. Ob. cit.

²¹ En este modelo procesal se asume la importancia de entregar facultades a los Ministerios Públicos para que seleccionen que causas están en condiciones de llevar a juicio, para lo cual se consagran facultades discrecionales en el ejercicio de la acción penal; se avanza sobre la consagración de otras salidas alternativas a las tradicionales en el juicio penal enfocando así al proceso penal como instancias de solución de conflictos; se reconsidera el rol de la víctima en los procesos penales, asumiendo que ella constituye uno de los actores centrales del procesos penales y propugnando por un cambio en su tratamiento y vinculación al proceso penal, etc.

²² Citamos estos, entre otros, por sus implicancias los fallos “Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa (CSJN Nro. 1681/2005)” y “Quiroga, Edgardo Oscar s. Causa N° 4302”. CSJN, Q. 162. XXXVIII, 23/12/2004. En el primero sostuvo el máximo tribunal que *“La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subconjunto empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional*

La creación de los Ministerios Públicos Fiscales (MPF) y el traspaso de las facultades investigativas a estos órganos resulta ser un fenómeno bastante parcial y reciente (si bien hoy las provincias más pobladas cuentan con la investigación penal a cargo de los Fiscales) y lo cierto es que todavía existen varias provincias que, aun con sistemas “mixtos”, las investigaciones siguen en cabeza de los Jueces de Instrucción.

Sin duda un hito en el camino hacia la conformación de este actor relevante en el sistema penal lo constituye la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, que dio el más significativo impulso normativo al Ministerio Público Fiscal conformando en la Carta Magna a esta institución como un órgano “extrapoder”. En el diseño constitucional el Ministerio Público está integrado por la Procuración General de la Nación Argentina y la Defensoría General de la Nación Argentina, ambos con conducciones autónomas (organismo “bicéfalo”); y a cargo de ellos la organización de las fiscalías y defensorías públicas de la nación, respectivamente.

Elo sirvió de marco para que algunas provincias –siguiendo estos lineamientos– adecuaran sus propias constituciones, incorporando al Ministerio Público Fiscal. A la fecha, efectivamente, 11 de las 25 provincias argentinas cuentan con fiscales que se hacen cargo de estas potestades y con posibilidad de asumirlas por delegación en 4 jurisdicciones más²³.

Para culminar con este repaso, contamos con provincias que ya han avanzado a una nueva instancia de reformas del sistema de enjuiciamiento penal que, para sintetizar, podríamos significar como procesos

fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la institucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales”. En el fallo “Quiroga” afirmó el máximo tribunal al respecto: “La exigencia de ‘acusación’, si es que ha de salvaguardar la defensa en juicio y la imparcialidad como condiciones del debido proceso, presupone que dicho acto provenga de un tercero diferente de quien ha de juzgar acerca de su viabilidad, sin que tal principio pueda quedar limitado a la etapa del ‘debate’ (como se planteó en los precedentes indicados), sino su vigencia debe extenderse a la etapa previa de discusión acerca de la necesidad de su realización”.

²³ Milena Ricci, *El sistema acusatorio en la estructura federal. Estudio sobre la reforma procesal penal en Argentina* REDEX Argentina. Pág. 18 y ss., en particular ver pág. 28. Puede consultarse en www.cejamerica.org

“por audiencias”²⁴, procesos que –al decir de Ángela Ledesma– se caracterizan por haber radicalizado la oralidad, expandiendo esta metodología de trabajo a todas las instancias del proceso (investigación, juicio y ejecución de sentencia) y por la especialización y profesionalización de la gestión a partir de un nuevo paradigma organizacional²⁵. Así, asistimos a una nueva generación de reformas ahora tendientes a lo que se ha dado en llamar “modelos adversariales”²⁶.

Como ha sido relevado en varios informes²⁷, estos modelos “adversariales” al expandir la oralidad a las etapas tempranas de la investigación han generado impactos muy profundos tanto en las cuestiones resueltas durante la investigación penal (entre las que está la de encarcelar preventivamente) como en la calidad de los juicios orales.

A pesar de los cambios reseñados en nuestro país, pareciera que el proyecto reformista no logró cambiar determinadas lógicas de trabajo de los sistemas de enjuiciamiento penal que constituyen el anclaje cultural e ideológico de los sistemas procesales de la región. En este sentido apunta Hazan “...las reformas hacia estos denominados procesos “acusatorios” no lograron cambiar las estructuras judiciales propias del sistema inquisitivo y mantuvieron como forma de comunicación, registro y toma de decisiones al expediente, en procesos que no lograron reducir sus tiempos de duración...”²⁸.

Así visto, el desembarco de estos modelos “adversariales” tendrá por misión cumplir con las promesas que la reforma hacia los sistemas “acusatorios” contenía y para ello el cambio cultural (de prácticas de los operadores) resulta esencial.

La instauración de modelos “por audiencias” parecería ir en ese orden, priorizando ahora que toda la preparación del juicio se lleve a cabo en forma oral y pública y terminando con la modalidad del

²⁴ “Bases para la implementación de un sistema de justicia por audiencias” publicado en “Primer Encuentro Redex Argentina”. Ob. cit.

²⁵ Ángela Ledesma. La Reforma Procesal Penal. Ob. cit.

²⁶ Luciano Hazán. Sistemas Judiciales. Nro. 14. “La introducción de audiencias preeliminarias como variables para la humanización del proceso penal”. El autor comienza este interesante artículo explicando sucinta y coincidentemente con lo aquí expuesto los modelos de sistemas judiciales penales que aquí comentamos.

²⁷ Ver, entre otros: “Reforma Procesal Penal en Ecuador. Experiencias de Innovación”, CEJA. 2007. Autor: Diego Zalamea León.

²⁸ Hazan, Luciano. “La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal”. En Sistemas Judiciales. CEJA/INECIP. Pág. 171. Año 7, Número 14.

“expediente” ya no solo como herramienta para coleccionar información, sino además como símbolo de una determinada organización burocrática judicial.

En fin, contamos en nuestro país con cuatro modelos vigentes: a. Los de raíz inquisitiva (absolutamente escrito en todas sus instancias), y con la investigación a cargo de un Juez (*de Instrucción*); b. los modelos “mixtos”, investigación escrita y secreta a cargo del Juez y Juicio oral y público; c. aquellos que entregan la investigación penal a los Fiscales, aunque con una importante cuota de formalización y reproducción de las lógicas de trabajo del *expediente*; d. los que organizan un sistema íntegramente por audiencias, con un cambio rotundo de las prácticas de trabajo de los operadores del sistema.

En el siguiente cuadro presentamos la Ley procesal penal vigente en cada provincia –el Código Procesal Penal, y hacemos las aclaraciones de las reformas posteriores–, el año de su entrada en vigencia (no el de su sanción), a pesar que muchas de las provincias reprogramaron la misma (también haremos las aclaraciones necesarias al respecto), y en cuál de los modelos antes descriptos podríamos agrupar a cada una.

Cuadro 1
MODELOS PROCESALES PENALES ARGENTINOS

Provincia	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Escrito	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Audiencias previas al Juicio Oral
Sistema Federal		Ley 23.984 Año 1992	Excepcional. Por delegación del Juez Federal	
Ciudad de Bs. As.			Ley 2.303 Año 2007	
Bs. As.			Ley 11.922 Año 1.998	Solo flagrancia ²⁹
Córdoba			Ley 8.123 Año 1992/1998 ³⁰	

²⁹ El Plan de Fortalecimiento para el Sistema Acusatorio. Ver www.cejamericas.org

³⁰ La Ley fue sancionada en el año 1991, entró parcialmente en vigencia en el año 1992 (en lo referido a las disposiciones sobre prisión preventiva y otras materias) y la implementación definitiva culminó en el año 1998. Con más detalle ver: “La Reforma Procesal Penal en Córdoba”, por Patricia Soria, Carolina Mauri e Ivana Rossi, en “Primer Encuentro Nacional REDEX Argentina”. Ed. Advocatus. Córdoba. 2009.

Cuadro 1
(continuación)

Provincia	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Escrito	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Audiencias previas al Juicio Oral
Misiones		Ley 2.677 Año 1991		
Corrientes		Ley 2.945 ³¹ Año 1971		
Entre Ríos			Ley 9.754 Año 2009 ³²	
Chaco			Ley 4.538 Año 1999 ³³	
Santiago del Estero		Ley Año ³⁴		
Santa Fe	Ley 6.740 ³⁵ Año 1963			

³¹ Desde entonces solo ha tenido modificaciones parciales. En el año 2004 ingresó a la legislatura, por iniciativa del STJ de Corrientes, un proyecto de reforma integral, elaborado por el equipo local de INECIP. El proyecto, con algunas modificaciones superadoras, se sigue debatiendo en la legislatura.

³² La Ley Provincial N° 9.884 de Implementación del Código Procesal Penal (del 6 de enero de 2009) proroga la suspensión dispuesta por el artículo 1° de la Ley 9.818 del plazo de aplicación del Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos, por un nuevo plazo que se implementará en las distintas jurisdicciones judiciales de la Provincia de manera progresiva, de acuerdo un cronograma. Tal cronograma, al cierre del informe, ha sido reprogramado y se encontraban en proceso de reorganización de la estructura edilicia y capacitación de operadores para avanzar definitivamente con la implementación definitiva de un nuevo sistema procesal.

³³ La misma ley contenía un período de vacancia que culminaba el 1 de enero de 2001. La entrada en vigencia fue prorrogada, primero por la Ley 4.800 por el lapso de dos años y luego por la Ley N° 5.149 de 6 de enero de 2003, que hace lo propio por un año más. Además, la legislación procesal ya cuenta con siete reformas. Fuente: Dirección de Información Parlamentaria. Legislatura de la Provincia del Chaco.

³⁴ A la fecha de elaboración del informe la provincia ya tiene sancionada la nueva Ley 6.941, que regula un Código Procesal Penal de carácter acusatorio, con la investigación a cargo del MPF. La vigencia de la misma está programada para el 1 de octubre de 2010.

³⁵ Sin perjuicio de las referencias que luego formularemos en relación a la Provincia de Santa Fe, debemos aclarar que la nueva ley procesal penal ya sancionada en *bachatio legis* propone un sistema acusatorio, con la investigación a cargo de los Fiscales y donde las más importantes decisiones jurisdiccionales se toman en audiencia pública.

Gráfico N° 1
(continuación)

Provincia	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Escrito	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Audiencias previas al Juicio Oral
La Rioja		Ley 1.574 Año 1950 ³⁶		
Salta		Ley 6.345 Año 1985		
Catamarca			Ley 5.097 Año 2004	
Formosa		Ley 696 Año 1987 ³⁷		
Jujuy		Ley 3.584 Año 1978		
Tucumán			Ley 6.203 Año 1991 ³⁸	
San Juan		Ley 7.398 Año 2003		
San Luis		Ley 5.724 Año 2004		
Mendoza			Ley 6.730 Año 1999 ³⁹	
La Pampa		Ley 332 ⁴⁰ Año 1995 ⁴¹		
Neuquén		Ley 2.153 Año 1996		

³⁶ Se ha sancionado recientemente una nueva legislación procesal penal que propone un régimen que afecta sustancialmente el sistema de medidas cautelares en particular, establece un proceso para casos de flagrancia, entrega facultades de investigación sumaria al MPF, modifica el régimen de juicio abreviado y *probation*, etc.

³⁷ Luego modificada por varias leyes, entre otras: Ley 793/98; Ley 873/89; Ley 951/90; Ley 1.034/93; Ley 1.174/95; Ley 1.177/95 y Ley 1.209/96.-

³⁸ Luego modificado por las leyes Nros. 6.229, 6.233, 6.286, 6.414, 6.721, 6.928, 6.944, 7.023, 7.108, 7.312, 7.316, 7.381, 7.382, 7.383, 7.545, 7.635 y 7.954, la última lo reforma en materia de prisión preventiva.

³⁹ La entrada en vigencia de la ley fue reprogramada por la Ley N° 7.116 que proroga la entrada en vigencia del Código en forma escalonada para las distintas circunscripciones de la provincia.

⁴⁰ Texto ordenado por el Decreto 713/95.

⁴¹ A la fecha del presente informe la provincia de La Pampa cuenta con un nuevo Código Procesal Penal, según Ley 2.287, que la Ley 2.512 estableció el día 1 de septiembre de 2010 como fecha de su entrada en vigencia.

Gráfico N° 1
(continuación)

Provincia	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Escrito	Investigación Jurisdiccional/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Juicio Oral	Investigación Fiscal/ Audiencias previas al Juicio Oral
Río Negro		Ley 2.017 Año 1986		
Chubut				Ley 5.478 Año 2006
Santa Cruz		Ley 2.424 Año 1996		
Tierra del Fuego		Ley 168 Año 1994 ⁴²		

Como vemos, lo que llamamos “reforma procesal penal” no resulta ser un proceso homogéneo y lineal, aunque sí ha sido un cambio que todas las provincias argentinas han encarado, sobre todo a partir del paradigma del “cambio de leyes”.

Vemos que salvo la provincia de Santa Fe, todas las provincias argentinas cuentan con una etapa de *juicio o plenario* oral y público⁴³, especialmente a partir del impacto generado por la “reforma cordobesa” de los años 40 y siguientes.

También contamos con una marcada diferenciación entre las funciones de investigación y juzgamiento en varias provincias, donde se distinguen las primeras de aquellas facultades a cargo del MPF y, por otra parte, se reserva al Tribunal Oral para el juzgamiento. Esto se ha visto claramente en los procesos de reforma que, impulsados por la

⁴² Vale recordar que la provincia de Tierra del Fuego fue la última en crearse, y sus autoridades comenzaron a instalarse a partir del año 1992.

⁴³ Es justo señalar que Santa Fe se encuentra transitando un proceso de reforma de la justicia penal muy ambicioso hacia sistemas adversariales con un Código Procesal Penal que regula audiencias orales y públicas en la etapa de investigación de los delitos y juicio oral y público. Ley 12.734, disponible en www.santafe.gov.ar. Además, debe tenerse presente que la vieja legislación inquisitiva santafesina se ve fuertemente amenguada por varios institutos propios del modelo adversarial del *nuevo código* que ya han sido incorporados y comienzan a advertirse sus impactos, entre otros, la realización obligatoria de juicios orales y públicos en delitos muy significativos para la comunidad. Ley 19.912, disponible en www.santafe.gov.ar

reforma constitucional del 94, entregaron las facultades a los Ministerios Públicos (provincia de Buenos Aires, Córdoba, entre otras).

A pesar de todo, muchas provincias cuentan todavía con la anacrónica institución del *Juez de Instrucción*, que en la etapa de investigación aglutina las funciones investigativas y jurisdiccionales.

Debe recalarse la mora del Sistema Federal en adecuar su modelo de enjuiciamiento penal a los estándares constitucionales modernos, y en particular los aspectos vinculados a la investigación penal y al “sistema de garantías” que se encuentra fuertemente lesionado por la pervivencia de la insostenible institución de aquel “Juez investigador”. Esta reforma viene siendo motivo de discusión y puesta en agenda año a año, y a pesar de contar con proyectos de ley de gran calidad técnica no se avanza en su aprobación y posterior implementación⁴⁴.

2. Diseños normativos de la prisión preventiva

En la regulación de los códigos procesales argentinos podríamos distinguir tres etapas: la anterior a la reforma “cordobesa” del 39, donde se entendía que toda persona imputada estaría –por regla– detenida en “prisión preventiva”; una segunda que comienza con la aparición del “Código de Córdoba” donde esta situación se modifica admitiendo el encierro preventivo para los casos donde la imputación traía aparejada pena privativa de libertad no alternativa con multa. En aquellos delitos donde procedía el encierro, se los distinguía entre delitos “graves”, *inexcarcelables*, y delitos “leves”, *excarcelables*. Por fin, los códigos modernos receptan una lógica “cautelar” detallando cuáles son las causas por las que se puede imponer la prisión preventiva, descartando las regulaciones anteriores que regulaban la forma de “recuperar” la libertad⁴⁵. Veamos estos modelos con más detalle.

⁴⁴ A mediados del año 2010 se encontraba con estado parlamentario una reforma al CPP de la Nación que disponía un régimen *cautelar* para la prisión preventiva, clara distinción de funciones de investigación y juzgamiento, terminando con la figura del *Juez de Instrucción* y una regulación de las etapas previas al juicio mediante audiencias orales y públicas. Proyecto de ley, Expte. Nro. 8745-D-2010; firmantes, diputados Raúl Barrandeguy y Antonio Anibla. Alizegui, girado a comisión de Legislación Penal.

⁴⁵ Con más detalle y claridad expositiva el Profesor Víctor Corvalán, en “*Derecho Procesal Penal. Análisis crítico del procedimiento penal*”. Ed. Nova Tesis. Editorial Jurídica. Año 2010. Pág. 453 y ss.

a. *Marco constitucional*

Antes de adentrarnos a la letra de los códigos locales anotemos algunas de las definiciones que al respecto podemos observar en la Constitución Nacional (que mayoritariamente encuentran recepción en las cartas constitucionales locales) y consagran las normas a las que en definitiva debieran tributar las leyes inferiores conforme el régimen de supremacía constitucional previsto en el art. 31.

La Constitución del año 1853/60 garantiza el “estado de libertad” de todas las personas (art. 14). En particular, en lo referente al poder punitivo estatal consagra la garantía del *juicio previo* (art. 18) como límite al ejercicio de ese tipo de coerción. A partir de aquí es que se construye el fundamento para sostener que la lectura de nuestra Constitución Nacional arroja como resultado un impedimento fáctico concreto para los órganos del Estado, cual es que *traten* a una persona como culpable durante el procedimiento penal y hasta tanto se aplique una pena en base a la sentencia firme⁴⁶; o, lo que es lo mismo, que esos órganos deben *tratarlo* como inocente hasta tanto ello ocurra. Junto con esta sistemática se consideró que pueden eventualmente restringirse estos derechos solo de manera *excepcional*, y con el único fin de preservar las resultas de la sentencia⁴⁷. Pese a vedar la posibilidad de aplicar *pena* previo a la sentencia, el diseño constitucional *tolera*⁴⁸ el arresto por “...orden escrita de autoridad competente...” (art. 18 CN), habilitando de esta forma lo que se ha denominado un uso de *coerción* con fines *cautelares*⁴⁹.

En esta misma línea, y profundizando el análisis, el profesor Dr. Caffèratta Nores analiza sobre el punto a partir del impacto generado en el derecho positivo argentino por la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el art. 75 inc. 22 de la carta constitucional, incorporación llevada a cabo por la reforma constitucional del año 94⁵⁰.

⁴⁶ Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal. Tomo I, pág. 510. Ed. Del Puerto. 2004. 2ª edición. 3ª reimpression.

⁴⁷ Caffèratta Nores, *La Excarcelación*. Págs. 4 y ss. El autor reposa el fundamento de la excepcionalidad del “estado de inocencia” a partir de la letra del preámbulo de nuestra CN, cuando expresa refiere a la finalidad constitucional de “afianzar la justicia”.

⁴⁸ Juli B. J. Maier. Derecho Procesal Penal. Ob. cit. Tomo I, pág. 511.

⁴⁹ Entre muchos otros, Julio B. J. Maier. Ob. cit. Págs. 15 y ss.

⁵⁰ Al respecto vale apuntar que el art. 75 inc. 22 dispone que “...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Ver Dromi, Roberto y Menem, Eduardo. *La constitución reformada*. Págs. 258 y ss. Ediciones Ciudad Argentina. Año 1994.

Explica el autor cordobés que lo que previo a la reforma constitucional era la “interpretación correcta”, ahora viene explícitamente previsto en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹, lo que constituye una disposición vigente, operativa y de jerarquía constitucional en el ámbito del Estado argentino, no cabiendo dudas respecto a que el encarcelamiento durante el proceso no debe ser la regla, sino que resulta una medida de naturaleza *cautelar*⁵² y *excepcional*⁵³ y tal como lo dispone la norma internacional mencionada, solo tiende a 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*”⁵⁴.

A partir de todo ello es que se ha sostenido ya desde hace tiempo que la coerción procesal como tal no puede ser regulada sino para garantizar la correcta *averiguación de la verdad y la actuación ley penal*. Es decir que la coerción procesal (cualquiera de las medidas cautelares a adoptarse en el marco del proceso penal) no puede ser una reacción ante nada, ni regularse asignando algunas de las pretendidas funciones de la pena, en tanto ello significaría lesionar los principios que antes advertimos.

Esta noción, como ha sido puesto de relieve por Julio Maier, “*reniega de cualquier pretensión “sancionatoria” de este tipo de coerción (y) no es simplemente una posición política, sino un resultado estrictamente dogmático de la interpretación de su disciplina constitucional*”⁵⁵ que se ajusta al programa “cautelar” para las medidas de coerción durante el proceso penal.

⁵¹ Y art. 14 del PIDCP y el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos

⁵² CIDH, Suárez Rosero. 12/11/97.

⁵³ Comisión IDH, Informe Nro. 12/96, caso 11.245, citado por Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, ob. cit, pág. 186.

⁵⁴ Cafferata Nores, *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Ed. Del Puerto/CELS. Pág. 187. Año 2006 1ª reimpresión.

⁵⁵ Julio B. J. Maier. Ob. cit. Pág. 16.; José Cafferata Nores. “La excarcelación”. Ed. Depalma. Pág. 4 y ss. Año 1988.

En lo que hace a los motivos para habilitar la imposición de medidas cautelares, estos deben reportar al sentido cautelar antes apuntado. Es por ello que se ha sostenido que tanto el *peligro de fuga* como el *peligro de entorpecimiento de la investigación* constituyen causales que se corresponden con esta definición supralegal⁵⁶.

Ahora bien, repasado muy someramente el programa constitucional, veamos ahora cuál es el tratamiento que las provincias, mediante las legislaturas locales, han dado a la cuestión.

b. Diseños normativos en lógica “inquisitiva”

Podemos identificar, con algún grado de generalidad, modelos que continúan con una serie de características que hacen de la aplicación del régimen un sistema “cerrado”, tabulando de antemano en la ley causas de encierro preventivo insuperables y concibiendo a la medida como la *regla* para ciertos delitos medianamente graves.

En este grupo identificaremos a aquellas provincias que tienen una regulación legal estructurada a partir del diseño de la *declaración indagatoria, procesamiento* y automática y conjunta aplicación de la *prisión preventiva*⁵⁷, y luego la posibilidad de la “excarcelación” para recuperar la libertad.

Entre los elementos configuradores de este modelo procesal en lógica “inquisitiva” contamos con que la investigación penal esté a cargo de un Juez de Instrucción, que puede imponer la prisión preventiva –aun de oficio– al dictar el auto de procesamiento y en donde se encuentra ausente la posibilidad de que proceda a la imposición de la medida un debate genuino entre las partes frente a un “tercero imparcial” que controle la vigencia de las garantías durante la investigación penal.

⁵⁶ Cristián Riego – Mauricio Duce – Claudio Fuentes. *La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en la Prisión Preventiva*. En *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectiva*. www.cejamericas.org Año 2008. Pág. 26

⁵⁷ Para aquellas imputaciones por delitos que en caso de recaer condena, la sanción sería el cumplimiento de la pena de prisión en forma efectiva (es decir, no sería procedente la condenación condicional prevista en el art. 26 del Código Penal).

Agrupamos entonces en un paradigma “inquisitivo” de regulación del instituto siguiendo al sistema Federal a las provincias de: Formosa, Jujuy, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero, Tierra del Fuego⁵⁸, Corrientes y Tucumán⁵⁹. Con alguna variación más en las “formas” que en el “fondo” podemos incorporar aquí a la provincia de Córdoba⁶⁰ que regula la imposición de la prisión preventiva en cabeza del Fiscal, que en los hechos, hace las veces del “Juez de Instrucción”, en tanto tiene a su cargo la investigación penal y eventualmente se lo faculta para aplicar la prisión al imputado⁶¹. Esta modalidad de regulación se da tanto en sistemas que responden a los paradigmas de *inquisitivos puros* como los *mixtos*⁶².

Para estas legislaciones habiéndose acreditado el “supuesto material” (existencia de un hecho delictivo y participación del acusado), y en el caso que el hecho traiga aparejada pena de prisión, corresponderá el encierro en prisión preventiva.

⁵⁸ En esta provincia las particularidades del régimen cerrado son paradigmáticas. Es que el art. 284 del CPP, en su inciso 1º utiliza el término “objetivamente”, con lo cual la interpretación que se ha dado al mismo (a diferencia del C.P.P. de la Nación, verdadera “fuente” normativa para esta provincia), el Juez no puede hacer una estimación “subjetiva” ponderando si corresponderá o no condena de efectivo cumplimiento. Con lo cual si el mínimo de la escala es de hasta tres años inclusive, corresponde procesamiento sin prisión preventiva y si el mínimo es mayor a tres años, corresponde procesamiento con prisión preventiva.

⁵⁹ Si bien es localizada en este grupo de provincias, la de Tucumán ha sido una de las primeras que se apartó del esquema “prisión preventiva automática – excarcelación”, mediante Ley 6.203, del año 1991.

⁶⁰ Al igual que la provincia de Tucumán, la de Córdoba quitó la “excarcelación” como “remedio” a la prisión preventiva mediante la modificación dispuesta por la Ley 8.123.

⁶¹ Merece apuntarse que las provincias de Entre Ríos y de La Pampa están próximas a la implementación de un sistema procesal acusatorio, que modifica el actual y estructura la metodología de imposición de la prisión preventiva en el paradigma cautelar, al igual que la provincia de Santa Fe que ya cuenta con algunos avances en este sentido. Es por ello que a estas provincias las asignamos al grupo de regulación en el paradigma “cautelar”.

⁶² Ellos conservan como nota distintiva una fuerte concentración de poder en la etapa de investigación penal en la figura del *Juez de Instrucción*. A él se encomienda la tarea –esquizofrénica– de perseguir penalmente los delitos y a la vez velar por la vigencia de las garantías de las personas acusadas de cometerlos; y en ese marco aplicar la prisión preventiva cuando así estime justificado. Como sabemos, resultan muchos más los incentivos para dictar la prisión preventiva cuando es la misma persona quien debe decidir excepcionar la garantía individual el responsable del éxito de esa investigación.

Así dispone el art. 312 del CPP de la Nación: *“El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido, cuando: 1) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, “prima facie”, que no procederá condena de ejecución condicional. 2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el art. 319”*⁶³.

i. Los llamados “delitos inexcusables”. Adicionalmente y en consonancia con esta técnica de legislación (en clara utilización del proceso penal con fines político-criminales), algunos códigos recurrieron a la técnica legislativa más burda de negar directamente y a priori la excarcelación para el caso de imputaciones por determinados delitos en particular; nombrándolos expresamente en los códigos de procedimiento. Ejemplo reciente de ello lo constituye la provincia de Tucumán que mediante Ley 7.954 reformó su código de procedimiento exigiendo la aplicación de la prisión preventiva automática cuando se trate de una *“detención en comisión flagrante de los delitos de robo y/o hurto”* (art. 281 inc. 5); o cuando se trate de *“delito de portación ilegal de armas”*⁶⁴. Dispone además la aplicación de la prisión preventiva al que *“...entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario”* (art. 281 inc. 6); en los casos de imputación del delito de *“abigeato”* (art. 281 inc.

⁶³ A su vez el art. 319 del CPP de la Nación dispone *“Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art. 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”, que debe ser leído conjuntamente con el art. 316 que dispone, “Toda persona que se considere imputada de un delito, en causa penal determinada, cualquiera sea el estado en que ésta se encuentre y hasta el momento de dictarse la prisión preventiva, podrá, por sí o por terceros, solicitar al juez que entienda en aquella su exención de prisión. El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal. Si el juez fuere desconocido, el pedido podrá hacerse al juez de turno, quien determinará el juez interviniente y le remitirá, si correspondiere, la solicitud” (según Ley N° 24.410).*

⁶⁴ Excepciona la aplicación en el caso que, de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

4; ap. c) o por delitos cometidos “...por uso de arma de fuego” (art. 281, inc. 4; ap. d).

Por su parte, el CPP de la Nación, mediante Ley 24.410, reformó el art. 316 del CPP vedando la posibilidad de eximir de prisión preventiva (aun cuando la pena pueda no ser de cumplimiento efectivo) cuando el imputado lo sea por los delitos previstos en los artículos 139, 139 bis (supresión y suposición del estado civil y de identidad de las personas) y 146 (sustracción, retención y ocultamiento de menores) del Código Penal.

Otras legislaciones recurren a vedar la posibilidad de obtener la excarcelación a partir del relevamiento de algunas particularidades del hecho imputado, las cuales son definidas *a priori* por la ley, como indicadores de “riesgo procesal”. Así en el art. 284 de CPP de la provincia de la Pampa declara que podrá denegarse la excarcelación: “...cuando se trate de delitos cometidos: 1- Por pluralidad de intervinientes y en forma organizada. 2- Valiéndose de la intervención o participación de uno o más menores de dieciocho (18) años de edad. 3- Cuando la naturaleza del hecho delictivo aparezca alarma o peligro social; y 4- Cuando el hecho se haya cometido en relación a bienes que se encuentren en situación de desprotección o impedido de la vigilancia activa de su propietario y/o guardador y/o cuidador...”⁶⁵.

⁶⁵ Varias provincias recurrieron a regular estas tabulaciones objetivas del “riesgo procesal”, constituyendo una diversa técnica legislativa para crear, en los hechos, categorías de imputaciones a las que no les corresponde la excarcelación o debe aplicárseles la prisión preventiva. Este es el caso de Provincia de Buenos Aires, que por Ley 12.405 (ahora derogada) dispuso que se denegará la excarcelación “...cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación... Asimismo se denegará cuando se trate de imputación de delitos cometidos: a) Por pluralidad de intervinientes y en forma organizada. b) Con intervención de uno o más menores de 18 años de edad. c) En forma reiterada, cuando las circunstancias de los hechos y las características y antecedentes personales del procesado, obstarán a la aplicación de una pena de ejecución condicional. d) Por quien estuviere gozando de libertad provisoria anterior. e) Con uso de armas de fuego, sin que sea necesaria la acreditación de aptitud de disparo del arma o su munición. También se denegará cuando se tratare de delitos cometidos con cualquier tipo de arma, propia o impropia, cuya pena prevista supere los tres años de prisión o reclusión. f) Con violencia en las personas, en el caso de robo simple del artículo 164 del Código Penal. g) Con vehículos automotores, en los supuestos previstos en el artículo 84° del Código Penal, y el imputado se diera a la fuga. En estos casos el juez podrá concederla si se dieran las circunstancias del artículo 170°.

c. *Diseños normativos en lógica “cautelar”*

Otras provincias ya han avanzado hacia modelos de regulación en un “paradigma cautelar”, asumiendo que la medida solo puede legitimarse en tanto ella sirva a los fines de preservar el objeto del proceso penal. Por tanto, la única posibilidad de dictarla es a partir de la constatación en el caso concreto de “riesgos para el proceso”, para la investigación o bien para la “realización de la pretensión punitiva”.

En estas legislaciones también se requiere la acreditación del “supuesto material” a partir de los elementos colectados en la investigación que permitan “sostener su probable autoría o participación punible en el hecho investigado”⁶⁶, que la pena a cumplir sea de cumplimiento efectivo y que las circunstancias del caso hagan presumir peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

Rescatamos aquí como dato central que la decisión sobre la imposición de la medida sea asumida previa petición de la parte interesada y legitimada (fiscal o querellante, según los códigos), con posibilidad de oposición del eventual afectado debidamente asistido por defensor técnico, y decidida por quien no esté involucrado en la investigación del ilícito, entregando esta facultad a la jurisdicción que se encarga de tutelar la vigencia de las garantías del imputado durante la investigación penal. Adicionalmente, destacamos cuando la prisión preventiva se toma previa discusión entre partes en audiencia oral y pública.

Este agrupamiento lo conforman los sistemas que entregaron la investigación penal a los MPF y junto con ello llevaron a cabo una serie de reformas normativas de las etapas de investigación de los delitos y particularmente a las disposiciones sobre medidas cautelares.

Todas estas legislaciones disponen –en consonancia con las disposiciones de los tratados y convenciones sobre derechos humanos que ya referimos– que la libertad del imputado durante el proceso resultará la regla y que solo se puede afectar la misma cuando se vieran amenazados los fines del proceso penal, haciendo hincapié en dos variables que deben presentarse para habilitar el dictado de la medida: *peligro de fuga* del imputado y la consecuente imposibilidad de realizar el juicio oral y público; y *peligro para la investigación*, o

⁶⁶ Art. 219 del CPP de la Provincia de Santa Fe según Ley 12.734.

su *obstaculización*, también referido por las leyes de procedimiento como “descubrimiento de la verdad”.

Vale la pena tener presente que incluso en legislaciones de neto corte inquisitorial estas fórmulas legales existían. Por poner solo un ejemplo puede advertirse que el actual texto del CPP de Santa Fe, artículos 6 y 307, donde se destacan estos principios generales en la materia pervivió a la actual reforma del enjuiciamiento penal que modifica en sustancia el procedimiento para el dictado de la prisión preventiva en esa provincia, mediante Ley 12.734 todavía no implementada en su plenitud⁶⁷.

De forma tal que hemos querido destacar en este grupo aquellas legislaciones que junto con estas declamaciones han intervenido en otros aspectos sustanciales que hacen del sistema de encierro preventivo uno de naturaleza cautelar (petición de parte de la medida, discusión en audiencia pública, posibilidad de control de la defensa, decisión a cargo de un Juez imparcial, etc.).

Las que han avanzado muy claramente en este sentido son las provincias de Buenos Aires⁶⁸, Chaco⁶⁹, Santa Fe⁷⁰, Chubut⁷¹, Catamarca,

⁶⁷ La Ley 12.734 se encuentra actualmente en “*bacatio legis*” y rige un texto ordenado a partir de la entrada en vigencia parcial de esa norma mediante lo dispuesto por la Ley 12.912. Entre otros ejemplos de estas invocaciones “cautelares” pueden verse el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación; 253 del CPP de La Pampa, etc.

⁶⁸ El caso de la Provincia de Buenos Aires es bastante paradigmático. Por un lado regula el modelo *prisión preventiva* – *excarcelación*, pero a su vez deja sujeto el dictado de la primera a que no corresponda la excarcelación (art. 157 inc. 4) y previo al dictado debe realizarse una audiencia oral y pública (art. 168 bis). Ver además el sistema de audiencias previas para los casos de *flagrancia*. *REDEX Argentina*. Alan *lud* y Luciano Hassán. Ob. cit.

⁶⁹ La situación en la provincia del Chaco es algo particular. Art. 334: *PRISIÓN PREVENTIVA*. En el término de diez días a contar desde la declaración del imputado, el fiscal por decreto fundado y con arreglo a los requisitos del art. 281, dispondrá la prisión preventiva, cuando concurra alguna de las causales del art. 280. El imputado y su defensor podrán oponerse ante el juez. La resolución de este será apelable por el fiscal y el imputado.

⁷⁰ La Ley 12.734 regula que la prisión preventiva debe ser decidida en una audiencia oral y pública a realizarse hasta 4 días después de la detención. Sin perjuicio de ello, mediante la Ley 12.912 (de implementación progresiva) se incorporaron las nuevas disposiciones en materia de medidas cautelares, a excepción del artículo que ordena la realización de audiencias para tomar esta decisión (art. 221 del CPP), con lo cual en esta nueva versión ya no es el juez de instrucción quien dicta la medida sino que lo hace solo a pedido del fiscal y previa discusión entre partes, aunque en el formato de *expediente*.

⁷¹ La provincia de Chubut es de las pocas excepciones en el país que ha adoptado

Mendoza, Entre Ríos y La Pampa (las dos últimas con la aclaración hecha en el Cuadro 1 sobre su próxima entrada en vigencia).

d. El “riesgo procesal”

Más allá del modelo de regulación al que pertenezcan (en paradigmas inquisitivos o cautelares), la gran mayoría de las provincias tuvieron en cuenta el denominado “riesgo procesal” como categoría conceptual habilitante del encierro antes del juicio, aunque más no sea como ya se ha dicho, como “formalismo legal”, cuando en la práctica siguieron operando a partir de estándares abstractos dispuestos por los máximos y mínimos de las amenazas de penas para los hechos imputados.

En esta tónica tanto el *peligro de fuga* como la *obstaculización de la investigación* fueron las fórmulas a las que se recurrió, ya sea para imponer la prisión preventiva –modelo “cautelar”–; o bien para vedar la *excarcelación* –modelo inquisitivo–.

Como ejemplos del primero de esos grupos podemos citar la actual ley procesal penal santafesina (Ley 12.734), en cuyo art. 10 dispone que solo puede restringirse la libertad personal “...en los límites absolutamente **indispensables para evitar el entorpecimiento probatorio en la investigación o el juicio y asegurar la actuación de la pretensión punitiva**”; al regular las medidas cautelares (art. 205) requiere para su dictado que estén dados los siguientes presupuestos: “...1) *aparición de responsabilidad en el titular del derecho a afectar por la medida cautelar*; 2) **existencia de peligro frente a la demora en despachar la medida cautelar**; 3) *proporcionalidad entre la medida cautelar y el objeto de la cautela*; 4) *contracautela en los casos de medidas cautelares reales solicitadas por el querellante*”, y al regular la prisión preventiva (art. 219 inc. 3) exige para su dictado que “...*las circunstancias del caso autorizaran a presumir el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación...*”⁷².

un régimen de discusión sobre *cautelares* por audiencias orales y públicas. En este caso solo puede imponerse la prisión preventiva previa petición del Fiscal y/o de la víctima y habiendo necesidad de realizar la audiencia oral en el término de 48 h. desde la aprehensión, en cuya audiencia deberá ser oído tanto al acusado como a la víctima.

⁷² En el mismo sentido art. 281 inc. 2 del CPP de la provincia de Córdoba; art. 281 inc. 2 del CPP de la provincia de Tucumán; art. 220 inc. 2 del CPP de la provincia de Chubut, y el art. 146 inc. 2 y art. 148 del CPP de la Provincia de Buenos Aires, entre otros.

En el segundo grupo contamos al art. 319 del CPP de la Nación: el que dispone que *“Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art. 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará **eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones**”*⁷³.

Pero junto con esto algunos códigos además se han ocupado de enumerar catálogos de situaciones de hecho que pueden considerarse en el caso concreto indicadores de “peligros para el proceso” (de fuga o entorpecimiento de la investigación), y por tanto permiten que de acreditarse estos extremos, el juez asuma que corresponde el dictado de la prisión preventiva o negar la excarcelación, según el caso.

En general la tendencia legislativa ha tenido en miras producir una ordenación legislativa que consagre supuestos fácticos consistentes con la categoría de “riesgos procesales” que venimos describiendo. Así advertimos como causales mayormente relevantes: 1) el arraigo –o la falta de residencia fija– que pueda acreditar el imputado, 2) la actitud que tuvo este ante la persecución penal en otros ilícitos, 3) la declaración de rebeldía que haya recaído sobre él; 4) cualquier otra circunstancia que implique una amenaza de pena de efectivo cumplimiento, como por ejemplo la magnitud de la pena en expectativa; entre algunos otros.

Al respecto dispone el art. 220 del CPP de la provincia de Santa Fe: *“Presunción de peligrosidad procesal. La existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación podrá elaborarse a partir del análisis de las siguientes circunstancias: 1) la magnitud de la pena en expectativa; 2) la importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él; 3) la ausencia de residencia fija; 4) el comportamiento del imputado durante el desarrollo del procedimiento o de otro procedimiento anterior, en la medida en que indicara su voluntad de perturbar o no someterse a la persecución penal”*.

⁷³ De forma similar el art. 291 inc. 2 del CPP de la provincia de Neuquén; el art. 280 inc. 2 del CPP de la provincia del Chaco, entre otros.

Además de estas circunstancias que evidencian –prima facie– “riesgo procesal”, asistimos actualmente en toda América Latina⁷⁴ a una serie de reformas legislativas que incorporan nuevas causales, algunas de las cuales, no parecen ser del todo consistentes con el *peligro de fuga* y *para la investigación*⁷⁵; o por lo menos requieren de un importante esfuerzo interpretativo de adecuación.

Algunas de ellas ya eran cuestionadas por doctrina desde hace tiempo por lo que no nos explayaremos aquí al respecto (como por ejemplo todas las que apelan directamente a la “reiteración delictiva” para impedir la excarcelación; ej. art. 319 del CPPN). Pero encontramos otras que propiamente ponen en discusión valores que el sistema procesal penal también está llamado a tutelar; como por ejemplo la situación de las víctimas involucradas, lo cual entendemos requiere algún grado mayor de debate al respecto. En la tabla que sigue se anotan algunas de estas causas distintas al “peligro procesal”.

Cuadro 2

REGULACIONES SOBRE “RIESGO PROCESAL” DISTINTAS AL PELIGRO DE FUGA Y PELIGRO PARA LA INVESTIGACIÓN

Provincia	Código Procesal Penal de Provincia
Buenos Aires	Art. 148 (según Ley 13.449). La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.
Sistema Federal	Art. 319. Si estuviere gozando de dos excarcelaciones.
Corrientes	Art. 315, inc. 4) Cuando por los antecedentes del imputado existan indicios graves de que este continuará la actividad delictiva.
Entre Ríos	Art. 314, inc. a) la magnitud y calidad de los daños causados.

⁷⁴ Cristián Riego – Mauricio Duce – Claudio Fuentes. “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en la Prisión Preventiva”. Informe CEJA. Pág. 29

⁷⁵ Sin perjuicio que luego presentaremos brevemente la forma en que la jurisprudencia ha abordado el tema recientemente, no queremos dejar pasar por alto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el informe Nro. 35/07, “Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay” “...Del artículo 7.3 de la convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia”.

Cuadro 2
(continuación)

Formosa (población 532.238)	Art. 295. Por la gravedad del hecho, o por sus antecedentes.
La Pampa (población 299.294)	Art. 284. Cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado, por su antecedentes, continuará su actividad delictiva; cuando la naturaleza del hecho delictivo apareje alarma o peligro social.
Tierra del Fuego	Art. 292 (según Ley 351) Si al momento de la comisión del hecho el imputado se encontrare exento de prisión, excarcelado o gozare de libertad ambulatoria por aplicación de lo prescripto por los artículos 13, 26 y 76 bis del Código Penal y el Juez estimare “prima facie” que no procederá condena de ejecución condicional.
Tucumán	Art. 281, inc. 4, ap. El detenido representa un peligro cierto de nueva lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva.

Lo expuesto no pretende ser una enunciación exhaustiva de todas las disposiciones a las que han echado mano las legislaturas locales en nuestro país, ni tampoco presenta la situación en cada provincia allí nombrada; por el contrario, algunas de ella cuentan con varias de estas disposiciones vigentes. Solo queríamos apuntarlas como ejemplos de regulaciones que pretenden hacer alusión al “riesgo procesal” y no siempre está clara esta referencia. Al revés, antes bien, parecen varias de ellas disposiciones que exceden aquellas condiciones para habilitar el encierro cautelar⁷⁶.

⁷⁶ Deliberadamente no incorporamos aquí aquellas reformas que en los catálogos de restricciones a la excarcelación o al identificar indicadores de “riesgo procesal” para tornar procedente la aplicación de la prisión preventiva, dispusieron que ellos se daban en casos de imputaciones determinadas (con pluralidad de partícipes, o cuando hubieren intervenido menores, etc.). Esos los consideramos como técnicas de consagración de delitos “inexcarcelables”, a los cuales nos referimos con anterioridad, y ya hemos formulado las respectivas críticas.

Tal como hemos dicho, a diferencia de otras legislaciones, en nuestro medio no existen disposiciones claras y contundentes que hagan presumir estos riesgos a partir de los “peligros para la seguridad de las víctimas”⁷⁷; o el “peligro para la seguridad de la sociedad”⁷⁸.

La disposición anotada en la tabla anterior del CPP de la provincia de Tucumán reviste la crítica que referimos en relación a la “reiteración delictiva”; pero junto con ello es esta legislación la que de forma más clara se acerca a la noción de imponer la prisión preventiva cuando estemos ante un caso de “alarma social”; antecedente poco advertido en la legislación comparada de nuestro país, aunque sin dudas receptada en la práctica por los Tribunales.

Sin más que mencionar entonces el problema de establecer nuevos “riesgos procesales” creemos que las problemáticas de víctimas de delitos es un tema que debe ser atendido por el sistema procesal penal, el que en su diseño debe tener como objeto también tutelar los intereses de aquellas. El momento crítico es cuando ello confronta con derechos y garantías de los imputados. Aquí debe ponerse suma atención pues no son pocos los avances en este sentido⁷⁹.

De todas formas parece claro que aquellas disposiciones que se exceden de las causales que hemos definido como *cautelares* (peligro de fuga y para la investigación) pareciera que no se acomodan a los mandatos constitucionales en la materia, que entre otras imposiciones requiere que la “presunción de inocencia” sea entendida también como presunción de “no peligrosidad”, por lo que confrontaría con el mandato supra legal aplicar prisiones preventivas con el objetivo de “neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva, posibilidad que es fundamento de las medidas de seguridad...”⁸⁰.

⁷⁷ Caso de Chile. Para ver la interpretación que se ha dado a esta causal: Cristián Riego – Mauricio Duce – Claudio Fuentes. Ob cit., pág. 30.

⁷⁸ Caso Prov. de Buenos Aires, Ley 12.405, Tucumán, Ley 7.954, etc.

⁷⁹ Casos de Santa Fe y Córdoba.

⁸⁰ Cafferata Nores. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Ob. cit. Pág. 183, con cita de Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta. 1989. Pág. 553.

i. Sobre la evaluación de los riesgos

El repaso que hemos hecho en el acápite anterior evidencia una ocupación sobre el tema exclusivamente en los aspectos dogmático-procesales y en las construcciones normativas que se han realizado a esos efectos. Lo cierto es que este problema antes que ser una cuestión de corte *legal* constituye un verdadero problema empírico que tiene directa relación con las prácticas de trabajo instaladas en el contexto de los tribunales de justicia.

Hoy advertimos algunas inquietudes que van en este orden sobre todo de la mano de la creación de los llamados “servicios previos al juicio”, dispositivos que han tenido como una de sus instancias la “evaluación de riesgos” de las personas imputadas. En el punto siguiente veremos algo más de esto.

Se cierran muchas preguntas respecto a las ventajas en la utilización de este tipo de instrumentos. Resulta que tal como se aplican las leyes procesales en la mayoría de nuestras provincias, no hay margen para avanzar en ninguna de estas discusiones concretas (cuáles son los “riesgos permitidos” para imponer una medida menos gravosa que la prisión preventiva), puesto que los datos objetivos del caso –escalas penales– dan por cerrada la cuestión. En este contexto seguramente que la incorporación de métodos de este tenor parece que ayudaría a generar otro tipo de discusión sobre el punto, seguramente tendiente a poner en crisis las tabulaciones legales preconcebidas.

De otra parte existe un fundado temor en que estas metodologías de evaluación de riesgos –sobre todo a partir de elaboración de “tablas” con calificaciones de riesgo– puedan acarrear inconvenientes a la hora de producir verdaderos debates en audiencia oral y pública sobre los hechos del caso, y las decisiones sobre la prisión preventiva ya vengan de algún modo “tabuladas” por la medición del riesgo que efectúe esta oficina.

En fin, estas serán algunas de las cuestiones a debatir en la configuración de estos dispositivos; lo cierto es que el estado actual de la cuestión evidencia importantes grietas en tanto la prisión preventiva se resuelve apelando a la existencia de supuestos “riesgos” sin un verdadero debate al respecto.

e. *Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva*

Junto con la consagración y definición de “excepcionalidad” de la prisión preventiva y para avanzar sobre esta lógica, los códigos modernos y en lógica “acusatoria” regularon una serie de *medidas alternativas al encierro preventivo* con el fin de tener sujeto al imputado al proceso penal, pero a partir de una afectación menos gravosa para sus derechos que la que significa la prisión. El objeto es disponer una serie de medidas que permitan recurrir al encierro en prisión cuando no hubiere otra forma de garantizar los fines del proceso penal. En esto, tanto los principios de *proporcionalidad* como el *estado de inocencia* y *mínima intervención* mandan a extremar los esfuerzos de parte del sistema por lesionar lo menos posible los derechos de personas que, técnicamente y hasta tanto no exista sentencia condenatoria firme, deben ser tratados como inocentes.

En lo que respecta a la regulación en los códigos de procedimiento debemos hacer una disquisición. Hay provincias que siguiendo la lógica cautelar que venimos comentando regulan un catálogo de alternativas al encierro preventivo. En el cuadro que sigue se ponen algunos ejemplos al respecto⁸¹.

⁸¹ El proyecto de reforma al CPP de la Nación con estado parlamentario (a octubre de 2010) dispone: Art. 179- MEDIDAS DE COERCIÓN. El Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso, y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición de cualquiera de las medidas que se indican a continuación: 1) La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; 2) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; 4) La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; 5) La retención de documentos de viaje; 6) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; 7) El abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; 8) La prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada o la contratación de un seguro de caución; 9) La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de

Cuadro 3
PROVINCIAS CON REGULACIÓN ESPECÍFICA DE “ALTERNATIVAS”
A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Provincia	Arresto domiciliario	Present. autoridad	Arraigo	Prohib. concurrir lugares	Fianza	Otras
Santa Fe	-	X	X	X	X	a) Someterse al cuidado de una persona o institución. b) Simple promesa jurada
Buenos Aires ⁸²	X	X	X	X	X	a) encarcelamiento con salida laboral
Chubut	X	X	X	X	X	a) prohibición de comunicarse con personas determinadas.
Entre Ríos	X	X	X	X	X	a) residencia obligatoria en determinada ciudad. b) en los delitos con pena de Inhabilitación especial disponer que se abstenga de cumplir esa actividad. c) exclusión del hogar del victimario en delitos de violencia familiar.

rastreo o posicionamiento de su ubicación física; 10) El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; 11) La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados. Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación pueda ser evitado razonablemente por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado que la requerida por el Fiscal o la querrela, el juez deberá imponerle alguna de las previstas en el presente Artículo, en forma individual o combinada...”.

⁸² Debemos llamar la atención sobre la reforma al CPP de la Provincia de Buenos Aires operada por la Ley 13.943, reforma aprobada en diciembre de 2008, que restringió las posibilidades de otorgamiento de “alternativas” a la prisión preventiva. Véase opinión del CELS sobre el proyecto, enviada al Poder Ejecutivo Provincial, Cámara de Senadores y de Diputados”, disponible en: <http://cels.org.ar/common/documentos/reforma_CPP_Nov08final.pdf>

Cuadro 3
(continuación)

Provincia	Arresto domiciliario	Present. autoridad	Arraigo	Prohib. concurrir lugares	Fianza	Otras
Chaco	-	-	-	X	-	a) Exclusión del hogar. b) inhabilitación provisoria para conducir
Mendoza	X	X	X	X	X	

Como puede advertirse en estas regulaciones, se parte del criterio que solo ante la imposibilidad de aplicar una medida menos gravosa se recurra al encierro en prisión. Ello opera así en todos los casos y para cualquier delito de que se trate⁸³.

Hay otros sistemas donde existen las mismas medidas (en lo sustancial) pero no ya para ser aplicadas como “alternativas” a la prisión preventiva, sino como medidas que tienen por objeto mantener sujeto a proceso al acusado que haya sido liberado (ya sea por proceder la “excarcelación” o bien por admitir el tránsito del proceso del acusado en libertad cuando nunca estuvo detenido). Este es un diseño normativo en lógica muy distinta a la anterior, en un contexto donde se parte de que la persona estará detenida en prisión preventiva y la libertad se obtendrá (si así lo permite la ley) mediante el uso de la *excarcelación*. Típicamente responden a este modelo el sistema del CPP de la Nación en donde a partir de los artículos 310, 312, 316 y 317 organizan un sistema con muy poco margen para recurrir a estas medidas como “alternativas” a la prisión preventiva, y decretada esta última (en los casos que así dispone la ley, art. 312) solo podrá obtenerse la *excarcelación* bajo “caución juratoria, personal o real” (art. 320).

⁸³ Ello viene a cuento, puesto que en varios códigos procesales se advierte “alternativas” a la prisión preventiva solo cuando se trate de personas mayores de edad o mujeres con hijos menores; el caso del actual art. 159 del CPP de provincia de Buenos Aires (según Ley 13.943), entre otros. Esas normas no han sido incorporadas a esta tabla, a pesar de que la mayoría de las legislaciones procesales argentinas tienen disposiciones de este tipo; art. 314 del CPP de la Nación; art. 286 del CPP de la Provincia de Córdoba, etc.

Luego se anotan códigos como el cordobés donde si bien no están reguladas específicamente las “alternativas” a la prisión preventiva como anotamos anteriormente en el gráfico Nro. 3, la regulación que tienen sobre las medidas cautelares en general permite un grado mayor de argumentación para ser utilizadas en ese sentido.

Dispone el art. 268: “...*Situación de Libertad. Con las limitaciones dispuestas por este Código, toda persona a quien se le atribuya la participación en un delito permanecerá en libertad durante el proceso. A tal fin deberá: 1) Prestar caución, salvo los casos de suma pobreza o que se considere innecesaria. 2) Fijar y mantener un domicilio. 3) Permanecer a disposición del órgano judicial y concurrir a todas las citaciones que se le formulen. 4) Abstenerse de realizar cualquier acto que pueda obstaculizar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la Ley. Asimismo, podrá imponérsele la obligación de no ausentarse de la ciudad o población en que reside, no concurrir a determinados sitios, presentarse a la autoridad los días que fije, o de someterse al cuidado o vigilancia de la persona o institución que se designe, quien informará periódicamente a la autoridad judicial competente.* Artículo 269.- *Restricción de la Libertad. La restricción a la libertad solo se impondrá en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. El imputado tendrá siempre derecho a requerir que el Juez examine su situación al amparo de esta regla, aun en los casos previstos por los incisos 1) y 2) del artículo 281. Las medidas de coerción personal se ejecutarán del modo que perjudiquen lo menos posible a la persona o reputación de los afectados*⁸⁴.

En fin, parece necesario en este escenario nacional avanzar sobre legislaciones amplias, que organicen sistemas claros al respecto y habiliten a fiscales y defensores –en el marco de una audiencia pública– ventilar los mejores argumentos para fundamentar qué tipo de medida satisface de mejor manera (y al menor costo en términos de derechos) las exigencias procesales en esa causa concreta. No se advierte una claridad conceptual en la legislación vigente en este sentido, y en general, lo que sí existe, es una gran cantidad de reformas parciales que en muchos casos desnaturalizan la materia a reglar.

⁸⁴ De igual forma los arts. 164 y 165 del CPP de Santiago del Estero.

Desde la aparición de estas medidas se ha tenido en cuenta la preocupación que generaba, por un lado, la creciente acumulación de alternativas a la prisión preventiva, y como contra partida, una notable disminución en su efectividad por un deficiente sistema de control de cumplimiento de las mismas⁸⁵, y se ponía énfasis en la importancia de desarrollar estos dispositivos.

Es que el objetivo de racionalizar el uso de la prisión preventiva a partir del uso de las “alternativas” requiere de un lado las previsiones normativas habilitantes, a lo cual nos referimos antes; pero además resulta imperioso generar el entorno institucional y multiagencial propicio para llevarlas a la práctica, tanto en lo que refiere a las instituciones necesarias para brindar información sobre el acusado y respecto de quién debía recaer la medida, como asimismo aquellas necesarias para trabajar en el seguimiento, monitoreo y control de las medidas impuestas.

Recientemente traía a colación Alberto Binder⁸⁶ que la reforma procesal penal luego del impacto del “*preso sin condena en América Latina*” había puesto énfasis en la construcción de alternativas a la prisión pero no había dedicado esfuerzos en consagrar un sistema de control del cumplimiento de penas en libertad, lo que resultaba el insumo indispensable para que haya incentivos serios en los operadores judiciales para hacer uso de aquel recurso.

Ahora, en el escenario de las alternativas a la prisión *preventiva*, debemos tener en cuenta aquella experiencia y no repetir errores puesto que –tal como ejemplificaba Binder– si un Juez está en la convicción de que no se controlará la medida alternativa a la prisión preventiva que se imponga, querrá asegurar la realización del juicio con el acusado privado de libertad.

⁸⁵ Véase Andrés Baytelman y Mauricio Duce, Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales y Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago 2003, págs. 187 a 201, y Andrés Ritter, Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena desde la perspectiva del Sistema Alemán, Sociedad Alemana de Cooperación Técnica (GTZ), Santiago 2003, págs. 58 y 59.

⁸⁶ Encuentro Ex Alumnos del Programa Latinoamericano de Formación de Capacitadores para la reforma procesal penal. CEJA. Santiago, noviembre de 2010.

Adicionalmente a estas dificultades advertimos que no está del todo claro la necesidad de generar un escenario propicio para la discusión y el debate sobre la medida cautelar más atinente al caso, escenario naturalmente entregado por la audiencia oral y pública. Potenciar la discusión y favorecer la contradicción entre las partes peticionarias de la medida, como elemento central de racionalización de su aplicación, ha sido un elemento que ha arrojado muy buenos resultados⁸⁷ y en donde deben profundizarse esfuerzos que hasta ahora no hemos visto de forma clara en nuestros sistemas procesales.

Para ello, no solo debemos asegurar que las resoluciones previas al juicio oral sean dictadas en audiencias orales y públicas, sino que los partícipes de estas audiencias concurren a ella con suficiente información (sobre el caso, sobre las condiciones personales, familiares, sociales del imputado, etc.) para poder entablar y plantear fundamentamente sus pretensiones. En esto, la organización de mecanismos de recolección de aquellos datos en los primeros momentos del caso parece una empresa indispensable.

Solo muy recientemente estamos asistiendo a la generación de dispositivos de este tipo⁸⁸ poniendo énfasis en la necesidad de producir información relevante para la toma de estas decisiones en etapas tempranas del caso y elaboración de mecanismos de control del cumplimiento de medidas restrictivas distintas de la prisión, aplicables a imputados, en lo que se han llamado OMA (Oficinas de Medidas Alternativas a la Prisión)⁸⁹.

⁸⁷ Entre otros, Plan de Flagrancia, Mar del Plata. Informe cit.

⁸⁸ La Defensa Pública de Chubut a través de asistentes sociales integrantes de la institución llevan a cabo tareas de este tipo. En igual sentido en algunas áreas de la provincia de Buenos Aires.

⁸⁹ Para mayor información al respecto ver en la página web de www.inecip.org el informe sobre las jornadas que ha realizado esa ONG conjuntamente con la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en septiembre de 2010 en relación a estas Oficinas.

Por ahora no contamos en Argentina con experiencias sobre el funcionamiento de estas OMA's aunque se advierten muy interesantes resultados en otros Estados, por lo que entendemos que resulta de gran importancia profundizar y ahondar en investigaciones y desarrollos institucionales en el área⁹⁰. A la culminación de este informe se encuentra en etapa de definiciones la instalación de una de estas oficinas en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe.

3. El uso de la prisión preventiva. Los datos “duros”

En Argentina, desde hace tres décadas a esta parte, ha aumentado exponencialmente el número de personas encarceladas; y sobre todo se profundiza esta tendencia a partir de los años 90⁹¹. A pesar de la disminución en el último año, el aumento de la población encarcelada es sostenido y recientemente –a partir de mediados del año 2008– ha acrecentado la cantidad de personas presas, y se puede advertir que este crecimiento es significativo también en la cantidad de presos preventivos. La provincia de Buenos Aires ha sido la que mayormente ha aportado a este incremento, de 26.990 personas privadas de la libertad en el año 2007 a 27.614 en el año 2008.

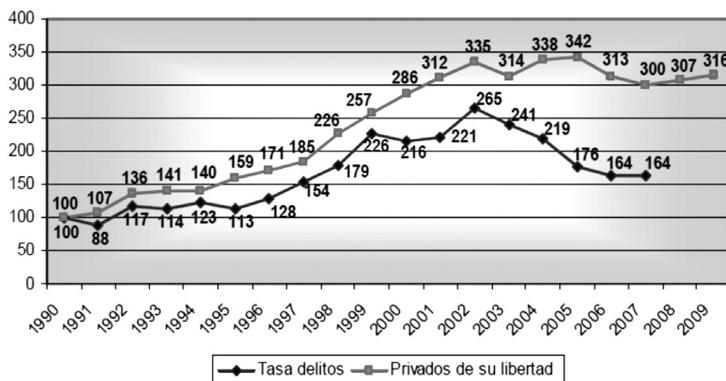
Este constituye un aumento sostenido de la población encarcelada que en principio cuesta mucho asociarlo directamente con un aumento del nivel poblacional y los índices de criminalidad. Es que sin desconocer que en las últimas décadas ha crecido la tasa de criminalidad cada 100.000 habitantes, no puede perderse de vista que la tasa de prisionización lo ha hecho en forma exponencial, por lo que las causas del aumento de los índices de encierro deben ser buscados en otras áreas. El siguiente da cuenta de ello.

⁹⁰ Para tener una imagen más acabada del funcionamiento de estas Oficinas ver revista “Sistemas Judiciales”. CEJA/INECIP. Nro. 14. “Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región”. Tobías Podestá – Carolina Villadiego. También se puede ver el intenso trabajo realizado por Javier Carrasco en esta área, y en el mismo número “Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares”. Págs. 12 y ss.

⁹¹ “Derechos Humanos en Argentina. Informe 2009”. CELS, pág. 240. Ed. Siglo XXI.

Gráfico 1⁹²

EVOLUCIÓN COMPARADA DE LA TASA DE DELITOS Y LA POBLACIÓN PRIVADA DE SU LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. AÑOS 1990-2009



Fuente: Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Cuadro 4

EVOLUCIÓN PRESOS EN ARGENTINA. 1997-2008

Provincia	Año 1997	Año 1998	Año 1999	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008
Servicio Penit. Federal	6.177	6.385	6.767	7.146	7.872	8.795	9.246	9.738	9.625	9.380	9.024	9.149
Buenos Aires	11.527	12.460	13.190	15.012	16.990	18.931	22.983	23.449	24.721	23.878	23.336	24.139
Catamarca	107	139	166	166	171	243	252	277	356	358	368	550
Córdoba	3.283	3.475	3.854	4.196	4.582	4.926	5.300	5.661	5.484	5.162	5.128	5.375
Corrientes	237	220	202	217	252	286	312	405	700	795	897	864
Chaco	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d	116	476	991	961	819	807	839
Chubut	202	254	320	406	448	310	147	158	147	109	112	120
Entre Ríos	536	643	649	705	773	881	838	986	933	873	763	758
Formosa	245	217	260	269	277	283	260	299	304	279	283	294
Jujuy	288	318	368	440	s/d	429	387	456	442	443	393	486
La Pampa	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d	255	66	94	115	135	113	151
La Rioja	110	107	106	121	112	119	179	218	186	197	162	159
Mendoza	1.214	1.415	1.759	1.954	2.183	2.479	2.543	2.559	2.464	2.482	2.307	2.490

⁹² Informe CELS, 24 de marzo de 2009. Presentado ante la CIDH en la audiencia Nro. 134 período ordinario de sesiones sobre situación de personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Disponible en www.cels.org.ar

Cuadro 4
(continuación)

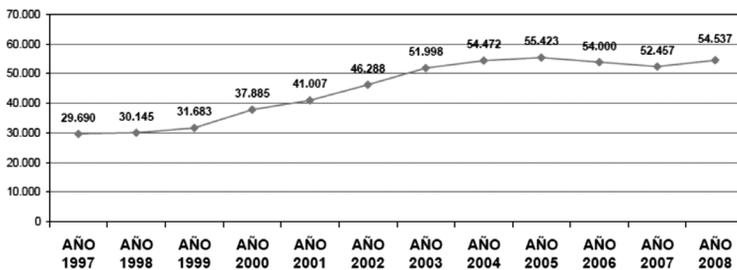
Provincia	Año 1997	Año 1998	Año 1999	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007	Año 2008
Misiones	521	560	637	651	755	701	775	1.023	1.074	1.076	1.122	1.090
Neuquén	466	491	466	490	483	874	945	575	595	593	570	590
Río Negro	546	409	487	806	564	611	516	571	630	652	544	590
Salta	1.280	1.385	1.410	1.490	1.548	1.575	1.733	1.787	1.707	1.839	1.728	1.741
San Juan	406	360	397	520	556	585	672	605	723	691	608	673
San Luis	s/d	s/d	s/d	s/d	s/d	312	389	429	405	422	427	412
Santa Cruz	128	130	97	93	609	140	262	215	116	88	141	219
Santa Fe	1.532	1.758	1.842	1.784	2.176	2.289	2.567	2.564	2.217	2.181	2.159	2.245
Santiago del Estero	386	332	451	559	s/d	334	228	465	467	478	389	446
Tierra del Fuego	54	66	99	228	166	150	100	94	95	92	89	87
Tucumán	445	497	513	632	490	664	822	853	956	978	987	1.070
Total país	29.690	30.145	31.683	37.885	41.007	46.288	51.998	54.472	55.423	54.000	52.457	54.537

Relevamiento basado en datos proporcionados por el SPF y los servicios penitenciarios o policías provinciales.

Fuente: SNEEP 2007. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

La tendencia ascendente en materia de encarcelamiento se advierte de forma contundente a partir del año 2001/2002. Sin perjuicio de lo que diremos luego, adelantamos que en buena parte estos impactos en las cifras reflejan el recurso excesivo al encierro preventivo, siendo en buena medida corresponsable la aplicación indiscriminada de esta medida en el aumento de la población encarcelada. La curva que sigue a continuación da suficiente cuenta de ello.

Gráfico 2
EVOLUCIÓN DE POBLACIÓN PENITENCIARIA, REPÚBLICA ARGENTINA



Fuente: SNEEP 2007. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

A pesar de todo, Argentina no es de los países de la región que cuenta con mayor porcentaje de personas detenidas del total de su población y está muy por debajo de aquellos con mayor índice, tanto en la región como en otros países del mundo occidental. Si tomamos la tasa de población encarcelada cada 100.000 habitantes de nuestro país, nos arroja 134,61⁹³ personas. El siguiente cuadro pone en dimensión mundial estos datos.

Cuadro 5

País y año	Población en prisión	Tasa cada 100.000 habitantes
Estados Unidos (31-12-2006)	2.258.983	751
Federación Rusa (1-6-2008)	894.855	635
Cuba (nov. 2006, estimación)	60.000	531
Israel	22.788	319
Chile (abril 2008);	48.490	290
Brasil (dic. 2007)	422.590	220
México (30-4-2008)	217.457	196
Uruguay (31-8-2006)	6.947	193
Perú (enero 2008)	41.745	144
Colombia (marzo 2008)	65.772	138
Argentina (31-12-2007)	52.457	134,61
Paraguay (6-12-2007)	6.115	96
Ecuador (dic. 2006)	12.635	94

Fuente: SNEEP 2007. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

⁹³ Al 31 de diciembre de 2007. Fuente: International Centre for Prison Studies (King's College, Universidad de Londres). Colectado de SNEEP.

En lo que hace puntualmente al encierro preventivo, en América Latina no tiene nada de excepcional. Ya por los años 60 el informe del ILANUD⁹⁴ daba cuenta de esta realidad, que contaba con más del 60% de los presos en forma preventiva⁹⁵. En el caso particular de la Nación Argentina el informe revelaba que por el año 1972 eran de 17.972 los presos sin condena, que significaban el 69,2% del total de personas privadas de la libertad. Advertimos, no sin un dejo de desesperanza, que a pesar de largos años (institucionalización democrática y reforma procesal penal mediante) la realidad nacional actual no ha mejorado desde aquellos años.

Este aumento de la población encarcelada se advierte en la particular situación de los presos preventivos, números que se vienen incrementando desde hace un tiempo a esta parte, con un pico importante por el año 2004 y 2005, al que aporta de forma contundente la situación particular en la provincia de Buenos Aires.

A continuación veremos un cuadro comparativo de las provincias argentinas que nos permitirá situarnos en el contexto nacional y advertir la magnitud de la problemática. El cuadro detalla la cantidad de presos en total y presos preventivos por provincia y qué porcentaje de presos preventivos tiene esa provincia. Aclaremos en esta tabla cuáles son las provincias que han informado sobre las personas detenidas en comisarías, y lo hacemos con la indicación de un asterisco (*). El cuadro evidencia una constante respecto al uso excesivo de la prisión preventiva, tal como lo venimos describiendo, aunque con sensibles bajas en los números finales, sobre todo en la provincia de Buenos Aires, dato que como vimos se está revirtiendo a partir del año 2008 y respecto de lo cual daremos mayores detalles.

⁹⁴ "El preso sin condena en América Latina". Ob cit.

⁹⁵ El informe distingue entre países de América Latina y el Caribe con sistemas procesales penales al modelo "continental-europeo" y "anglosajón". En el primer grupo el número de presos sin condena relevado a la fecha del informe (año 1983) era de 68,47% y en los países con modelo anglosajón el porcentaje disminuye sensiblemente a 22,57%. Pág. 26.

Cuadro 6

TOTAL DE PERSONAS ENCARCELADAS Y EN PRISIÓN PREVENTIVA
EN ARGENTINA AL AÑO 2007 Y PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL DE LOS
ENCARCELADOS EN LA PROVINCIA Y EN EL PAÍS

Provincia ⁹⁶	Total	S/ Condena	% del total de la prov.
Buenos Aires (población 13.827.203)	23.336	16.704	71,58
La Rioja (población 341.207)	162	69	42,59
La Pampa (población 299.294) (*)	113	65	57,52
Tucumán (población 1.338.523)	987	616	62,41
Santa Cruz (población 196.958) (*)	141	79	56,02
Santa Fe (población 3.000.701)	2.159	756	30,01
Sistema Federal	9.024	5.038	55,82
San Luis (población 428.025)	427	220	51,52
Chaco (población 1.042.881) (*)	807	496	61,46
Córdoba (población 3.311.280) (*)	5.128	2.419	47,17
Jujuy (población 670.766)	393	170	43,25
Formosa (población 532.238) (*)	283	122	43,10
Salta (población 1.202.753) (*)	1.728	718	41,55
Misiones (1.061.590)	1.122	446	39,75
Tierra del Fuego (población 101.079)	89	24	26,96
Santiago del Estero (Población 856.739)	389	200	51,41
Corrientes (población 1.002.416)	897	332	37,01
Mendoza (población 1.579.651) (*)	2.307	853	36,97
San Juan (población 685.883)	608	221	36,34
Chubut (población 413.237) (*)	112	20	17,85
Neuquén (población 474.155) (*)	570	178	31,22
Río Negro (población 552.822)	544	125	22,97
Entre Ríos (población 1.158.147)	763	141	18,47
Catamarca (población 334.568)	368	113	30,70
TOTAL	52.457	30.125	Total 57,4%

Fuente: SNEEP. Elaboración propia.

⁹⁶ Población conforme censo 2001. Disponible en www.indec.gov.ar/censo2001s2/

A continuación presentamos un cuadro que marca la tendencia de utilización de la prisión preventiva en algunas provincias argentinas en los últimos años⁹⁷, lo que descarta que este sea un fenómeno parcial y coyuntural; por el contrario, constituye un dato estructural de los sistemas procesales penales argentinos.

Son paradigmáticas algunas provincias que evidencian situaciones realmente preocupantes con más del 50% de presos en forma preventiva y llegando a más del 70% en la provincia de Buenos Aires; y varias de ellas son determinantes en el aporte de presos preventivos al total del país (destacándose la provincia de Buenos Aires, y en esa misma línea el Sistema Federal, y las provincias de Santa Fe y Córdoba).

Cuadro 7

EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS RESPECTO DEL TOTAL DE PERSONAS ENCARCELADAS

Año	Buenos Aires	Córdoba	Santa Fe	Mendoza	Chubut	Entre Ríos	Salta	Tucumán
2002	87	48	45	48	79	38	35	51
2003	85	48	48	46	51	36	44	59
2004	84	41	41	39	41	34	39	51
2005	79	43	43	41	40	29	39	57
2006	72	46	46	41	29	25	44	60

Fuente: SNEEP y para la provincia de Bs. As. CELS. "El costo social y económico de la Prisión Preventiva en la Argentina. CIPPEC.

La provincia de Buenos Aires resulta determinante para analizar el contexto nacional. No solo por la cantidad de personas que se encuentra encarceladas a disposición de autoridades de esa provincia, sino, además, por las circunstancias y condiciones en las que se encuentran⁹⁸. El siguiente gráfico resulta una clara muestra del aumento sostenido de la población carcelaria⁹⁹.

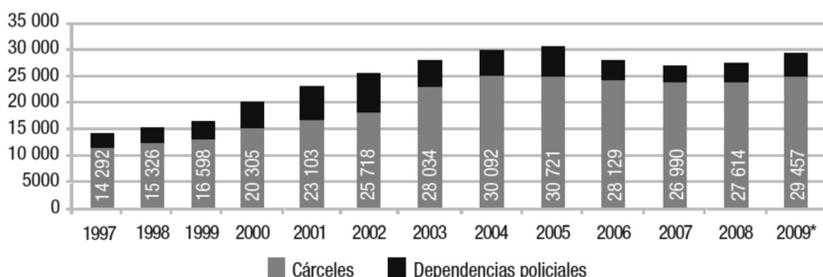
⁹⁷ Carranza, Elías y otros. Ob. cit.

⁹⁸ Repercusiones del "fallo Verbitsky" del que daremos cuenta en otro lugar de este informe.

⁹⁹ Volveremos sobre el punto al analizar los procesos de "contrarreformas".

Gráfico 3

EVOLUCIÓN PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. UNIDADES PENALES Y DEPENDENCIAS POLICIALES. 1997-2009



Fuente: CELS. Informe 2010. Derechos Humanos en Argentina.

Buena parte de las causas del aumento evidenciado a partir del año 2007 y de forma sostenida desde el año 2008 a la actualidad deben buscarse en la reforma del CPP de la provincia, donde se limitó la posibilidad de otorgar “morigeraciones” y “alternativas” a la prisión preventiva a partir de la reforma del art. 159. Esta norma, dispuesta por Ley 13.449, tuvo como objetivo ampliar estas posibilidades fruto de los acuerdos generados a partir del “fallo Verbitsky”.

En fin, esta compleja situación obedece a una buena cantidad de causas que analizaremos a lo largo del informe. Sin duda que no representa únicamente una problemática de la región centro del país, aunque claro está que allí la cuestión adquiere más notoriedad e impacto debido al número de personas que padecen estas condiciones y a que es donde se concentra la mayor densidad poblacional del país. Si sumamos las provincias de Buenos Aires, el Sistema Federal y las provincias de Santa Fe y Córdoba¹⁰⁰, contamos el 85,54% de los presos preventivos del país, que además constituyen el 53,11% de la totalidad de los detenidos en Argentina.

Sin perjuicio de ello, en otras provincias con menor densidad poblacional y cantidad de personas encarceladas podemos advertir las mismas dificultades, incluso en términos proporcionales más complejas que algunas de las antes nombradas. Parece claro que para ellas también resulta muy difícil avanzar hacia modelos más racionales en

¹⁰⁰ Lo que equivale, sumadas las tres provincias, al 54% de la población total del país.

la utilización del poder del Estado. Provincias como La Rioja, Tucumán o La Pampa evidencian números altísimos de presos preventivos a pesar de que no constituyen jurisdicciones con gran cantidad de habitantes (aunque sí tienen una considerable densidad poblacional, sobre todo las dos primeras).

Y si tomamos en cuenta la legislación procesal penal de estas provincias veremos que se corresponde con la de la gran mayoría del país. Provincias que ya hace varias décadas han avanzado hacia el modelo "mixto", con una instancia de enjuiciamiento oral y público. Está claro que los puntos centrales para modificar esta situación radican en una transformación radical de las prácticas de trabajo durante la investigación penal preparatoria y no meros cambios parciales de las disposiciones que regulan el encierro preventivo, como se ha pretendido en algunos distritos del país¹⁰¹.

En este orden es que debemos resaltar la tarea llevada a cabo por la provincia de Chubut. Esta provincia en el año 2002 contaba con índices superiores al 70% de presos preventivos, y a partir del año 2006 disminuyeron drásticamente estos índices (para el 2006 la baja fue al 29% de presos preventivos, aumentando para el 2009 al 34,6% y para el 2010 al 25,9%)¹⁰². Notable la modificación que pudieron lograr y sobre todo que el impacto se advirtió muy tempranamente a que iniciara la reforma procesal penal en esa provincia, la que incorporó como metodología de trabajo durante las etapas previas al juicio un sistema absolutamente conformado por audiencias orales y públicas.

4. Personas alojadas en comisarías y otras dependencias policiales

El lugar de alojamiento de los presos preventivos constituye en sí mismo una dificultad, no solo por cuanto la materialidad de la sanción se cumple de la misma forma que la de aquellas personas que están condenadas, sino que debido al altísimo número de las que no cuentan con una condena firme, la cantidad de alojados supera en gran medida las capacidades de los lugares destinados a esos fines.

¹⁰¹ Provincia de Santa Fe; reforma Ley 12.162. Esta reforma modifica el régimen de la prisión preventiva, a pesar del renovado marco legal el uso del instituto no varió de forma sustancial.

¹⁰² Datos disponibles en la página web del Ministerio de la Defensa Pública de la provincia de Chubut. www.defensachubut.gov.ar

Tanto ello es así que cuando ha sido cuestionada la situación padecida por las personas alojadas en comisarías y otras dependencias policiales en nuestro país, fue paradigmático que las recomendaciones de organismos internacionales hayan sido en orden a reducir la utilización de la prisión preventiva, la que se ha aplicado sin tener en cuenta el lugar donde se debía de cumplir esta medida. Aunque volveremos sobre el punto, vale apuntar que la provincia de Buenos Aires –que como vimos tiene a más del 70% de los presos en forma preventiva–, sobre finales de 2008, contaba con 17.858 plazas disponibles y alojaba a 27.614 personas (de las cuales 3.448 lo estaban en comisarías y otras unidades policiales). El dato arroja una sobrepoblación en los lugares de alojamiento que supera el 35%¹⁰³.

La problemática excede por mucho este trabajo. Solo queremos advertir que el impacto en la población encarcelada de personas en prisión preventiva es contundente y en muchas ocasiones esto pasa o bien desapercibido, o resulta ser un “dato de la realidad” que parece inmodificable por los operadores del sistema, cuando sabemos que en gran medida responde a decisiones que cuentan con un alto grado de discrecionalidad, tanto de estamentos políticos como judiciales.

En lo que hace concretamente a los presos alojados en comisarías, existe en los operadores del sistema criminal una concepción digamos intuitiva, que les permite entender la situación del preso preventivo *a priori* como provisoria o transitoria, que en un lapso debe definirse hacia la localización definitiva del inculcado en una dependencia penal (por lo general dependientes de los Servicios Penitenciarios Provinciales). Hasta tanto ello suceda resulta bastante común advertir que muchos de los presos preventivos son alojados en establecimientos policiales o carcelarios a la espera de la resolución de su situación procesal.

Lo cierto es que este razonamiento está plagado de supuestos que en la realidad no se cumplen: como veremos, el alojamiento en dependencias policiales y/o comisarías tiene poco de “provisorio” o “excepcional”, se extiende por tiempos más que prolongados y acarrea gravísimos inconvenientes tanto a las personas alojadas allí como al

¹⁰³ Informe CELS 2009. Ob. cit., pág. 241. Sin perjuicio de la gravedad que reviste la situación en la provincia de Buenos Aires, debemos decir que no solo en esa provincia se han sucedido situaciones problemáticas en torno a la sobrepoblación carcelaria. Por el contrario, parece ser una particularidad extendida en los sistemas carcelarios argentinos. Para más información al respecto visitar la página web del CELS, www.cels.org.ar

personal encargado de su custodia. Descontando que el derecho de acceso a justicia de las personas detenidas es francamente deficitario en la mayor parte de nuestro país, lo cual resulta ser una infructuosa tarea hacer realidad el cumplimiento de las condiciones mínimas de alojamiento de personas detenidas, lo que genera una potencial situación de abuso de muy difícil verificación.

Nos ha resultado muy dificultoso relevar estas variables tanto porque las agencias policiales encargadas de alojar detenidos no producen ni sistematizan esa información en la generalidad de los casos, como además porque en los lugares donde esa información existe no resulta de fácil acceso. Cantidad de personas, cupos por comisarías y otras dependencias policiales¹⁰⁴, duración del alojamiento de las personas en las comisarías, situación personal, etc., son datos de imposible obtención en gran parte de nuestro país.

Hemos podido recabar algunos antecedentes a partir de otros informes. Tratamos de referirnos solo aquellos que se han ocupado de aclarar perfectamente la fuente de información; en ese caso las reproducimos e hicimos las pertinentes referencias. En otras oportunidades hemos logrado obtener información a partir de las gestiones individuales que hemos realizado en algunos distritos del país con las policías de provincia a partir de la colaboración de los integrantes de *REDEX Argentina*.

En cuanto a los números exhibidos anteriormente, en muchos casos no se presenta la situación de presos en comisarías, y estos números, por lo que pudimos advertir en algunos distritos del país, resultan aportes significativos al total, casos rutilantes son los de Santa Fe, provincia de Buenos Aires y Córdoba; esta última con algunas particularidades que luego referiremos.

Sabemos que las características propias de los establecimientos policiales y las condiciones de alojamiento de las personas en estos lugares no resulta ni por mucho aceptable siquiera en relación a estándares mínimos de habitabilidad en condiciones humanitarias elementales. En general no son lugares que estén diseñados para albergar una gran cantidad de gente y por tiempos extendidos.

¹⁰⁴ Además de no estar para nada seguros cuales son los parámetros para elaborar estándares claros para determinar con cuántas plazas se cuentan. Ver Informe CELS 2009, "Los Derechos Humanos en Argentina". Siglo XXI Editores. Pág. 242.

Por otra parte tampoco cuentan con personal capacitado para ello. En una buena porción de las provincias argentinas se han creado los llamados “Servicios Penitenciarios”, dependencias que en general forman parte del Poder Ejecutivo (por lo general Ministerios de Justicia y/o Seguridad) y que tienen a su cargo el control administrativo y seguimiento del interno en los lugares de detención. Algunas provincias continúan con el alojamiento de las personas detenidas en comisarías, o bien, crearon “Servicios Penitenciarios” dentro de las mismas dependencias policiales.

Cuadro 8

CANTIDAD DE PRESOS PREVENTIVOS ALOJADOS EN COMISARÍAS Y DEPENDENCIAS POLICIALES A JUNIO DE 2009

Provincia	Cantidad de presos preventivos	Alojados en comisarías	% del total de preventivos alojados en comisarías
Buenos Aires	21.807	4.142	18,99 ¹⁰⁸
Santa Fe	2.094	1.198	51,21 ¹⁰⁹
Córdoba	2.419	1.839	76,02 ¹¹⁰
Total	26.320	7.179	27,27

Fuente: *Elaboración propia.*

¹⁰⁵ Reporte Derechos Humanos en Argentina. CELS 2009. Disponible en www.cels.org.ar

¹⁰⁶ Sebastián Narvaja – Luis Schiappa Pietra. “Prisión preventiva y reforma procesal penal en Santa Fe”. Disponible en www.cejamericas.org

¹⁰⁷ El cuadro debe ser tomado solo como referencia ya que los datos de la provincia de Córdoba son extraídos del informe SNEEP, correspondientes al año 2007 y los de las dos otras provincias corresponden a datos del año 2009. Igualmente nos pareció importante exponer estos números, puesto que los altos índices de presos alojados en comisarías parecen no disminuir en forma sustancial en la provincia cordobesa. Debe agregarse además que en la ciudad de Córdoba se han construido instalaciones policiales para albergar a detenidos, y particularmente los que no cuentan con condena firme. Si bien son instalaciones policiales, han sido construidas y están gestionadas por personal que se dedica exclusivamente a la atención de los internos allí alojados y por lo general el tiempo de alojamiento de estas personas es corto.

Es paradigmático que en este contexto de “sobrepoblación” de cárceles y comisarías el lugar de alojamiento de la persona detenida o en prisión preventiva no sea un punto a discutir al momento del dictado de la medida. En tanto es la autoridad jurisdiccional la que decide el encierro, parece necesario que previo a su dictado se tomen los recaudos del caso, haciéndose cargo quien decide la aplicación de la misma cuál será el lugar de alojamiento del imputado o, por lo menos, que ese lugar existe y está disponible para ello. Todo lo cual coloca al “cupos” como una condición objetiva necesaria para que proceda la aplicación de la prisión preventiva. Caso contrario, si no existe ese “cupos” entonces no podrá disponerse ningún encierro (y mucho menos el preventivo). En general este no ha sido un compromiso de la judi¹⁰⁸.

En particular, en lo que refiere a la provincia de Buenos Aires, el aumento de presos en comisarías se debió a diversas variables, entre las que se destacan el remanido recurso al encierro preventivo a partir de prácticas judiciales contrarias a las lógicas *cautelares*, que en algunos casos han sido acompañadas por reformas legislativas que endurecieron el régimen de encarcelamiento preventivo¹⁰⁹.

A partir de la modificación, por el año 2000, de la legislación en materia de prisión preventiva por la conocida “ley Ruckauf”¹¹⁰, por entonces gobernador de la provincia, que endureció el régimen de encierro cautelar, se generó un exponencial aumento de los presos preventivos, lo que trasladó automáticamente innumerable cantidad de inconvenientes en los lugares de alojamiento¹¹¹.

¹⁰⁸ En este sentido un interesante trabajo de Juan Lewis, “La Responsabilidad de los jueces y la sobrepoblación carcelaria”. Ponencia presentada en el Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal, La Plata en 2008, donde el autor hace un desarrollo dogmático para fundamentar la obligación de los funcionarios que disponen el encierro de las personas de previamente asegurarse cuál será el lugar de alojamiento y que el mismo reviste las condiciones mínimas de habitabilidad; y todo ello a partir del análisis dogmático procesal de lo dispuesto por el art. 59 de la Ley de Ejecución Penitenciaria (Ley 24.660) y de lo previsto al respecto por el art. 18 de la CN.

¹⁰⁹ Lo veremos más extensamente al evaluar las etapas de “contrarreformas” en el capítulo 3 de este informe.

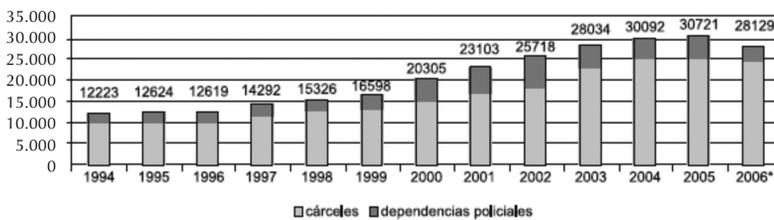
¹¹⁰ Ley 12.405, posteriormente reformada por diversas leyes.

¹¹¹ Ver Informe sobre el sistema de Justicia Penal en la Provincia de Buenos Aires del CELS, en el marco del proyecto de “Seguimiento de los Procesos de Reformas Judicial en América Latina” del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), disponible en www.cejamericas.org

Fue así que la provincia de Buenos Aires llegó a exhibir niveles insólitos de presos preventivos, que cuesta ver en otros lugares de la región, y para colmo alojados en condiciones absolutamente insostenibles desde los estándares mínimos de respeto a la dignidad humana; en seis años (1999 a 2005) la población penitenciaria en la provincia aumentó un 80% aproximadamente, y entre sus principales causas se anota la sanción de Ley 12.405 en marzo de 2000 que reglamenta un régimen cautelar absolutamente cerrado y restrictivo de la “libertad” durante el proceso penal¹¹².

Gráfico 4

EVOLUCIÓN DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN CÁRCELES Y COMISARIAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES HASTA EL AÑO 2006*



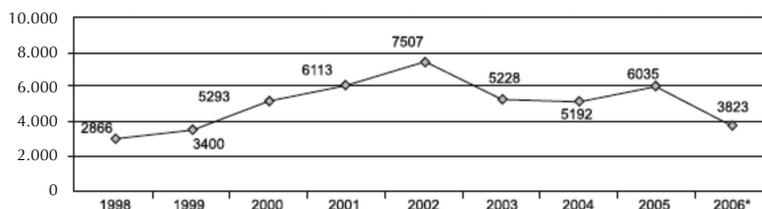
Fuente: CELS, sobre la base de datos del Servicio Penitenciario Bonaerense y el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

(*) Nota: La población privada de la libertad del año 2006 corresponde al 7 de noviembre.

¹¹² El por entonces Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el Dr. Jorge Casanovas, al ser interrogado por la situación por la que estaban atravesando las cárceles de la provincia y su evidente sobrepoblación, afirmó que: “Solo cabe anunciar a los criminales que no vengán a la provincia de Buenos Aires a cometer delitos porque irán presos y estarán incómodos”. Diario *La Nación*, 4 de octubre de 2001.

Gráfico 5

CANTIDAD DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD ALOJADAS EN DEPENDENCIAS DE LA POLICÍA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. AÑO 1998-2006*



Fuente: CELS, sobre la base a datos del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

(* Nota: La población privada de la libertad del año 2006 corresponde al 7 de noviembre.

Todo esto tuvo como punto cúlmine el connotado fallo “Vervitsky c/ Provincia de Buenos Aires S/ Hábeas Corpus Colectivo” dictado por la CSJ de la Nación.

En fecha 15 de noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías. La petición exigía como mecanismo de ejecución de la sentencia una instancia de diálogo entre los actores involucrados a los fines de hacer cesar las condiciones inhumanas de detención, instancia que exigía el control de parte del Tribunal solicitado.

En la presentación, el CELS había hecho mención a que la situación de las personas alojadas en algunas dependencias policiales y penitenciarias de la provincia resultaba insostenible, “...no obstante poseer una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364, según información del mes de octubre de 2001. La situación se agrava en el conurbano, donde 5080 detenidos ocupan 2068 plazas...”¹¹³

¹¹³ En lo que a este trabajo respecta, el Superior Tribunal formuló una serie de apreciaciones dignas de ser destacadas. Afirmó: “...**También ha sido reconocido que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia.** Finalmente, está dicho y no controvertido en autos que

La CSJN, en un fallo histórico, por un lado instruyó al Superior Tribunal de la provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores ha que hagan cesar de forma inmediata la ilegalidad de las detenciones que correspondieren, reconsiderar las medidas restrictivas de la libertad que hubieren impuesto y disponer en su caso medidas menos lesivas de la integridad personal. Además, ordenó al Poder Ejecutivo explique cuáles son las medidas adoptadas para paliar esta situación y se comprometió al control del cumplimiento del fallo¹¹⁴.

En lo que hace a la legislación procesal, el fallo dejó claro que debía llevarse a cabo –por parte de la legislatura provincial– una tarea de revisión de la legislación en materia de *excarcelación*, atribuyendo buena parte de los problemas allí ventilados a la deficiente legislación y al excesivo recurso al encierro cautelar. En ese marco se reformó la legislación procesal penal, medida que coadyuvó a que durante un par de años disminuyera la cantidad de presos preventivos.

A partir del dictado del fallo y de la mano de tareas vinculadas con las instancias de ejecución del mismo –reformas legales mediante–, en los años siguientes el número de presos en general y de presos preventivos en particular fue disminuyendo en forma sostenida.

si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia.” (considerando Nro. 24, la letra en “negrita” nos pertenece) *“...Que este aumento responde básicamente a leyes provinciales en materia excarcelatoria y penitenciaria; e) que también el Poder Ejecutivo provincial considera que media un excesivo uso de la prisión preventiva por parte de los jueces de la Provincia de Buenos Aires...”* (considerando Nro. 32). *“...que cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación...”* (considerando 58). *“...Que el 75% de presos sin condena, en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial, está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha...”*”.

¹¹⁴ Junto con ello la CSJN ordenó la concreción de una instancia de diálogo entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y distintas organizaciones vinculadas con la presentación del Hábeas Corpus, por medio del cual se instrumentaron mecanismos de consulta para la concreción de un plan de acción para dar cumplimiento a la orden emanada del Máximo Tribunal.

Tuvo un impacto significativo la reforma del Código Procesal Penal de la provincia mediante Ley Nro. 13.449 que modificó el régimen de excarcelaciones reforzando el modelo “cautelar” en tanto la prisión preventiva solo debe imponerse “cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley (art. 144) e imponiendo la obligación a los jueces de que aplique medidas menos lesivas de la integridad personal que la prisión preventiva cuando ello sea suficiente para asegurar los fines del proceso (art. 159).

Lamentablemente, a partir del año 2008 la curva comenzó a subir nuevamente, retomando un curso ascendente que se ha mantenido durante los años 2009 y lo que va del 2010. Como veremos, las demandas encausadas a partir de un discurso montado sobre la variable de la “inseguridad pública” generó renovadas presiones sobre sectores judiciales, bastante proclives a la utilización del encierro cautelar como primera respuesta del sistema, presiones que incluso se tradujeron en recientes reformas legales que apelaron al endurecimiento del régimen “cautelar” en búsqueda de supuestos beneficios para la seguridad pública. Sobre el punto nos explayaremos más adelante, solo vale destacar que Argentina ha sido nuevamente objeto de recomendaciones y cuestionamientos por las condiciones de detención en cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires y el recurso sistemático al encierro preventivo. Por el mes de junio de 2010 la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo público un informe al respecto¹¹⁵, al igual que en el mes de marzo de

¹¹⁵ Nos parece importante anotar algunas de esas consideraciones del órgano internacional: “La Relatoría de la CIDH considera preocupante el uso abusivo de la detención preventiva, en detrimento de los principios de presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad que deben regir este mecanismo procesal. En cuanto a la utilización de dependencias policiales, la Relatoría de la CIDH verificó que en la provincia de Buenos Aires la permanencia de una persona detenida por orden judicial en uno de estos establecimientos depende de la habilitación de cupos en las unidades del Sistema Penitenciario, lo cual, en la práctica, debido al déficit actual de plazas penitenciarias, puede tomar meses e incluso superar el año. La Relatoría resalta que las comisarías de policía son centros concebidos para detenciones transitorias que no cuentan con la infraestructura ni los servicios básicos para asegurar

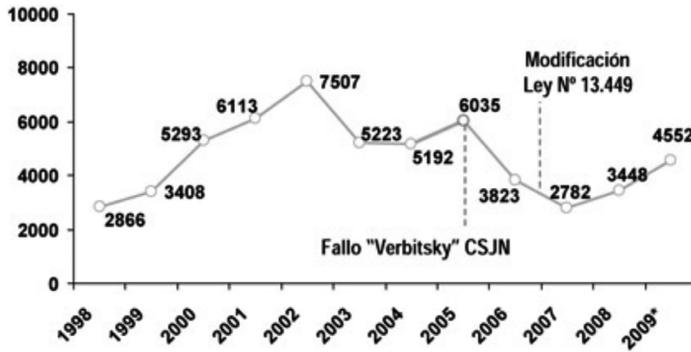
este año lo había hecho el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹⁶. El gráfico siguiente expone la situación que venimos describiendo.

condiciones dignas de detención. Además, debido a su formación, el personal policial no está preparado para cumplir con la función de custodia de detenidos, la que corresponde a servidores públicos capacitados para la custodia y tratamiento de personas privadas de la libertad, en este caso, al Servicio Penitenciario Provincial. La Relatoría exhorta al Estado a adoptar las medidas necesarias para que cese la utilización de las dependencias policiales como lugares de alojamiento permanente de personas y, en consecuencia, dejen de funcionar como centros de detención (...) Asimismo, la Relatoría de la CIDH expresa su profunda preocupación por la información recibida según la cual en los centros de detención se inflingen torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes (...) La Relatoría también recibió información por parte de diversas fuentes sobre la falta de voluntad del Estado para investigar y sancionar los actos denunciados, la impunidad imperante, y la falta de un registro oficial de los mismos, que permita contar con información fidedigna sobre la dimensión real del problema y diseñar políticas de prevención. En ese sentido, es de resaltar que la falta de castigo alienta la consolidación de prácticas contrarias al respeto a la integridad y la dignidad humana. Al respecto, la Relatoría insta al Estado argentino a tomar las medidas necesarias para prevenir la tortura; y en particular, exhorta a las autoridades judiciales a investigar, juzgar y sancionar a los responsables de hechos de torturas, teniendo en cuenta, para su calificación jurídica, la gravedad de los mismos y los estándares internacionales (...) Resulta igualmente preocupante el mal estado general de las estructuras e instalaciones físicas, particularmente, de las sanitarias, hidráulicas, eléctricas y de internamiento. Las condiciones de alojamiento son incompatibles con el principio de trato humano que deben recibir todas las personas privadas de libertad". El reporte completo disponible en <http://psicopenal.org/pdf/cidh.pdf>

¹¹⁶ En el punto Nro. 16 expresa el informe: "16. Aunque el Comité reconoce la importancia del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus*, en el que fijó los estándares de protección de los derechos de las personas privadas de libertad, el Comité lamenta la falta de medidas para la aplicación efectiva de dichos estándares y que la legislación procesal penal y la práctica en materia de prisión preventiva y en materia penitenciaria a nivel provincial no sean conformes a los estándares internacionales. El Comité expresa su inquietud en particular ante la persistencia de una alta proporción de reclusos que permanecen en detención preventiva, así como la larga duración de la misma (Artículos 9 y 10 del Pacto). El Estado Parte debe tomar medidas con celeridad para reducir el número de personas en detención preventiva y el tiempo de su detención en esta situación, tales como un mayor recurso a medidas cautelares, la fianza de excarcelación o un mayor uso del brazalet electrónico. El Comité reitera que la imposición de la prisión preventiva no debe ser la norma, que solo se debe recurrir a ella como medida excepcional y en el grado necesario y compatible con las debidas garantías procesales y con el párrafo 3 del artículo 9 del Pacto, y que no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria". El informe completo disponible en <http://edant.clarin.com/diario/2010/04/19/um/informeonu.pdf>

Gráfico 5

CANTIDAD DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD ALOJADAS EN DEPENDENCIAS DE LA POLICÍA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. AÑOS 1998-2009



Fuente: CELS (2010).

5. Notas recientes en la jurisprudencia

En este acápite solo nos ocuparemos de la jurisprudencia reciente y que creemos más relevante sobre la materia, emanadas sobre todo de los tribunales superiores; no será un análisis integral de la cuestión en la jurisprudencia argentina en tanto excede las pretensiones de este trabajo.

Al respecto, el eje de discusión ha sido marcado de forma muy contundente por la jurisprudencia de la CSJN y de la Cámara Nacional de Casación Penal (Sistema Federal). Sin perjuicio del nivel de impacto que han tenido en los tribunales inferiores, la claridad conceptual y definición política de estas consideraciones merecen especial atención.

Si bien desde hace tiempo que los fundamentos para la imposición de la prisión preventiva radican en la existencia del llamado “riesgo procesal”, esta variable los tribunales la dan por acreditada a partir de circunstancias objetivas relevadas por la ley, principalmente el monto de la pena del delito imputado y las expectativas de encierro efectivo. Estas escalas penales limitan el razonamiento y la decisión judicial sobre la procedencia de la prisión preventiva, en tanto se asume que determinadas imputaciones por delitos cuya escala penal tenga un mínimo superior a tres años (en relación con el art. 26 del CP) y cuyo

máximo sea superior a 8 años, en la práctica constituyen un caso en el que no procede la “excarcelación”¹¹⁷.

Sobre este razonamiento es que han reaccionado contundentemente los precedentes “Barbará”¹¹⁸ y “Macchieraldo”¹¹⁹. La de estos fallos constituye una interpretación que pone límites a la utilización de la prisión preventiva con fines netamente sustanciales¹²⁰, además de ajustar el régimen a un contexto “cautelar” e instrumental de la medida.

Por su parte los tribunales internacionales siguieron esta tendencia¹²¹ poniendo en evidencia la contradicción con las normas fundamentales la interpretación que se sostiene en presunciones legales que evitaran a los Magistrados dar cuenta de los riesgos procesales concretos del caso. En definitiva, tachando de inconstitucional aquella hermenéutica que no requiera la constatación del “riesgo” para los fines del proceso amparándose en alguna de las pautas establecidas por la ley.

El punto abordado radicó en discernir si la existencia del dato relevado por la ley procesal autorizaba tenerlo *per se* como un indicador de “riesgo procesal” y luego ello implicaba la automática aplicación de la prisión preventiva (interpretación de la presunción “*iure et de iure*”); o si por el contrario, es una pauta más a evaluar por el juez que puede o no configurar un peligro para la investigación o la realización de la ley sustantiva (presunción *ius tantum*)¹²².

¹¹⁷ CPP de la Nación.

¹¹⁸ “Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión”, CNCrim y Corr, Sala I, 10/11/3” de la C.N.C.P, Sala 1ª, resolución del 10/11/2003.

¹¹⁹ CNCP, Sala III, 22/11/2004.

¹²⁰ Fallos “Barbará”, cit. y “González, Pablo Luis s/ excarcelación”, CNCrim y Correcc. de la Capital Federal, Sala I, 12/11/3. En ellos se consideró que la prisión preventiva solo se puede imponer cuando está acreditado el peligro en la frustración del proceso; CNCP. Fallos “Macchieraldo, Ana María Luisa”, Sala III, fallo del 22/12/4.

¹²¹ Caso “Bayarri”. CIDH, Informe 2/01, aprobado el 19 de enero del 2001; y “Suárez Rosero c/ Ecuador”, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, n° 35; y el caso “Tibí c/ Ecuador”, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, n° 114, Numeral.

¹²² Incluso si los máximos legales y la eventualidad de aplicación de pena efectiva constituyen también “presunciones”, y entonces, de qué tipo. No debemos perder de vista que durante mucho tiempo –y todavía es interpretado por alguna jurisprudencia, por lo general, de baja instancia– ha jugado un papel crucial para la interpretación “cerrada” los máximos y mínimos legales de los tipos penales amenazados, los cuales, fueron los que orientaban la aplicación o no del encierro de forma automática.

Esta jurisprudencia ha concluido que sobre la base de la pena a aplicar en el caso de una eventual condena no es legítimo asumir ningún tipo de riesgo. Puntualmente en relación a la presunción del “peligro de fuga” el considerando 4º del voto de la Dra. Ángela Ledesma en el caso “Macchieraldo” afirma que asumir ello implica incurrir en afirmaciones dogmáticas, violatorias de la garantía de *libertad*, y que en todo caso se debe contar con pruebas que hagan presumir que eludirá la acción de la justicia.

La misma tesitura se adoptó en los precedentes “Barbará” y “Díaz Bessone”¹²³. El primero de ellos se ocupó de la interpretación del art. 319 del CPP, el cual había sido analizado tradicionalmente como un límite más (además de los máximos y mínimos legales) para denegar la “excarcelación”. El fallo controvierte esta interpretación y sostiene que solo cuando en el caso concreto existan pruebas para concluir que hay riesgos para el proceso se puede restringir de la libertad, para lo cual la norma en cuestión es la que contiene las pautas orientadoras de este riesgo; y sin perjuicio de las disposiciones sobre las escalas penales de los delitos investigados.

Por su parte en fallo Plenario “Díaz Bessone” el tribunal dilucidó la siguiente cuestión: *“si en materia de excarcelación o eximición de prisión basta, para su denegación, la imposibilidad de futura condena condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho (8) años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.); o si, pese a ello, pueden otorgarse ante la comprobada inexistencia de riesgo procesal: peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (art. 319 del C.P.P.N.)”*. Entonces la Cámara Nacional de Casación Penal sentó el criterio de forma contundente, sosteniendo que resulta necesario acompasar las disposiciones normativas del CPP de la Nación con las máximas constitucionales en la materia (y tratados de DD.HH.); y por tanto asumir que las leyes solo disponen pautas interpretativas *iuris tantum* de “peligrosidad procesal”; que si existen en el caso concreto habilitan la imposición de la medida cautelar.

¹²³ Acuerdo 1/08. Plenario N° 13. “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”. CNCP. EN PLENO. 30/10/2008.

De todo ello se colige que en el estado actual de la jurisprudencia de los máximos tribunales argentinos no debiera existir la categoría de delitos “inexcarcelables”¹²⁴ y siempre será tarea del peticionante de la medida (fiscal o querellante) llevar a cabo una tarea argumentativa en orden a la prueba que haya podido producir con miras a acreditar en el caso concreto la “peligrosidad procesal” (obvio, que además de tener por satisfecho el “supuesto material”).

Este viraje jurisprudencial –el fallo que contamos y los otros que anteriormente citamos– se acomoda a una contundente y militante doctrina sobre la materia¹²⁵ que ha venido sosteniendo estos criterios desde hace largas décadas e incluso propugnando por la reforma de leyes en este sentido.

A pesar de que entendemos que resulta de gran valía la contundencia de esta línea jurisprudencial, no queríamos culminar el punto sin señalar que en los tribunales de grado no parece advertirse esa claridad conceptual, o de haberla, no parece surtir un efecto directo en cuanto a la utilización del uso de este instituto. Al respecto nos comentaba un Defensor Penal del Sistema Federal que él advierte que estos cambios conceptuales en la jurisprudencia no hicieron más que generar la necesidad de un “maquillaje” a las resoluciones judiciales y no alteraron la forma de funcionamiento del sistema: *“si el máximo de la pena anteriormente se asumía como un condición objetiva para la imposición de la prisión preventiva, que ya venía dispuesta por ley y que no daba lugar a discusión por las partes, ahora, este monto de pena ya no reviste esta condición sino que constituye un indicio “vehemente” de peligrosidad procesal a partir del cual el juez evalúa que la amenaza de pena hace probable que el acusado se sustraiga al juicio oral”*¹²⁶.

De otra parte, debemos tener en cuenta que todavía existen algunas cuestiones vinculadas a la aplicación de la prisión preventiva que no han sido explorados ni puestos a discusión en la jurisprudencia. No se evidencian progresos en consideraciones que hacen al buen funcionamiento del instituto, como por ejemplo la forma en que se impone la medida cautelar, si es en audiencia oral y pública o por medio de un *expediente*; o bien la discusión sobre la duración de la misma (no hay fallos que exijan que al pedirse el encierro cautelar se

¹²⁴ Sobre este punto el fallo “Napoli” es contundente.

¹²⁵ Julio B. J. Maier, ob. cit.; Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal. Ed. Del Puerto. 2004; Binder, Alberto. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª edición, 5ª reimpresión. 2009, entre otros.

¹²⁶ Entrevista Defensor Público Penal del Sistema Federal, Rosario.

solicite que el mismo sea por un período de tiempo); a pesar de que ya contamos legislaciones que sí se han ocupado sobre la materia¹²⁷.

CAPÍTULO SEGUNDO. PROBLEMÁTICAS DEL PROCESO PENAL QUE CONDICIONAN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Introducción

Ya hemos visto que el desarrollo jurisprudencial por instalar un modelo interpretativo que sea consistente con los estándares constitucionales (sistema cautelar) se encuentra bastante avanzado e instalada una fuerte convicción al respecto, por lo menos en los tribunales superiores de la Nación. De otra parte, también sabemos que buena doctrina viene bregando hace tiempo por una racional utilización del encierro cautelar, a la vez de llevar a cabo desarrollos dogmáticos sofisticados y comprometidos sobre la materia. Con todo, parece que los problemas no se han solucionado, y antes bien, tal como pudimos constatar empíricamente en este trabajo, la utilización de la prisión preventiva con fines “sustanciales”, en lógica “inquisitiva”, etc., sigue siendo una práctica instalada en nuestro país. Entendemos adecuado entonces apuntar la mirada hacia situaciones conexas del sistema procesal penal que creemos son condicionantes para el buen (o mal) uso del encierro preventivo.

Trataremos entonces de agrupar en este capítulo una serie de consideraciones vinculadas al funcionamiento de diversas fases e institutos del sistema procesal penal que evidencian serios problemas para operar en la realidad argentina, por lo menos con los alcances y objetivos que se pretendió darle en los procesos de reforma. El punto merece especial atención en tanto muchas de estas disfunciones del sistema, además de las dificultades propias generadas por esas falencias, repercuten en otras áreas del proceso penal y muy fuertemente en el tema que ocupa este trabajo. Analizadas algunas de estas problemáticas (sofisticación de la investigación penal, oralización de las etapas

¹²⁷ Los Códigos Procesales de Santa Fe y Chubut prescriben que la prisión preventiva se debe discutir en una audiencia oral y pública, y el Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación (año 2005) dispone que al ser peticionada el Fiscal solicitará una duración que no podrá ser superior a tres meses. En caso de llegar a la fecha y necesitarse más tiempo para la investigación, y si perduran los riesgos que motivaron su imposición, podrá ser nuevamente decretada aunque siempre demandará su revisión a esa fecha en audiencia oral y pública. Ver proyecto CPPN. Proyecto Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación. Coordinador Dr. Beralid. Rubinzal – Culzoni Editores.

previas al juicio, etc.) creemos advertir que ellas constituyen posibles causas del recurso al encierro abusivo; y en gran medida también, a partir de ese mal funcionamiento podría hasta preverse una inexorable recurrencia abusiva de parte de los operadores del sistema al encierro preventivo, como si fuera un *efecto colateral* que ello acarrea¹²⁸.

2. La gestión de la flagrancia

Al igual que muchos otros sistemas de persecución y enjuiciamiento penal de América Latina, los de nuestro país operan básicamente gestionando los casos que ingresan al sistema a partir de los impulsos y lógicas de las fuerzas de seguridad, más concretamente, la policía. En general, no ha habido avances considerables respecto al desarrollo de capacidades de impulso de investigaciones a cargo de los Ministerios Públicos Fiscales, o donde ello ha ocurrido, la carga de trabajo que esto genera es de muy poca entidad en relación a los ingresos de causas por la Policía.

Estos casos, en su gran mayoría son bastante simples o con muy escasas complejidades en términos investigativos, y generalmente son casos *flagrantes*¹²⁹. Es decir, son hechos conocidos por los funcionarios policiales apenas de cometidos o durante su comisión, y al tomar contacto los operadores, en ese momento, están reunidas las pruebas del ilícito y, por lo general, el acusado.

A propósito de nuestro país, el informe conducido por Adrián Marchisio¹³⁰ explica: “*En este sentido se observa que en el 94% los ca-*

¹²⁸ En este sentido afirma Cristián Riego: “*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*”. Riego, Cristián, “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales*. CEJA/INECIP. Nro. 14, pág. 6.

¹²⁹ Informe Seguimiento. Cristián Riego – Fernando Santelices. CEJA.

¹³⁰ “*La duración del proceso penal en la República Argentina. A 10 años de la implementación del juicio oral y público en el sistema federal argentino*”. Konrad Adenauer Stiftung. 2004. Dirección de la investigación, Adrián Marchisio. Este informe fue llevado a cabo en el año 2000 en el marco de las actividades de la Oficina de Investigación y Estadísticas Político Criminales de la Procuración General. Resulta ser un informe sin precedentes, basado en una investigación empírica sobre la duración de los procesos penales y de la prisión preventiva en los tribunales de la Justicia Nacional (ordinaria) de la ciudad de Buenos Aires, llevado a cabo durante el año 2000. Del universo de 3.354 sentencias que dictaron los Tribunales Orales en lo Criminal durante ese año, el 57% correspondió a juicios abreviados y

...ingresan al sistema judicial (ya sea a la policía o directamente al juzgado o fiscalía) dentro del mismo día o a lo sumo a un día de su comisión. Esto demuestra que la mayor parte de los hechos que llegan a juicio son de tipo flagrante, tal como se ha comprobado con el análisis sobre el tipo de trámite asignado”.

El mismo dato es relevado a la hora de medir cuál es el tiempo de duración desde que es cometido el hecho investigado hasta que se le toma declaración indagatoria al acusado. El trabajo citado revela que “...en 47% de los casos la declaración indagatoria es recibida dentro de las 24 horas, y el 65% dentro de los primeros 15 días...”, lo que también se explica debido a la cantidad de casos que ingresan al sistema en condición de *flagrantes*.

El problema es que a pesar de lo evidente de este dato las causas demoran meses¹³¹ e incluso años en finalizar, y desde el momento mismo de la detención de la persona acusada por el delito, comienza el derrotero administrativo que culminará, al fin de este “trámite”, con una resolución jurisdiccional que explicita lo que sabíamos desde los primeros momentos de que se inició.

Resulta elocuente el dato referido a la cantidad de “fojas” utilizadas en cada etapa del juicio; en lo que aquí interesa refiere el informe de Marchisio que la mayoría de los sumarios son elevados a juicio con 200 fojas, y en la etapa de juicio los sumarios contienen aproximadamente 350 fojas. Sin perjuicio de que el dato no es suficiente para relevar el grado de formalización de la investigación (además de que evidencia –según el informe– importantes diferencias de acuerdo a qué tipo de caso y complejidades estos tengan), resulta un elemento interesante para tener en cuenta el nivel de reproducción de lógicas administrativas impuestas por la necesidad del cumplimiento del trámite del “expediente”. Estas prácticas son propicias para que se dé exactamente el mismo tratamiento a un delito de criminalidad compleja que a otro que no tiene ningún tipo de exigencia en términos investigativos, por cuanto la misión es cumplir con las lógicas burocráticas que la tarea administrativa exige.

el 43% a debate. Y finalmente la muestra quedó configurada por 190 casos.

¹³¹ El informe de Marchisio indica que el lapso que existe entre el inicio del sumario o primera actuación y el requerimiento de elevación a juicio, que *en promedio alcanza los ocho meses*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tratándose de muchos casos flagrantes, en un 55% *este tiempo se acorta a cuatro meses*.

Mientras esto sucede, operan los métodos que antes apuntamos de encarcelamiento preventivo de las personas, que de este modo pasan meses o años en prisión, cuando en rigor de verdad la causa debiera estar en condiciones de fallarse a los pocos días de su ingreso al sistema. Esto constituye claramente un problema que deslegitima fuertemente todo el funcionamiento del sistema procesal y, en particular, el recurso a la prisión preventiva.

Es por ello que en este tipo de casos que no ofrecen dificultades probatorias se han dispuesto metodologías de trabajo particulares que tienden a hacer más eficiente el sistema, con el objetivo de ocupar mayores recursos en causas complejas y menos en aquellas que no lo son¹³². Solo algunas jurisdicciones en Argentina han avanzado sobre proyectos de este tipo y seguimos viendo prácticas policiales y forenses que ocupan su tiempo y recursos de trabajo en hechos criminales sumamente simples. En ellas se cuentan éxitos muy elocuentes en términos de eficiencia del sistema¹³³, cantidad de resolución de casos, etc., sin perjuicio de que se le han formulado algunos cuestionamientos en relación al contexto político criminal en el cual se han incorporado y el uso que se hace de esta herramienta¹³⁴.

Un avance insoslayable en la materia lo constituye el plan de implementación de un sistema diferencial para tratar la *flagrancia* en la provincia de Buenos Aires, que tuviera su comienzo en la ciudad de Mar del Plata. Las evaluaciones del llamado “plan piloto” da cuenta de los progresos en la materia. El objetivo de este “plan” fue que las decisiones más importantes dictadas por el juez de garantías sean tomadas en audiencia oral y pública. Los resultados relevados son contundentes¹³⁵:

¹³² No es este el caso de explayarnos aquí, pero debe ponerse de resalto que a pesar del avance sobre el tratamiento de la *flagrancia* no se advierten resultados considerables sobre la capacidad de las instituciones del sistema criminal de investigar, enjuiciar y condenar la criminalidad compleja, o medianamente compleja.

¹³³ Mar del Plata y otras experiencias de oralización de etapas previas al juicio.

¹³⁴ Derechos Humanos en Argentina. 2010. CELS, pág. 178. Disponible en www.cels.org

¹³⁵ Cristián Riego – Luciano Hazan. “La oralidad en las etapas previas al juicio. La experiencia en Mar del Plata”. CEJA/INECIP.

- *El sistema tiene un mucho más alto nivel de respuestas:* para los casos de flagrancia, ingresaron a los juzgados de garantías imputaciones contra 387 personas, y en ese mismo período se resolvió la situación de 335 a través de respuestas como archivos de los fiscales, sobreseimientos, suspensiones de juicio a prueba, juicios abreviados (con condenas de ejecución en suspenso y de efectivo cumplimiento) y elevaciones a juicio.
- *La audiencia de “excarcelación y posibles acuerdos”:* esta audiencia se lleva a cabo en el término de 5 días desde ocurrida la aprehensión, en la cual el juez resuelve sobre la procedencia de la libertad o dicta otras resoluciones (*probation*, juicio abreviado, etc.).
- *En cuanto a los tiempos de duración para tomar las resoluciones,* el promedio de días que los jueces utilizaron para decidir las suspensiones de juicio a prueba fue 18,74 (con un mínimo de tres y un máximo de 43); el de los juicios abreviados con condenas de efectivo cumplimiento fue 29,82 (con un mínimo de tres y un máximo de 92); el de juicios abreviados con condena en suspenso fue 13,33 (con un mínimo de tres y un máximo de 37); el de sobreseimientos tuvo un promedio de 23,35 días (con un mínimo de tres y un máximo de 67), y el de elevaciones a juicio fue 27,76 (con un mínimo de ocho y un máximo de 59).

El informe que elaboraran Luciano Hazan y Alan Iud refleja los resultados de la expansión de este programa a toda la provincia de Buenos Aires¹³⁶. Este informe arroja datos más que elocuentes a la hora de evaluar la eficiencia del sistema y abreviación de trámites en este tipo de casos (*flagrantes*). Veamos el siguiente cuadro que dimensiona el nivel de estos avances:

¹³⁶ Publicación Red de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal de Argentina. 1^{er} Encuentro.

Cuadro 14
PARTIDOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. DÍAS PARA EL DICTADO DE
RESOLUCIONES DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL

	Mar del plata	San Martín	Sarate - Campana	Necochea	La Matanza	Pergamino	Mercedes	Total
Elevación a juicio	28,5	43,3	28,5	28,3	34,6	30,0	18,9	21,9
Juicio abreviado	23,2	45,0	25,0	21,0	43,8		12,5	22,3
Suspensión del juicio a prueba	21,6	34,7	27,0		45,7	27,0	11,5	21,4
Sobre-seimiento firme	26,9	47,2	23,0	0,0		23,0	21,0	26,0
Archivo	24,5		21,6	28,5			13,0	19,2

Fuente: Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la provincia de Buenos Aires – Plan de Flagrancia. CEJA¹³⁷.

Al respecto, los avances en la provincia de Chubut resultan altamente significativos y dignos de mención especial. Esa provincia es hoy el fiel reflejo del funcionamiento de un sistema procesal penal por audiencias, en donde las resoluciones más importantes del proceso penal se toman mediante esta metodología, disminuyendo no solo los tiempos que demanda la toma de decisiones, sino también la cantidad de presos preventivos.

¹³⁷ Autores del informe: Luciano A. Hazan y Alan Iud. Elaboración propia sobre datos remitidos por las OGA a la Subsecretaría de Planificación de la SCBA en base a las decisiones tomadas en los meses de septiembre y octubre de 2007. Publicado en "1er Encuentro REDEX ARGENTINA". Ob. cit.; disponible en www.cejamericas.org

Cuadro 16

ACTOS DURANTE LA INVESTIGACIÓN PENAL Y TIEMPO DE RESOLUCIÓN EN MESES

Acto conclusivo	Meses
Conciliación	4
S. J. a Prueba	9
Juicio abreviado	5,5
Sentencia juicio	10,5

Fuente: Ponencia presentada por Rodolfo Barroso¹³⁸. 1^{er} Encuentro Nacional REDEX Argentina.

En cuanto a la prisión preventiva, la misma es dictada en un plazo que no supera las 48 h desde que la persona fue detenida en audiencia oral y pública.

Adicionalmente parecería que en la provincia del sur argentino se aplica prisión preventiva a causas realmente graves, con penalidades altas, que no cabe duda que para el caso de condenas las mismas se aplicarán de forma efectiva. Si bien el dato no permite *per se* asumir la “peligrosidad” del imputado, indudablemente que otorga mayor grado de legitimidad al sistema y racionaliza en algún punto el uso del encierro preventivo. Esto se muestra evidente si lo comparamos con sistemas donde la prisión preventiva es aplicada a delitos de baja penalidad y en casos donde ni si quiera la pena sería de cumplimiento efectivo. En definitiva, sin pretender sacar conclusiones determinantes y taxativas sobre el punto nos parece importante poner de relieve la cuestión.

Explica el **“Informe sobre la situación de las personas privadas de libertad en la provincia del Chubut”** de mayo de 2010 que “... el 93,8% de los presos están vinculados a tres tipos de delitos:

¹³⁸ El Dr. Rodolfo Barroso es el Director de la Oficina de Gestión Judicial de la Ciudad de Esquel.

*homicidio, abuso sexual y robo. El 43,3% a casos de homicidio, 33,1% a robos y 17,4% a abusos sexuales. Esta vinculación implica que el detenido fue imputado o condenado por alguno de estos tipos delictivos en cualquiera de sus calificaciones*¹³⁹.

Ahora comparemos estos índices con otros que daban cuenta que en gran porción de casos se aplicaba prisiones preventivas a casos de baja penalidad: *“Por otra parte, el mayor porcentaje recibió condenas de hasta tres años (81% del total de condenados), es decir, el límite para poder recibir una pena de prisión en suspenso (artículo 26 del Código Penal). Dentro de este universo, la mayoría de las personas no fueron sometidas a prisión preventiva (55%), mientras que las que componen el restante 45% estuvieron durante todo el proceso privadas de su libertad*¹⁴⁰.

Y mucho más aún si tenemos en cuenta lo informado por el CELS en el informe del año 2009: *“...del universo de personas privadas de libertad, el 76% se encuentra sin condena firme. Según la información oficial del año 2006 que el gobierno de la provincia de Buenos Aires presentó ante la CSJN en la audiencia pública realizada el 1º de diciembre de 2004, alrededor del 30% de los detenidos son finalmente absueltos. Es decir que, luego de pasar varios años en prisión, más o menos unas 6.000 personas son declaradas inocentes por la justicia provincial....”*¹⁴¹.

3. El control de las garantías durante la investigación y la necesidad de realizar audiencias previas al juicio

Una de las características del modelo *inquisitorial* ha sido desde siempre la aglutinación de las funciones de investigar y juzgar en el mismo funcionario. Las reformas procesales que entregaron la función de investigar los delitos a los Fiscales procuraron, entre otras cosas, hacer posible la tarea del control de las garantías de las personas durante la investigación repartiendo esas funciones en dos funcionarios del Estado distintos, con diversas lógicas de trabajo, responsabilidades, etc. Para ello, el modelo preservó a un funcionario –el Juez– para que durante esa etapa (naturalmente anterior al juicio oral) sin tener intereses involucrados en el mismo (imparcialidad), asuma la tarea de controlar

¹³⁹ Informe disponible en www.defensachubut.gov.ar

¹⁴⁰ Informe “La duración del proceso penal en la República Argentina”. Dirección Adrián Marchicío. Ob cit. pág. 46.

¹⁴¹ Informe CELS. “Derechos Humanos en Argentina”. Año 2009.

en forma efectiva cualquier tipo de restricción de derechos de los involucrados que pretendan las partes. La restricción más grave que controlará será, seguramente, la imposición de la prisión preventiva.

Podemos advertir que la situación en Argentina solo incipientemente ha comenzado a ocupar la agenda de los procesos de reforma. Si tomamos el Cuadro 1 podremos ver que de los modelos procesales que contamos solo siete de ellos entregan sus facultades investigativas a los MPF, y de ellos, solamente tres –Chubut, Ciudad de Buenos Aires y provincia de Buenos Aires, solo parcialmente para la *flagrancia*– han avanzado en la realización de audiencias orales y públicas como metodología de trabajo durante etapas previas al juicio.

La provincia de Chubut resulta ser –nuevamente– uno de los ejemplos más importantes al respecto, donde existe un sistema previo al juicio absolutamente montado sobre la producción de información en audiencias orales y públicas. Junto con ella, en la Ciudad de Buenos Aires, puede observarse una organización de las instituciones –sobre todo el MPF– orientada a fortalecer el esquema de “Justicia de garantías”¹⁴².

En un contexto nacional tan pobre en lo que hace al desarrollo institucional de la “justicia de garantías”, no es difícil imaginar los resultados obtenidos en relación al uso del encierro preventivo¹⁴³. Es que además de que en muchas provincias aún pervive la figura del “Juez de Instrucción” y un trámite previo al juicio absolutamente formalizado y burocratizado en el marco de un “expediente”, otras otorgaron al MPF facultades tan amplias –posibilidad de dictar la prisión preventiva, donde el control jurisprudencial aparece posteriormente– que en los hechos han permitido que se siga operando sobre las reglas de la “excarcelación”¹⁴⁴.

¹⁴² Al respecto puede verse en “Primer Encuentro Nacional. REDEX Argentina”. Ob. cit. “La reforma procesal penal en la Ciudad de Buenos Aires”, págs. 61 y ss., el artículo de la Dra. Claudia Barcia, Gabriel Unrein y Jorge Boer que da cuenta de la adecuación y montaje del MPF de la Ciudad de Buenos Aires para satisfacer la función de llevar a cabo un proceso penal por audiencias orales y públicas en todas sus instancias.

¹⁴³ Son reiteradas las presiones tanto de los medios de comunicación como de funcionarios políticos sobre Jueces de Garantías. Entre muchas otras anotamos el pedido de Juicio Político contra el Juez Nicolás Schiavo quien había concedido una morigeración de la detención al imputado por el llamado “Crimen de Campana”. Ver informe CELS. 2009. Ob. cit. pág. 233.

¹⁴⁴ Las facultades del dictado de la prisión preventiva las tiene el Fiscal que es el que dirige y es responsable de la investigación y es él mismo quien ordena la detención

Junto con fortalecer el sistema de garantías, la metodología de producción de audiencias orales durante esta etapa ha demostrado ser una gran herramienta para racionalizar el uso del encierro preventivo¹⁴⁵. Bien organizados los recursos y gestionado el sistema, esta metodología de toma de decisiones ha demostrado con creces la capacidad de reducir sensiblemente la utilización de la prisión preventiva y los plazos de duración, además de ser una herramienta muy contundente a la hora de confrontar las prácticas tradicionales de tramitación de causas en base a la conformación de un expediente judicial.

A pesar de todo no parece haber una conciencia clara en los gobiernos judiciales de la necesidad de esta transformación, las exigencias que ello impone y la trascendencia para el funcionamiento global del sistema.

4. La duración de la prisión preventiva

La lentitud en la administración de justicia es un problema que se extiende a todas las materias (civil, laboral, comercial, etc.). En lo que hace al sistema penal se destaca desde hace tiempo la jurisprudencia del caso *Matei* de la CSJN que ha puesto atención en esta variable allá por fines de los años 60¹⁴⁶. Con ese precedente comenzó un derrotero jurisprudencial y normativo que pretende hacerse cargo de los problemas que trae aparejado el paso del tiempo en el proceso penal. Particular significancia tiene esta variable cuando el acusado se encuentra privado de la libertad.

Lo cierto es que a más de 30 años del precedente que apuntamos, donde se dejó en claro que “...*el proceso penal en sí mismo significa un tormento para el acusado que debe cesar lo antes posible...*”¹⁴⁷ (y más allá del encierro en prisión que, obviamente, lo multiplica), to-

de una persona y luego evalúa –y si entiende que corresponde, dicta– la prisión preventiva. Como se puede advertir existe un cambio formal de operadores, pero la misma deficiencia sistemática, las facultades de investigación y control de esta tarea quedan también en una misma persona, el Fiscal de Instrucción. Arts. 281 y ss. del CPP de la Provincia de Córdoba.

¹⁴⁵ “*La reforma procesal penal en Ecuador. Experiencias de Innovación*”. CEJA. Autor: Diego Zalamea León. 2003. Págs. 63 y ss. También en “*Reformas procesales en América Latina. Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa. La oralidad en las etapas previas al juicio. La experiencia en Mar del Plata*”. Págs. 257 y ss. CEJA 2007. Autor Cristián Riego – Luciano Hazán.

¹⁴⁶ Fallos “*Mattei, Ángel*”, publicado en Fallos 272:188.

¹⁴⁷ Fallo “*Mattei, Ángel*”. Cit.

davía muchas regiones de nuestro país no tienen una verdadera conciencia sobre el impacto del paso del tiempo en el cumplimiento del encarcelamiento preventivo.

La realidad de los sistemas de justicia nos muestra que los encierros son dispuestos *sine die*, se extienden durante toda la duración de la *causa* y hasta culminado el juicio oral, no registran un “plazo de vencimiento”, y antes bien, esa causa continúa recorriendo instancias burocráticas y sin una perspectiva cierta, concreta y fundamentada de fecha de realización del juicio. Para cuando ello ocurra posiblemente en muchos casos ya tenga poco sentido lo que resulte de él, puesto que la sanción ya fue ejecutada en forma preventiva, sin ninguna distinción material en cuanto a forma y modo en que se debía ejecutar la pena, y hasta posiblemente la única expectativa que tenga el reo en la realización del juicio sea que termine su calvario (preventivo). En este contexto el paso del tiempo despoja a la imposición de la medida de las condiciones que la legitimaron.

Aun en los casos donde no existen inconvenientes probatorios la duración se extiende tiempos considerables, lo que nos impulsa a pensar que en gran cantidad de casos eso se debe, antes que a situaciones excepcionales o “patológicas”, a una regularidad funcional del sistema procesal penal.

La problemática fue objeto de ocupación por vía legislativa a partir de la regulación de *plazos máximos* de duración de la prisión preventiva. Se dictaron normas a nivel nacional que específicamente se ocuparon de la cuestión¹⁴⁸ y en las provincias se incorporaron disposiciones a los códigos de procedimiento penal. Todas impulsadas por la adopción por nuestro país de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (donde se dispone lo pertinente al *plazo razonable* de duración del proceso penal y las consecuencias respecto del encierro cautelar).

Vamos a considerar entonces algunos problemas vinculados a la cuestión: a) el impactado en la legislación nacional la tendencia mundial de regular plazos máximos de duración de la prisión preventiva¹⁴⁹; b) la relación que tiene la duración de la prisión preventiva

¹⁴⁸ Ley 24.390, reformada en mayo de 2001 por la Ley 25.430.

¹⁴⁹ Conforme Daniel Pastor, “*El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación a cerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*”. Ed. Ad-Hoc, 2002. En particular, pág. 404 y siguientes.

con los procesos penales; y c) si se ha avanzado respecto a la “razonabilidad” del plazo.

a) Impacto en la legislación nacional de la tendencia mundial

La primera iniciativa por racionalizar la extensión de la prisión preventiva ha venido de la mano de reformas legales que tenían por objetivo regular plazos máximos de duración del encierro cautelar, debiendo cesar el encarcelamiento si se supera dicho plazo, sin perjuicio de la prosecución de la causa.

Si el objetivo con esta regulación era que incida directamente sobre el uso y duración de la prisión preventiva, no podemos menos que advertir que, en el caso argentino por lo menos, ello constituyó claramente una táctica con evidentes límites, con muy poca capacidad de incidencia y, a esta altura, poco menos que agotada.

En Argentina el plazo máximo de duración de la prisión preventiva estuvo a cargo de la Ley 24.390 del año 1994 que dispuso un plazo máximo de duración de la prisión preventiva de dos años (art. 1) con posibilidades de ser ampliado por el lapso de un año más cuando la causa sea compleja¹⁵⁰ y por seis meses una vez dictada la sentencia condenatoria. Ley Nacional aplicable a todo el país.

La ley resultaba reglamentaria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –así lo expresaba en el art. 12–; pero pese ello la misma fue más conocida como la llamada “*ley del dos por uno*”. Esto se debió a la particular “sanción” para el Estado que imponía esta norma cuando el encierro cautelar se extendía más de aquel plazo admitido, o lo que es lo mismo, cuando el acusado transitaba más de dos años en prisión preventiva sin haber recaído en esa causa sentencia firme. En ese caso el exceso en el término de duración del encierro cautelar máximo dispuesto (dos años más algunas prórrogas) no importaba la inmediata libertad del acusado, sino que los días que se hubiera excedidos de los dos años se registraban al momento del cómputo de la pena a imponer al condenado, ordenando un “cómputo privilegiado” contabilizando dos días de prisión (como pena) por cada uno que hubiera sufrido en prisión preventiva.

¹⁵⁰ Fórmula evidentemente imprecisa que resulta bastante cuestionable desde el principio de la *legalidad de la coerción procesal*.

Esta norma fue modificada (luego de animados debates propalados y multiplicados por los medios masivos de comunicación) en el año 2001 mediante Ley 25.430, que tuvieron como resultado la derogación del régimen del “computo privilegiado” que antes apuntamos. Por otra parte se suprimió el plazo máximo *fatal* de dos años (y el de seis meses posteriores al dictado de la sentencia condenatoria de primera instancia), con lo cual ahora, una vez dictada esta, no existen más límites temporales a la prisión preventiva en la instancia recursiva, aunque claro sí la agotación de la pena prevista para el delito.

La mayoría de los Códigos contenían normas generales que indicaban la necesidad de culminar el proceso en un *plazo razonable*, tal es el caso de la provincia de Buenos Aires que en el art. 2 de su CPP prescribe que *“toda persona sometida a proceso tendrá derecho a ser juzgada en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas”*; o el de la provincia de Córdoba que en el art. 1 del CPP se dispone que *“El proceso no podrá durar más de dos años, pero si concurrieren las circunstancias previstas en la última parte del art. 337 (casos de suma gravedad y muy difícil investigación), el plazo podrá extenderse hasta un año más, previo el trámite legal, previsto en el art. 283, inc. 4 (trámite de la prórroga de la prisión preventiva)”*.

Los efectos prácticos de estas normativas son de difícil precisión. Discrepancias sobre el carácter “ordenatorio” o no de dichos plazos y las diferencias en cuanto a las consecuencias de su inobservancia –tanto en relación a la continuidad de las causas como en relación a la situación de los imputados– son algunas de las tantas discusiones a las que asistimos reiteradamente en doctrina y jurisprudencia¹⁵¹, donde se terminan legitimando prisiones preventivas extendidas en el tiempo que se cumplen sin ninguna satisfacción de “riesgo procesal” alguno.

Veamos entonces cómo es que se han ocupado algunas de las leyes procesales penales provinciales de este tema.

¹⁵¹ Al respecto ver Daniel Pastor, ob. cit.

Cuadro 10LÍMITES TEMPORALES AL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN
LAS VERSIONES DE LOS CPP

Provincia	Límite duración IPP/proceso	Límite de duración de PP	Observaciones
Buenos Aires	Sí. 2 años	No establece	Duración de la Investigación: Art. 141° del CPP (incorporado por Ley 13.943): "Si el imputado estuviese privado de su libertad, serán fatales los términos que se establezcan para completar la investigación preparatoria y la duración total del proceso, el cual no podrá durar más de dos (2) años". Para la IPP dispone que la misma "...deberá practicarse en el plazo de cuatro (4) meses a contar de la detención o declaración del imputado", prorrogable por dos meses más (art. 282 CPP, incorporado por Ley 12.059).
Chaco	Sí. 2 meses	2 años	Conf. Art. 282 inciso 4) de la Ley 4.538. Duración de la Investigación: El art. 335, establece que la investigación fiscal deberá practicarse en el término de dos meses a contar de la declaración del imputado.
Chubut	Sí. 6 meses o 3 años	No	Duración de la Investigación: Cesará cuando se cumpla el máximo de tiempo de duración de la investigación (6 meses) sin haberse interpuesta la acusación y/o el máximo del procedimiento (3 años) sin sentencia firme, confr. art. 226 y sus cc. 146, 358, 282 y 283.
Córdoba	Sí. 3 meses	2 años	Prorrogables por uno más en causas complejas, art. 283 inc. 4 de la Ley 8.123. Duración de la Investigación: Artículo 337 - Duración. La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la declaración del imputado
Jujuy	Sí. 4 meses	2 años	En caso de sentencia condenatoria puede extenderse un año más en causas complejas, conf. art. 231 del CPP. Duración de la Investigación: art. 367. Duración. La investigación fiscal deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar desde la declaración del imputado.

Cuadro 10
(continuación)

Provincia	Límite duración IPP/proceso	Límite de duración de PP	Observaciones
La Pampa	Sí. 4 meses	No establece	Duración de la Investigación: Artículo 186. La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro meses a contar desde la declaración la indagatoria
Mendoza	Sí. 3 meses	2 años	Podrá prorrogarse por un año en causas complejas, conf. art. 295 inc. 4 Duración de la Investigación: Art. 349. Duración. La investigación fiscal deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación
Neuquén	Sí. 4 meses	No establece	Duración de la Investigación: Artículo 189. La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar desde la indagatoria
San Juan	Sí. 4 meses	2 años	Podrá prorrogarse por un año en causas complejas, conf. art. 368. Duración de la Investigación: Artículo 215. Duración. Prórroga. La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar de la indagatoria
San Luis	Sí. 60 días	No establece	Duración de la Investigación: Artículo 248. Cumplido el término del artículo 106 y radicado el expediente en el Juzgado de Instrucción en lo Penal, Correccional y contravencional, el Juez deberá practicar la investigación dentro del plazo de sesenta (60) días
Tierra del Fuego	Sí. 4 meses	1 año	En caso de que recayere sentencia condenatoria podrá extenderse por otro tanto. Duración de la Investigación: Duración y prórroga. Artículo 189. La instrucción deberá practicarse en el término de cuatro (4) meses a contar de la última indagatoria.

b. La relación del tiempo de prisión preventiva con el proceso penal

Ahora bien, también dijimos que las causas con personas detenidas preocupan de forma particular al sistema, en tanto los plazos que en ellas transcurren no resultan indiferentes para los operadores del

sistema; y además, resulta imperioso, luego de transitado un tiempo considerable con la persona detenida, poder emitir una resolución que legitime el tiempo pasado en prisión.

A este respecto parece claro que si el sistema penal ocupa la mayor cantidad de recursos materiales y humanos en la tramitación de causas por hechos que o bien llegan resueltos o son de muy poca complejidad, la duración de los procesos no debiera tener mayores justificativos.

Así lo dejaba ver el informe conducido por Adrián Marchisio que ya hemos indicado a la hora de analizar la problemática de la *flagrancia*. En dicho informe indica que el 94% de los casos que ingresan al sistema lo hacen el mismo día de haber sido cometido el hecho o dentro de los dos primeros días (lo que confirma las percepciones en relación a la incidencia de la *flagrancia* en la totalidad de la carga de trabajo del sistema penal). Adicionalmente anotan los investigadores que gran porción de estos casos se refieren a delitos contra la propiedad, cometidos en la vía pública y donde la demora entre su comisión y la intervención policial es mínima¹⁵².

Cuadro 11

PORCENTAJE DE CASOS INGRESADOS EN RELACIÓN A LA DURACIÓN DE CADA UNO EN MESES

Categorías	Frecuencia	Porcentaje
No estuvo detenido	130	50,2
De 1 a 3 meses	15	5,8
De 4 a 6 meses	37	14,3
De 7 a 9 meses	22	8,5
De 10 a 12 meses	10	3,9
De 7 a 12 meses	32	12,4
De 13 a 18 meses	5	1,9
De 19 a 24 meses	5	1,9
De 25 y más	3	1,2
Total	259	100,0

Fuente: *La duración del Proceso Penal en Argentina*. Dirección: Adrián Marchisio.

¹⁵² Adrián Marchisio. Ob. cit. Pág. 37.

El informe muestra que la duración de la detención en la mayor cantidad de casos en que se ha aplicado va de los 7 a los 12 meses, cuando –como decíamos antes– la gran cantidad de condenas recaen sobre causas con detenidos en flagrancia.

A propósito, se han relevado tiempos de duración del *proceso* (en general) –lo que nos arrojará el tiempo que debe esperar una persona para obtener una resolución de su situación procesal– que muestran un tiempo aproximado de 14 meses desde la recepción de la declaración indagatoria hasta la realización del juicio oral y público¹⁵³. En niveles similares a estos se reportan las provincias de Córdoba (con una duración promedio de 300 días de duración total)¹⁵⁴, Santa Fe (un tiempo estimado de entre 8 y 12 meses, según las complejidades de las causas)¹⁵⁵ y el Sistema Federal¹⁵⁶.

Evidentemente la ley tiene importantes límites para ocuparse y resolver estos problemas y acortar los procesos penales. El informe de Adrián Marchisio aporta más datos de interés: *“En efecto, del estudio de todos los casos analizados se advierte que en promedio la instrucción dura casi once meses (320 días). El término legal de cuatro meses (artículo 207 del CPPN) solo se alcanza en el 40% de los casos, y el término extendido a seis meses (que es aplicable a los casos sumamente graves y complejos, que, como se ha observado, no son mayoría en el universo analizado) apenas llega al 51% de los casos... existe una franja del 23% de los casos en que la instrucción tardó entre uno y dos años y medio, mientras que también se registró un 8% que demoró entre dos años y medio y seis años”*¹⁵⁷.

¹⁵³ Adrián Marchisio. Ob. cit.

¹⁵⁴ Informe Comparativo. Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina. En *Sistemas Judiciales*, Nro. 3, pág. 35.

¹⁵⁵ Sebastián Narvaja – Luis Schiappa Pietra, *La prisión preventiva en la provincia de Santa Fe*. El dato no ha sido obtenido de informes sistemáticos sobre la materia, sino que obedece a la percepción de los magistrados y funcionarios del fuero penal de Rosario, relevado a partir de entrevistas realizadas en aquella oportunidad. Para ver el trabajo en su totalidad, www.cejamericas.org

¹⁵⁶ Goransky, Mirna, *Hacia un Ministerio Público eficaz, eficiente y democrático. Un estudio comparado*. Ed. Del Puerto. Pág. 78. Se reporta en este trabajo que la duración de los juicios orales es de 6 meses cuando las causas cuentan con detenidos. Resta ver el tiempo de duración de las investigaciones, el informe citado no da cuenta de ello. Lo anotamos, puesto que estos datos resultan consistentes con los que venimos relevando de otros informes sobre el punto.

¹⁵⁷ La duración del Proceso Penal en Argentina. Ob. cit.

Se habrá notado la poca sistematización y precisión en los datos referidos. A pesar de lo cual creemos que sin duda ellos marcan una línea orientadora muy sólida; que son coincidentes con las intuiciones que al respecto hemos relevado en varias de las entrevistas realizadas a abogados, magistrados y funcionarios de la Defensa Penal y consistentes con otros informes sobre la materia¹⁵⁸.

c. Avances respecto a la “razonabilidad” del plazo

Decíamos en otro lugar del informe que la idea de discusión entre las partes sobre el “plazo razonable” de duración de la prisión preventiva no ha sido una convicción instalada en los operadores, y de hecho, lo que sucedía era que la imposición de la misma implicaba una duración inacabada solo alcanzada por los plazos máximos de duración dispuestos en las normas de procedimientos que antes vimos. Pero parece que esas disposiciones de carácter general y abstracto dispuestas en las leyes fueron por lo general invocadas para justificar y legitimar prisiones preventivas extendidas en el tiempo y en las que los motivos por los que fue dispuesta en muchos casos había desaparecido.

Un punto que nos parecía importante destacar es la poca convicción en instalar el punto sobre la oralización de la toma de decisiones en etapas previas al juicio (tanto a nivel legal como jurisprudencial).

Es así que por un lado se han naturalizado prácticas forenses que de la mano del formalismo y el escriturismo (y bajo el nombre de “incidente de excarcelación”) se prestan al intercambio de papeles sin ir al fondo del asunto y desinteresándose de generar verdaderos debates sobre la existencia o no peligros para el proceso. Vemos que las discusiones giran más en disquisiciones dogmático-procesales (de encuadramiento típico, etc.) que en discusiones sobre los hechos del caso que den cuenta de los “riesgos” que habilitan (o no) el encierro preventivo.

Esta indiferencia en lo que hace a la producción de información relevante para tomar decisiones se traslada a una notable falencia en la fundamentación de las mismas, que en lo que se refiere al tiempo de duración se ve reflejada en la imposición de la medida *sine die*. Pare-

¹⁵⁸ Los informes a los que referimos son aquellos que hemos citado en este informe (informes de seguimiento de CEJA – disponibles en www.cejamericas.org– que refieren a la situación en Argentina, informes del CELS, el conducido por Adrián Marchisio, el informe de CIPPEC sobre el *costos de la prisión preventiva*, etc.) y que nos permiten acercarnos a formar algunas conclusiones, aunque resulta claro que no son suficientes para dimensionar con precisión esta variable.

ce no estar asumida la importancia de contar con un *plazo razonable* de duración de la prisión preventiva, el cual no puede sino obtenerse en el marco de la realización de audiencias orales y públicas en donde las partes puedan discutir las exigencias investigativas en términos temporales, la extensión en el tiempo de las causas que hacen a la *peligrosidad procesal* del imputado, y otras consideraciones de hecho que puedan impactar en esta variable.

Sin esta previa discusión entre las partes donde cada una exponga los motivos por los cuales solicitan el plazo de duración de esta medida cautelar, razones de la solicitud de esta medida puntual, las medidas de investigación que se quieren proteger, etc.; es decir, la vinculación del plazo a las demandas que las partes (fiscal o querellante) realicen respecto del caso concreto, lo cierto es que poco lograremos en miras a dotar de racionalidad a estos plazos. Es evidente que el tiempo en abstracto previsto en la ley podrá ser un indicador para racionalizar el “sistema procesal” donde esté inserta esta norma, pero en modo alguno es suficiente para otorgar razonabilidad a la aplicación de la medida en ese caso¹⁵⁹.

5. Prisión preventiva y procedimientos abreviados

Otra de las preocupaciones que genera el alto número de presos preventivos con los que funciona el sistema criminal en nuestro país es el complejo escenario generado por una práctica forense que combina *prisión preventiva* con declaraciones de culpabilidad en el marco de los llamados *juicios abreviados*¹⁶⁰. Los reparos efectuados a estas prácticas son frecuentes y tienen relación con la posible infracción al “bloque de constitucionalidad” que muchos de estos procedimientos podrían implicar. Declaraciones obtenidas bajo coerción¹⁶¹ y negación del derecho al *juicio previo* son algunas de las varias impugnaciones que podemos ver a menudo denunciar por doctrina y jurisprudencia comprometida con la tutela de las garantías individuales¹⁶².

¹⁵⁹ Adicionalmente, vale apuntar que la instalación de la discusión en audiencia pública de los plazos de duración de la prisión preventiva interpela fuertemente a la calidad y eficiencia de la investigación penal.

¹⁶⁰ Para tener una dimensión del problema pueden verse varios artículos compilados por Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, “*El procedimiento abreviado*”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

¹⁶¹ Ver artículos de Mario Magariños y John Langbein en “*El procedimiento abreviado*”. Ob. cit.

¹⁶² Existen varios casos, entre los que destacamos: - “Osorio Sosa Apolunio”, T. Oral Crim. N° 23, 23/dic/1997 (L.L., t. 1998-B, págs. 794/813. Disidencia en minoría del Dr. Magariños que vota por la inconstitucionalidad del artículo 431 bis del

Y a pesar de la inexistencia de información fiel respecto a cómo funcionan los Tribunales penales de nuestro país en relación a estas prácticas¹⁶³, es una convicción bastante asentada en operadores, imputados y otros funcionarios vinculados al sistema criminal, que la cantidad de penas aplicadas en el marco de declaraciones de culpabilidad viene en aumento y es muy superior a los condenados en juicio.

El impacto negativo para la vigencia de las garantías resulta evidente si enfrentamos este instituto con un proceso penal escrito, burocrático, en donde el acusado que se encuentra *preso*, prácticamente no tiene contacto con su defensor, no cuenta con una fecha cierta de finalización de su prisión, no sabe cuándo se realizará el juicio oral y tiene la íntima convicción que puede transitar en ese “estado” algo más que un par de años.

En ese escenario, la combinación con el encierro preventivo hace operar un disuasorio perfecto para que el acusado decida no ejercer todos los derechos que las leyes les otorgan y acepte una penalidad a cambio de algunas “certezas”, aunque más no sean las de los días de encierro que le quedan por delante.

El uso de la prisión preventiva en estos casos y en combinación con el instituto del procedimiento abreviado desnuda funciones “latentes” punitivas del proceso penal enmascaradas en supuestos “riesgos procesales”, que junto con desnaturalizar el instituto del *juicio abreviado*, quiebra por completo el sistema de garantías penales y procesales dispuestas a favor de las personas acusadas de cometer delitos. La asimilación de este escenario con tiempos pretéritos donde el inquisidor obtenía declaraciones de culpabilidad a partir de la utilización de instrumentos de tortura (el encierro preventivo en lugares con dudosa condiciones de habitabilidad y permanencia de acuerdo a estándares mínimos de humanidad puede constituir uno de ellos) sigue siendo

Código Procesal Penal de la Nación; - “Wasylyszyn, Miguel Ángel”, Causa 454, T. Oral Crim. N° 20, 23/sep/1997. Disidencia del Dr. Niño que vota por la inconstitucionalidad, en “Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal”, Año IV, n° 8 A, pág. 623.

¹⁶³ Salvo datos aislados y generados por la algún funcionario particularmente interesado, prácticamente no existen datos en los sistemas criminales (o por lo menos no son de acceso público) que indiquen qué cantidad de condenas por procedimientos abreviados se dictan en contraposición a las condenas dictadas en juicios orales, cuál es el monto de las penas aplicadas en juicio oral y cuál el monto de penas aplicadas en procedimientos abreviados, cantidad de condenas en juicios abreviados en donde el acusado haya estado preso en prisión preventiva, etc.

una noción tan dura como realista, que nos interpela fuertemente por estas latitudes¹⁶⁴.

Consultado al respecto sobre la problemática, Gabriel Ganón¹⁶⁵ (Defensor General del Departamento Judicial de San Nicolás, provincia de Buenos Aires), nos confirmaba esta preocupación y explicaba esta a partir de datos muy concretos: *“...tomando números recientes, de enero a julio de 2010... Desde el 1 de enero hasta el 31 de octubre de 2010 los Defensores Oficiales del Departamento Judicial a mi cargo intervinieron en 9 juicios orales y acordaron la realización de 141 procedimientos abreviados, de los cuales se impusieron 75 sentencias condenatorias del Tribunal Oral Criminal N° 1 y 66 de los Juzgados Correccionales de este Departamento. Asimismo, de las 75 sentencias condenatorias del Tribunal Criminal N° 1, 58 fueron de penas de efectivo cumplimiento, y de las 66 sentencias condenatorias de los Juzgados Correccionales 38 fueron de penas de efectivo cumplimiento...”*.

Claro que una cosa bien distinta es analizar la utilización de este instituto en un contexto de fuertes incentivos para generar espacios de negociación entre acusación y defensa, en donde ambas partes tengan elementos ciertos y concretos para concurrir a esta negociación, y donde la “centralidad del juicio oral y público” como instancia de definición de ejercicio de derechos previos a la aplicación de penas cobre un rol central en el funcionamiento del sistema criminal.

Entre aquellas precisiones que apuntamos, una rutilante resulta ser la posibilidad concreta que debe tener una persona de ejercer su derecho a un juicio oral y público donde se dirima su responsabilidad; y que –obviamente– esa fecha de realización no se extienda en el tiempo de forma inusitada.

Concretamente, parece que existen algunas experiencias que van en este sentido, donde la realización de juicios orales puede preverse con alguna precisión, en contraposición a otros donde sabemos que los tiempos superan incluso el par de años.

¹⁶⁴ Langbein, John (1978), “Torture and plea bargaining”, The University of Chicago Law Review, vol 46. También ver del mismo autor artículo publicado en “*El procedimiento abreviado*”, Editores Del Puerto. Ob. cit., esta versión en idioma español.

¹⁶⁵ Entrevista Dr. Gabriel Ganón. Defensor General del Distrito Judicial de San Nicolás.

Ya hace algunos años del informe conducido por Marchisio¹⁶⁶, que hemos citado antes. Una de las preguntas era “...cuánto tiempo debe estar una persona presa para obtener una sentencia...”. Los resultados arrojaron que desde el tiempo transcurrido entre el primer llamado a indagatoria y la sentencia del tribunal oral (es decir, no se tiene en cuenta la instancia recursiva), en promedio, transcurren 14 meses.

En la actualidad, y pasados algunos años de aquel informe, los datos siguen confirmando esta tendencia. En la provincia de Santa Fe, según el informe “Memoria y Balance”¹⁶⁷ de la CSJ de la provincia, vemos que los tiempos promedio para decidir los casos (aunque no contamos con datos sobre tiempos de sentencias condenatorias) son verdaderamente alarmantes:

- para resolver que no existen elementos para continuar la investigación, 216 días promedio.
- para desestimar una denuncia porque la misma no configura un delito, 181 días.
- para resolver que el hecho no se cometió o no encuadra en una figura penal, 348 días.
- para otorgar una suspensión del juicio a prueba, 533 días.

En la provincia de Buenos Aires, tomando la “línea de base” de la cual partió el “Plan de fragancia”, los tiempos contados en días para la realización de juicios orales en la justicia criminal eran de 620¹⁶⁸, y este es un número que se reitera en varios distritos del país.

En esos escenarios –bastante asimilables a muchas otras provincias argentinas según las entrevistas realizadas–, con los altísimos índices de presos preventivos que sabemos existen, son pocos los incentivos para rechazar un acuerdo de culpabilidad, y por cierto, pocos también aquellos que abonen la decisión de ejercer el derecho a un juicio.

¹⁶⁶ *La duración del proceso penal en la República Argentina*. Investigación dirigida por Adrián Marchisio. Ed. Konrad Adenauer Stiftung. Año 2004. Se trata de un estudio empírico sobre tribunales penales de la Ciudad de Buenos Aires, durante el año 2000, y a partir de una muestra constituida por 190 casos entre un total de 3.354 que llegaron a sentencia de primera instancia, 206 casos de la CNCP y 70 de la CSJN.

¹⁶⁷ CSJ de la provincia. Segunda edición. Noviembre de 2005.

¹⁶⁸ Cristián Riego – Luciano Hazan. “La oralidad en las etapas previas al juicio. La experiencia en Mar del Plata”. CEJA/INECIP. Cit.

Esto ha pretendido revertirse con las reformas de última generación que tuvieron como nota distintiva la *radicalización de la oralización*¹⁶⁹ (ahora a las etapas previas al juicio oral) y reformulación de la gestión de tribunales. En estas reformas se dispuso en los momentos iniciales del caso y a pocas horas de detenida la persona, la necesidad de realización de una audiencia ante el Juez que, a un tiempo de controlar la detención efectuada, sirva para “organizar” la marcha subsiguiente del proceso y se disponga una programación del caso a días vista, con posibilidades de formular diversas peticiones sobre el mismo (entre las que se encuentran la aplicación de medidas cautelares).

A la vez de tener certezas sobre los tiempos del proceso desde los primeros momentos de la causa, se compromete a los actores a que concurran a esa audiencia con algunas definiciones estratégicas que impactaran a lo largo del caso y simultáneamente se pueda estimar, ya desde estos primeros momentos, fecha cierta de realización de Juicio Oral. El escenario adecuado para generar un entorno de “negociación” ahora cambia por completo.

Esto ha sido lo que podemos advertir de experiencias en la provincia de Chubut y en el desarrollo del Plan de Flagrancia en la provincia de Buenos Aires, y en particular en el denominado “Plan Piloto Mar del Plata”¹⁷⁰.

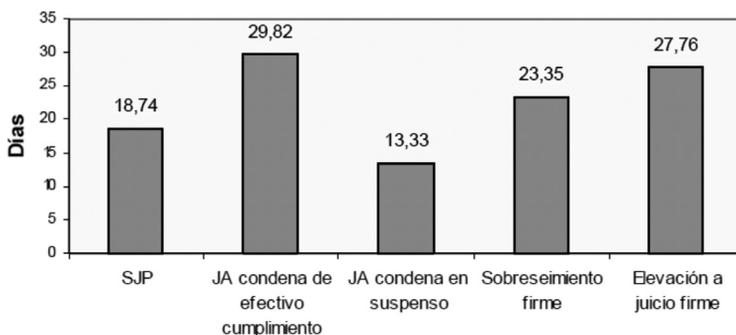
En el marco del “Plan Piloto” se acordó –solo para delitos *flagrante*– la realización de una audiencia con fines múltiples (salidas alternativas, procedimiento abreviado y discusión de cautelares) en un término máximo de 5 días de haber acaecido la detención, y entre el cronograma de días acordado se dispuso que los juicios orales se debían realizar en un lapso no mayor de 60 días (lo que ha generado altísimos incentivos para la generación de acuerdos tempranos).

Veamos entonces algunas cifras, en primer lugar los cambios rotundos en relación al tiempo que le ocupa al sistema arribar a decisiones sobre salidas tempranas, lo cual a la vez de permitir racionalizar esfuerzos de los operadores en causas complejas, permite poner fin a los procesos en plazos razonables, elemento de alto impacto respecto al uso del encierro preventivo.

¹⁶⁹ Angela Ledesma, ob. cit. pag.

¹⁷⁰ “La oralidad en las etapas previas al juicio. La experiencia de Mar del Plata”. Ob. Cit.

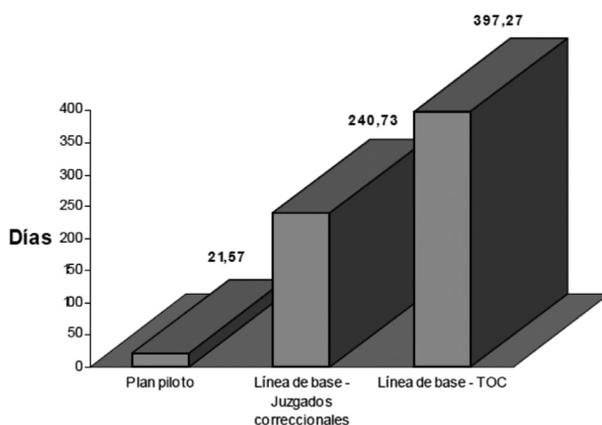
Gráfico 7



Fuente: Informe CEJA Plan Piloto Mar del Plata. Muestra del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2005. Datos de la OGA.

Pero la contundencia de los datos es mayor cuando advertimos la divergencia entre los tiempos apuntados antes y la “línea de base” de la cual partió aquel informe; por ejemplo resulta ello contundente en materia de reducción de tiempos para la resolución de la aplicación de sanciones en el marco de procedimientos abreviados, tema que nos convoca en este punto y entendemos medular a la problemática analizada.

Gráfico 8

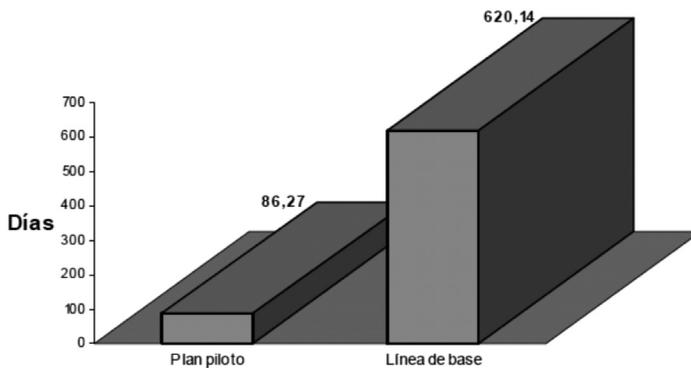


Fuente: Informe CEJA Plan Piloto Mar del Plata. Línea de base octubre-noviembre de 2004. OGA octubre-noviembre de 2005.

Con estos datos no queremos pretender descartar muchas de las problemáticas que hemos apuntado antes vinculadas a la utilización del procedimiento abreviado, que sin duda se vinculan a muchos otros problemas del sistema criminal (como por ejemplo al rol que asuma la Defensa Penal). Lo que parece claro es que en un escenario donde la utilización de estos procedimientos se da en los primeros momentos de la investigación de los delitos, la situación del acusado cambia fuertemente, y este instituto tiene menos posibilidades de operar como un incentivo coercitivo para obtener declaraciones de culpabilidad viciadas.

Lo que venimos diciendo no puede comprenderse acabadamente si no cotejamos esa cuestión con el tiempo que se toman los sistemas criminales para decidir la aplicación de una pena previo haber atravesado por un juicio oral y público. Nuevamente, si tomamos el “Plan Flagrancia Mar del Plata” advertimos que los tiempos propuestos para la ejecución del juicio oral y público se cumplieron de forma contundente, lo que sin duda genera un escenario propicio para establecer acuerdos, operando la realización del juicio oral como el mejor incentivo para la generación de acuerdos.

Gráfico 9



Fuente: Informe CEJA Plan Piloto Mar del Plata. Línea de base octubre-noviembre de 2004. OGA octubre-noviembre de 2005.

Es notable la disparidad temporal existente entre la “línea de base” del informe y los tiempos que el sistema criminal maneja en el “Plan

Piloto". Realmente hablar del "derecho a un *juicio previo*" es algo muy distinto en uno y otro caso. Parece algo más fácil de dimensionar (y sobre lo cual negociar) cuando sabemos que si decidimos ejercer el derecho a dirimir el caso en juicio este se realizará en un par de meses máximo, y otra muy distinta cuando debemos esperar más de 2 años (y en muchos casos con el imputado en prisión) para ejercer ese derecho.

En la tónica que comentamos anotamos a la provincia de Chubut. Allí también observamos importantes resultados en lo que refiere a la certeza en cuanto a los tiempos que requiere la realización de diversas etapas del proceso penal y en particular el tiempo transcurrido para la resolución de la culpabilidad o inocencia del imputado en juicio oral.

De acuerdo a informes facilitados por la Directora General de Estadística e Indicadores Judiciales de la Secretaría de Informática Jurídica del Superior Tribunal de Justicia del Chubut¹⁷¹, las causas que llegaron a juicio en el período que va desde la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal (1 de noviembre de 2006) al 31 de julio de 2010 demoraron en promedio 10 meses en resolver la situación para todos los imputados. La mitad tuvo una duración de hasta 9 meses.

En definitiva, si bien resulta apresurado aventurar conclusiones al respecto –por lo menos en base a la poca información empírica existente a nivel nacional–, entendemos que el impacto de la oralización de las etapas previas al juicio a la hora de reorganizar los tiempos del proceso penal y entregar certeza a los involucrados a este respecto, es sin duda un logro importante. En este sentido parece claro que la imposición de una audiencia oral y pública que concentre a Imputado y Defensor, Fiscal y Juez en los primeros momentos del caso tiene un alto impacto en estas variables. A su vez ello facilita la generación de acuerdos que permiten se economicen esfuerzos y opera como un contraincentivo valioso a la hora de pretender utilizar los acuerdos de culpabilidad en forma coercitiva. Por último, parece claro que la imposición de un sistema de audiencias ha permitido reducir los tiempos de las causas, lo que sin duda impacta en la reducción de los tiempos de duración de prisión preventiva, aunque no está tan claro este impacto en el número total de presos preventivos.

¹⁷¹ Agradezco la colaboración prestada, los datos entregados y las consultas evacuadas a los autores del informe tanto de parte del Secretario de Informática Jurídica de esa provincia, el Dr. Guillermo Cosentino, como a la Directora General de Estadísticas e Indicadores judiciales, la Lic. Gabriela Benedicto.

6. La duración de la detención a la espera de la resolución de prisión preventiva

La pregunta que motiva este acápite es la siguiente: ¿Cómo operan nuestros sistemas de justicia penal en los primeros momentos del caso cuando el imputado está detenido, y cuánto tiempo transcurre entre la detención y el dictado de la resolución que termina con esa “indefinición” de la situación procesal del imputado?

El tiempo que transcurre en los primeros momentos en que es detenida una persona es crucial para la definición de su suerte en el proceso. Entre que se la detiene y ella es puesta ante el Juez transcurren minutos de suprema importancia, tanto para el acusado como para el estado en su misión de persecución de los delitos. A pesar de ello, no parece haber en nuestro país una preocupación particular, por el contrario, hemos advertido amplísimos márgenes de discrecionalidad de parte de las agencias judiciales en el uso del tiempo en estos primeros momentos del caso, ya sea porque existen habilitaciones normativas que así lo permiten o, cuando ello no es así, porque recurren a prácticas forenses aceptadas como inexorables por todos los operadores.

Queremos poner especial atención en el punto, ya que el tema en cuestión es especialmente considerado por convenciones internacionales a las que nuestro Estado ha adherido. Al respecto la CIDH en el precedente “Bayarri”¹⁷² ha destacado que resulta un imperativo para los Estados parte asumir esta problemática. Ha dicho el Tribunal en ese precedente que “...la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial...” y que esta es “...una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones...” (Consid. Nro. 63); y luego, con mayor detalle en relación a la cuestión temporal, dispone el fallo que “...Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora... (...) ...tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel (Consid. Nro. 67).

Dicho esto, nos parecía entonces relevante tomar nota de cuáles son las exigencias legales y las prácticas forenses en casos concretos de nuestros procesos penales respecto a las posibilidades de disponer el encierro de una persona durante la investigación penal, y muy especialmente durante cuánto tiempo puede tenerse a una persona

¹⁷² Caso “Bayarri”. CIDH, Informe 2/01, aprobado el 19 de enero de 2001.

encerrada hasta tanto una resolución judicial dé motivos suficientes para ello.

No es el caso ingresar aquí en la forma, modos y decisiones político criminales que existen en las agencias de seguridad y que ordenan las prácticas de detención de personas. Tema que sin duda merecería un particularizado análisis que dé cuenta del impacto que las prácticas policiales tienen –en particular la de detener para “averiguar antecedentes”– en la cantidad de personas aprehendidas y cuál es el resultante sobre la variable de presos preventivos¹⁷³.

Solo nos interesa ahora poner atención en cuál ha sido el manejo que ha hecho el sistema criminal una vez operada esta detención, en esos primeros momentos de la investigación penal, cuando el imputado se encuentra privado de la libertad y con derecho a *recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales* (art. 7, inc. 6 CADH); y cuál es el tiempo que transcurre hasta que la autoridad jurisdiccional decide imponer la prisión preventiva.

Las impresiones que hemos podido relevar son bastante frágiles, algo confusas y poco sistemáticas y hasta diríamos que en muchos operadores pareciera que la precisión respecto a los motivos y tiempos del encierro en los primeros momentos del caso no está para nada clara, evidenciando una condescendencia o relajación respecto a esta cuota de discreción con que el sistema criminal parecería operar.

El tiempo que ocupa al sistema desde que se detiene a la persona y un Juez le da buenas razones para comprender cuáles son los motivos por los que está preso es un tiempo crucial y debe ser medido con precisión. Además, sobre el particular, existen recomendaciones de tribunales internacionales (como las que hemos visto antes) que en modo alguno podemos dejar de desatender.

¹⁷³ Para tomar dimensión de lo que venimos diciendo vale la pena tener en cuenta estas cifras: “...Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, la cantidad de aprehensiones realizadas por la policía en 2008, en comparación con el año 2007, también se incrementó: de 11.106 en enero de 2007 a 12.027 en el mismo mes de 2008 y de 11.850 en octubre de 2007 a 14.657 un año después. En síntesis, en el período enero-octubre de 2008 fueron detenidas 26.910 personas más que en el mismo período del año anterior...”. Extraído del Informe Anual 2009. Derechos Humanos en Argentina. CELS, pág. 137. Disponible en www.cels.org.ar

En todo ello la forma en que los códigos de procedimiento han regulado la actuación del Juez de Instrucción (o de los Fiscales durante la investigación en su caso) resulta ser un dato central y configurador de una política criminal discrecional y sin controles muchas veces desatendida. Veamos.

En el marco del CPPN, una vez practicada la detención por un funcionario o auxiliar de la policía, el código adjetivo establece que deberá presentar al individuo *“inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente”* (art. 286 del CPPN), para que si hubiere motivo bastante para sospechar que ha participado en la comisión de un delito, *“el juez proceda a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención”*. Plazo que puede prorrogarse *“cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para designar defensor”* (art. 294 del CPPN). Finalizado este acto procesal, *“en el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado...”* (art. 306); disponiendo, además, si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 312 del CPPN, la prisión preventiva o si estimare que *“no hay mérito para ordenar el procesamiento ni tampoco para sobreseer ... dispondrá la libertad de los detenidos que hubiere, previa constitución de domicilio”* (art. 309 del CPPN).

En los sistemas que tienen como fuente la ley procesal penal de la Nación –ver Cuadro 1, segunda columna–, la resolución de un juez dando razones suficientes para legitimar que una persona espere el juicio encerrada en prisión viene luego de pasados, en el mejor de los casos, 11 días de que fue detenido¹⁷⁴. Téngase en cuenta que si bien la “Declaración Indagatoria” debe ser recibida por el Juez¹⁷⁵

¹⁷⁴ Esos días pueden variar sustancialmente. Nos explicaban que en la provincia de Tierra del Fuego este plazo se extiende algunos días más, puesto que allí se toman días hábiles y no días corridos, además, y para el caso que el acusado decida ampliar su declaración indagatoria, el plazo renace nuevamente, y por último, cuando existen varios imputados, el plazo comienza a contarse desde que el último de los imputados fue “indagado”. Y de acuerdo a las entrevistas realizadas pareciera que el sistema opera en forma bastante coincidente en varias provincias.

¹⁷⁵ Es sabido que prácticamente en ningún caso estas declaraciones son recibidas por el Juez, por lo general se prestan ante algún empleado administrativo del tribunal.

en un lapso que no puede superar las 24 h. desde que fue detenido (prorrogable por otro tanto), lo cierto es que en este acto no se dan explicaciones de ningún tipo que sustenten la decisión de dejar presa a esta persona. Esas explicaciones son las contenidas en la resolución que resuelve la *situación del imputado* y eventualmente aplica la prisión preventiva, el auto de procesamiento.

Deberá además tomarse nota que en estos sistemas el acusado no ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa respecto a la aplicación o no de la prisión preventiva desde que la misma se decide en forma conjunta con el auto de *procesamiento*. Recién se hará operativo este derecho, y de forma bastante acotada, en la alzada y para impugnar los argumentos por los que la resolución dispone el encierro preventivo.

El caso de la provincia de Córdoba resulta paradigmático y digno de resaltar. Como hemos visto, en esa provincia el Fiscal de Instrucción es quien decide no solo la detención de la persona, sino el que además –previo decreto fundado– impone la prisión preventiva. El Fiscal de Instrucción debe tomar declaración al imputado (atribución de cargos) en un término no mayor de 24 h. de su detención; y a partir de allí comienzan a correr 10 días para el dictado de la prisión preventiva (arts. 336 y 281 del CPP). Como hemos dicho, incluso cuando fuera dictada la medida, el juez todavía no ha tomado contacto con el caso.

Luego que el Fiscal dispone por decreto fundado la prisión preventiva, el defensor del imputado puede oponerse en el plazo de 3 días corridos. Esta “oposición” se presenta ante el mismo Fiscal que dictó la medida y él la puede revocar. Según lo que decida (por lo general, mantiene su posición) el “expediente” se remite al “Juez de Control”. Recién allí un juez toma contacto con el caso y decide a quién de las partes asiste razón. Asimismo, el magistrado tiene un plazo de 3 días para resolver (art. 338), y según nos cuentan existen notables demoras en el cumplimiento de estos plazos. Eventualmente si el Juez de Control confirme la prisión preventiva, el defensor del imputado puede impugnar la resolución y entonces el expediente se “eleva” a la cámara de Acusación, con renovados plazos para resolver.

Al respecto nos explicaba una colega “..Si tenemos en cuenta que la declaración no solo le da la posibilidad al imputado de acceder a las actuaciones, de defenderse, de comenzar a contar los plazos para la Investigación Penal Preparatoria, para la Prisión Preventiva, etc; en

*este primer acto esencial es donde radica el primer gran problema del sistema...*¹⁷⁶

En la vereda opuesta contamos a la provincia de Chubut. En esa provincia la prisión preventiva se resuelve, como máximo, dentro de las 48 h de detenida a una persona, en audiencia oral y pública.

Dispone al respecto el art. 219 del CPP de esa provincia que *“...De otro modo (cuando no se opte por la liberación del imputado), el fiscal, o la víctima en su caso, debe solicitar la prisión preventiva al juez competente o, en su defecto, al juez más próximo, por requisitoria fundada, ofreciendo demostrar los presupuestos correspondientes. La misma obligación regirá cuando el fiscal pretendiere la aplicación de la medida sustitutiva del inciso 1° del artículo 227. En los demás casos rige el artículo 236. La audiencia debe llevarse a cabo a más tardar dentro de las veinticuatro horas de producida la aprehensión...”*.

Y en la misma sintonía se cuenta al funcionamiento del sistema en el marco del plan de oralización de las audiencias previas en la provincia de Buenos Aires, en donde el imputado una vez detenido es puesto a disposición del Juez si el Fiscal decide transformar la *aprehensión* (en flagrancia) en *detención* y luego, en un lapso no superior a 5 días, se resuelve la aplicación de la prisión preventiva o no.

Más allá de las particularidades de cada sistema podemos advertir claramente que el tratamiento y preocupación resultan absolutamente diversos en cada uno de los sistemas que apuntamos.

En unos directamente esto no es una preocupación relevante o por lo menos no ha habido prácticas forenses que se hagan cargo de la situación en este sentido. Por el contrario, la oralización de las instancias previas al juicio en aquellos sistemas que así lo han decidido, ya sea para la totalidad de los casos o bien para las causas flagrantes, ha demostrado una preocupación latente sobre la cuestión, instando a que en los primeros momentos del caso exista un contacto real del imputado con el Tribunal, para que entonces operen incentivos que

¹⁷⁶ Entrevista a la Dra. Patricia Soria a quien agradecemos especialmente la colaboración prestada. Vale anotar que la provincia de Córdoba se encuentra ejecutando un “plan piloto” de Oralización de Audiencias previas al juicio en la localidad de San Francisco, en donde se recibe declaración al imputado en el término de 5 días y en ese lapso se discute la aplicación de medidas cautelares en audiencia pública. Todavía no tenemos resultados concretos de esa iniciativa, aunque se auguran –por las primeras informaciones al respecto– interesantes avances en la materia.

contribuyen a generar un escenario de mayor respeto a las garantías de los justiciables en estos primeros momentos del caso.

CAPÍTULO 3

LOS IMPULSOS DE “CONTRARREFORMA” Y SUS PARTICULARIDADES EN ARGENTINA

1. ¿Por qué hablar de “contrarreforma” en Argentina?

El término *contrarreforma* ha sido utilizado para indicar las regresiones que padecieron los sistemas reformados en materia de regulación de la prisión preventiva en los años posteriores a la entrada en vigencia¹⁷⁷.

Si bien en lo que sigue nos ajustaremos a este aspecto –tanto por cuestiones de extensión del informe como por el recorte que demarca el objeto del mismo–, parece interesante advertir que el término denota no solo aquel instituto del sistema criminal (la prisión preventiva), sino que se inscribe en un proceso bastante más abarcativo que alcanza gran parte de las problemáticas relaciones entre los derechos y garantías de las personas y la eficacia y eficiencia en la persecución penal en las dinámica propuesta por los procesos de reformas.

Resulta altamente significativo el espacio otorgado en medios de comunicación a un discurso sobre la “cuestión penal”¹⁷⁸ proveniente de diversos estamentos sociales, políticos e ideológicos que pregonan por el aumento del poder de las agencias de seguridad del Estado a cambio de un relajamiento en el respeto de los derechos de las personas involucradas en las investigaciones penales. Muchos de estos reclamos se concretizan en pedidos de reforzamiento de las facultades policiales, otorgamiento de mayor discreción a la hora de detener personas, disminución de la edad de punibilidad, “ablandamiento” de las exigencias de respeto de garantías individuales en la investigación criminal y una suerte de “alteración de la carga de la prueba” para casos que dicen excepcionales, entre varios otros ítems.

Este es el contexto en que debemos analizar a estos rebrotes de recetas “procesales” que tienen por misión restringir las posibilidades de

¹⁷⁷ Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y perspectiva. Ob. cit., pág. 57.

¹⁷⁸ Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

transitar el proceso penal en libertad con el afán de hacer de él un instrumento más eficaz para combatir la “delincuencia”.

Ahora bien, hemos visto en este informe que en los años 40 se inicia en la provincia de Córdoba el proceso de reformas de los sistemas procesales, el que con avances y retrocesos continúa hasta nuestros días. Este proceso de reformas –en sus distintas variantes y etapas– no trajo aparejado una disminución considerable del recurso a la prisión preventiva. Ha corrido agua bajo el puente y ríos de tinta se han vertido resaltando la importancia de respetar el “principio de inocencia” de los imputados, fallos de tribunales superiores, recomendaciones y fallos de organismos y tribunales internacionales, etc. A pesar de todo, la situación en Argentina sigue siendo preocupante, pues no se advierten modificaciones sustanciales, y antes bien, asistimos a una regresión en algunos aspectos centrales de la problemática.

De modo tal que para hablar de “contrarreformas” en nuestro contexto hay que hacerlo dejando a salvo que el término deberá ser utilizado aun cuando entre nosotros las reformas procesales no han impactado sobre la forma y el modo en que se recurre al uso de la prisión preventiva. Antes bien, advertimos que a pesar de los ya extendidos aumentos de cantidad de presos (y de presos preventivos en particular), han habido reformas que, no satisfechas con estos datos, pugnaron por endurecer aún más el régimen penal y procesal teniendo como directa consecuencia un considerable aumento de la cantidad de personas privadas de la libertad y de personas sometidas a encierro preventivo. En este sentido, podemos decir, entonces, que estamos atravesando un importante proceso de *contrarreformas*, que tiene aristas preocupantes y requieren ser puestas de resalto.

Entendemos pertinente hacer la aclaración por cuanto en otros lugares de América Latina se ha utilizado esta terminología para referir a procesos que tienen un grado de avance distinto al argentino¹⁷⁹, y sobre todo, con un alto nivel de impacto en lo que hace al encierro cautelar¹⁸⁰, cosa que dista mucho de asimilarse a lo sucedido por nuestras tierras.

¹⁷⁹ Caso Chile, Bolivia, etc. Ver informe CEJA. “*La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva, en Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectiva.*” CEJA. Mauricio Duce – Cristián Riego, Directores de la investigación y editores.

¹⁸⁰ Ob. cit., pág. 40.

Como dato que corrobora lo que venimos describiendo, tomemos el informe con que se abre la primera publicación de CEJA sobre Prisión Preventiva¹⁸¹. Puede advertirse allí que la única provincia que no disminuyó el uso de la prisión preventiva, luego de entrada en vigencia la reforma del año 1997, es la de Buenos Aires, Argentina. Así es que la provincia contaba con el 84,2% de presos preventivos en el año 1997 y cuatro años después (2001) con 87,1%, incluso en este período aumentando exponencialmente la cantidad de presos preventivos de 9.719 a 20.123¹⁸².

Con todo, el objetivo del presente capítulo es describir cómo han proliferado una serie de acciones –sobre todo de carácter legal– que han tenido por objetivo restringir las posibilidades de que el imputado transite en libertad el proceso penal a la espera de realización del juicio, contraviniendo la lógica “cautelar” del encierro previo a la sentencia. A la vez, mostraremos de qué forma han impactado estos impulsos que llamamos “contrarreformistas” tanto en los aspectos estrictamente legales como en prácticas y actuaciones concretas de los operadores del sistema de justicia criminal.

2. La contrarreforma en el discurso sobre la seguridad pública

La República Argentina hace ya unos años que asiste a un quiebre definitivo del modelo “tradicional” de gestión de la seguridad. Durante varias décadas en nuestro país la cuestión vinculada a la producción de niveles de seguridad aceptables, la gestión de la conflictividad social, y en general todo aquello que tiene que ver con la ponderación de la situación criminal y la consiguiente programación y puesta en marcha de políticas para el sector, ha estado entregado a las “fuerzas de seguridad”, en un acuerdo tácito en donde unos ofrecen libertad y discrecionalidad (los estamentos políticos) y otros “garantizan” estándares mínimos y tolerables de convivencia con un cierto nivel de criminalidad¹⁸³.

¹⁸¹ Ob. cit. ídem.

¹⁸² Mauricio Duce y otros. Ob. cit. Tablas Nros. 8. y 9. Vale recordar que los autores explican una disparidad en los datos informados sobre el año 1997 por dos informes anuales del CELS del año 1997 y el del año 2008 (fuente de donde se obtienen estos números). A pesar de todo, los índices siguen indicando un aumento importante del recurso a la prisión en general y a la preventiva en particular en la provincia.

¹⁸³ Al respecto ver Saín, Marcelo: *Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en la Argentina*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Año 2002.

En lo que hace a la relación de las agencias de seguridad (léase policías de provincia) con los estamentos judiciales ha operado una clara división y ruptura entre ellos, evidenciando claramente que las definiciones político-criminales y gestión de la criminalidad han sido entregadas absolutamente a las primeras. A pesar de que los códigos de procedimiento de provincia ponen en cabeza de los Jueces de Instrucción –y en algunos casos como vimos de MPF– la responsabilidad sobre la marcha de la investigación criminal (intervención, selección de causas, etc.)

Lo cierto es que en los hechos esta ha sido una tarea asumida por las fuerzas de seguridad que, por medio de las facultades de “delegación de la investigación”, los Jueces desde un primer momento entregan a las fuerzas policiales. Son ellas entonces quienes en base a criterios propios organizan y definen la actividad de investigación y persecución criminal o, en su caso, mensuran en base a criterios propios la necesidad y posibilidades concretas de avanzar en la investigación de delitos.

Este escenario, en un contexto de una organización judicial de los tribunales de Instrucción desconectados de las fuerzas policiales y de seguridad, organizados a partir de estamentos aislados (gracias a normas de “competencia” territorial), incomunicados entre sí, con poca capacidad de organización común y sin ninguna –o muy básica– relación entre cada uno de ellos, conforman un cuadro de absoluta incapacidad de parte de la instancia Judicial (Jueces y Fiscales) de interferir sustancialmente en la configuración en terreno de la política criminal.

Por fin, una fuerza policial que se ha caracterizado por organizar de forma conjunta y sin distinguir misión y funciones de prevención de delitos (policía en función administrativa) con la policía en función de investigación criminal, lo que ha dificultado en gran medida la posibilidad de tan solo pensar la organización de un cuerpo profesionalizado de investigadores de delitos¹⁸⁴.

Este rápido escenario descrito –que no pretende ser exhaustivo por cierto– desde hace un par de décadas, sobre todo a partir de los años 90, ha sido puesto en crisis¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Sobre el particular, ver Marcelo Saín. Seguridad, Democracia y Reforma del Sistema Policial en Argentina. Ed. Fondo de Cultura. Año 2002. Pág. 76.

¹⁸⁵ La reforma policial en la provincia de Buenos Aires iniciada en la gestión del ministro Arslanián ha sido un punto de inflexión en la materia, ver ob cit. nota Nro. 164. y del mismo autor “El leviatán Azul”. Ed. Siglo XXI Editores. Año 2008. Capítulo 4. Págs. 169 y ss.

Junto con un evidente aumento de la criminalidad en esa época y reclamos constantes de parte de la ciudadanía en relación a los padecimientos de hechos de violencia urbana, y sobre todo los datos obtenidos de algunas encuestas de victimización que se realizaron (que daban cuenta de que la “cifra negra” del delito era mucho mayor a lo que algunas aproximaciones reflejaban), comenzaron a poner en agenda pública de políticos y medios de comunicación la cuestión de la seguridad pública.

Así es que en Argentina, como en tantos países de América Latina, asistimos a un incesante reclamo de la ciudadanía por un mejoramiento de los niveles de *seguridad pública*.

Entre nosotros, basta con ver las encuestas de opinión de cualquier matutino para advertir sin lugar a duda que –y sobre todo– en los grandes conglomerados de población el problema de la *inseguridad* resulta ser uno de los más reiteradamente relevados, transformándose así de forma paulatina en “prioritario” para todas las agendas políticas del país¹⁸⁶.

A la vez del aumento de los índices de criminalidad se advierte una notable percepción negativa de parte de la comunidad en relación al sistema judicial en general y al sistema penal en particular. Sobre todo a partir de la década de los años 90, una catarata de discursos políticos propalados por los medios masivos de comunicación han logrado instalar la intuitiva versión de que junto con el desembarco de nuevos modelos de administración de justicia se ha “flexibilizado” el sistema penal, y con ello aumentado la inseguridad de la ciudadanía. Se afirmaba entonces que este discurso –al que tildan de *garantista*– trajo consigo un mayor grado de impunidad, complacencia con los “criminales” y otras percepciones por el estilo, que indicarían un relajamiento en la aplicación de la ley penal.

La consagración de frases hechas en la conciencia del ciudadano medio de las grandes capitales argentinas, tales como “*la culpa la tienen los jueces garantistas*”; o que el sistema penal “*deja libre a los delincuentes*”; que la policía los apresa y ellos “*entran por una puerta y salen por la otra*”; o que las policías “*tienen las manos atadas*”; y “*no cuentan con recursos*”, y varios etcéteras, resultan ser una serie de nociones más o menos aceptadas sin mayores cuestionamientos por gran parte de la comunidad.

¹⁸⁶ Marcelo Saín. *Seguridad, Democracia y Reforma del Sistema Policial en Argentina*. Ed. Fondo de Cultura Económica.

Desde la famosa frase proselitista pronunciada por el por entonces candidato a Gobernador de la provincia de Buenos Aires, Carlos Ruckauf¹⁸⁷: “*hay que meterle balas a los delincuentes*”, pasando por el más popular e importante reclamo por mayor seguridad pública de la clases media y media alta de la Capital Federal y de las grandes ciudades argentinas conducida por el autotitulado “ingeniero” Juan Carlos Blumberg¹⁸⁸, hasta las más recientes declaraciones de funcionarios políticos de altísimo rango¹⁸⁹ y no tan alto rango¹⁹⁰, e incluso de algunas de las más importantes personalidades del variopinto ambiente artístico y mediático porteño¹⁹¹, se viene conformando un consistente discurso ya transformado en reclamo, que apela al endurecimiento del sistema criminal.

En fin, no es este el lugar para analizar las legitimidades de los reclamos (algunos claramente no la tienen). Antes bien, lo que debe quedar claro es que las instancias judiciales (Ministerio Público incluido) se encuentran fuertemente atravesados por esta problemática y desde distintos lugares se reclama la intervención decisiva de estos sectores. En este marco la reforma procesal penal se ve interpelada y ha sido un lugar concreto de impacto de estas demandas de muy diversa manera, cada vez más requerida de resultados y logros que por ahora son de difícil visualización.

¹⁸⁷ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1200964

¹⁸⁸ <http://fundacionblumberg.com>

¹⁸⁹ Declaraciones de la Presidenta Cristina Fernández en cuanto a la seguridad “que es un tema que nos conmueve a todos, también hay que entender que tienen que colaborar todos. Porque muchas veces la policía trabaja, detiene y la justicia libera, libera y libera”. Discurso de la Presidenta de la Nación en Pilar el 28 de octubre de 2008, disponible en www.casarosada.gov.ar En el mismo sentido el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Lorenzetti, en el Coloquio Anual del Instituto para el Desarrollo Empresarial Argentino (IDEA) el 30 de octubre de 2008 en la ciudad de Mar del Plata, dijo: “los jueces también tienen que tomar conciencia. Yo creo que ahí también hay que hacer un análisis de la situación, el respeto de las garantías no significa que entran y salen, es muy importante que los jueces también tomen conciencia de eso y reconozcan algunas situaciones realmente graves que están ocurriendo. Pero lo que sí es cierto es que estos problemas no se solucionan con declaraciones ni tampoco con medidas aisladas, es una cuestión de políticas de Estado. Diario *La Nación*, 31 de octubre de 2008. En igual sentido: “Delitos: fuerte reclamo de Scioli a la Justicia”, *El Día*, 22 de enero de 2008, y “Entrevista a Daniel Scioli: el principal tema por resolver es la Reforma Procesal Penal”, diario *Hoy*, 24 de enero de 2008.

¹⁹⁰ En este caso el Concejal de Arroyo Seco (una pequeña localidad de la provincia de Santa Fe); disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=nLXpk2Mm9c0>

¹⁹¹ <http://www.youtube.com/watch?v=uNLSzCmk7b0>

En el contexto de reclamos en torno a la “seguridad ciudadana”, avanzar sobre la eficiencia del sistema bajo parámetros democráticos es un desafío necesario, de urgente ocupación y una respuesta que el sistema de justicia criminal está en condiciones de entregar, con los límites claro que ello contiene para el mejoramiento de la situación descripta¹⁹².

3. El impacto del discurso *contrarreformista* en los procesos reformados de Argentina

a. Los cambios en las normas penales

Decíamos que todavía en nuestro país impera una interpretación jurisprudencial –sobre todo en las instancias judiciales inferiores– en materia de encierro cautelar que se apega a razonamientos “cerrados”, considerando las normas sustanciales y procesales de forma tal que los máximos y mínimos previstos en ellas constituyen parámetros objetivos e insuperables por los tribunales para el otorgamiento de la *excarcelación*.

Esto explica que uno de los caminos experimentados –y con gran éxito– para endurecer el régimen del encierro preventivo haya sido el de recurrir a la modificación de la legislación “de fondo” y aumentar las penas previstas para los delitos en abstracto, de forma tal que para las provincias argentinas que tienen los sistemas *excarcelatorios* que venimos cuestionando, implican un automático aumento de la cantidad de casos sujetos a la imposición de la prisión preventiva.

En miras a esta forma de operar de los sistemas procesales es que se ha optado por aumentar tanto los máximos de las penas como los mínimos. Con lo primero se priva de la posibilidad de otorgar la libertad a gran cantidad de delitos puesto que así lo definen objetivamente muchas leyes procesales (“no procederá la *excarcelación* cuando el máximo de la pena supere los...”) ¹⁹³ y con lo segundo se veda la posibilidad de ser merecedor a una condena condicional puesto que ella requiere una condena de tres años como máximo, con lo que también opera como un cerrojo para la obtención de la libertad du-

¹⁹² Sobre el punto ver Mauricio Duce y Rogelio Pérez Perdomo: “*Seguridad ciudadana y reforma de la justicia penal en América Latina*”. Publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIV, número 102, septiembre-diciembre de 2001, págs. 775-787.

¹⁹³ Art. 316 del CPP de la Nación, entre otros.

rante el proceso (“aun cuando exceda el máximo podrá otorgarse la excarcelación si fuere procedente la condena de ejecución condicional...”).

Una de esas reformas ha sido la Ley 25.882 publicada en el Boletín Oficial del 26 de abril de 2004. En ella se pone el acento en el delito de robo calificado (por el uso de armas o la ocurrencia de lesiones graves o gravísimas sobre la víctima). La pena era de **cinco a quince años** de prisión o reclusión; reforma mediante, se agrega un párrafo donde se eleva la amenaza de pena **de un tercio en su mínimo y un su máximo cuando el arma utilizada fuera de fuego**¹⁹⁴. En este caso si bien ya con anterioridad a la reforma el delito amenazado era de los delitos “no excarcelables”, la reforma extendió ese “efecto colateral” cuando se impute la comisión del hecho en grado de *tentativa*.

También se ha procurado aumentar penas a partir de agravantes genéricas, como fue el caso de la prevista para la comisión de cualquier delito “con la intervención de menores de dieciocho años” en cuyo caso se incrementará la amenaza de pena “en un tercio del mínimo y del máximo”, reforma incorporada por la Ley 25.767 publicada en el Boletín Oficial el 1 de septiembre de 2003¹⁹⁵.

Resultaría un trabajo inagotable relevar minuciosamente todas las reformas que ha sufrido el Código Penal argentino, proceso este que ha desnaturalizado el sistema de penas que contenía en su versión original la ley sustantiva criminal¹⁹⁶. Solo enumeramos algunos ejemplos que nos parecen elocuentes demostraciones del fin político criminal de estas iniciativas legislativas.

¹⁹⁴ Explica Gustavo Goerner que la intención de esta reforma fue terminar con la controversia doctrinaria y jurisprudencial que había generado el art. 41 bis que exceptuaba de la agravante por cometer delitos con armas de fuego a todos los tipos penales que previeran en su configuración este elemento; por tanto la modificación sancionada ratifica el criterio progresivo para las agravantes del robo quedando establecido una escala penal más grave cuando el arma utilizada para cometer un delito fuera de fuego. Ver Goerner, Gustavo, *Apuntes sobre algunas de las recientes reformas al Código Penal*, en *Reformas Penales*. Edgardo Alberto Donna. Coordinador. Ed. Rubinzal – Culzoni. Año 2004.

¹⁹⁵ Apunta Alejandro Carrió en este sentido que resulta “*sintomático que para ciertas formas de evasión tributaria se haya previsto una escala penal de tres años y seis meses de prisión de mínimo a nueve años de prisión de máximo*”, conforme lo dispone el art. 2 de la Ley 24.769. Alejandro Carrió, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. 5ª edición actualizada y ampliada. Ed. Hammurabi. Año 2006. Pág. 679, cita Nro. 63.

¹⁹⁶ Daniel Erbeta. *Reformas al CP*. Ed. Rubinzal-Culzoni.

b. Los cambios en normas procesales

Pero sin duda que donde mayor impacto han tenido los impulsos de *contrarreformas* es en el recurso a la modificación de normas que hacen a la regulación del instituto de la prisión preventiva en los códigos locales, o en su caso la posibilidad de otorgar la *excarcelación* cuando aquella hubiera sido dispuesta anteriormente a partir de la consagración de estándares objetivos de imposición. Los caminos para ello fueron varios.

1. *Consagración de delitos inexcusables*. Como ya hemos comentado una de las tendencias legislativas fue la de establecer la aplicación de la prisión preventiva o vedar la excarcelación en caso de imputaciones por determinados hechos delictivos. Esta tendencia, junto con el aumento de las normas del derecho penal *de fondo* que vimos con anterioridad fueron consistentes en consagrar (de la mano de una interpretación judicial contraria al paradigma cautelar) una serie de “delitos inexcusables”. Por este camino transitó la provincia de Tucumán cuando incorpora al CPP una serie de criterios para la imposición de la prisión preventiva y agrega la imputación de determinados delitos¹⁹⁷. En el mismo sentido, el Sistema Federal permite la excarce-

¹⁹⁷ Texto fue varias veces modificado. En cuanto a la prisión preventiva lo fue mediante Ley 7.954 de diciembre de 2007, la cual se encuentra caduca por cuanto el texto de esta ley fue consolidado en la Ley 6.203, mediante Ley 8.268 que aprueba el nuevo Código Procesal Penal con la incorporación del proceso de *flagrancia*. La norma tiene varios aspectos criticables: “Art. 281.- Prisión Preventiva. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, después de recibida su declaración, bajo pena de nulidad, el Juez de Instrucción o el Tribunal dispondrán su prisión preventiva, de oficio o a requerimiento del Ministerio Fiscal, según corresponda, cuando se verifique cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) Si se tratare de delitos de acción pública y no aparezca procedente, prima facie, la condena de ejecución condicional (Código Penal Art. 26). 2) Cuando procediendo la condena condicional, hubiere vehementes indicios de que el imputado tratará de eludir la acción de la Justicia o entorpecer su investigación. La eventual existencia de estos peligros podrá inferirse de: a) La falta de residencia fija o estable y/o que cuente con facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. b) Declaración de rebeldía o cese de prisión preventiva anterior. c) La condena impuesta sin que haya transcurrido el término que establece el Art. 50 –última parte– del Código Penal. 3) Cuando se trate del delito de abigeato. 4) Cuando se trate de imputación de delitos cometidos: a) Por pluralidad de intervinientes y en forma organizada. b) Con utilización de uno o más menores de dieciocho (18) años de edad. c) En forma reiterada, cuando las circunstancias del hecho y las características y antecedentes personales del procesado presumiblemente obstaran la aplicación de una pena de ejecución condicional. d) Con uso de armas de fuego –sin que sea necesaria la acreditación de aptitud de disparo del arma o su munición–, o con cualquier tipo de arma, propia o impropia. Se sacó: cuya pena prevista supere los tres años de

lación “..., salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal” (art. 316 del CPP de la Nación); lo propio han hecho las provincias de Misiones y de La Pampa, ambas restringiendo las posibilidades de “excarcelación” en caso de imputación de estos delitos.

La provincia de Buenos Aires hace tiempo que está a merced de los discursos *contrarreformistas* y contiene ejemplos de las distintas variables exploradas. En lo que hace al ítem en cuestión, la Ley 12.405 recurría esta técnica legislativa posibilitando la negativa de la excarcelación “en los delitos de enriquecimiento ilícito, cohecho, exacciones ilegales y de fraude en perjuicio de la administración pública cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones” (art. 171 *in fine*), el apartado e) la impedía cuando se trate de delitos cometidos con armas de fuego, el apartado f) cuando sea cometido “con violencia en las personas, en el caso de robo simple del artículo 164 del Código Penal...”, o “...con vehículos automotores, en los supuestos previstos en el artículo 84° del Código Penal, y el imputado se diera a la fuga...” (apartado g). La norma ya ha sido derogada aunque, como vimos, los efectos no fueron los mejores, entre otros inconvenientes trajo aparejado un exponencial aumento de presos preventivos y sobrepoblación de cárceles y comisarías de la provincia que culminó, como lo hemos anotado, con el proceso desencadenado por el fallo “Verbitsky”.

La provincia de La Pampa en el año 2001 también incorporó reformas en este sentido, a partir del establecimiento de restricciones a la procedencia de la *excarcelación*, tomando parámetros similares a los antes expuestos¹⁹⁸.

prisión o reclusión. e) Cuando se considerase que existen razones fundadas para entender que el detenido representa un peligro cierto de nueva lesión de bienes jurídicos o de reiteración delictiva. Este peligro podrá presumirse cuando se trate de delitos cometidos mediante la disposición de medios económicos, humanos o materiales en forma organizada, o en razón de antecedentes que permitan extraer indicios vehementes acerca de la peligrosidad del imputado. 5) En caso de flagrancia cuando se trate de los delitos de robo o hurto. 6) Cuando se trate de delito de portación ilegal de armas, propia o impropia, excepto el caso que, de las circunstancias del hecho y de las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos. Asimismo se dispondrá la prisión preventiva del que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acredite su condición de legítimo usuario”.

¹⁹⁸ Ley N° 1.912, publicada en el Boletín Oficial del 19 de enero de 2001 (N° 2406) que sustituye el inc. 1° del art. 283 del CPP e incorpora a dicho texto el art. 284 que contiene estas restricciones. Dispone el art. 284 “Artículo 284.- La excarcelación no se concederá cuando por la índole del delito y de las circunstancias que le

2. *Impedimentos para dictar alternativas, morigeraciones y/o sustituir la prisión preventiva.* Nuevamente la provincia de Buenos Aires es un buen ejemplo de esta tendencia. Por el mes de marzo de 2006 se promulga la Ley 13.449 sancionada a instancias de las obligaciones asumidas por el estado provincial en el contexto de la ejecución de aquel precedente de la CSJN y de las responsabilidades del estado Federal y del gobierno de la provincia de Buenos Aires ante la CIDH. La reforma tuvo como eje consagrar una clara caracterización de excepcionalidad a la aplicación del encierro cautelar y solo habilitar la procedencia cuando no hubiere otros medios de garantizar los fines del proceso penal (ver. art. 159 de dicha ley). En este contexto es que hubo una importante tendencia desde la judicatura a “morigerar” la prisión preventiva por medio de una medida menos aflictiva a los derechos de las personas involucradas.

A contramano de aquella reforma legal, el impulso *contrarreformista* volvió a endurecer el régimen de excarcelaciones y particularmente las disposiciones del código que permitían el otorgamiento de *morigeraciones* a la prisión preventiva¹⁹⁹, materializándose en la reforma operada por la Ley 13.943 que en lo sustancial limitó la concesión de salidas alternativas y morigeraciones a la prisión preventiva. Los impactos negativos no se hicieron esperar y nuevamente nos encontramos en un escenario de constante aumento de los presos preventivos y en particular de los alojados en comisaría; es así que pasamos de 2.782 presos alojados en dependencias policiales en diciembre de 2007 a tener en diciembre de 2008 3.448 presos y aumentando el total de personas privadas de la libertad en la provincia, de 26.990 presos a 27.614²⁰⁰.

han acompañado o cuando hubiere vehementes indicios de que el imputado, por sus antecedentes, continuará su actividad delictiva, o tratará de eludir la acción de la justicia, sea por su presunta peligrosidad, por carecer de residencia, haber sido declarado rebelde o tener condena anterior sin que haya transcurrido el término que establece el artículo 50 del Código Penal, cuando se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal de la Nación.- Asimismo podrá denegarse cuando se trate de delitos cometidos: 1- Por pluralidad de intervinientes y en forma organizada. 2- Valiéndose de la intervención o participación de uno o más menores de dieciocho (18) años de edad. 3- Cuando la naturaleza del hecho delictivo apareje alarma o peligro social; y 4- Cuando el hecho se haya cometido en relación a bienes que se encuentren en situación de desprotección o impedido de la vigilancia activa de su propietario y/o guardador y/o cuidador”.

¹⁹⁹ Del año 2008, que modifica los artículos 171 ss. y cc. del CPP de la provincia de Buenos Aires.

²⁰⁰ CELS. Informe Anual 2009. Derechos Humanos en Argentina. Págs. 239-240.

3. *Ampliación de causales de procedencia de la prisión preventiva (o improcedencia de la excarcelación)*. En este tópico los ejemplos son varios. Ya vimos que la provincia de Buenos Aires recurre a la ampliación de causales de improcedencia de diversa índole. Otras provincias siguieron ese camino. Un técnica usual ha sido la de consagrar nuevas causales de “peligrosidad procesal” y ya dimos cuenta de la proliferación de causales dispuestas en las leyes procesales, por lo que no abundaremos aquí (ver capítulo 1, punto 2, d). Cuestionamos entonces la agregación de la llamada “reiteración delictiva” como causal para vedar la posibilidad de conceder la libertad en el proceso ya sea refiriendo a las normas de reincidencia (art. 50 del CP), o bien haciendo mención a que el acusado goza de excarcelaciones anteriores en trámite, fórmula utilizada por gran parte de la legislación procesal argentina (Tierra del Fuego, La Pampa, art. 338 inc. 3º del CPP Santa Fe según Ley 6.740 y modificatorias, hoy derogada, etc.).

Otra referencia fue la de incorporar restricciones a la procedencia de la excarcelación cuando haya habido “pluralidad de intervinientes y en forma organizada”; o con la participación o auxilio de menores de 18 años de edad. Las provincias de La Pampa, Tucumán y Buenos Aires recurren a esta técnica legislativa.

En fin, los recursos legislativos han sido de diversa índole, reiterativos, y parece que la proliferación de leyes es un elemento que llegó para quedarse. En el cuadro que vemos a continuación se indican las provincias que han avanzado en el dictado de leyes procesales que han tenido el único objeto de restringir las posibilidades que el acusado transcurra el proceso penal en libertad²⁰¹. Se anotaron aquellas provincias que recurrieron a metodologías reñidas con el paradigma “cautelar”, ya sea objetivando “peligros procesales” a partir de supuestos que de existir en cualquier caso implican que el acusado no transcurra el proceso en libertad (ya sea porque se debe dictar la prisión preventiva o por resultar una “restricción” a la obtención de la libertad); o bien disponiendo que ante el “procesamiento” por determinados delitos el acusado debe correr la misma suerte.

²⁰¹ No se anotan en este cuadro las que reformaron la integralidad del sistema procesal penal, lo que ha sido puesto de resalto en otro lugar de este trabajo.

Cuadro 12
REFORMAS PROCESALES QUE “ENDURECIERON” EL RÉGIMEN DE LA PRISIÓN
PREVENTIVA (O LA EXCARCELACIÓN)

Provincia	Nº de Ley	Año
Buenos Aires ²⁰⁸	12.278 ²⁰⁹	1997
	12.405	1999
	13.183 ²¹⁰	2004
	13.943	2008
Tucumán	7.954	2007
Corrientes	5.495	2003 ²¹¹
Entre Ríos	9.404	2002 ²¹²
La Pampa	1.912	2001
Tierra del Fuego	351	1997 ²¹³
Misiones	3.246	1995 ²¹⁴
Sistema Federal	24.410	1995 ²¹⁵

²⁰² El Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires fue reformado a partir de la Ley 11.922 (sancionada el 18/12/1996). Desde su sanción, sufrió las modificaciones que introdujeron las leyes 11.982 (y sus reformas), 12.059 (y sus reformas), 12.278, 12.405, 13.057, 13.078, 13.177, 13.183, 13.186, 13.252, 13.260, 13.418, 13.425, 13.449, 13.480, 13.572, 13.708, 13.786, 13.812, 13.818, 13.943, 13.954 y 14.128. De todas estas reformas, las que introducen las leyes 12.059, 12.278, 12.405, 13.183, 13.252, 13.260, 13.449, 13.480, 13.943 y 14.128 operan directamente sobre la prisión preventiva. En el cuadro se anotaron las que de forma más significativa afectaron el instituto.

²⁰³ Sancionada el 4/3/1999. Incluida dentro de las políticas de la “mano dura” modificó el alcance del principio de libertad durante el proceso (art. 144); las circunstancias para interpretar el peligro de fuga y el entorpecimiento de la investigación (art. 148); la procedencia de la excarcelación en los casos de concurso real por penas superiores a ocho años de prisión o reclusión (art. 169, inc. 2.); las pautas para denegar la excarcelación (art. 171); y la inclusión como pauta de revocación de la excarcelación de un delito por el cual hubiese sido citado a declarar (art. 189, inc. 5).

²⁰⁴ Modificó, otra vez, las pautas para denegar la excarcelación (art. 171), entre otras.

²⁰⁵ La Ley (publicada en el Boletín Oficial 23-IV-2003) restringe las posibilidades de obtención de la excarcelación en delitos en abstracto (robos con intimidación y violencia en las personas, hurtos o robos de automotores, etc.), en casos de reiteración delictiva, y otras variaciones restrictivas en términos de cauciones para el caso del otorgamiento de la excarcelación.

c. *El aumento de la población encarcelada*

Los resultados de esta expansión punitiva son elocuentes y no queremos explayarnos demasiado al respecto. Ya hemos visto el aumento exponencial de la población encarcelada: hemos pasado de 29.690 en el año 1997 a 59.670 en la actualidad.

Si bien este aumento ha sido una constante en todas las provincias de nuestro país²¹⁰, el impacto en la provincia de Buenos Aires ha resultado decisivo para los elevar los índices nacionales²¹¹, y el que –como vimos²¹²– ha sido objeto de mayores observaciones y críticas de parte de organismos internacionales.

Esta provincia ha demostrado hace unos años un comportamiento variable, con una estabilización para los años 2005 y 2006, que recientemente ha tendido a agravarse nuevamente. Si bien desde el año 1999 al 2006 la población carcelaria aumentó de forma impactante, a partir del año 2002 –punto máximo de presos preventivos con más del 87%– la provincia había reducido aquel índice²¹³.

²⁰⁶ Como hemos expuesto con anterioridad, la provincia se encuentra transitando un proceso de reformas a la legislación procesal penal. Esta modificación es respecto al código próximo a reformarse (Ley 4.843 del año 1969) y apunta a restringir la *excarcelación* en casos de imputaciones por delitos previstos en los artículos 139, 139 bis, 146 y 163 inc. 1 del CP, en la misma línea que la reforma del CPP de la Nación.

²⁰⁷ El artículo 3 de la ley agrega al artículo 292 del Código Procesal Penal de esa provincia, como último párrafo, el siguiente: *“Podrá también denegarse la exención de prisión o excarcelación si al momento de la comisión del hecho el imputado se encontrare exento de prisión, excarcelado o gozare de libertad ambulatoria por aplicación de lo prescripto por los artículos 13, 26 y 76 bis del Código penal y el Juez estimare prima facie que no procederá condena de ejecución condicional”*.

²⁰⁸ En lo que hace a restricciones a partir de categorías de delitos en abstracto, anotamos esta ley, puesto que incorpora como restricción para la obtención de la excarcelación la comisión de los delitos previstos en el art. 139 y 139 bis del CP.

²⁰⁹ El artículo 12 de la norma incorpora en la parte final del párrafo segundo del artículo 316 del Código Procesal Penal de la Nación, el siguiente texto: *“... salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal”*. Se trata de delitos cometidos contra “el estado civil de las personas” y el delito de sustracción de menores (art. 146 del CP).

²¹⁰ Ver cuadros 5 y 6 Gráfico 2.

²¹¹ Ver gráfico 3.

²¹² Cita de página Nro. 117.

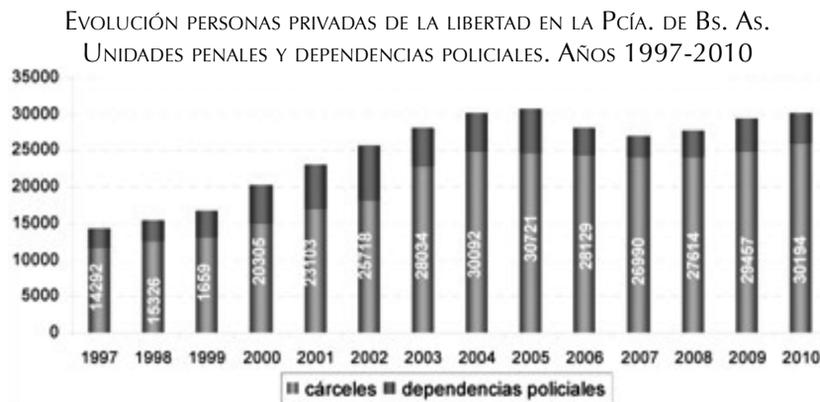
²¹³ Como veremos seguidamente esto se debe a una conjunción de políticas sobre el sector muy vinculadas al procesos de seguimiento de la ejecución del Fallo “Vertbisky”.

La situación viene haciéndose más compleja sobre todo a partir de un rebrote en el recurso al encierro preventivo y una nueva apuesta a políticas represivas de *mano dura* que parecen estar generando efectos regresivos importantes en este aspecto tal como ya lo hemos expuesto. El gráfico que sigue evidencia estas consideraciones²¹⁴.

Destacamos este punto puesto que es la provincia de Buenos Aires donde con más claridad se pueden advertir las implicancias directas en la vida de las personas encarceladas de políticas públicas orientadas al aumento de penalidades y encierro sin ningún tipo de contención para los detenidos y sin resultados concretos satisfactorios en el mejoramiento de la seguridad ciudadana²¹⁵.

Gráfico 10

A PARTIR DEL AÑO 2005 SE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN EN LA POBLACIÓN PENITENCIARIA SOSTENIDA HASTA FINES DE 2007. ALLÍ COMIENZA A AUMENTAR NUEVAMENTE, Y A FEBRERO DE 2010 SE REGISTRA UN 12% DE AUMENTO EN LOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN DOS AÑOS, RETROCEDIENDO AL PICO DE 2005



Fuente: CELS en base al Servicio Penitenciario Bonaerense y el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Nota: Los datos del año 2010 corresponden al 6 de abril.

²¹⁴ Informe CELS. Derechos Humanos en Argentina. Año 2010. Ed. Siglo XXI.

²¹⁵ <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-151255-2010-08-13.html>; <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-69885-2006-07-14.html>;

Por fin, no queríamos dejar de destacar el aumento sostenido de los índices de “aprehensiones” que registran las fuerzas de seguridad de la provincia, que seguramente deben anotarse como una de las explicaciones del aumento de la población en prisión (aunque ello no impacta directamente).

Nos parece un dato útil tener en cuenta como es que han cambiado algunas de las prácticas policiales si pretendemos analizar cuáles son las reacciones políticas ante los reclamos de la comunidad y la reconfiguración de las fuerzas de seguridad que ello está trayendo aparejado²¹⁶. Por otra parte este aumento en la presión punitiva debemos cotejarlo a la luz del real aumento de las tasas de delitos y entonces advertiremos la verdadera faceta política de la persecución penal pública.

Cuadro 13

APREHENSIONES POR DELITOS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES 2002-2009

2002	2003	2004	2005	2006*	2007*	2008	2009*
81.012	88.140	112.349	140.675	153.472	129.340	202.596	248.546

Fuente: CELS. *Informe Derechos Humanos en Argentina. 2010. Pág. 154.*

CONSIDERACIONES FINALES

Lo que hemos tratado de describir en el informe es un panorama lo más abarcativo posible de la forma en que se recurre al encierro preventivo en Argentina y el impacto de ello en el sistema criminal.

Vimos que ha existido una importante proliferación de reformas legales, sobre todo a partir del tránsito de los sistemas inquisitivos “puros” a sistemas “mixtos”. En este sentido se ha puesto en consideración que varias provincias argentinas también han avanzado en el traspaso de facultades de persecución de delitos a los MPF. Las reformas han significado importantes cambios en la forma de administrar justicia,

²¹⁶ Para más, ver “Qué hacer con la Ley y el Orden”. Yock Young – John Lea. Ed. Del Puerto. 2001. Capítulo V: El cambio a la policía militar. La policía de consenso. La policía Militar. Hacia la policía Militar.

reforzando derechos de las personas involucradas en los procesos penales (tanto de los imputados como de las víctimas) y transparentando en gran medida la prestación de este servicio público. Con todo, los problemas vinculados al encierro preventivo lejos están de ser superados, se sigue recurriendo al encierro en prisión como la primera respuesta del sistema, desapegándose de las lógicas “cautelares” que lo legitiman.

Haremos, entonces, algunas consideraciones valorativas finales, sin pretender agotarlas y procurando rescatar los puntos que consideramos más salientes observados en este trabajo y entendemos constituyen importantes barreras para el mejoramiento de la situación de la utilización abusiva del encierro preventivo.

- 1. Problemas a nivel de diseño legal:** A lo largo del trabajo hemos expuesto y destacado problemas en este rubro que condicionan fuertemente un uso extendido del encierro cautelar. Aquellos sistemas que aglutinan en un solo funcionario (Juez de Instrucción y/o Fiscales) las funciones de investigación penal y control de la vigencia de las garantías de los acusados durante esa investigación, contienen fuertes incentivos para que los responsables de la investigación penal hagan pesar en mayor medida los intereses de ella en perjuicio de la vigencia de las garantías individuales. Junto con esto, se advierte que salvo algunas provincias, a nivel legal, no existen disposiciones que organicen las etapas previas al juicio bajo la metodología de audiencias. Si bien muchas no lo prohíben, lo cierto es que esta parece también una falencia a destacar. Sin perjuicio de ello vale apuntar que algunas normas que repasamos en este informe recurren a técnicas legislativas muy consistentes con los modelos orales plenos y consistentes con el paradigma cautelar, de forma tal que encontramos buenos ejemplos de la formulación legal del encierro preventivo bajo parámetros constitucionales válidos.
- 2. El impacto de las contundentes interpretaciones jurisprudenciales:** Vinculado con lo anterior, y a pesar de lo que rescatamos respecto a los tribunales superiores, siguen operando interpretaciones en tribunales de baja instancia absolutamente “cerrados”, a partir de parámetros objetivos de máximos y mínimos legales, sin consideración verdadera de riesgos procesales a los fines de la habilitación del encierro preventivo. Esta tendencia antes que un problema de “formación” de los operadores se vincula con cuestiones “culturales” del sistema de enjuiciamiento penal y donde la percepción de la prisión preventiva como respuesta del sistema

al fenómeno delictivo sigue ocupando un lugar central, tanto en el imaginario de la comunidad como en la percepción de rol de varios de los operadores del sistema criminal. Por ahora, parece que aquel impulso jurisprudencial resulta insuficiente en orden a la disminución de los alarmantes índices aquí expuestos.

3. **Problemas a la hora de dotar de un nuevo perfil organizacional a los sistemas procesales reformados:** Decíamos al inicio del informe que las últimas reformas han puesto el ojo en la dimensión organizacional de los sistemas judiciales. Ahora bien, a pesar de la conciencia en torno a las exigencias administrativas que la oralidad requiere, no ha sido posible relevar –salvo excepciones que hemos destacado– cambios sustanciales en varios procesos de reforma en esta área, y muchos no han hecho más que trasladar lógicas de trabajo de los “Juzgados de Instrucción”, ahora a los MPF. Esto en materia del encierro cautelar se ha visto reflejado en la pervivencia del “expediente” como metodología de producción de información, descartando a la audiencia oral y pública, lo cual resulta ser un caro efecto para las variables que comentamos en el trabajo. Solo excepcionalmente ha habido un apoyo institucional y político fuerte a la profesionalización de la administración de los tribunales que haya dotado de facultades y obligaciones relevantes para el buen funcionamiento del sistema.

4. **Desformalización de la investigación:** Salvo algunas pocas excepciones en general, la implantación del juicio oral no ha significado un cambio importante en las lógicas de trabajo en las etapas previas. A pesar de los consistentes datos que hemos reflejado, los sistemas siguen operando a partir de la recolección de información de forma estandarizada, en actas y con un excesivo formalismo (lógica del *expediente*). La oralización de las etapas previas al juicio a la vez de significar una metodología que aporta más y mejor información para tomar decisiones, genera mayores incentivos para los interesados en depurar la información que se ventila en la audiencia, de la mano de lo cual se eleva el estándar de calidad de las decisiones judiciales que se toman. Además, ello contiene como agregado colateral un fuerte incentivo para mejorar la realización de verdaderos “juicios orales”. La experiencia en muchos de los distritos del país demuestra que a la hora de llevar a cabo juicios orales, cuando la investigación es escrita y formalizada en actas, siempre tienden a ser introducidas por lectura en los juicios, transformando a estos en espacios de “lectura” más que de “debate”. En fin, instalar una verdadera “cultura acusatoria” en orden al uso de la prisión preventiva pa-

reciera que requiere más de la consolidación de metodologías de trabajo distintas, antes que un cambio de normas en los códigos de procedimiento (casos de Chubut y provincia de Buenos Aires para la *flagrancia*)²¹⁷.

5. **Poca aplicación de alternativas, atenuaciones y/o morigeraciones de la prisión preventiva:** Nuevamente a nivel de diseño legal hay muchas provincias que cuentan con posibilidades concretas de recurrir a algunas de estas medidas menos lesivas para los derechos de las personas involucradas. Es claro que no se evidencian en nuestro país mecanismos operativos dispuestos para evaluar en cada caso concreto la procedencia de la medida necesaria para garantizar los fines del proceso, que no necesariamente debe ser la prisión preventiva²¹⁸. Ello ha favorecido la lógica en que siguen operando las personas vinculadas al sistema penal que perciben a estos institutos como mecanismos de “impunidad”, y cada vez existen menos incentivos para aplicarlos. Puede advertirse aquí la concepción “punitiva” que connota al encierro preventivo en tanto no existe una clara convicción de la “excepcionalidad” de la medida que obliga la aplicación de estos institutos en tanto pueda satisfacerse el fin “procesal” por otros medios.

6. **Escasa capacidad de los sistemas criminales para producir información en las etapas tempranas del caso:** El punto se vincula directamente con el anterior. Resulta evidente que en la gran cantidad de casos los jueces no cuentan con información básica sobre la persona a la que están investigando, lo que sin duda hace más dificultosa una resolución *favor rei*. No podemos perder de vista que a la hora de decidir el encierro preventivo petitionado por una de las partes, si el juez no cuenta con información al respecto, posiblemente su razonamiento recorra los caminos de las abstracciones legales, que es lo que más “seguridad” otorga en un contexto de insistentes reclamos públicos al respecto. Esta afirmación no pretende descartar la objeción constitucional que ello merece, sino hacer notar que el punto evidencia un déficit medular de los sistemas de justicia penal que debe remediarse en

²¹⁷ Desde fines de 2008 se ha avanzado en la oralización de audiencias previas en las Cámaras del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires. La experiencia, aunque bastante incipiente, ya está demostrando importantes avances en materia de gestión y producción de audiencias. Para más información ver <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=39658>

²¹⁸ Cristián Riego. Sistemas Judiciales INECIP – CEJA. Nro. 14. Pág. 9.

la medida que demandemos decisiones de mayor calidad y den una mejor respuesta a la ciudadanía. En tanto no exista buena información poco podrá discutirse si es necesario o no aplicar una cautela, y en su caso, cual de todas ellas es la más adecuada en miras a la excepcionalidad de la prisión preventiva. Al respecto los avances sobre la organización de los llamados *servicios previos al juicio*, que ha dado muy buenos resultados en otros sistemas, parece ser una importante y prometedoras empresa²¹⁹.

7. **Problemas de liderazgo del MPF:** Ya advertimos el poco impacto que ha tenido –en lo que hace a transformar lógicas de trabajo– la instalación de los nuevos Ministerios Públicos Fiscales. Junto con ello debe anotarse que no existe una fuerte percepción del rol del MPF como responsable y ejecutor de la política criminal del Estado. La institución sigue muy impregnada de lógicas y relaciones típicas de las instituciones judiciales que ven al MPF como una más del “sistema judicial”. A pesar de algunos avances significativos pareciera que todavía no se ha logrado la configuración en la realidad criminal de nuestras provincias de una institución con verdadero protagonismo en el marco del sistema penal, actor con influencia decisiva en la conformación y configuración de la política criminal²²⁰. En este cuadro de situación parece claro que las definiciones político-criminales son asumidas por las cúpulas policiales que, de acuerdo a sus propias lógicas de trabajo, capacidades logísticas y de investigación y la “cultura policial”, organizan la agenda criminal²²¹. Son a partir de estas decisiones policiales que se pone en marcha el sistema penal operando así la “detención” de las personas en flagrancia como el principal insumo del sistema de justicia penal, y respecto de lo cual, tanto jueces como fiscales parecen tener poca incidencia.

8. **Formalismo en la instrumentación de la discusión sobre la aplicación de medidas cautelares.** Vimos cómo es que todavía pervive en Argentina la Justicia de Instrucción, con sus prácticas y lógicas de trabajo instaladas ya desde hace cientos de años. Mucho colabora en este andamiaje la estructura inquisitorial que tiene como representante a la figura del Juez de Instrucción, que como

²¹⁹ Revista Sistemas Judiciales. INECIP – CEJA. Nro. 14.

²²⁰ Ver Maier, Julio B. J., “El Ministerio Público Fiscal, un adolescente”. Ed. Ad-Hoc.

²²¹ Saín, Marcelo. “Seguridad, democracia y reforma del sistema policial en Argentina”. Ed. Fondo de Cultura Económica. 2002.

vimos, todavía sigue vigente en varias provincias argentinas. Con ello, la formalización de la investigación penal preparatoria, la metodología del “expediente” como instancia de recolección de información, etc., hacen de la discusión sobre la prisión preventiva un momento más del “trámite” del proceso penal hacia la sentencia definitiva.

- 9. Falta de información empírica:** Resulta una constante la poca capacidad de los sistemas criminales de producir información empírica que refleje el funcionamiento real del sistema. Las deficiencias en estas áreas son elocuentes y van desde la ausencia de una real vocación de producir información elemental para conocer las realidades criminales, como también una evidente falta de proyección y programación de políticas públicas en el sector. A lo largo del desarrollo de este trabajo ha sido muy dificultoso obtener información de los sistemas judiciales y de fuerzas de seguridad. No solo en varios campos la información empírica directamente no existe, sino que en otros acceder a la misma resulta ser muy dificultoso. Trabajar en esta área en posibilitar el acceso a la información –sobre todo a partir de las múltiples opciones que la tecnología hoy ofrece–, resulta ser una empresa tan necesaria como urgente.

- 10. Escaso nivel de impacto de las Defensa Pública:** Este es un tema crucial en el buen funcionamiento del sistema penal. Sin una institución fuerte, con liderazgo, capacidad de organización y reacción ante las demandas de la comunidad, etc., no puede avanzarse hacia la consolidación de modelos racionales en el uso de la fuerza del Estado en general, y en particular de la prisión preventiva. Salvo contadas excepciones²²² no hemos relevado sistemas de Defensa Pública que logren impactos considerables en la decisión sobre el encarcelamiento preventivo. Entre otras falencias, ello tiene directa incidencia en la poca utilización que se hace de las medidas alternativas (y morigeraciones) a la prisión preventiva, donde advertimos que ante la interpretación “cerrada” del régimen de prisión preventiva, y una vez que el caso “encuadra” en los límites objetivos que la ley dispone, los jueces disponen el encierro cautelar, en muchos casos sin siquiera contar con una petición de una afectación menos lesiva a los derechos de las personas. Es una tendencia que lentamente comienza a revertirse pero no se ven –por ahora– avances sustanciales que tengan impacto real en el uso del encierro previo al juicio.

²²² Nuevamente, la provincia de Chubut cuenta importantes avances al respecto.

- 11. La duración de los procesos:** En términos temporales hemos advertido que las estrategias “normativistas” por limitar y/o acotar en el tiempo la duración de la prisión preventiva constituye una herramienta con límites muy contundentes. Adicionalmente, con ello tampoco hay una conciencia clara de la importancia que tiene en la racionalización de la prisión preventiva la reducción de los plazos del proceso penal en general. Y esta desatención de un tema tan crucial para el buen funcionamiento del sistema penal en su conjunto se combina con una notable falta de percepción de lo dramático del problema, en tanto el derecho a un *juicio previo* se encuentra virtualmente derogado en muchos lugares de nuestro país a partir de las grandes demoras que tienen para realizar juicios orales (lo que junto con acuerdos de culpabilidad terminan por negar el ejercicio del derecho a un juicio).
- 12. Acuerdos programáticos sostenidos:** Ante los escenarios descritos y el compromiso internacional del Estado argentino por la situación de las personas alojadas en lugares de detención (en particular en la provincia de Buenos Aires), parece necesario profundizar acuerdos políticos que vinculen a los diversos actores involucrados en la “cuestión delictual”, y en conjunto generar acuerdos programáticos y líneas de acción que se hagan cargo de la problemática tanto de la seguridad pública en su conjunto, como particularmente de la situación de las personas alcanzadas por el sistema penal²²³.

ENTREVISTAS Y CONSULTAS

Las siguientes personas fueron consultadas y entrevistadas para la elaboración del presente informe durante el primer semestre del año 2010:

1. Héctor Galarza Zoni. Defensor ante el Tribunal Oral. Defensa Pública de la Nación. Rosario;
2. Guillermo Llaudet. Defensor Particular. Rosario. Profesor de Derecho Penal. UNR;
3. Guillermo Nicora. Fiscal Provincial. Provincia de Buenos Aires. Mar del Plata;

²²³ Parece un iniciativa muy importante avanzar sobre los “10 puntos de acuerdos para la seguridad democrática”. Ver el documento en www.cels.org.ar/common/documentos

4. Alfredo Pérez Galimberti. Defensa Pública. Chubut;
5. Guillermo Máximi. Fiscal Mayor. Provincia de Tierra del Fuego;
6. Luis López Zalaberri. Defensor particular. Diputado Provincial en 1989. Chubut;
7. Patricia Soria. Abogada. Docente "Litigación" y Derecho Procesal Penal. Córdoba;
8. Ariel García Bordón. Abogado particular. Formosa;
9. Carlos Díaz Lanes. Abogado particular. Tucumán;
10. Gabriel Ganón. Defensor General. Provincia de Buenos Aires;
11. Gabriela Aromí. Abogada. Profesora "Procesal Penal". Corrientes;
12. María Vega. Fiscal General. Catamarca;
13. Jorge Benesperi. Defensa Pública. Chubut;
14. Arcadio Herrera. Abogado particular. La Rioja;
15. Marcelo Nieto Di Biase. Director Oficina Judicial. Trelew;
16. Tobías Podestá. INECIP. Ciudad de Buenos Aires;
17. Carla Pandolfi. Abogada. Redex Neuquén;
18. María Cecilia Vranicich; Abogada. Directora. Dirección Provincial de Control y Asistencia Postpenitenciaria; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Santa Fe;
19. Jorge Baclini. Juez en lo Penal de Instrucción. Rosario. Santa Fe;
20. Francisco Marull. Abogado. Provincia de La Pampa;
21. Sebastián Narvaja. Abogado. INECIP. Córdoba;
22. Claudia Barcia. Unidad Fiscal Sudoeste. Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires;
23. Víctor Moloeznik. Abogado. Dirección Provincial de Transformación del Sistema Procesal Penal. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

LAS PRISIONES CAUTELARES EN BRASIL¹

RODRIGO DE SOUZA COSTA²

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ³

¹ Después de que este informe fue elaborado, sorprendentemente rápido en el 5 de julio de 2011, el Parlamento brasileño aprobó la Ley N° 12.403/11, cambiando profundamente la estructura de la prisión preventiva en Brasil.

Uno de los grandes problemas de la práctica procesal penal era la predicción de la prisión preventiva como medida de precaución aislada. La Ley N° 12.403/11 prevé más allá de la prisión preventiva el arresto domiciliario (Arts. 317 y 318 del CPP), la presencia regular a la corte, bajo las condiciones impuestas por el juez para informar y justificar las actividades (Art. 319, I, CPP); la prohibición de frecuencia a determinados lugares cuando, por razones relacionadas con el hecho, el acusado debe permanecer lejos de estas áreas para evitar el riesgo de nuevos delitos (Art. 319, II, CPP); la prohibición de ponerse en contacto con una persona específica, cuando, por razones relacionadas con el hecho, el acusado debe permanecer lejos de ella (Art. 319, III, CPP); la prohibición de ausentarse de la comarca, cuando su estadía sea conveniente o necesaria para la investigación o instrucción (Art. 319, IV, CPP); arresto domiciliario por la noche cuando el acusado tiene una residencia y trabajo fijos (Art. 319, V, CPP); la suspensión del ejercicio de la actividad económica o financiera cuando existe el temor de su utilización en la práctica de delitos (Art. 319, VI, CPP); la detención de los acusados en casos de delitos cometidos con violencia o amenaza grave a una persona cuando los expertos concluyeron que no es imputable o es semiimputable (art. 26 del Código Penal) y existe el riesgo de repetición (Art. 319, VII, CPP); libertad bajo fianza para garantizar la asistencia a los actos del proceso y evitar la obstrucción de su curso o en caso de resistencia injustificada a la orden de la corte (Art. 319, VIII, CPP) y la vigilancia electrónica (Art. 319, IX, CPP).

Por otra parte, las posibilidades de uso de la prisión preventiva fueron limitadas. Esta solo se puede aplicar a delitos castigados con pena de prisión de más de cuatro años, si el acusado ha sido condenado en última instancia por otro delito, siempre que no sea reincidente; si el delito consiste en la violencia doméstica contra las mujeres, niños, adolescentes, viejos, enfermos o con discapacidad, para garantizar la aplicación de medidas urgentes de protección y también cuando existan dudas sobre la identidad civil de la persona, o cuando el detenido no proporciona información suficiente para aclararla; en tales casos, el preso debe inmediatamente ser colocado en libertad después de la identificación (Art. 313, CPP).

Por lo tanto, tenemos que esperar por lo menos un período de un año para ver qué efectos se reflejan en la realidad de la detención en Brasil.

² Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF). Director del Grupo Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

³ Profesor de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Presidente del Grupo Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

1. INTRODUCCIÓN: LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE PRISIONES CAUTELARES

Las prisiones cautelares, sin embargo de las críticas históricamente conocidas, continúan siendo un instrumento bastante utilizado en Brasil.

En realidad, el proceso penal brasileño convive con la dicotomía prisión/libertad, sin margen para otras medidas durante su curso. De alguna manera, esto deriva en la situación actual de hipertrofia de la utilización de las hipótesis de prisiones cautelares.

La redacción actual de Código de Proceso Penal ofrece al magistrado una gama reducida de opciones en ese campo. Normalmente, para garantizar el orden procesal o la aplicación de la ley penal, el juez tiene una única opción: la prisión cautelar. De esa forma, al percibir la existencia de una amenaza, grande o pequeña, sobre el rumbo cierto de la prosecución, o se decreta la privación de la libertad del acusado, o no se aplica ninguna medida. No existe un término medio, no hay un juicio de proporcionalidad posible.

En el proceso penal brasileño existen cuatro modalidades de prisiones cautelares⁴: prisión en flagrante, prisión derivada de sentencia, prisión temporal y prisión preventiva.

a) Prisión en flagrancia

El artículo 5º, LXI, de la Constitución brasileña prevé que “nadie será preso sino por delito en flagrante o por orden escrita y fundamentada de una autoridad judicial competente, salvo en casos de transgresión militar o de crimen propiamente militar, definidos por ley”.

De forma muy sintética, puede decirse que la prisión en flagrante es una prisión cautelar en la que el individuo es preso por estar cometiendo o haber cometido una infracción penal. Esa medida tiene por finalidad, por un lado, evitar la práctica criminal o detener a su autor y, por otro, salvaguardar la prueba del acto del crimen y de su autoría.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo II, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, pág. 133.

El Código de Proceso Penal establece las hipótesis de pertinencia de esa prisión a partir del artículo 301, que obliga a las autoridades policiales y faculta a cualquier persona a arrestar a cualquiera que se encuentre en delito flagrante.

En realidad, se trata de un acto eminentemente administrativo ya que la ratificación de dicho acto, sea practicado por la autoridad policial o por un particular, le cabe a la autoridad administrativa, el comisario de la policía. Posteriormente, cabe a la autoridad judicial analizar la regularidad y la necesidad de mantener ese tipo de prisión.

Es importante destacar que las hipótesis consideradas por el orden jurídico brasileño para este tipo de prisión son un poco más amplias que el simple hecho de capturar a un sujeto durante la práctica criminosa.

Para el Derecho brasileño, se considera en flagrancia quien está cometiendo la infracción penal, acaba de cometerla, es perseguido inmediatamente después por la autoridad, por la víctima o por cualquier otra persona, en situación que lo haga presumir ser el autor de la infracción, o encontrado, inmediatamente después, con instrumentos, armas, objetos o papeles que permitan presumir que es el autor de la infracción⁵.

En ese particular, es común encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia la exigencia de dos requisitos: la actualidad y la visibilidad. Se entiende por actualidad la necesidad de la propia situación flagrante; y por visibilidad el evento externo al acto, la posibilidad de que alguien testimonie no solo la existencia del acto, sino también que pueda vincularlo con quien lo practicó⁶.

Observamos entonces que no todas las situaciones descritas anteriormente, previstas en el artículo 302 del Código de Proceso Penal Brasileño, se constituyen como situaciones en flagrancia propiamente dichas. Por ese motivo, es común encontrar clasificaciones doctrinarias que diferencian las siguientes modalidades: el propio flagrante,

⁵ Art. 302 del Código de Proceso Penal brasileño.

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 663.

referente a las hipótesis de que el individuo está cometiendo o acaba de cometer la infracción penal; flagrante impropio, cuando el agente es perseguido inmediatamente después por la autoridad, por el ofendido, o por cualquier persona en situación que lo convierta en el presunto autor de la infracción; y flagrante presumido, que comprende los casos en que el individuo es encontrado inmediatamente después con instrumentos, armas, objetos o papeles que lo convierten en el presunto autor de la infracción. De esta forma, es evidente que la noción de flagrante es un término flexible que sugiere algo inmediato, que se pretende lograr.

A pesar de que, como afirmamos, la prisión en flagrante es un acto esencialmente administrativo, el orden jurídico brasileño asegura que esa modalidad de prisión debe pasar, necesariamente, por el control judicial.

La Constitución Federal⁷ establece que la prisión de cualquier persona y el lugar donde se encuentre deben comunicarse inmediatamente al juez competente y a la familia del preso o a la persona indicada por él.

Esto debe ocurrir en la sede policial, después de labrar un documento llamado Auto de Prisión en Flagrante (APF). Ese documento consiste en un resumen del testimonio de quien efectuó la prisión, llamado conductor, de los testigos que acompañaron la práctica del crimen y la consecuente prisión, así como también del interrogatorio del acusado sobre la imputación que se le realiza.

Son pocas las hipótesis en las que el acusado no es inmediatamente llevado a la prisión: o no corresponde la pena de prisión a la infracción penal practicada⁸, o la propia ley exige la firma de un acuerdo de compromiso de comparecimiento a los actos procesales como contraprestación de la libertad⁹, o se autoriza el pago de una fianza¹⁰.

⁷ Art. 5º, LXII, CF.

⁸ Como es el caso de las contravenciones penales (Decreto Ley Nro. 3.688/41) y el del crimen de portación de drogas para uso propio (Ley Nro. 11.343/06).

⁹ Hipótesis prevista para las infracciones de menor potencial ofensivo, cualquier crimen que tenga una pena máxima inferior a 2 años (Ley Nro. 9.099/95)

¹⁰ Pertinente en sede policial solo para los crímenes más leves, con pena de detención o prisión simple (Art. 321, CPP).

Al ser comunicada la autoridad judicial sobre la prisión en flagrante, simultáneamente también se comunica a la Defensoría Pública, responsable por la prestación de asistencia jurídica gratuita, siempre con un plazo máximo de veinticuatro horas¹¹.

En el momento inicial, el magistrado debe verificar la regularidad de la prisión presentada, tanto a partir de requisitos de hecho o de Derecho y, en caso de cualquier ilegalidad, debe ordenar inmediatamente la liberación del preso a través de una medida denominada relajamiento de prisión¹².

Una vez verificada la regularidad de la prisión, el magistrado indaga sobre la necesidad de mantener esa prisión, que es el momento en el que se analiza la posibilidad de concesión o no de la libertad provisional.

Esa medida puede concederse si existe la evidencia de que el reo practicó el crimen en cualquiera de las hipótesis que excluyan el carácter ilícito del hecho¹³, o si no existen hipótesis que autorizan a decretar su prisión preventiva¹⁴, que serán posteriormente tratadas.

b) La prisión temporal

Por su parte, la prisión temporal es una modalidad de prisión cautelar, de duración limitada, utilizada durante la fase de averiguación policial, destinada a evitar que, en libertad, el investigado pueda dificultar la recolección de elementos de información durante la investigación policial de determinados crímenes de mayor gravedad.

¹¹ Artículo 306, § 1º, CPP.

¹² Art. 5º, LXV, CF. "la prisión ilegal será inmediatamente relajada por la autoridad judicial".

¹³ Estado de necesidad, legítima defensa, estricto cumplimiento del deber legal y ejercicio regular de derecho (Art. 23, I, II, III y IV del Código Penal brasileño)

¹⁴ Art. 310, CPP.

Instituida por la Ley Nro. 7.960/89, ingresó al ordenamiento jurídico brasileño a partir de la promulgación de la Constitución Federal vigente desde el año 1988, justamente porque restringe la posibilidad de prisión por delito flagrante o al orden judicial, imposibilitando la práctica corriente de los aparatos policiales de otras épocas, que es la prisión para averiguación de antecedentes¹⁵. Frente a esta situación, se creó la modalidad de la prisión restricta a la investigación policial, de duración limitada, pero con requisitos más leves con relación a aquellos que autorizan a decretar la prisión preventiva.

Esa prisión puede decretarse cuando¹⁶: I – es imprescindible para las averiguaciones vinculadas a la investigación policial; II – cuando el indiciado no tenga domicilio fijo o no ofrezca elementos necesarios para el reconocimiento de su identidad; III – si existen razones fundamentadas de autoría o participación del sospechoso en los siguientes crímenes: homicidio doloso¹⁷, secuestro o detención ilegal¹⁸, robo¹⁹, extorsión²⁰, extorsión mediante secuestro²¹, estupro²², epidemia con resultado de muerte²³, envenenamiento de agua potable o sustancia alimenticia o medicinal²⁴, formación de banda para delinquir²⁵, genocidio²⁶, tráfico de drogas²⁷ y crímenes contra el sistema financiero²⁸, además de crímenes atroces y semejantes²⁹.

Es importante aclarar que, debido a la fuerza de la naturaleza cautelar de esa especie de prisión, es necesario que los requisitos presentes en el artículo 1º de la ley se combinen entre sí, o sea, que estén presentes los incisos I y III o II y III, que corresponden a los requisitos necesarios para la configuración de la cautelaridad del pro-

¹⁵ Esto consistía en la posibilidad de arrestar a cualquier ciudadano que la autoridad policial considerase sospechoso para, posteriormente, investigar la existencia o no de algún hecho criminal contra el detenido.

¹⁶ Artículo 1º de la Ley Nro. 7.960/89.

¹⁷ Art. 121, CPP.

¹⁸ Art. 148, CPP.

¹⁹ Art. 157, CPP.

²⁰ Art. 158, CPP.

²¹ Art. 159, CPP.

²² Art. 213, CPP.

²³ Art. 267, § 1º, CP.

²⁴ Art. 270, CP.

²⁵ Art. 288, CP.

²⁶ Arts. 1º, 2º y 3º de la Ley Nro. 2.889/56.

²⁷ Art. 33 de la Ley Nro. 11.343/06.

²⁸ Previstos en la Ley Nro. 7.492/86

²⁹ Previstos en el art. 1º de la Ley Nro. 8.072/90.

cedimiento, el *periculum libertatis* (incisos I y II) y el *fumus commissi delicti* (inciso III).

De esta manera, ya sea a través de la solicitud del Ministerio Público o de la representación de la autoridad policial, el magistrado podrá decretar la prisión temporal por el plazo de cinco días, que podrá ser prorrogado por igual período³⁰. A pesar de esto, la edición de la Ley de crímenes atroces³¹ amplió de forma significativa el tiempo de prisión.

Esto ocurrió porque el artículo 2º, §4º de esta ley amplió en demasía el tiempo de prisión temporal al autorizar, para los crímenes previstos en el artículo 1º de la Ley Nro. 8.072/90³², treinta días de prisión, que pueden renovarse por igual período, o sea, multiplicando seis veces el plazo autorizado anteriormente.

Sin embargo, frente a la temporalidad de la prisión, al final del plazo establecido en el mandato judicial, el preso debe ser liberado inmediatamente.

c) La prisión preventiva

La prisión preventiva es la prisión cautelar por excelencia y puede decretarse en el curso de la investigación policial o durante la acción penal y tiene como requisitos: la garantía de orden público, de orden económico, conveniencia de instrucción criminal y para asegurar la aplicación de la ley penal³³.

Es importante notar que, más allá de estos requisitos, es imperiosa la existencia de indicios del crimen, así como también de su autoría. Además, debe destacarse que la prisión preventiva no es aplicable

³⁰ Artículo 2º de la Ley Nro. 7.960/89.

³¹ Ley Nro. 8.072/90.

³² Homicidio (art. 121), cuando se practica en actividade típica de grupo de exterminio, incluso cuando es cometido por un solo agente, y homicidio calificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV y V), latrocinio (art. 157, § 3º, in fine); extorsión calificada por muerte (art. 158, § 2º), extorsión mediante secuestro y de forma calificada (art. 159, inciso, y §§ 1º, 2º y 3º); estupro (art. 213, inciso y §§ 1º y 2º); estupro de persona vulnerable (art. 217-A, caput y §§ 1º, 2º, 3º y 4º); epidemia con resultado de muerte (art. 267, § 1º). falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales (art. 273, caput y § 1º, § 1º-A e § 1º-B), genocidio (arts. 1º, 2º y 3º de la Ley Nro. 2.889/56), tortura (Ley Nro. 9.455/97), Tráfico de drogas (Ley Nro. 11.343/06) y terrorismo.

³³ Art. 311 y siguientes del CPP.

a cualquier hipótesis criminal, sino que solo es pasible de aplicación en los crímenes dolosos: a) que son punidos con reclusión³⁴; b) que son punidos con detención, frente a la duda sobre la identidad del acusado; c) si el reo hubiera sido condenado por otro crimen doloso, con sentencia firme, con excepción de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal³⁵ y; d) si el crimen implica violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos de la ley específica, para garantizar la ejecución de las medidas de protección de urgencia³⁶.

Con relación a los requisitos enumerados anteriormente, puede afirmarse que la presencia de solo uno de ellos, sumada a los indicios de autoría y materialidad del crimen, es suficiente para concretizar la prisión preventiva.

En la búsqueda por el significado de esas expresiones, debe aclararse que lo referente al denominado "orden público" viene considerándose con cautela, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia brasileña. Como se trata de un concepto indeterminado, su definición es imprecisa, pero normalmente está ligada a las nociones de cierta sensación de paz y de tranquilidad que debe existir en el medio social. De esta forma, el Supremo Tribunal Federal admite la prisión con base en ese concepto cuando se verifica la hipótesis de reincidencia múltiple, o sea, cuando se obtienen datos que permiten realizar un pronóstico de que, en libertad, el sujeto volverá de delinquir.

Se entiende que el orden público comprende la paz y la tranquilidad social que deben existir en la comunidad, con todos los ciudadanos viviendo en perfecta armonía. De esta forma, si el indiciado o acusado continúa practicando ilícitos penales en libertad, estará perturbando el orden público y la prisión cautelar será necesaria si están presentes los demás requisitos legales.

³⁴ El Código Penal brasileño distingue la reclusión de la detención en su artículo 33 afirmando que "la pena de reclusión debe cumplirse en régimen cerrado, semiabierto o abierto. La de detención, en régimen semiabierto o abierto, salvo necesidad de transferencia a régimen cerrado."

³⁵ Art. 64 - A los efectos de reincidencia: I - no prevalece la condena anterior, si entre la fecha del cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior hubiera transcurrido un tiempo superior a 5 (cinco) años, considerado el período de prueba de la suspensión o de la liberación condicional, si no se produce revocación; II - no se consideran los crímenes propiamente militares y políticos.

³⁶ La Ley Nro. 11.340/06 establece el tratamiento dado a las hipótesis de violencia doméstica practicada contra la mujer.

A pesar de ello, no es poco común verificar, principalmente en decisiones de primera instancia, la utilización de esa expresión que autoriza la prisión preventiva en los casos de peligrosidad del reo, supuesta perversidad del crimen, insensibilidad moral o social del criminal, reacción exagerada de los medios que provocan serios impactos sociales o hasta incluso para garantizar la credibilidad del Poder Judicial³⁷, supuestamente afectada por el mantenimiento del reo en libertad³⁸.

Además, se observa que el requisito de conveniencia de la instrucción criminal puede entenderse como garantía del desarrollo regular del proceso, correspondiendo la prisión preventiva siempre que la libertad del acusado implique riesgos, como por ejemplo, destruyendo pruebas o amenazando a testigos.

Es importante notar que, una vez concluida la instrucción criminal y cuando no subsisten los motivos que autorizan el decreto de la prisión preventiva, el magistrado puede inmediatamente revocar el decreto de prisión, restituyéndole la libertad al reo³⁹.

La garantía de aplicación de la ley penal termina funcionando como medida orientada a impedir, en la mayoría de los casos, la fuga del acusado.

Como explica el profesor Eugênio Pacelli de Oliveira⁴⁰:

La prisión preventiva para garantizar la aplicación de la ley penal contempla las hipótesis en las que haya riesgo real de fuga del acusado y, de esta forma, riesgo de no aplicación de la ley en la hipótesis de decisión condenatoria. Es necesario, sin embargo, que semejante modalidad de prisión se fundamente en datos concretos de la realidad, no pudiendo revelarse como fruto de una mera especulación teórica de los agentes públicos, como ocurre con la simple alegación fundamentada en la riqueza del reo. Resulta claro que, en esa situación, y la realidad lo ha demostrado, el riesgo siempre es mayor, pero incluso así no es suficiente, por sí solo, para decretar la prisión.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 29. ed. rev. y actual. – São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, pág. 511.

³⁸ Como en la decisión proferida en los autos del proceso Nro. 2009.5101.812955-0, en trámite en la Justicia Federal de Rio de Janeiro.

³⁹ Art. 316, CPP.

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 415 y 416.

Finalmente, la prisión decretada con base en la garantía del orden económico es de utilización restricta. Esto es así porque su propio fundamento, es decir, el temor de que con la libertad el imputado ponga en riesgo el orden económico brasileño, indica la excepcionalidad, o incluso para algunos, la imposibilidad⁴¹ de decretar esa modalidad de prisión preventiva.

Además de esas hipótesis, pueden mencionarse la prisión para apelar a la sentencia condenatoria recurrible y la prisión para recurrir a la decisión de pronunciamiento. La Ley 11.689/08, que reglamentó el procedimiento de juicio con jurado y eliminó la prisión automática (nueva redacción del artículo 423 del CPP) y la Ley 11.719/08, que alteró el procedimiento común, en la misma línea, revocaron la necesidad de prisión automática para apelación (revocación del artículo 594 del CPP), vinculando la determinación de esos dos tipos de prisión a los presupuestos que motivan el dictado de la prisión preventiva.

Específicamente con relación a la prisión preventiva, puede afirmarse que su uso puede estar motivado por un cierto espíritu inquisitivo y de anticipación de la pena, desvirtuando de esta manera la naturaleza de la cautelaridad, que es la de servir como instrumento para los procesos de conocimiento o ejecución.

Además, parece evidente que la estructura legal brasileña contribuye para que en el país haya 152.612 presos por medidas cautelares, y es por esa razón que este asunto merece analizarse. Para abordar esta cuestión, es necesario entender cómo se da el procedimiento penal y en qué circunstancias acontece la solicitud de una medida cautelar.

2. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN BRASIL

En los últimos diez años Brasil comenzó a preocuparse con el acceso a la Justicia. Eso implicó el surgimiento de diversas medidas orientadas no solo a aproximar a la población al sistema judicial, sino también a intentar lograr una prestación jurisdiccional más rápida y efectiva.

En ese sentido, hubo una gran reforma del sistema judicial brasileño a través de la enmienda constitucional número 45, además de reformas legislativas puntuales, principalmente en el proceso penal, que fue modificado radicalmente.

⁴¹ Como por ejemplo OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 416.

Puede afirmarse que el sistema brasileño se divide en dos grandes subsistemas: el procedimiento ordinario y el sumarísimo, que se realiza a través de los llamados Juzgados Especiales Criminales.

2.1 El Procedimiento ordinario

El sistema procesal penal brasileño se basa en el denominado acusatorio, con privilegio de aplicación de los principios del contradictorio y de la amplia defensa en la etapa procesal.

A pesar de esto, antes del proceso penal es posible la ocurrencia de una averiguación policial. Ocurrido un delito, y habiendo noticia del crimen, el comisario de la policía puede iniciar un proceso para investigar lo acontecido.

La averiguación policial en el sistema brasileño vive un conflicto en la doctrina y la jurisprudencia. A pesar que el proceso penal brasileño se basa esencialmente en el sistema acusatorio, la averiguación es un procedimiento básicamente inquisitorial y no existe la posibilidad de incidencia del contradictorio, por ejemplo.

En la legislación brasileña, la investigación policial debe tener un plazo máximo de 30 días, si el investigado está suelto, o de diez días, si está preso, como consecuencia de una prisión en flagrante. A pesar de esta previsión legal, la realidad demuestra que en Brasil las investigaciones presentan muchos problemas. En muchas ocasiones, las investigaciones demoran años sin llegar a una conclusión adecuada.

La averiguación es supervisada por el Ministerio Público que, siempre que considere que las investigaciones no fueron suficientes, puede solicitar otras diligencias a la autoridad policial, que es lo que acaba produciendo esa demora.

Dicha situación es tan grave en el procedimiento penal brasileño que, recientemente, motivó la modificación los artículos 109 y 110 del Código Penal brasileño para que la prescripción denominada retroactiva⁴² solo comenzara a contarse desde el momento en que el juez recibe la acusación ministerial.

⁴² La prescripción retroactiva ocurre cuando, impuesta una pena en la sentencia, se realiza una nueva consideración de la prescripción tomando en cuenta el nuevo plazo impuesto por la pena en concreto.

Lo que normalmente ocurría era que, con la reducción del plazo de la prescripción por la pena efectivada en la sentencia, numerosos procedimientos legales terminaban prescribiendo.

Como mencionamos, la averiguación policial puede iniciarse tanto a partir de la noticia del crimen, que puede ser hecha por cualquier persona, como con la prisión en flagrante que, una vez comunicada al juez, puede convertirse o no en prisión preventiva.

La policía lleva a cabo la averiguación bajo la supervisión de la Fiscalía, que hace las solicitudes de medidas, quien de verdad es el titular del derecho de acción. Así, si el fiscal considera que hay pruebas suficientes de la existencia del delito o de su autoría, puede solicitar el archivo del proceso, bajo la supervisión de un juez.

Si el juez está de acuerdo con la petición del MP, él determina el archivo del proceso. Si no es enviado al fiscal jefe, para que él pueda decidir sobre el cierre o el enjuiciamiento.

La prisión preventiva puede tener lugar durante la averiguación, independientemente del flagrante, de la misma forma que la prisión temporal es aplicable de manera exclusiva durante la averiguación.

Si el Ministerio Público encuentra elementos suficientes que impliquen la existencia del crimen y de su autoría, debe formalizar su acusación a través de una petición denominada denuncia.

Esa denuncia se asigna por sorteo a un juez competente que realiza un juicio de admisibilidad, observando la pertinencia de la acusación y las formalidades correspondientes para poder dar inicio al proceso penal a partir de la denominada recepción de la denuncia.

En ese momento el acusado es intimado a responder a la acusación en el plazo de diez días⁴³, momento durante el cual elaborará su defensa escrita, presentando sus pruebas, sea a través de un abogado, sea a través de un defensor del pueblo.

En caso de existencia manifiesta de causa excluyente de la ilicitud del hecho, de causa excluyente de la culpabilidad del agente, salvo inimputabilidad, si el hecho narrado evidentemente no constituye crimen; o si estuviera extinta la punibilidad del agente, el juez puede

⁴³ Art. 396, CPP.

absolverlo de inmediato⁴⁴. En caso contrario, el juez establecerá una audiencia de instrucción y juicio, donde de forma concentrada, todas las pruebas posibles se producen en el mismo día y, si fuera posible, con la promulgación de la sentencia.

En la práctica se observa que solo los casos más simples se resuelven en una sola sesión. Los más complejos son necesariamente divididos en múltiples audiencias, lo que causa daño al progreso del proceso.

Durante las audiencias están presentes necesariamente el juez, el fiscal, el defensor y el acusado, pudiendo el MP y la defensa solicitar medidas durante el acto procesal.

Se debe observar que otro de los problemas del Derecho brasileño radica en la demora de los procedimientos, además de la profusión de recursos. El uso de la tecnología, como a través del proceso digital, y la existencia de un juicio de admisibilidad más riguroso con los recursos a los tribunales superiores, constituyen intentos orientados a reducir las estimaciones de la duración promedio de un proceso penal⁴⁵.

2.2 Los Juzgados Especiales Criminales

Con la Constitución Federal de 1988 se instituye en Brasil la figura de los Juzgados Especiales Criminales. Con la finalidad de mejorar el acceso a la Justicia, se invirtió en la oralidad, la celeridad, la informalidad, la despenalización y la desjudicialización del proceso penal.

Los juzgados especiales se crearon para juzgar las denominadas infracciones de menor potencial ofensivo, definidas por la Ley Nro. 9.099/95 como todo y cualquier crimen que tenga una pena máxima no superior a dos años.

En los crímenes de su competencia, no hay averiguación policial. El procedimiento en la policía se simplifica y cuenta exclusivamente con el registro del hecho, el testimonio del autor y de la víctima y alguna pericia, si fuera necesario.

⁴⁴ Art. 397, CPP. 44

⁴⁵ Esas estimaciones, demasiado imprecisas, pero referentes exclusivamente al proceso y no a la averiguación, se ubican en casi tres años.

A partir de ese momento, el procedimiento se envía al juzgado donde se fija inmediatamente una audiencia de conciliación. En esa audiencia, ante la presencia de un mediador, se intenta poner fin a la cuestión criminal. Habiendo cualquier tipo de acuerdo, se decreta la extinción de la punibilidad, lo que implica la imposibilidad de establecer una pena a ese caso.

Si no hay acuerdo, en el caso de los Juzgados, el Ministerio Público puede negociar la acción penal con la imposición anticipada de pena de multa o restrictiva de derechos sin la realización del proceso⁴⁶. Si hay aceptación por parte del acusado, y cumplida la sanción, se extingue la punibilidad sin que, en ese caso, se genere un antecedente criminal para quien aceptó la propuesta.

También existe el instituto de la *“suspensão condicional do processo”*⁴⁷, que se puede aplicar a cualquier crimen que tiene la pena mínima no superior a un año, incluso si el delito no es de juzgar a los juzgados especiales criminales. Tras la aceptación de determinadas condiciones, el juez suspende el proceso por un período que varía de dos a cuatro años, si se cumplen todos los requisitos se decreta la extinción de la punibilidad.

Solo en última instancia, y no habiendo aceptación de la propuesta, se fija una audiencia de instrucción y juicio para llegar a una sentencia que, concentrándose en los actos procesales, llegará a una sentencia en la misma audiencia.

El procedimiento es similar a lo del procedimiento ordinario. La única diferencia es que, inicialmente, más un intento de conciliación se lleva a cabo. Después de eso, se escuchan los testigos (acusación y defensa) y finalmente el acusado. Si no hay ninguna otra acción a realizar (como un examen de expertos), las razones se dan por vía oral, lo que es raro, y la sentencia se da de inmediato.

Además de esa breve noción sobre el procedimiento penal brasileño, es necesario entender el sistema penitenciario y las formas de articulación con la realidad social, y de qué forma se estructura la prisión cautelar en Brasil.

⁴⁶ “Plea of bargain”

⁴⁷ Similar a la “Probation”.

3. EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO

En primer lugar, es necesario presentar la situación actual del sistema penitenciario brasileño, mostrando tanto sus características básicas, como su base legal vigente.

Con relación a la base legal, la ejecución penal en Brasil se organiza a partir de la Constitución de la República Federal de Brasil (CF) conjuntamente con otros dispositivos como el Código Penal (CP), el Código de Proceso Penal (CPP) y la Ley de Ejecución Penal (Ley Nro. 7.210/84 - LEP).

Cabe destacarse que el derecho brasileño adopta, de forma expresa, la jurisdiccionalización del proceso de ejecución penal, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1º, 2º, 66 y 194 de la LEP⁴⁸.

Otra consideración preliminar que debe realizarse se relaciona al hecho que Brasil tiene altos índices de criminalidad, bastante superiores, por ejemplo, al promedio de otros países de la región. A pesar de esa situación, en los últimos años se registraron importantes reducciones, sobre todo en los índices de homicidios. Sin embargo, hubo un aumento expresivo de los encarcelamientos, además de reformas legales orientadas a aumentar la severidad de la legislación penal y la ejecución de penas⁴⁹.

3.1 El incremento de la población carcelaria en Brasil⁵⁰

De acuerdo con el Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN)⁵¹, los datos consolidados sobre la población carcelaria indican que en diciembre de 2005 había 361.402 presos, de los cuales 296.919

⁴⁸ Sobre este tema, ver CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias A jurisdiccionalização do processo de execução penal – o contraditório e a ampla defesa. Revista brasileira de ciências criminais. n. 9, São Paulo: RT, pp. 115-132.

⁴⁹ Solo a modo de ejemplo, los porcentajes de encarcelamiento pasaron de 95,5 presos cada 100.000 habitantes en 1995, a 181.6 presos cada 100.000 habitantes, en 2003. Para obtener más información, ver ILANUD. A lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal. Revista ultima ratio. n.º. 0, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 3-74.

⁵⁰ Hay algo que debe ser aclarado. Las estadísticas brasileñas informan haber detenidos fuera del sistema carcelario. Pero no hay información si estos presos tienen o no tienen condena. La opción más común, como se hace en este estudio, es considerarlos sin condena.

⁵¹ Datos obtenidos en <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf>, con acceso el día 11 de agosto de 2010.

estaban en el sistema penitenciario y 64.483 estaban detenidos en otros establecimientos. En diciembre de 2006 el número alcanzó los 401.236 presos, de los cuales 339.580 estaban en el sistema penitenciario y 61.656 estaban detenidos en otros establecimientos. En diciembre de 2007 ya había 422.590 presos, de los cuales 366.576 estaban en el sistema penitenciario y 56.014 estaban detenidos en otros establecimientos.

En el año 2008 los números suben a 451.129 presos, de los cuales 393.698 estaban en el sistema penitenciario y 57.431 estaban detenidos en otros establecimientos. Y en diciembre de 2009 ya había 473.626 presos, de los cuales 417.112 estaban en el sistema penitenciario y 56.514 estaban detenidos en otros establecimientos. Los datos consolidados hasta junio 2010 muestran un total de 494.237 presos.

Debe destacarse que uno de los problemas más graves del actual sistema penitenciario brasileño consiste en la sobrepoblación carcelaria ya que, en diciembre de 2005, había solo 206.347 plazas en el sistema carcelario; en diciembre de 2006, 236.148 plazas; en diciembre de 2007, 249.515; en diciembre de 2008, 296.428 plazas y en diciembre de 2009, 294.684. Hasta junio 2010 Brasil tenía aproximadamente 299.587 plazas.

Podemos sacar algunas conclusiones iniciales a partir del análisis de estos números. En primer lugar, en los últimos años, hubo un proceso consistente de aumento del encarcelamiento. De 2005 al 2009 hubo un aumento de 112.224 presos.

Estos datos son aún más preocupantes si se observa que en 1990 Brasil tenía solo 90.000 presos, lo que implica un aumento impresionante de 408.500 presos en 20 años. Es curioso señalar que este crecimiento fue aún mayor en 2002 (239.345) en adelante.

Hay que tener en cuenta que este crecimiento de la población carcelaria, 454% en 20 años, no ha seguido el aumento de la población que durante el mismo período creció 31,83%⁵².

Otros dos puntos también merecen destacarse. El primero se relaciona al hecho de que Brasil está invirtiendo sistemáticamente en la

⁵² De 146.592.579 en 1990 para 191.480.630 personas en 2010, lo que implica un aumento de 28,86%.

construcción de nuevos establecimientos penitenciarios para intentar reducir el déficit de plazas carcelarias. En diciembre de 2004 había 336.358 presos, 211.255 plazas carcelarias y un déficit de 125.103 plazas. En diciembre de 2005 había 361.402 presos, 215.910 plazas y un déficit de 145.492, lo que implicó una evolución del déficit de plazas del 16,30%. Por su parte, en diciembre de 2006 había 401.236 presos, 242.294 plazas y un déficit de 158.942, que implicó una evolución de la falta de plazas del orden del 9,24%. En el 2007 había 422.373 presos, 275.194 plazas y un déficit de 147.179, con una reducción del déficit del orden del 7,40%. En el año 2008 había 451.129 presos y 296.428 plazas, es decir un déficit de 154.701 plazas, con un incremento del 5,11% y, finalmente, en el 2009 había 473.626 presos y 294.684 plazas, lo que implica un déficit de 178.942 plazas, que representa un aumento de 15,67%.

A partir del cuadro presentado sobre el actual sistema penitenciario brasileño, puede concluirse que Brasil se caracteriza por ser un Estado cada vez más penal ya que, a pesar de los avances socioeconómicos consistentes que atraviesa, del crecimiento económico, de la reducción de las desigualdades sociales y de la ampliación de la clase media, esa situación no se refleja en el sistema penal. Además, a pesar de que Brasil haya creado en tres años más plazas en el sistema penitenciario de las que existen en Francia, por ejemplo, aparentemente el modelo no ha sido capaz de crear las condiciones deseables para el sistema penal.

Además, otro punto que merece destacarse es el hecho de que existe una gran concentración de presos en determinados estados de la Federación. El estado de São Paulo, por ejemplo, que es el más rico y poblado de Brasil, tenía a fines de 2009 163.915 presos⁵³, con solo 101.774 plazas. A pesar de esta situación, al verificar el promedio de encarcelamientos cada 100.000 habitantes, São Paulo no aparece liderando las estadísticas ya que el estado de Acre supera estos números, y aunque tenía en términos absolutos 3.426 presos, equivalente al 2,09% de los presos paulistas, tiene 495,7 detenidos cada 100.000 habitantes. Debe observarse que São Paulo tiene 396,08 presos cada 100.000 habitantes y que ambas cifras son elevadas en comparación

⁵³ A fines de 2010 São Paulo tenía 173.060 presos.

con el promedio nacional, que es de 243 detenidos cada 100.000 habitantes⁵⁴.

La situación podría ser todavía peor si no existiera la imposición de penas y medidas alternativas que, en 2007, sumaron aproximadamente 476.000 casos en todo el país. Esto significa afirmar que el sistema penal brasileño alcanza casi 1.000.000 de personas, un número significativo incluso para un país con las dimensiones continentales de Brasil.

Particularmente, con relación a las prisiones cautelares, el cuadro es todavía más grave. De hecho, el aumento de la población carcelaria es menos significativo que el aumento del número de presos provisorios. Entre diciembre de 2003 y de 2009, hubo un aumento de 308.304 a 473.626 presos, o sea, un incremento del 53,62%. Al mismo tiempo, los presos provisorios pasaron de 67.549 a 152.612 en el mismo período, es decir, un aumento del 126%.

Si el período de comparación se extiende, la realidad es aún más dramática. En 1990 Brasil tenía 73.800 presos con condena (82% del total) y 16.200 presos sin condena (18% del total de presos). Los datos de junio de 2010 indican 277.601 presos definitivos (56,17% del total) y 216.636 presos sin condena (43,83% del total). Comparando el período el número de presos con condena aumentó 278%, mientras que el de los sin condena 1253%.

Por lo tanto, si bien es verdad que en Brasil hubo un incremento de los encarcelamientos, esto es todavía más significativo en lo referente a las prisiones cautelares.

Es importante notar que la legislación procesal brasileña, en lo relativo a las medidas aseguradoras de los procesos, trabaja única y exclusivamente con el paradigma de la prisión. Además, las desigualdades regionales brasileñas se manifiestan de forma decisiva cuando emerge el tema de la prisión preventiva. De esta forma, es extremadamente necesario trabajar con un cuadro comparativo mínimo por región brasileña para poder comprender el alcance de esta situación.

Es importante destacar que los datos presentados en este trabajo no son absolutamente precisos. En la mayor parte de los estados brasileños, es bastante frecuente que existan presos no sometidos al sistema

⁵⁴ 258,11 cada 100 mil habitantes en junio 2010.

penitenciario y que, la mayoría de las veces, permanecen alojados en las comisarías policiales, que son lugares inadecuados para ese fin. Esto implica que algunos estados, como Amapá, Paraíba, Piauí y Santa Catarina, no informen a los órganos oficiales⁵⁵ la cantidad de presos existentes en esa situación. En el caso específico de Santa Catarina, es importante destacar que es uno de los tres estados de Brasil que hasta el día de hoy no cuenta con asistencia jurídica gratuita a través de la institución de la Defensoría Pública, a pesar de estar prevista en la Constitución Federal de 1988⁵⁶. Además, solo el 41,09% de las circunscripciones brasileñas cuentan con el recurso de la asistencia gratuita. Esto significa que, en Brasil, el 58,91% de las localidades no cuentan con ese importante instrumento de control de la legalidad de medidas como la prisión procesal⁵⁷.

Todavía con relación a los datos, debemos resaltar que algunas de las informaciones disponibles están evidentemente equivocadas como, por ejemplo, la alegación del estado de Pará de que no habría mujeres entre la población bajo prisión preventiva. De acuerdo con una noticia que circuló por todo Brasil, en noviembre de 2007 se identificó en ese estado una adolescente de 15 años presa en una celda masculina⁵⁸.

a) Región Norte

La región Norte, conocida por abarcar la selva amazónica, es la región con menor densidad de población de Brasil, tiene 15.359.608 habitantes, equivalente al 8,02% de la población brasileña⁵⁹.

A pesar de eso, los índices de desarrollo humano no son muy expresivos, siendo solo superiores a los registrados en los estados de la región Nordeste, la más pobre de Brasil, como puede observarse en el cuadro a continuación⁶⁰.

⁵⁵ El Departamento Penitenciario Nacional, vinculado al Ministerio de Justicia de Brasil.

⁵⁶ Los otros estados son Goiás y Paraná donde, a pesar de estar prevista legalmente, no se instituyó.

⁵⁷ Fuente http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf

⁵⁸ Como se puede leer en <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/11/21/327246524.asp>

⁵⁹ Datos obtenidos en www.ibge.gov.br

⁶⁰ Los cuadros se basan en información extraída de http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2003_2007/tabela04.pdf, http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3039&lay=pde, Empleo, desarrollo humano e trabalho decente: A experiência brasileira recente. CEPAL, PNUD OIT, 2008. Disponible en www.pnud.org.br

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Acre	0,751 (17) ⁶⁰	0,763 (15)	0,844 (18)	0,647 (16)	8.789 (18)
Amazonas	0,780 (13)	0,766 (14)	0,925 (4)	0,648 (15)	13.043,00 (9)
Roraima	0,750 (18)	0,736 (22)	0,885 (13)	0,629 (22)	10.534,00(13)
Rondônia	0,776 (14)	0,759 (17)	0,885 (14)	0,685 (12)	10.320,00 (14)
Amapá	0,780 (12)	0,744 (20)	0,919 (7)	0,676 (13)	10.254 (15)
Pará	0,755 (16)	0,772 (13)	0,861 (17)	0,632 (21)	7.007,00 (22)
Tocantins	0,756 (15)	0,671 (16)	0,860 (16)	0,647 (17)	8.921 (17)

Fuente: pendiente.

Los datos sobre el sistema penitenciario de la región Norte merecen atención. Si se consideran de forma separada, se observa un bajo número de presos con relación al total del país. En total, la región cuenta con 26.743 presos, es decir 5,64% de los presos del país, índice proporcionalmente bajo con relación a la cantidad de habitantes. A pesar de esto, observando los índices de presos por cada 100 mil habitantes, se verifican situaciones alarmantes en la mayor parte de los estados de la Región. El estado de Acre que tiene 495,71 presos cada 100 mil habitantes, lo que representa el mayor promedio nacional de encarcelamiento. Los estados como Rondônia, con 464,52 presos cada 100 mil habitantes, Roraima, con 393,60 presos cada 100 mil habitantes y Amapá, con 289,76 presos cada 100 mil habitantes, superan el promedio nacional de aproximadamente 243 presos cada 100 mil habitantes, tal como lo muestra el siguiente cuadro⁶²:

⁶¹ Entre paréntesis se indica la posición del estado con relación a los otros 26 estados brasileños y al Distrito Federal.

⁶² Datos obtenidos en <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2A-E94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Total de presos	Presos cada 100 mil habitantes
Rondônia	1.503.928	6.986	464,52
Acre	691.132	3.426	495,71
Amazonas	3.393.369	4.636	136,62
Roraima	421.499	1.659	393,60
Pará	7.431.020	10.289	138,46
Amapá	626.609	1.812	289,176
Tocantins	1.292.051	1.935	149,76

Fuente: pendiente.

Con relación a los presos provisorios, la situación no es muy diferente. Mientras Brasil tiene un promedio de 122,06 presos provisorios cada 100 mil habitantes, solo los estados de Amazonas, Tocantins y Pará presentan índices inferiores. Puede notarse, una vez más, que el total de presos provisorios de esa región (14.772 detenidos) representa aproximadamente el 6,7% de los presos provisorios brasileños, lo que indica que entre los presos de la región, los provisorios representan un universo significativo. Ese cuadro es expresivo cuando se analiza, por ejemplo, el caso mencionado ocurrido en el estado de Pará. A pesar de tener el segundo menor número de presos provisorios cada 100 mil habitantes, este total representa el 58,90% de los presos de ese estado. Se observa que los estados de Amazonas (el caso más grave), Amapá y Roraima tienen casi la mitad de sus presos en carácter de provisorios, contando respectivamente con un 66,29%, un 47,41% y un 51,66% de presos provisorios en sus sistemas penitenciarios.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Rondônia	1.503.928	1830	121,68
Acre	691.132	1131	163,64
Amazonas	3.393.369	3073	90,56
Roraima	421.499	857	203,32
Pará	7.431.020	6060	81,55
Amapá	626.609	859	137,09
Tocantins	1.292.051	962	74,46

Fuente: pendiente.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Acre (AC)	1126	3421	5	33,01
Amazonas (AM)	2312	3875	761	66,29
Amapá (AP)	859	1812	0	47,41
Pará (PA)	4507	8736	1553	58,90
Rondônia (RO)	1830	6986	0	26,2
Roraima (RR)	849	1651	8	51,66
Tocantins (TO)	675	1648	287	49,72

Fuente: pendiente.

b) Región Nordeste

Históricamente, la región Nordeste es la más pobre de Brasil. A pesar que esa situación ha ido cambiando en los últimos años gracias a las acciones específicas de numerosos programas sociales de distribución de renta, en su mayoría implementados por el gobierno federal, sus

nueve estados ocupan las últimas posiciones del ranking nacional de desarrollo humano producido por el PNUD, de las Naciones Unidas.

En materia de desarrollo humano y social, pueden notarse algunos casos aislados que se destacan frente al promedio nacional, como es el caso del estado de Bahia en lo referente a la longevidad, que ocupa el duodécimo lugar en el ranking de los 27 estados, y Rio Grande do Norte, que ocupa el decimocuarto lugar con relación al IDH Ingresos.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Maranhão	0,683 (26)	0,696 (26)	0,784 (26)	0,570 (27)	5.165,00 (26)
Piauí	0,703 (25)	0,720 (24)	0,779 (26)	0,608 (25)	4.662,00 (27)
Ceará	0,723 (22)	0,744 (21)	0,808 (22)	0,616 (24)	6.149,00 (23)
Bahia	0,742 (19)	0,775 (12)	0,830 (19)	0,621 (23)	7.787,00 (19)
Rio Grande do Norte	0,738 (21)	0,747 (19)	0,810 (21)	0,657 (14)	7.607,00 (20)
Paraíba	0,718 (24)	0,723 (23)	0,793 (24)	0,638 (19)	6.097,00 (24)
Pernambuco	0,718 (23)	0,710 (25)	0,811 (23)	0,6321 (20)	7.337,00 (21)
Alagoas	0,677 (27)	0,683 (27)	0,759 (27)	0,589 (26)	5.858,00 (25)
Sergipe	0,742 (20)	0,756 (18)	0,827 (20)	0,643 (18)	8.712,00 (17)

Fuente: pendiente.

La población de la región Nordeste⁶³ representa el 28,01% del total nacional, mientras el total de presos de esa región⁶⁴ representa el 15,70% de los presos brasileños, considerando el promedio de presos cada 100 habitantes⁶⁵ en los estados de la región, números que son claramente inferiores con relación al promedio nacional⁶⁶. Solo los estados de Pernambuco y Paraíba se aproximan a dicho promedio.

⁶³ 53.591.197 personas.

⁶⁴ 74.373 presos.

⁶⁵ 138,78 presos cada cien mil habitantes.

⁶⁶ 247,52 presos cada cien mil habitantes.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Maranhão	6.367.138	5.222	82,01
Piauí	3.145.325	2.591	82,38
Ceará	8.547.809	13.035	152,50
Rio Grandedo Norte	3.137.541	4.162	132,65
Paraíba	3.769.977	8.524	226,10
Pernambuco	8.810.256	21.041	238,82
Alagoas	3.156.108	2.379	75,38
Sergipe	2.019.679	3.130	154,98
Bahia	14.637.364	14.289	97,62

Fuente: pendiente.

Con relación a los presos provisorios, los números son más significativos. Llamen la atención los casos de Sergipe y Pernambuco, que cuentan respectivamente con 111,11 y 140,17 presos cada cien mil habitantes, situación que ya marca la tendencia que mostrará el porcentaje de presos provisorios. Los dos estados cuentan con más presos provisorios que condenados de forma definitiva⁶⁷, ubicándose en el mismo nivel que los estados de Alagoas y Bahia, que cuentan con 74,19% y 68,32% de sus presos sin sentencia definitiva.

Sin embargo, llama la atención la situación de Piauí. A pesar de ser el antepenúltimo estado brasileño en términos del Índice de Desarrollo Humano (IDH) y el último con relación a los ingresos per cápita, no presenta datos absolutos tan alarmantes sobre el sistema penitenciario, que cuenta con 2.591 presos. De todas formas, cuenta con 1.877 presos provisorios, es decir, el 72,44% de sus presos no han sido condenados de forma definitiva. Lejos de ser un caso aislado ya que no constituye la situación más dramática de Brasil, Piauí es uno de los de la lista de los 16 estados brasileños (de un total de 27) que superan el promedio nacional, con el 44% de los presos resultantes de medidas cautelares.

⁶⁷ Sergipe tiene el 71,69% y Pernambuco el 58,69%.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Maranhão	6.367.138	3.867	60,73
Piauí	3.145.325	1.877	59,68
Ceará	8.547.809	6.234	72,93
Rio Grande do Norte	3.137.541	1.695	54,02
Paraíba	3.769.977	2.850	75,60
Pernambuco	8.810.256	12.349	140,17
Alagoas	3.156.108	1.765	55,92
Sergipe	2.019.679	2.244	111,11
Bahia	14.637.364	9.762	66,69

Fuente: pendiente.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Alagoas (AL)	1.364	1.978	401	74,19
Bahia (BA)	3.693	8.220	6.069	68,32
Ceará (CE)	6.071	12.872	163	47,83
Maranhão (MA)	2.070	3.425	1.797	74,05
Paraíba (PB)	2.850	8.524	0	33,44
Pernambuco (PE)	12.349	21.041	0	58,69
Piauí (PI)	1.877	2.591	0	72,44
Rio Grande do Norte (RN)	1.308	3.775	387	40,73
Sergipe (SE)	1.856	2.742	388	71,69

Fuente: pendiente.

c) *Región Centro-Oeste*

Con una población casi idéntica a la de la región Norte⁶⁸, pero con una superficie territorial bastante menor, la región Centro-Oeste presenta datos curiosos con relación a los indicadores socioeconómicos. Considerando que el Distrito Federal –que lidera todos los rankings de desarrollo humano– está ubicado en esa región, se puede llegar a tener la falsa impresión de que se trata de una región próspera y pujante económicamente. Sacando al Distrito Federal, caracterizado por la presencia de la burocracia estatal que recibe altos salarios, la actividad económica principal de la región es el agronegocio, que lleva los índices de los estados a niveles intermedios.

Tabla

TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Distrito Federal	0,874 (1)	0,835 (1)	0962 (1)	0,824 (1)	40.696,00 (1)
Goiás	0,800 (10)	0,797 (9)	0,891 (11)	0,712 (8)	11.548,00 (12)
Mato Grosso	0,796 (11)	0,789 (11)	0,898 (9)	0,702 (10)	14.954 (8)
Mato Grosso do Sul	0,802 (8)	0,802 (8)	0,894 (10)	0,709 (9)	12.411,00 (11)

Fuente: pendiente.

Cuando se observa el número de encarcelados, es posible notar la gravedad del cuadro. Todos los estados de la región, con excepción de Goiás, superan al promedio nacional en cantidad de presos cada 100 mil habitantes, a pesar de que en el conjunto de los estados hay 41.254 presos, lo que equivale al 8,71% del total nacional. Mato Grosso do Sul, por ejemplo, tiene una de las mayores tasas nacionales de encarcelamiento con 459,39 presos cada 100 mil habitantes. Llama la atención que, incluso con los mayores índices de desarrollo humano del país, el Distrito Federal tenga una tasa significativa de encarcelamiento, 315,74 cada 100 mil habitantes, superando de forma significativa al promedio nacional.

⁶⁸ La región Centro-Oeste posee 13.895.375 habitantes.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Total de presos	Presos cada 100 mil habitantes
Mato Grosso do Sul	2.360.498	10.844	459,39
Mato Grosso	3.001.692	11.061	368,49
Goiás	5.926.300	11.118	187,60
Distrito Federal	2.606.885	8.231	315,74

Fuente: pendiente.

En lo que respecta a los presos provisorios, los números adquieren relevancia al percibirse que, tanto Mato Grosso como Mato Grosso do Sul, superan de forma significativa el promedio nacional, a pesar que en la comparación del total de presos el único caso destacado es Mato Grosso, que cuenta con más de la mitad de sus presos (50,74%) sin sentencia definitiva, contrastando con el bajo índice del DF, de solo el 19,58%

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Mato Grosso do Sul	2.360.498	3.973	168,32
Mato Grosso	3.001.692	5.612	186,96
Goiás	5.926.300	4.949	83,51
Distrito Federal	2.606.885	1.612	61,84

Fuente: pendiente.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Distrito Federal (DF)	1.538	8.157	74	19,58
Goiás (GO)	3.701	9.870	1.248	44,51
Mato Grosso do Sul (MS)	2.770	9.641	1.203	36,64
Mato Grosso (MT)	5.612	11.061	0	50,74

Fuente: pendiente.

d) Región Sudeste

La región Sudeste es la más poblada de Brasil, con un total de 80.779.802 habitantes, equivalente al 42,22% de la población brasileña. Además, es la más desarrollada económica y socialmente. Los estados de Rio de Janeiro y São Paulo ocupan las principales posiciones en los rankings de IDH, IDH Renta, Renta per cápita y IDH Educación.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Rio de Janeiro	0,832 (4)	0,793 (10)	0,945 (2)	0,758 (3)	19.245,00 (3)
São Paulo	0,833 (3)	0,812 (5)	0,921 (6)	0,768 (2)	22.667,00 (2)
Minas Gerais	0,800 (9)	0,819 (4)	0,878 (15)	0,702 (11)	12.519,00 (10)
Espírito Santo	0,802 (7)	0,802 (7)	0,887 (12)	0,715 (7)	18.003,00 (4)

Fuente: pendiente.

Con relación al número de presos, el cuadro debe observarse con atención, principalmente en el caso de São Paulo. En números absolutos, la región cuenta con 247.726 presos, equivalente a 52,30% de los presos brasileños. De ese total, São Paulo cuenta con 163.915 presos, equivalente al 66,17% de los presos de la región y el 34,61%

de los presos del país. Es importante observar que la población del estado de São Paulo equivale a 51,23% de la población de la región y al 21,63% del país, es decir, que la proporción entre la población y el número de presos no se mantiene.

Los datos indican que São Paulo tiene 396,08 presos cada 100 mil habitantes, bastante arriba del promedio nacional de 247,52 presos cada 100 mil habitantes. São Paulo también tiene el mayor déficit carcelario del país, con 52.741 presos que superan el número de plazas. Debe destacarse que este número es superior a cualquier población carcelaria de cualquier estado brasileño.

Merece especial atención la situación de Espírito Santo, que además de contar con una tasa de encarcelamiento de 319,63 presos cada 100 mil habitantes, el estado es conocido internacionalmente por contar con un sistema penitenciario que viola los derechos de los presos y es frecuentemente blanco de denuncias de Amnistía Internacional por causa de las precarias condiciones carcelarias⁶⁹.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Minas Gerais	20.033.665	46.447	231,84
Espírito Santo	3351669	10.713	319,63
Rio de Janeiro	16.010.429	26.651	166,46
São Paulo	41.384.039	163.915	396,08

Fuente: pendiente.

Cuando se observa la cantidad de presos provisorios, los números se mantienen. La región cuenta con 106.631 presos provisorios, 51% de los presos cautelares del país y la participación de São Paulo en este escenario es bastante significativa. De ese total, el estado cuenta con 60.659 presos cautelares, o sea el 56,89% de los presos provisorios de la región y el 29% de los presos provisorios del país. A pesar de

⁶⁹ Como se puede observar en <http://www.br.amnesty.org/?q=node/697>

eso, Minas Gerais es el estado que presenta proporcionalmente la mayor población carcelaria, con el índice más elevado de presos cautelares: 64,25%.

Tabla

TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Presos provisionales	Presos provisionales cada 100 mil habitantes
Minas Gerais	20.033.665	29.843	148,96
Espírito Santo	3.351.669	5.047	150,58
Rio de Janeiro	16.010.429	11.082	69,22
São Paulo	41.384.039	60.659	146,58

Fuente: pendiente.

Tabla

TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Presos provisionales	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisionales fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisionales
Espírito Santo (ES)	2.370	8.036	2.677	47,11
Minas Gerais (MG)	18.517	35.121	11.326	64,25
Rio de Janeiro (RJ)	7.589	23.158	3.493	41,58
São Paulo (SP)	51.259	154.515	9.400	37,00

Fuente: pendiente.

e) Región Sur

Caracterizada por contar con una fuerte colonización europea, principalmente de inmigrantes no portugueses (colonos), la región Sur se destaca por la baja desigualdad social y por los altos índices de desarrollo humano, solamente inferiores a los de la región Sudeste.

La región está habitada por el 14,49% de la población brasileña, 27.719.118 habitantes, y sus estados ocupan la segunda, quinta y sexta posición en el ranking de IDH de los estados de Brasil.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Paraná	0,820 (6)	0,809 (6)	0,913 (8)	0,739 (6)	15.711,00 (7)
Santa Catarina	0,840 (2)	0,830 (2)	0,934 (3)	0,756 (4)	17.834,00 (5)
Rio Grande do Sul	0,832 (5)	0,827 (3)	0,921 (5)	0,748 (5)	16.689,00 (6)

Fuente: pendiente.

Con relación a la población carcelaria, la región Sur cuenta con 79.530 presos, 16,79% de la población carcelaria brasileña. Paraná, que como ya fue mencionado, se caracteriza por ser uno de los tres estados brasileños que no cuenta con asistencia judicial gratuita prestada por la Defensoría Pública, cuenta con 350,36 presos cada 100 mil habitantes, marcadamente la proporción más alta entre los tres estados de la región.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Paraná	10.686.247	37440	350,36
Santa Catarina	6.118.743	13340	218,02
Rio Grande do Sul	10.914.128	28750	263,42

Fuente: pendiente.

Sin embargo, con relación a los presos cautelares, Paraná presenta también la tasa alta de la región baja del país, con 49,33% de sus presos sin sentencia definitiva. Tanto el estado de Rio Grande do Sul como el de Santa Catarina presentan un bajo porcentaje de presos provisorios.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Población	Presos provisorios	Porcentaje de presos provisorios cada 100 mil habitantes
Paraná	10.686.247	18.468	172,82
Santa Catarina	6.118.743	3.842	62,79
Rio Grande do Sul	10.914.128	6.624	60,69

Fuente: pendiente.

Tabla
TÍTULO TABLA PENDIENTE

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Paraná (PR)	3.194	22.166	15.274	49,33
Rio Grande do Sul (RS)	6.624	28.750	0	23,04
Santa Catarina (SC)	3.842	13.340	?	28,80

Fuente: pendiente.

En el contexto de este escenario complejo y preocupante, la legislación penal y procesal penal brasileña ha sido blanco de una serie de reformas. Mientras algunas pretenden convertir el orden jurídico en un sistema más severo, otras intentan crear alternativas al encarcelamiento masivo observado en todo Brasil.

Dos proyectos de ley que están tramitándose en el Senado Federal son de particular interés para el tema en debate y serán objeto de algunas reflexiones: el proyecto de Ley de las Cautelares y el de Monitoreo Electrónico.

4. LA REFORMA PROCESAL EN BRASIL

La reforma del proceso penal aquí abordada comprende el conjunto de ocho proyectos de ley presentados en enero de 2001 por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional con la finalidad de mejorar y racionalizar la prestación de servicios jurisdiccionales en este campo. Esas

propuestas han sido elaboradas por una comisión formada por juristas, miembros del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Junior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci y Sidnei Benetti), instituida en febrero de 2000.

Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se intensificaron las discusiones sobre la necesidad de reformular el sector de la Justicia⁷⁰. La participación efectiva de diversos sectores de la sociedad civil, vinculados o no a la esfera jurídica, en los debates y la percepción de que el mal funcionamiento de la Justicia genera consecuencias graves para todos, y no simplemente para los operadores del derecho, intensificó la demanda por reformas institucionales.

Este fenómeno participativo, sumado a los intereses específicos para la resolución de problemas puntuales presentados por diversas categorías profesionales del derecho, derivó en numerosas actividades a favor de la transformación del sector judicial, entre las cuales la formulación de un Pacto por un Sistema Judicial más Rápido y Republicano es la más relevante. Ese documento, presentado en diciembre de 2004 por los jefes de los tres poderes de la Nación, contiene propuestas efectivas para la reforma constitucional, infraconstitucional y administrativa del sistema judicial⁷¹. Este Pacto consolidó 25 proyectos de ley de reforma del proceso civil, penal y laboral remitidos al Congreso Nacional.

Con relación al proceso penal, no se presentaron nuevos proyectos sino que se retomaron propuestas discutidas en el 2001 por la mencionada Comisión del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (conocida como "Comisión Pellegrini") y que se encontraban en trámite en el Poder Legislativo desde entonces. A partir de ese momento, tres de esos proyectos se aprobaron y se transformaron en leyes (Ley 11.689 - Tribunal del Jurado, Ley 11.690 - Pruebas y Ley 11.719 - Procedimiento común), y uno de ellos, que trata de las medidas cautelares en el proceso penal (que constituye el objeto del presente trabajo analítico), se encuentra en una fase avanzada de tramitación, aprobado por la Cámara de Diputados y aguarda la discusión en el Senado Federal (PL 4.208, de 2001).

⁷⁰ Es importante destacar que este debate no es inédito, ya que desde el período colonial ya se discute la crisis del sistema judicial en Brasil.

⁷¹ Disponible en <http://www.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm>

La reforma procesal fue pautada por tres objetivos. Dos de ellos son comunes a los procesos laboral, civil y penal, y uno está orientado de manera preponderante a este último: la reducción de la litigiosidad repetitiva, dilatoria o resultante; la racionalización del procesamiento de demandas y la adecuación legislativa a los preceptos constitucionales de garantía.

El primer objetivo se originó en la constatación que el mayor problema de la crisis de lentitud judicial en Brasil radica en el exceso de litigios. Existe una clara exageración en la cantidad de litigios existentes frente a los órganos judiciales, situación que no significa un amplio acceso a la Justicia en el país, sino que, al contrario, indica que pocas personas u órganos utilizan en demasía el sistema judicial, mientras que otras permanecen excluidas del sistema formal de resolución de conflictos.

De esta forma, la limitación de la litigiosidad se orientó hacia la restricción de los litigios predatorios y repetitivos, con el cuidado de no afectar el desarrollo de políticas de ampliación del acceso a la Justicia para los sectores sociales más carentes. Para eso, se desarrollaron instrumentos para la reducción de las demandas judiciales, como el principio de *stare decisis* y la repercusión general del recurso extraordinario, reglamentados respectivamente por las Leyes 11.417/06 y 11.418/06.

Junto con el objetivo de reducir o limitar la litigiosidad, la reforma procesal también pretendió racionalizar el procesamiento de las demandas, imprimiendo celeridad a sus tramitaciones. Sin embargo, las reformulaciones del proceso para lograr más eficiencia y rapidez no pueden afectar los instrumentos necesarios para el ejercicio del contradictorio, de la amplia defensa y el derecho de recurrir a la instancia diversa. El equilibrio siempre tenso entre la eficiencia y la Justicia debe pautar el trabajo legislativo.

En tal sentido, el punto común entre la reforma procesal civil y penal fue el rechazo a la supresión de recursos, con excepciones puntuales, como fue el caso de la extinción del recurso denominado *protesto por novo júri*⁷².

Finalmente, el último principio digno de comentario que orientó la reforma procesal es la adecuación legislativa de los procesos consti-

⁷² Este recurso permitía que se realizara un nuevo proceso si la pena destinada al acusado fuera superior a 20 (veinte) años.

tucionales de garantía, algo bastante significativo para el proceso penal. Se trata de corregir o adecuar la interpretación de los dispositivos originales del Código de Proceso Penal de 1941 a la luz de la Constitución Federal de 1988, reconociendo en el texto legal algunas construcciones de garantía jurisprudencial provenientes de los Tribunales Superiores o del Supremo Tribunal Federal. Puede afirmarse que el texto actual del Código de Proceso Penal está desfasado y desarticulado, y la adopción de reformas puntuales pretende, aunque de forma no muy efectiva, corregir dichas distorsiones.

5. PROYECTO DE LEY 4.208, DE 2001 – MEDIDAS CAUTELARES

El proyecto de ley 4.208 que trata sobre las medidas cautelares procesales penales se presentó en enero de 2001 a la Cámara de Diputados, por iniciativa del Poder Ejecutivo. En el año 2004 se reforzó su importancia cuando los Presidentes de los tres poderes lo incluyeron como propuesta destacada en el mencionado pacto por un Sistema Judicial más Rápido y Republicano.

El objeto de la propuesta es especialmente interesante ya que revela la importancia creciente que asumen las medidas cautelares, tanto en el proceso civil como penal, redundando en la denominada cautelariación del proceso.

La notoria morosidad de la prestación jurisdiccional que extiende de forma significativa el lapso entre la demanda y la sentencia firme impuso la anticipación de los actos procesales. La preocupación por la respuesta efectiva del Poder Judicial y la constatación de que la mora excesiva de los procesos desacredita a la Justicia como una forma confiable de resolver litigios derivó en la valorización de las medidas cautelares, trayendo consecuencias positivas y negativas para el sistema jurídico y para la población⁷³.

En el proceso penal, como fue mencionado, la utilización de las cautelares es más traumática porque, normalmente, afecta a la libertad de locomoción, derecho inherente a la dignidad del ser humano. Sin embargo, no es por eso de que el mismo fenómeno verificado tam-

⁷³ Sobre el tema, GOMES FILHO explica: “Disso resulta, num considerável numero de situações, um risco para a própria obtenção e efetividade do provimento a ser alcançado; este seria, como lembrou Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto”. A motivação das decisões penais, São Paulo, RT, 2001, p. 218S

bién en el proceso civil deja de tener lugar. Las prisiones cautelares y los respectivos *habeas corpus* son actualmente instituciones procesales más importante que las sentencias y las apelaciones. El tema de la ejecución provisoria de la pena, siempre polémico frente a la presunción de inocencia, es recurrente en los Tribunales Superiores, sin que se presente una decisión definitiva.

En este contexto, el proyecto de ley 4.208/01 cobra importancia ya que justamente tiene por objetivo reglamentar las disposiciones del Código de Proceso Penal sobre las cautelares y la ejecución provisoria de la pena. La actualidad del tema y la inminencia de la votación de la propuesta exigen reflexiones con relación a su contenido.

La idea central del proyecto es la ampliación del número de medidas cautelares pasibles de ser decretadas durante el proceso penal, con la finalidad de asegurar el seguimiento regular y el posterior cumplimiento de la decisión, sea cual sea. La redacción actual de Código ofrece al magistrado una gama reducida de opciones en ese campo. Normalmente, para garantizar el orden procesal o la aplicación de la ley penal, el juez tiene una única opción: la prisión cautelar. De esa forma, al percibir la existencia de una amenaza, grande o pequeña, sobre el rumbo cierto de la investigación y el proceso, o se decreta la privación de libertad del acusado, o no se aplica ninguna medida. No existe un término medio. No hay medidas de proporcionalidad posibles.

Con la finalidad de superar esta dualidad, el proyecto presenta una gama de medidas cautelares diferentes de la prisión, que no son necesariamente originales o desconocidas para el ordenamiento jurídico brasileño. Una parte importante está prevista en la legislación penal como pena restrictiva de derechos (por ejemplo la prohibición de frecuentar determinados lugares) o como una especie particular de cumplimiento de la privación de la libertad (por ejemplo prisión domiciliaria) y su presentación bajo la forma de medidas procesales puede representar un salto cualitativo para la garantía del orden de la investigación y el proceso, de acuerdo con la necesidad.

Es importante notar que la aprobación de ese proyecto implicaría un cambio en la lógica del funcionamiento de la prisión preventiva en Brasil, ya que la propuesta concibe a la prisión como la última alternativa de una serie de medidas cautelares introducidas.

Inicialmente, habría una nueva especie de prisión domiciliaria, de naturaleza cautelar, decretada durante la instrucción, siempre y cuan-

do estén presentes los elementos del artículo 282 de la redacción propuesta⁷⁴. Esta prisión, de acuerdo con los términos sugeridos, puede reemplazar a la prisión preventiva o autónoma.

En la primera situación se constataría la existencia de los elementos necesarios para decretar la prisión preventiva (CPP, art. 312), pero considerando la peculiaridad de las condiciones del acusado, el juez reemplazaría su aplicación por la prisión domiciliaria. Esas condiciones, con relación a la simetría del ordenamiento, son similares a las necesarias para la aprobación de la prisión domiciliaria definitiva, en reemplazo del régimen abierto, previsto en el art.117 de la Ley de Ejecuciones Penales, únicas hipótesis para que dicha medida pueda adaptarse en la actualidad⁷⁵.

La prisión domiciliaria autónoma ocurriría cuando, frente a la ausencia de los requisitos de la prisión preventiva, el juez entiende que dicha medida cautelar es necesaria en los términos del artículo 282 del proyecto.

⁷⁴ Art. 282 - Las medidas cautelares previstas en este título deberán aplicarse observándose:

I - la necesidad para la aplicación de la ley penal, para la investigación o la instrucción criminal y, en los casos expresamente previstos, para evitar la práctica de infracciones penales;

II - adecuación de la medida a la gravedad del crimen, circunstancias de hecho y condiciones personales del indiciado o acusado.

§ 1º Las medidas cautelares podrán aplicarse aisladas o acumulativamente.

§ 2º Las medidas cautelares serán decretadas de oficio, a solicitud de las partes o, cuando corresponda, por representación de la autoridad policial.

§ 3º Con excepción de los casos de urgencia o peligro de ineficacia de la medida, el juez al recibir el pedido de la medida cautelar determinará la intimación de la parte contraria, acompañada de una copia del requerimiento de las piezas necesarias, permaneciendo los autos en juicio.

§ 4º En el caso del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas, el juez, de oficio o mediante un requerimiento del Ministerio Público, de su asistente o querellante, podrá sustituir la medida, imponer otra en acumulación o, en último caso, decretar la prisión preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º El juez podrá revocar la medida cautelar o sustituirla cuando verifique la falta de motivo para que subsista, así como también volver a decretarla, si permanecen razones que la justifiquen.

§ 6º La prisión preventiva solamente será determinada cuando no sea posible su sustitución por otra medida cautelar.

⁷⁵ LEP, Art. 117. Solo se admitirá la prisión del beneficiario en régimen abierto en residencia particular cuando se trate de:

I - un condenado mayor de 70 (setenta) años;

II - un condenado que sufra una enfermedad grave;

III - una condenada con un hijo menor de edad o discapacitado físico o mental;

IV - una condenada gestante.

Además de la prisión domiciliaria, el proyecto propone la creación de otras medidas cautelares diferentes de la prisión, a saber: presentación periódica durante el juicio, cuando sea necesario, para informar y justificar actividades; prohibición de acceso o frecuencia a determinados lugares, cuando debido a las circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante para evitar el riesgo de nuevas infracciones; prohibición de mantener contacto con una persona determinada cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante; prohibición de ausentarse de la Jurisdicción para evitar la fuga o cuando la permanencia sea necesaria para la investigación o instrucción; prisión domiciliaria en el período nocturno y en los días de descanso para los crímenes castigados con pena mínima superior a dos años, cuando el acusado tenga domicilio y trabajo fijos; suspensión del ejercicio de la función pública o de actividades de naturaleza económica o financiera cuando haya recelo de su utilización para la práctica de infracciones penales; internación provisoria del acusado en las hipótesis de crímenes practicados con violencia o⁷⁶ grave amenaza⁷⁷, cuando los peritos⁷⁸ lleguen a la⁷⁹ conclusión de que⁸⁰ el acusado es⁸¹ inimputable o semiimputable por problemas de salud (art. 26 del Código Penal) y haya riesgo de reiteración; ⁸²fianza, en las infracciones que la admiten, para asegurar o la presencia a los actos del proceso, evitar la obstrucción de su curso o en caso de resistencia injustificada a una orden judicial⁸³.

Las medidas propuestas no han sido listadas de forma gradual o en orden de proporcionalidad, pero la elección de la medida pertinente, en el caso concreto, dependerá de una constatación judicial afinada sobre su necesidad, sobre la proporcionalidad de la restricción y deberá estar siempre motivada por los términos del art. 282 del CPP.

Como mencionamos oportunamente, no se trata de medidas desconocidas por la legislación penal, ya que la mayoría de ellas están previstas como medidas restrictivas de derechos o como condicionantes de libertad vigilada.

⁷⁶ Art. 319, I del Proyecto.

⁷⁷ Art. 319, II del Proyecto.

⁷⁸ Art. 319, III del Proyecto.

⁷⁹ Art. 319, IV del Proyecto.

⁸⁰ Art. 319, V del Proyecto.

⁸¹ Art. 319, VI del Proyecto.

⁸² Art. 319, VII del Proyecto.

⁸³ Art. 319, VIII del Proyecto.

La presentación periódica en juicio, cuando es necesario informar y justificar actividades, está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño como medida aplicada en la denominada suspensión condicional de procesos (o *sursis* procesal), prevista en el artículo 89 de la ley n.º 9.099/95. Este instituto permite que, para cualquier crimen que tenga una pena mínima no superior a un año, el proceso sea suspendido por un período que puede variar de dos a cuatro años, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones, entre las cuales se incluye el comparecimiento periódico en juicio cuando sea necesario para informar y justificar actividades. Pasado ese plazo, sin la existencia de revocación, el acusado tendrá su punibilidad extinguida y no podrá valerse nuevamente de ese instituto en los próximos cinco años.

Por su parte, la prohibición del acceso o frecuencia a determinados lugares, cuando por circunstancias relacionadas al hecho el indiciado deba permanecer distante de dichos locales para evitar el riesgo de nuevas infracciones, está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño en variadas hipótesis.

Esa prohibición puede aplicarse como pena restrictiva de derechos⁸⁴, aplicable en el caso de crímenes dolosos practicados sin violencia o grave amenaza a la persona, con pena aplicada no superior a cuatro años, puede constar como condición de la llamada suspensión condicional de la pena (*sursis* penal), aplicable para condenas no superiores a dos años siempre que el condenado no sea reincidente de crimen doloso, la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias autoricen la concesión del beneficio y no sea aplicable el reemplazo de la pena privativa de libertad por la pena restrictiva de derechos⁸⁵.

Una vez concedida la suspensión por un plazo variable de entre dos y cuatro años, el condenado puede tener su pena cumplida, siempre que no haya revocación, sin que sea necesario ir a la prisión.

Debe destacarse que, además, para que se aplique esa condición, el condenado tiene que haber reparado el daño, salvo que haya imposibilidad de hacerlo, como una forma de exonerarlo del cumplimiento, sea a través de una prestación de servicios a la comunidad, o de una limitación de fin de semana durante el primer año de la suspensión.

⁸⁴ Art. 47, IV, CP.

⁸⁵ Art. 77, CP.

La prohibición de mantener contacto con una persona determinada cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante, ingresó en el ordenamiento jurídico brasileño como una de las medidas protectoras de urgencia previstas en la Ley Nro. 11.340/06, destinada a combatir la violencia doméstica contra la mujer.

Con el objetivo de modificar la trágica realidad de la violencia doméstica, la Ley n.º 11.340 instituyó soluciones de los más diversos matices, creando Juzgados Especiales de Violencia Doméstica contra la mujer, de competencia mixta⁸⁶, incluyendo la posibilidad que el juez obligue al agresor a no aproximarse a la ofendida, a sus familiares ni a los testigos, fijando el límite mínimo de distancia entre ellos y el agresor⁸⁷. Es verdad que aún existen dificultades para la fiscalización de esa medida ya que los recursos como el monitoreo electrónico aún no han sido implementados en Brasil⁸⁸.

La prohibición de ausentarse de la jurisdicción para evitar la fuga, o cuando la permanencia sea necesaria para la investigación o la instrucción es una medida recurrente en la legislación penal brasileña. Dicha obligación está incluida como condición obligatoria para la concesión de la libertad condicional, o⁸⁹ como condición para la concesión del citado *sursis* procesal⁹⁰. Además, el propio Código Penal Brasileño incluye esa condición como una condición prevista para el mencionado *sursis* penal especial⁹¹.

En cambio, la suspensión del ejercicio de la función pública o de actividades de naturaleza económica o financiera cuando exista un justo recelo de su utilización para la práctica de infracciones penales aparece en distintos momentos en el Código Penal brasileño. Puede verificarse tanto como una de las penas de interdicción temporal de derechos⁹², aplicadas en sustitución de las penas privativas de la libertad, según la ya enunciada regla del Artículo 44 del Código Penal brasileño, o como efecto secundario de la condena criminal, de acuerdo con lo determinado por el artículo 92, I, CP. Se debe obser-

⁸⁶ Que puede ser civil, criminal, administrativa, de familia, o sea, cualquiera que se relacione con la situación de la mujer.

⁸⁷ Art. 22, III, a, de la Ley Nro. 11.340/06.

⁸⁸ Sobre el tema, ver comentarios abajo.

⁸⁹ Art. 132, § 1º, c de la Ley Nro. 7.210/84.

⁹⁰ Art. 89, § 1º, III de la Ley Nro. 9.099/95.

⁹¹ Art. 77, § 2º, b, CP.

⁹² Art. 47, I, CP.

var que dichas previsiones se restringen a la pérdida o suspensión del ejercicio de la función pública, ya que la suspensión de las actividades económicas o financieras constituye, en ese caso, una verdadera innovación.

El tema de la fianza, previsto como medida cautelar para asegurar el comparecimiento a los actos del proceso, evitar la obstrucción de su progreso o, en caso de resistencia injustificada a una orden judicial ya ha sido muy abordado en el Derecho Procesual Penal brasileño. Sin embargo, en esta propuesta sufre una profunda reformulación para que su aplicación se conciba como una regla en el ordenamiento jurídico brasileño, exceptuados los casos previstos en los artículos 323⁹³ y 324⁹⁴ del Proyecto.

La internación provisoria del acusado en las hipótesis de crímenes practicados con violencia o grave amenaza, cuando los peritos concluyan que es inimputable o semiimputable por insanidad (art. 26 del Código Penal) y haya riesgo de reiteración surge como una medida innovadora, pudiendo juntarse a otra propuesta que, a pesar de que exista hace mucho tiempo en otros países, podría unirse a la función aquí descrita: el monitoreo electrónico de presos por medio de tobilleras o brazaletes.

Es verdad que en Brasil ya existe una experiencia práctica de utilización de monitoreo electrónico, instituido por leyes de algunos estados brasileños.

A pesar de que no haya autorización del Congreso Nacional, el 11 de julio de 2007 se dio a conocer la noticia de que el monitoreo electrónico se utilizaría por primera vez en el país en cinco presos en régimen semiabierto en la ciudad de Guarabira, en el estado de Pa-

⁹³ Art. 323 No se concederá fianza:

I - en los crímenes de racismo;

II - en los crímenes de tortura, tráfico ilícito de narcóticos y drogas afines, terrorismo y en los definidos como crímenes atroces (ver Ley Nro. 8.072/90);

III - crímenes cometidos por grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado Democrático;

⁹⁴ Art. 324 Del mismo modo no se concederá fianza:

I - a quienes, en el mismo proceso, infrinjan la fianza anteriormente concedida o no hayan cumplido, sin motivo justo, cualquiera de las obligaciones a las que se refieren los artículos 327 y 328;

II - en caso de prisión civil o militar;

III - cuando están presentes los motivos que autorizan el decreto de la prisión preventiva.

raíba, que ya habían cumplido la mayor parte de la pena. Se trata de un proyecto experimental en el que los voluntarios deben utilizar una tobillera electrónica entre las seis y las diecinueve horas, con monitoreo vía satélite y supervisión del Instituto de Metrología de Paraíba⁹⁵.

El estado de Paraná también podrá probar el uso de tobilleras para monitorear a los presos en régimen semiabierto, ya que se presentó un proyecto con esa finalidad al gobierno en noviembre de 2007 y la realización de pruebas depende de análisis técnicos y de viabilidad financiera⁹⁶. Además, debe observarse que tanto el estado de Rio de Janeiro como el estado de São Paulo también poseen leyes que tratan sobre el tema. A pesar de eso, es importante destacar que, frente a la multiplicidad de aplicaciones que puede tener esta instauración, ninguna de esas leyes considera la aplicación del monitoreo electrónico como una medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva, hipótesis que exige legislación federal. En tal sentido, se tramita en el parlamento brasileño el proyecto de Ley 1.440/2007⁹⁷ que pretende instituir dicha figura en el derecho brasileño.

El proyecto establece que el juez de oficio, a pedido del Ministerio Público, del abogado, de la Defensoría Pública o, ante su falta, del órgano de asistencia jurídica equivalente, podrá dejar de decretar la prisión preventiva o revocarla mediante la utilización de vigilancia indirecta por monitoreo electrónico, siempre que sea con el consentimiento del monitoreado⁹⁸, sin detallar de manera más precisa las circunstancias de la concretización del monitoreo.

⁹⁵ NEGREIROS, Rejane. Quase liberdade. *Jornal da Globo*, Rio de Janeiro, 11 de julio 2007. Disponible en: <<http://jg.globo.com/JGlobo/0,19125,V TJ0-2742-20070711-290782,00.html#>>. Acceso: 02 de noviembre de 2007.

⁹⁶ NÓRCIO, Lúcia. Paraná poderá testar sistema de monitoramento eletrônico de presos. *Agência Brasil*, 29 de noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.agencia-brasil.gov.br/noticias/2007/11/29/materia.2007-11-29.5987435259/view>. Acceso: 31 de enero de 2008.

⁹⁶ BRASIL. Proyecto de Ley Nro. 1.440 de 2007. Establece el monitoreo electrónico de presos y reos sujetos a libertad provisional y suspensión condicional del proceso. *Net*, Brasília, DF, 2007. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=357569>. Acceso: 24 de octubre de 2007.

⁹⁷ Art. 3º del proyecto de Ley Nro.1.440 de 2007.

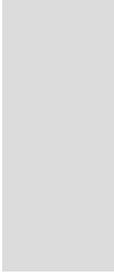
6. CONCLUSIÓN

Frente a la compleja situación presentada en el territorio brasileño, es evidente que la propuesta de reforma en cuestión no es perfecta ni está inmune a recibir críticas. La actividad legislativa, como cualquier actividad humana, está sujeta a fallas, y aunque la construcción de dichas propuestas haya contado con la participación de académicos destacados e institutos reconocidos, un estudio más atento señalará numerosas imperfecciones. Por lo tanto, siempre habrá un aspecto asistemático en cualquier nueva ley, y su aplicación necesitará siempre la prudente construcción de la jurisprudencia para adecuarla a las sorpresas del caso concreto, no previstas por el legislador.

Sin embargo, es importante señalar y concluir que, a pesar de los puntos cuestionados, el proyecto de Ley 4.208/01 es loable porque cree que es posible salvaguardar el proceso penal con medidas menos drásticas y gravosas que la prisión. El texto reconoce explícitamente la violencia de la privación de la libertad y el intento de minimizar su incidencia es claro.

Es importante destacar que la consolidación de una cultura de sustitución de las prisiones provisionales no depende solo del cambio del texto legal. Las alteraciones legislativas son importantes ya que constituyen un marco fundamental, pero además es necesario reformular los antiguos valores y el comodismo de las tradiciones cristalizadas. El desarrollo de una nueva política criminal procesal depende del coraje de los magistrados, fiscales, abogados, defensores, en fin, de todos los operadores del derecho para reconocer y aplicar medidas alternativas que se aparten de la terrible cotidianeidad de las prisiones cautelares, de esta monotemática solución de conservación del orden procesal, y apunten a la valorización de la dignidad, afectando lo menos posible al ciudadano sobre el cual no pesa una condena criminal firme.





ESTUDIO COMPARATIVO: EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PROCESALES EN LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

JAVIER CARRASCO SOLÍS¹

I. INTRODUCCIÓN

La reforma al sistema de justicia penal mexicano se caracteriza por haber iniciado por el liderazgo de los estados y la sociedad civil. Los estados de Chihuahua, Oaxaca, Morelos y Zacatecas aprobaron sus nuevos códigos de procedimientos, así como Baja California, Durango y el Estado de México iniciaron sus respectivas preparaciones legislativas antes de la aprobación de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2008. Este es uno de los primeros cambios de esta naturaleza que se inicia desde los estados hacia la federación, y son en las entidades federativas donde se tiene el mayor avance y la experiencia en la implementación y operación de sistema acusatorio.

Uno de los grandes retos en la implementación y consolidación del sistema acusatorio en México es lograr concesos y ciertos grados de homologación, ya que por ser un sistema federal, a nivel nacional

¹ Javier Carrasco Solís posee título de derecho *juris doctor* de la Universidad De Paul en Chicago, Illinois, EUA, y licenciatura de la Universidad de Loyola en la misma ciudad. Desde el 2004 ha ejercido en varios puestos con Open Society Justice Initiative y actualmente es el Director del Proyecto de Presunción de Inocencia en México. El CEJA lo certificó en su programa de capacitación para capacitadores de la reforma en el 2007; ha ejercido como profesor asistente en la Facultad Libre de Derecho de Monterrey en cursos de juicios orales. Ha contribuido en múltiples libros y artículos relacionados a la reforma penal en México, en temas sobre la prisión preventiva y a la presunción de inocencia y ha ofrecido asistencia técnica y capacitación a los estados en proceso de la implementación de la reforma. También ha participado como analista en el programa de televisión “Se Presume Inocente”, en Nuevo León, México, y en conferencias a través de Latinoamérica.

la reforma constitucional impacta a 33 sistemas de justicia penal de adultos (31 estados, el Distrito Federal y el sistema federal), a la justicia militar y a 33 sistemas de justicia especializada para adolescentes. Al cierre de 2010, los siete estados mencionados están en proceso de implementación de sus reformas integrales; dichos procesos iniciaron y avanzaron independientemente de la reforma constitucional que se aprobó el 18 de junio de 2008.

Las reformas del sistema de justicia penal de los estados y desde el 2008, la Constitucional, incluye el régimen de prisión preventiva. En el sistema tradicional (mixto-escrito), el uso de la prisión preventiva en México se caracteriza por ser excesivo, exorbitado, costoso y por contravenir a la presunción de inocencia y estándares internacionales², ya que se aplica de forma general³. El marco normativo del sistema tradicional permite dicho uso, el cual resulta en la aplicación de la prisión preventiva como consecuencia directa y exclusivamente por el tipo de delito imputado y no atendiendo a los objetivos procesales de necesidad de cautela para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso, proteger a la víctima y a la sociedad.

En este contexto, actualmente, alrededor de 41% de la población penitenciaria está en prisión preventiva. Es decir, más de 92,000 personas están en prisión sin condena, lo cual en el 2006 le costó a México alrededor de 9.7 mil millones de pesos mexicanos (\$970 millones USD, al tipo de cambio del 2006)⁴. El costo total incluye cuatro rubros: costos del estado, costos de los detenidos, costos de la familia de los detenidos y costos de la comunidad. El abuso de la pri-

² Los instrumentos internacionales suscritos por México establecen la excepción de la prisión preventiva. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (suscrito por México el 23 de marzo de 1981), Artículo 9.3: "... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo". Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 7.5, "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio".

³ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Mitos de la Prisión Preventiva en México*, Segunda Edición, Open Society Justice Initiative, 2010, p. 8.

⁴ Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, 2009, p. 17.

sión preventiva no solo es costoso para el estado sino también resulta en serias consecuencias limitando los derechos de los imputados.

Dado a la reforma constitucional del sistema de justicia penal del 2008 y la de algunos estados que iniciaron antes que la federal, en el presente estudio se analizará el impacto de las mismas en el régimen de prisión preventiva en seis de los siete estados con el nuevo sistema. En el presente estudio se presentan datos concretos de los estados de Chihuahua, Oaxaca y Morelos, los tres estados que tienen mayor tiempo implementado el nuevo sistema de justicia penal⁵. Algunos de los indicadores fundamentales para cumplir con el objetivo son los siguientes:

- Tendencias del uso de la prisión preventiva antes y después de la reforma;
- Cambios normativos y prácticos;
- Uso de medidas cautelares diversas a la prisión preventiva; y
- Grado de cumplimiento con los fines procesales de los imputados en libertad bajo medidas cautelares.

Como contexto de los resultados del presente documento, hay que señalar dos limitantes, los cuales en sí mismos son resultados importantes. Primero, existe una falta de sistematización de registros estadísticos en los diversos estados. Segundo, no existe una práctica de registrar dicha información desglosada por regiones dentro de los estados, de acuerdo a las fechas de entrada en vigor de las mismas. La reforma en los estados se está implementando de forma gradual por regiones, por lo tanto para fines de evaluar el proceso es importante que las autoridades estatales reporten la información sobre el sistema por distritos, esto incluye la población penitenciaria. Por ejemplo: ¿Cuál pertenece al sistema tradicional y al nuevo sistema? ¿La población en prisión preventiva del sistema tradicional y del nuevo? Ambos componentes resultan en retos para recabar información, separarla por región y poder evaluar el comportamiento de la implementación de la reforma, no solo en el tema de prisión preventiva y otras medidas cautelares, sino en su totalidad.

⁵ El nuevo sistema de justicia penal de los tres estados entró en vigor por regiones iniciando en enero de 2007 en Chihuahua, posteriormente en septiembre de 2007 en Oaxaca y en octubre de 2008 en Morelos. También se solicitó información del estado de Zacatecas, cuya reforma entró en vigor en enero de 2009, la cual no fue posible obtener.

El presente documento está dividido en seis partes donde se desarrollan los temas para determinar los efectos de la reforma en la prisión preventiva en los estados de Chihuahua, Oaxaca y Morelos. En algunas secciones se analizarán los estados por separado y en otras en conjunto.

Primero, se presentará una descripción del contexto de la normatividad y de la práctica sobre prisión preventiva pre reforma, es decir el marco legal del sistema tradicional en el tema, el cual está vigente en la mayoría del territorio nacional. Esta sección incluye datos estadísticos de la población en prisión preventiva y los costos que el abuso de dicha medida genera para el Estado y para la sociedad. Segundo, se presenta el proceso de reforma en México y su contenido normativo sobre los aspectos puntuales de la prisión preventiva. Tercero, se abordará el proceso de implementación de la reforma, el cual es complejo por su carácter federal, en los tres estados mencionados. Cuarto, se analizará el tema central sobre el impacto de la reforma en la prisión preventiva en términos de su uso, tendencias, duración y el uso de las medidas cautelares diversas a la misma. Quinto, se describirán los procesos de reforma tendientes a regresar al sistema tradicional, catalogándolo como la contrarreforma en este aspecto procesal. En el último capítulo, se analizará la situación actual sobre las tendencias de la contrarreforma hacia el aumento del uso de la prisión preventiva. Finalmente, se concluirá con una serie de recomendaciones con el objetivo de fortalecer el régimen de las medidas cautelares personales, el cual implica el uso de la prisión preventiva de manera excepcional y la aplicación efectiva de las medidas en libertad con el objetivo de preservar la presunción de inocencia y la seguridad ciudadana. Al lograr dicho objetivo, se cumple con el propósito procesal por el cual están diseñadas las medidas cautelares, la prisión preventiva siendo una de ellas, que es de asegurar la comparecencia del imputado en el proceso y evitar los riesgos para la víctima y sociedad.

II. SITUACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA ANTES DE LA REFORMA

El régimen de la prisión preventiva en el sistema tradicional, el cual sigue vigente en la mayoría del país hasta que no entre en vigor el nuevo sistema de justicia penal, se utiliza como la regla y no la excepción⁶. La normatividad permite dicho uso, la cual contraviene a

⁶ De acuerdo a la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, la Federación, los Estados y el Distrito

la presunción de inocencia porque permite que la autoridad judicial imponga la prisión preventiva basándose únicamente por la clasificación del delito y no atendiendo a los fines procesales.

A. Definición y categorías de prisión preventiva

Antes de abordar el tema de este capítulo, hay que iniciar con la definición del término “prisión preventiva” refiriéndose a la detención o prisión antes de una sentencia condenatoria ejecutoriada. Diversos autores han denominado este tipo de prisión de varias formas⁷: detención provisional, prisión sin condena, encarcelamiento preventivo y otras. En este sentido, el marco jurídico mexicano permite varias formas de detención antes de una sentencia condenatoria, la cual se le denomina de diversas formas dependiendo en la etapa procesal en la cual se imponga.

En México existen por lo menos cinco tipos de detención antes que una sentencia condenatoria cause ejecutoria; estas variantes de detención o prisión siguen vigentes con la reforma constitucional.

1. *Detención/Arresto Administrativo*: La policía preventiva (municipal) realiza este tipo de detención por faltas administrativas por las cuales el detenido puede permanecer hasta 36 horas privado de su libertad, de acuerdo a lo que un “juez calificador” determine. La figura de este tipo de “juez calificador” no depende del Poder Judicial de los estados sino que del ejecutivo de la municipalidad.

Para las conductas delictivas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Federal, “cualquier persona puede detener a un indiciado en el momento que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo *sin demora* a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Por lo general, la policía preventiva es la que realiza este tipo de detenciones. Un estudio del National Center for State Courts realizado en el 2004 en la Ciudad de México, así como en un estudio so-

Federal tienen hasta ocho años para implementar la reforma, esto significa que el sistema tradicional seguirá vigente hasta en 2016 en las entidades donde no entre en vigor la nueva normatividad.

⁷ La prisión preventiva incluye tanto la privación de la libertad durante la investigación, como la prisión después de que un juez determina la procedencia o inicio del proceso penal, durante el juicio y el proceso de apelación contra la sentencia definitiva. Algunos tratadistas como Alberto Bovino la denominan también “encarcelamiento preventivo”, “prisión provisional” (Perfecto Andrés Ibáñez), “prisión sin condena” (Elías Carranza) o “detención preventiva” (Jesús Rodríguez y Rodríguez).

bre prisión preventiva del estado de Nuevo León publicado en el 2010 por el Proyecto Presunción de Inocencia en México a nombre de Open Society Justice Initiative e Institución Renace, muestran que la autoridad que realiza este tipo de detenciones se toma varias horas desde el momento de la detención hasta la puesta a disposición del Ministerio Público, en algunos casos transcurren hasta 10 horas⁸. Este lapso no está regulado por la Constitución ni por los códigos de procedimientos penales, el único estándar es el de “sin demora”. Sin embargo, el control constitucional debe de regularse desde el momento de la detención, ya que se trata de una privación de la libertad.

2. *Detención o Retención ante el Ministerio Público*: El artículo 16 de la Constitución Federal establece que el Ministerio Público tiene hasta 48 horas para poner a un detenido a disposición de la autoridad judicial o dejarlo en libertad. El término citado comienza a correr desde el momento de la puesta a disposición del detenido ante el Ministerio Público; el tiempo transcurrido desde la detención descrita en el punto anterior no entra en este cálculo regulado por la Constitución.
3. *Arraigo*: Esta forma de detención se realiza a petición del Ministerio Público antes de iniciar la investigación, la cual está regulada por la reforma constitucional en el artículo 16⁹. La norma establece que el Ministerio Público podrá solicitar el arraigo al juez de una persona tratándose de delitos de delincuencia organizada sin exceder cuarenta días; dicho término podrá prorrogarse, sin exceder ochenta días, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas pro la cuales el juez lo dictó originalmente.

Este tipo de detención ha sido criticada por varios organismos internacionales, ya que es una detención antes de la investigación. El legislador federal expresó su intención de utilizar este mecanismo para asistir en la investigación en este tipo de delitos complejos. La figura del arraigo se utilizaba antes de la reforma en algunos estados como herramienta para asistir con la investigación; sin embargo ya se había declarado inconstitucional. El legislador federal rescató la figura colocándola en el orden constitucional.

⁸ La Rota, Miguel, *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: Estudio Cuantitativo*, Open Society Justice Initiative, 2010, p. 35.

⁹ Decreto de Reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2008.

5. *Prisión Preventiva*: Es una de las medida cautelares personales que se utilizan durante el proceso penal después de la judicialización del caso (ejercicio de la acción penal) para asegurar la comparecencia del imputado en el proceso y resguardar a la víctima y sociedad. Dicha medida es decretada por la autoridad judicial y puede ser modificada; en el sistema jurídico mexicano, la prisión preventiva se ordena de oficio por el juez cuando se trata de delitos clasificados como graves. Esta figura cesa con la conclusión del caso, ya sea por desistimiento, sobreseimiento por alguna salida alterna, sentencia por procedimiento abreviado o por juicio oral.

Prisión Preventiva durante el Recurso contra una Sentencia (Casación y Amparo): Este tipo de detención ocurre durante el tiempo donde el imputado interpone un recurso de casación contra la sentencia o un amparo directo; en ambos casos, la sentencia aún no ha causado ejecutoria, por lo tanto el imputado detenido sigue en prisión preventiva. En caso de que se reponga el procedimiento, el imputado regresa a la situación de prisión preventiva descrita en el punto anterior.

Para fines del presente análisis, los datos corresponden al tipo de detención descrito en las categorías cuarta y quinta, es decir la prisión preventiva impuesta por la autoridad judicial durante el proceso penal mientras que no haya causado ejecutoria una sentencia.

B. La prisión preventiva en el sistema tradicional

En la etapa judicial, el proceso penal del sistema tradicional (mixto-escrito) en México inicia con la decisión sobre la situación jurídica. En este momento procesal, el juez tiene la opción de decretar uno de tres diferentes tipos de autos: auto de libertad, auto de sujeción a proceso o auto de formal prisión. El juez dicta, en la mayoría de los casos, el auto de formal prisión; este auto trae implícita a la prisión preventiva siempre y cuando si el delito que se atribuye al imputado se encuentra sancionado con pena privativa de libertad. De acuerdo a estudios de Guillermo Zepeda, en México, más del 95% de las conductas delictivas reguladas por los códigos penales contemplan una sanción con pena privativa de libertad. Este indicador nos demuestra que desde el inicio la prisión preventiva procede para casi la totalidad de los delitos.

Continuando con el análisis de la etapa inicial, diversos estudios revelan que en este momento procesal a más del 90% se le impone la prisión preventiva a través del mencionado auto de formal prisión.

Por ejemplo, en el estado mexicano de Nuevo León, el estudio sobre prisión preventiva anteriormente citado revela que la autoridad judicial impuso en un 92,3% de los asuntos judicializados el auto de formal prisión, al 6,3% lo dejó en libertad por falta de elementos y al 1,4% les dictó el auto de sujeción a proceso (en el sistema tradicional de México este auto se dicta para los delitos judicializados que contemplan penas alternativas a la prisión)¹⁰. Este segundo dato, corrobora la preeminencia del uso generalizado de la prisión preventiva para los casos judicializados (consignados) en el sistema tradicional.

En conjunto a la prisión preventiva, en México existe el mecanismo de “libertad provisional bajo caución”, el cual normativamente y en la práctica se convierte en una excepción a la detención. No obstante, únicamente procede la libertad provisional bajo caución para los delitos catalogados como no graves, los delitos graves son inexcusables en la etapa procesal. Dicha medida cautelar es la única opción en el sistema mixto-escrito diversa a la prisión preventiva y tiene como finalidad que las personas sigan su proceso en libertad.

Para obtener la libertad provisional bajo caución, el imputado tiene que depositar una garantía económica –fianza– con la autoridad correspondiente. Para este fin, el detenido tiene la obligación de solicitar formalmente, por escrito, a la autoridad judicial que le fije el monto de la libertad bajo caución cuando esté siendo procesado por un delito no grave, si el detenido o su defensor no solicitan dicho derecho, el imputado permanecerá en prisión preventiva hasta la conclusión de su proceso. En algunos casos esto puede resultar en uno, dos o más años.

Tomando en contexto los aspectos normativos y prácticos mencionados: i) más del 95% de las conductas tipificadas como delitos en los códigos penales permiten la prisión preventiva al contemplar penas privativas de libertad; ii) la autoridad judicial le dicta el auto de formal prisión –con la prisión preventiva implícita– a más del 90% de los asuntos judicializados; iii) la prisión preventiva se impone automáticamente para los delitos graves; iv) el imputado tiene la obligación de solicitar la libertad provisional bajo caución cuando esté siendo procesado por delitos no graves; y v) no existe una audiencia formal para dicha decisión, los resultados generan un uso generalizado de la prisión preventiva.

¹⁰ La Rota, Miguel, *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: Estudio Cuantitativo*, Open Society Justice Initiative, 2010.

El estudio de Nuevo León sobre prisión preventiva ilustra el punto anterior, en el cual alrededor del 45% de los procesados por un delito no grave (la libertad bajo caución procede para imputados por este tipo de delitos), permanecieron en prisión preventiva por no haber solicitado al juez que se fijara el monto caucional¹¹. La procedencia de la libertad provisional bajo caución se basa únicamente en la clasificación del delito como no grave, siempre y cuando el imputado logre depositar el monto que el juez de fije podrá seguir su proceso en libertad.

La decisión omite analizar las circunstancias de la probabilidad de fuga y riesgo para las víctimas y sociedad. Aquí vemos el enfoque normativo para la decisión sobre la prisión preventiva o la libertad provisional que depende únicamente en la clasificación de delito –grave y no grave– y no en los fines procesales de las medidas cautelares.

Las características de este régimen permiten concluir que el mecanismo de la libertad provisional bajo caución del sistema tradicional mexicano se convierte en el uso excepcional de la prisión preventiva, contrario a los estándares internacionales, los cuales claramente establecen que la prisión preventiva debe ser la excepción. El especialista Raúl Cárdenas Rioseco puntualiza que “existe una evidente contradicción entre la legislación interna y los tratados internacionales”¹². Asimismo, bajo este esquema solo las personas que están en condiciones económicas para obtener su libertad provisional bajo caución pueden lograrlo.

C. Marco normativo de la prisión preventiva del sistema tradicional

En el presente apartado se aclara detalladamente el marco normativo del sistema tradicional que rige al régimen de la prisión preventiva para después puntualizar los aspectos reformados de esta medida. El marco normativo de la libertad provisional bajo caución y la prisión preventiva en México lo establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las Constituciones Políticas de los Estados y los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados, del Distrito Federal y el Federal.

¹¹ La Rota, Miguel, *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: Estudio Cuantitativo*, Open Society Justice Initiative, 2010.

¹² Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Ed. Porrúa, 2004, p. 223.

1. La detención: orden judicial, flagrancia y urgencia

El proceso en el sistema tradicional se inicia ya sea con detenido o sin detenido. Según la norma constitucional, en el artículo 16, solo se puede detener a una persona por orden judicial o sin esta tratándose de casos de flagrancia o urgencia. La flagrancia ocurre cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que está cometiendo el delito o cuando inmediatamente después de haberlo cometido. La detención por caso urgente procede cuando se trate de un delito grave calificado por la ley, que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Dentro de estos dos supuestos, en su gran mayoría por flagrancia, se realizan alrededor del 80% de las detenciones en México. El reto que enfrenta el sistema tradicional mexicano, el cual impacta en la prisión preventiva, es la existencia de la flagrancia equiparada, o cuasi flagrancia, en los códigos de procedimientos locales. Generalmente, los códigos regulan la cuasi flagrancia indicando que existe “flagrancia” cuando: i) la persona sea sorprendida en el momento de estarlo cometiendo el hecho delictivo; ii) inmediatamente después de cometerlo, sea perseguido materialmente; iii) inmediatamente después de cometerlo, la persona sea señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito; y iv) se le encuentren objetos o indicios o huellas que hagan presumir fundadamente que acabe de intervenir en un delito.

La regulación permite que el señalamiento ocurra y la situación de flagrancia persista por un lapso de hasta 48 horas (en el Distrito Federal y en otras entidades), o hasta 72 como es en el caso de Nuevo León, posteriores a la comisión del delito para que la autoridad pueda realizar la detención del indiciado sin orden judicial. Dicha regulación contraviene a los estándares internacionales y al concepto mismo de la figura de flagrancia, ya que rompe con el sentido de “ser sorprendido en el momento de” que se esté cometiendo el hecho delictivo y con el de “inmediatamente”. La detención por flagrancia y cuasi flagrancia tiene un impacto en la prisión preventiva, ya que muchos de los detenidos son por delitos graves, por los cuales no procede la libertad provisional bajo caución.

2. Plazos constitucionales

Una vez que la autoridad haya realizado la detención bajo uno de los supuestos anteriormente descritos, pone al detenido a disposición del Ministerio Público. El Ministerio Público tiene hasta 48 horas para consignar –judicializar el caso– ante el juez competente a partir de la hora de la puesta a disposición. Después de radicar el caso, el juez tiene hasta 72 horas o su duplicidad (en casos con detenido) del término constitucional para dictar uno de tres autos: auto de libertad (decisión donde no existen elementos suficientes), auto de sujeción a proceso (inicio del proceso para los delitos que contemplan una pena alternativa a la prisión, el imputado seguirá su proceso en libertad) o el auto de formal prisión (inicio del proceso para los delitos con prisión).

3. Régimen tradicional de la prisión preventiva y la libertad provisional bajo caución

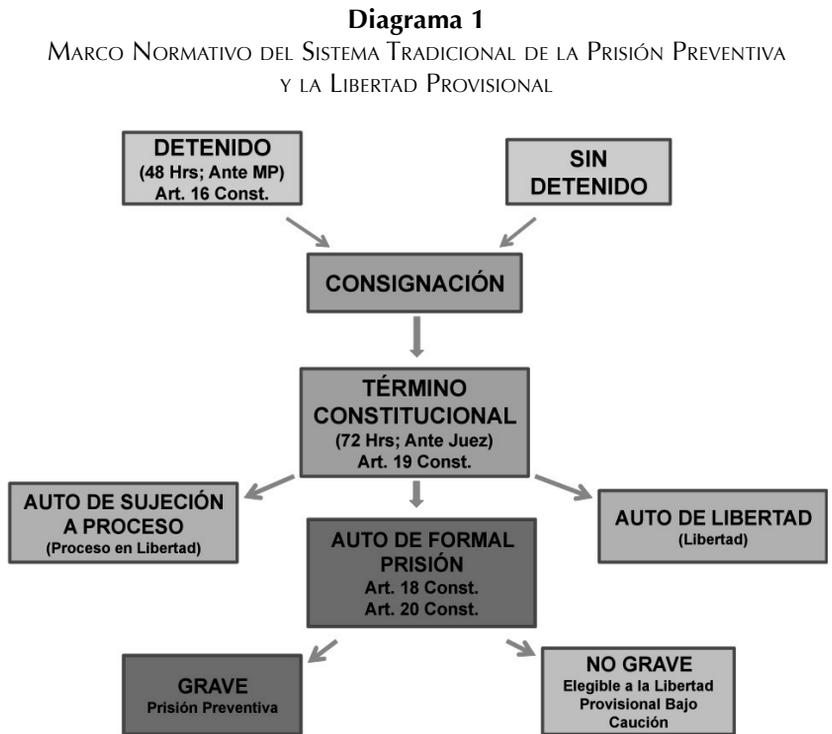
Una vez que inicia el proceso, el imputado podrá solicitar la libertad provisional bajo caución. Como se ha mencionado, la prisión preventiva solo procede para los delitos sancionados con pena privativa de libertad, establecido en el artículo 18 constitucional, y se impone automáticamente para los delitos graves. El Artículo 20 constitucional, del sistema tradicional (antes de la reforma de 2008), establece la garantía de la libertad provisional bajo caución siempre y cuando no se trate de un delito grave¹³, la legislación secundaria en los códigos penales establece las categorías de delitos graves, para los que no procede la libertad provisional.

Para obtener la libertad bajo caución, el imputado tiene que estar siguiendo un proceso por un delito no grave y cumplir con los siguientes requisitos: i) solicitarla por escrito, ii) que no se oponga el Ministerio Público (porque el “inculpado” hubiera sido condenado antes por delito grave o porque represente un riesgo para el ofendido o la sociedad)¹⁴ y iii) depositar el monto de la caución que el juez determine.

¹³ El Artículo 20, Apartado A, Fracción I, de la Constitución mexicana, antes de la reforma de 2008, establece que “... el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...”.

¹⁴ Disposición constitucional del artículo 20, previo a la reforma de 2008.

Como se mencionó, la autoridad judicial dicta el auto de formal prisión en más del 90% de los asuntos en esta etapa, imponiendo a la prisión preventiva como la primera medida. En dichos casos, si el delito imputado es considerado grave, el procesado permanecerá en prisión preventiva hasta la conclusión del proceso; y si es no grave, tendrá derecho a la libertad caucional. El siguiente diagrama ilustra la descripción normativa descrita.



En el sistema tradicional la decisión se toma basada en intercambio de autos escritos sin una audiencia donde las partes soliciten directamente al juez su petición. De hecho, en este marco normativo, el Ministerio Público no tiene que solicitar la prisión preventiva, pues viene implícita en la decisión contenida dentro del auto de formal prisión. El imputado, a través de su defensor, es quien tiene la carga de solicitar al juez a que le imponga el monto de la caución para

poder depositarla y así obtener su libertad. En este mecanismo, podemos claramente ver la violación a la presunción de inocencia, ya que se presume la prisión en vez de la libertad.

La disposición constitucional y en la práctica vemos varios obstáculos para que el imputado ejerza su derecho a la libertad provisional bajo caución. Primero, el imputado o su defensor deben solicitar por escrito dicho derecho. Segundo, el juez puede negar el derecho si el Ministerio Público se opone. Tercero, depositar el monto de la caución determinado por la autoridad judicial.

El tercer obstáculo, a su vez, establece dos adicionales. El monto de la libertad provisional bajo caución en el sistema tradicional está compuesto por tres conceptos: la reparación del daño; pecuniario y las obligaciones procesales¹⁵. En la etapa procesal, con la imposición de la caución, la autoridad judicial le impone al imputado la obligación de garantizar la reparación del daño y sanciones pecuniarias.

El monto de la reparación del daño se establece a través de un peritaje que proporciona el Ministerio Público. Los códigos de procedimientos penales locales y el federal establecen que por los delitos que afecten la vida o a la integridad corporal, el monto de la reparación no deberá ser menos de los que establezca la Ley Federal del Trabajo¹⁶. En Nuevo León, el artículo 493 del Código de Procedimientos Penales incluye un párrafo que establece que en los casos de delitos que afecten la vida, la reparación será de tres tantos de los que establece la Ley Federal del Trabajo¹⁷.

Para cada delito los códigos penales establecen el monto entre el rango mínimo y máximo de la sanción pecuniaria. El estudio de Nuevo León reveló que los jueces, usualmente, optan por imponer el monto mínimo como la garantía por el concepto pecuniario.

Finalmente, en el caso del monto de las obligaciones procesales, la norma constitucional establece que debe ser asequible. El juez deberá tomar en cuenta aspectos del delito, características del imputado y

¹⁵ Por ejemplo, ver el artículo Art. 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 494 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

¹⁶ El artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo establece el monto de la reparación en 730 días de salario mínimo.

¹⁷ En Nuevo León la garantía de la reparación del daño en un delito que afecte la vida resulta en \$109,500 pesos mexicanos (\$9,954 USD); en Nuevo León el salario mínimo oscila los \$50 pesos: (730 días de salario x \$50 pesos x 3).

su posibilidad de cumplir con las obligaciones procesales, los daños causados y la sanción que se le imponga. En la práctica, como lo muestra el estudio de Nuevo León, los jueces no realizan un análisis para determinar la asequibilidad del monto por las obligaciones procesales, al menos que un juez federal lo ordene como resultado de un amparo.

En algunos casos el monto de la libertad provisional bajo caución resulta triplicado por los tres conceptos. Por ejemplo, en el estudio de Nuevo León 63 de 241 casos de la muestra donde se les fijó la caución, el imputado tuvo que garantizar la reparación del daño y en 68 casos la sanción pecuniaria. A continuación se presenta una tabla con los resultados desglosados del estudio de Nuevo León de 241 casos donde el juez les fijó la libertad provisional bajo caución con los respectivos montos de los tres conceptos de la fianza¹⁸. Como queda ilustrado, los montos de la reparación son los más altos de los tres seguido por el de las obligaciones procesales.

	Reparación del Daño	Pecuniario	Obligaciones Procesales
Total de Casos	63	68	241
Mínimo	\$200	\$22.97	\$260
Media	\$40,790.29	\$1,408.93	\$4,740.86
Mediana	\$7,832.41	\$598.08	\$3,000
Máximo	\$1,255,000	\$23,000	\$100,000

El régimen de la libertad provisional bajo caución, que requiere que se garantice el monto de la reparación del daño y pecuniario en la etapa procesal, viola la presunción de inocencia, ya que son aspectos de indican responsabilidad los cuales corresponden a una sentencia condenatoria. En este sentido, la procedencia automática de la prisión preventiva simplemente por la clasificación del delito como grave y el exigir que el imputado garantice la reparación del daño y el monto pecuniario para obtener la libertad resultan en penas anticipadas.

¹⁸ La Rota, Miguel, *El uso de la prisión preventiva en Nuevo León: Estudio Cuantitativo*, Open Society Justice Initiative, 2010, p. 43.

La legislación indica que una vez que el juez haya fijado el monto, el imputado debe depositar en efectivo la suma correspondiente, o garantizarla mediante caución hipotecaria, fianza personal o póliza de compañía afianzadora¹⁹. Al ordenarse la libertad provisional bajo caución, el imputado tiene que cumplir con las obligaciones de presentarse ante el Ministerio Público, juez o magistrado cuantas veces sea necesario, comunicar a las autoridades cambios de domicilio y no ausentarse del lugar de residencia sin permiso expreso de la autoridad.

En caso de incumplimiento de las condiciones expuestas anteriormente, se revocará la libertad provisional, escuchando previamente al Ministerio Público y a la defensa, se ordenará la reaprehensión del imputado y la caución, en teoría, se hará efectiva²⁰. Para este efecto, la autoridad judicial enviará la documentación pertinente a la oficina recaudadora. En caso de cumplimiento, la autoridad judicial ordenará la devolución del depósito o mandará cancelar la garantía.

La intención legislativa de exigir que el imputado garantice la reparación del daño en esta etapa procesal es para proteger los intereses de las víctimas en los casos de incumplimiento. No obstante, la legislación no estableció un mecanismo para que las víctimas tengan acceso a dicho monto. En el mismo sentido, legalmente la víctima no podría tener acceso a la reparación del daño porque no existe una ejecución de sentencia, ya que en casos de sustracción del imputado el proceso se suspende hasta su reaprehensión. Por tal motivo, no solo el exigir la reparación del daño y la sanción pecuniaria violan la presunción de inocencia, sino también no tienen ningún beneficio para la víctima.

D. Resultados

El marco normativo anteriormente descrito, ha resultado en el incremento de la población penitenciaria nacional de 172,888 en el 2002 (176 por cada 100 mil habitantes) a 222,297 a julio del 2010²¹ (197 por cada 100 mil habitantes). Como podemos ver en la gráfica sobre la población penitenciaria, entre el 2002, 2003, 2004 y 2005 la población incremento en alrededor de 10,000 internos por año. Del 2005 al 2007 el incremento de la población penitenciaria no fue en la misma cantidad a los años previos. En el 2008 y 2009 vemos otro

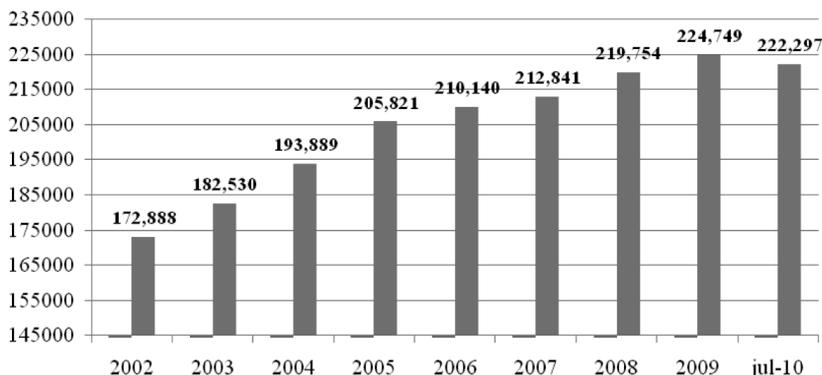
¹⁹ Ver por ejemplo, el artículo 499 del CPPNL.

²⁰ Ver por ejemplo, el artículo 507 del CPPNL.

²¹ Fuente: Secretaría de Seguridad Pública de México, cifras a julio de 2010.

aumento significativo, de 9 y 5 mil, respectivamente. Para el 2010, las cifras de la Secretaría de Seguridad Pública muestran una disminución de 5,000 internos en la población penitenciaria.

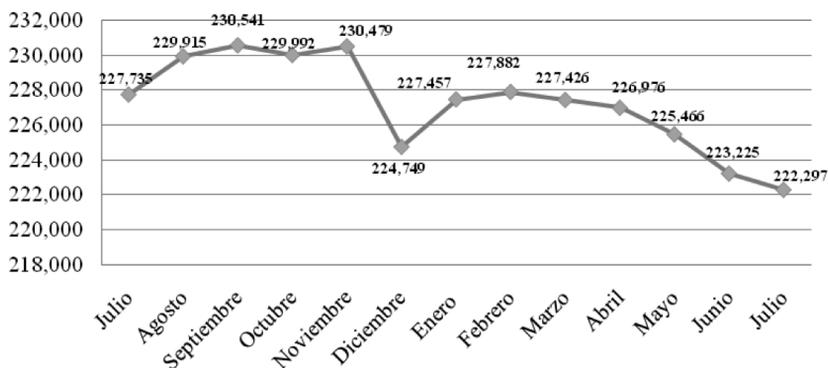
Población Penitenciaria
2002-Julio 2010



Fuente: Secretaría de Seguridad Pública.

Es necesario analizar la razón que ha causado dicha disminución en la población penitenciaria a nivel nacional. En este año de julio de 2009 a julio de 2010, vemos el comportamiento de la población penitenciaria con tendencia a la disminución.

Población Penitenciaria
Julio 2009 - Julio 2010



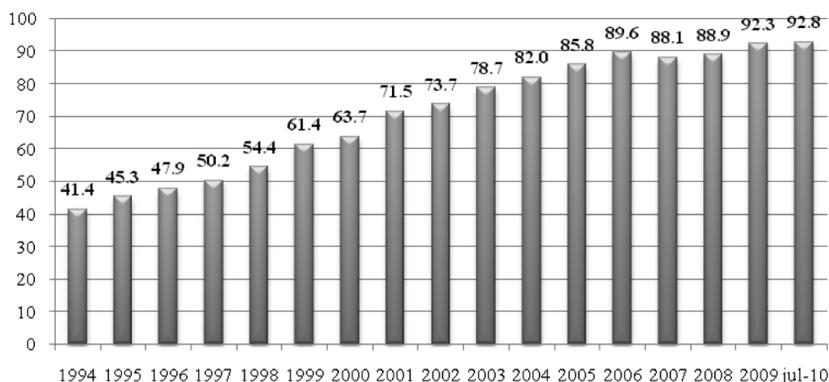
Fuente: Secretaría de Seguridad Pública.

En el 2009, 41% de la población de la prisión estaban esperando sentencia, lo mismo vemos en julio de 2010 con una población total de 222,297, el 41.73%, o 92,764 están en calidad de procesados. Diferenciando la población en ambos sistemas, el fuero común es el más cuantioso. En la tabla podemos ver que la disminución de la población penitenciaria se encuentra en el fuero federal por 5,923 personas; el fuero común aumentó por 3,192. Por lo tanto, no es posible atribuir la disminución a nivel nacional a la reforma de los estados, ya que esta se aplica al fuero común.

Fuero		Dic. 2009	%	C/100mil	Jul. 2010	%	C/100mil
Común	Procesados	70,222	31.24	63	70,956	31.92	63
	Sentenciados	103,158	45.89	93	105,895	47.64	94
Federal	Procesados	22,089	9.83	20	21,808	9.81	19
	Sentenciados	29,280	13.03	26	23,638	10.63	21
Total		224,749	100	202	222,297	100	197

En lo referente a la población en prisión preventiva, de acuerdo a las cifras de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, vemos la misma tendencia de aumento, pero con un crecimiento un tanto menos pronunciado desde el 2006.

Población en Prisión Preventiva
(En miles; 1994-julio 2010)



Fuente: Secretaría de Seguridad Pública Federal.

III. CONTENIDO NORMATIVO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 18 de junio de 2008, impactó a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 en materia de seguridad y justicia. Dicha reforma se centra en varios temas: el establecimiento del sistema acusatorio, el cual los estados tienen hasta ocho años a partir de la fecha de publicación de la reforma; un sistema nacional de seguridad pública; y regímenes especiales para el combate a la delincuencia organizada.

Indiscutiblemente, el trabajo legislativo a nivel estatal influyó y sirvió como presión para la reforma constitucional. El reto ahora es asegurar que la legislación federal y la de los estados restantes que incluyan los principios de un sistema integral acusatorio y que no únicamente se enfoquen en los aspectos restrictivos de la reforma relacionados a la delincuencia organizada.

Sin duda, han existido intentos de reformar el sistema de justicia mexicano, sin embargo podemos decir que la consolidación formal para implementar un nuevo sistema estableciendo el acusatorio y se inició en el 2002 en el Estado de Nuevo León. Dicho proceso del 2002 y 2003 resultó en la modificación al código de procedimiento penal de alrededor de 50 artículos introduciendo un capítulo de “juicio oral” como forma de enjuiciamiento en el 2004. De esta manera, Nuevo León tomó el liderazgo a nivel nacional en la reforma, que tuvo un impacto e influyó en otros estados.

No obstante este cambio histórico, la reforma de Nuevo León del 2004 no ha avanzado de manera trascendental y se caracteriza por ser limitada, ya que no logró una verdadera transición hacia un sistema integral acusatorio²². La reforma de Nuevo León no transformó la averiguación previa en investigación, la prisión preventiva se aplica como en el sistema tradicional, el juicio oral es únicamente para delitos culposos no graves y no se reformó la segunda instancia. Aun los artículos reformados incluyen aspectos con tendencia al sistema tradicional. En el 2011 el estado de Nuevo León aprobó un nuevo código de procedimientos penales, el cual abroga al código anterior.

²² Ayala, Lourdes; Carrasco, Javier; Saucedo, Agustín; y Varas, José Antonio, *La Reforma al Sistema de Justicia Penal en Nuevo León: Sus Principales Tendencias (2004-2007)*, Institución Renace, ABP, México (2009), p. 85.

A. Proceso de reforma en los Estados

Los estados que han aprobado y están en proceso de implementación sus nuevos sistemas de justicia son:

- Chihuahua (reforma aprobada en el 2006 y entró en vigor en enero de 2007 por regiones; actualmente es el único estado con la reforma en vigor en toda la entidad);
- Oaxaca (reforma aprobada en el 2006 y entró en vigor en septiembre de 2007);
- Morelos (reforma aprobada en noviembre de 2007 con entrada en vigor en octubre de 2008);
- Zacatecas (reforma aprobada en el 2007 con entrada en vigor el enero de 2009);
- Baja California (aprobó la reforma en el 2007 y entró en vigor en agosto de 2010);
- Durango (reforma aprobada en diciembre de 2008 y entró en vigor en diciembre de 2009); y
- Estado de México (aprobó el nuevo código en febrero de 2009 y entró en vigor en octubre de 2009).

El proceso legislativo de los diversos estados precedió a la reforma constitucional, no obstante, los estados han tenido que ajustar varias disposiciones para adecuarlas a la Constitución. En el siguiente recuadro se muestra el proceso de reforma de los estados por orden de la fecha de aprobación de sus nuevos códigos de procedimientos penales.

PROCESO DE REFORMA EN LOS ESTADOS

Estado	Fecha de aprobación	Fecha de entrada en vigor	Sistema vigente en las siguientes regiones
Chihuahua	9 de agosto 2006	1 de enero, 2007	Distrito Morelos; sede en la ciudad de Chihuahua
		1 de enero, 2008	Distrito Morelos; sede en Ciudad Juárez
		1 de julio, 2008	Resto de los distritos judiciales

PROCESO DE REFORMA EN LOS ESTADOS (continuación)

Estado	Fecha de aprobación	Fecha de entrada en vigor	Sistema vigente en las siguientes regiones
Oaxaca	6 de septiembre 2006	7 de septiembre 2007	Distritos de la región del Istmo
		7 de septiembre de 2008	Distritos de la región de la Mixteca
Zacatecas	21 de junio 2007	5 de enero, 2009	Distrito con cabecera en la capital, Zacatecas
Baja California	19 de octubre 2007	11 de agosto, 2010	Distrito con cabecera la capital, Mexicali
Morelos	22 de noviembre 2007	30 de octubre, 2008	Primer Distrito con cabecera en la capital, Cuernavaca.
		6 de julio, 2009	Distritos Quinto y Sexto, con cabeceras en Yautepec y Cuautla
Reforma Constitucional	18 de junio 2008	Hasta 8 años	
Durango	5 de diciembre de 2008	13 de diciembre de 2009	Distrito con sede en la capital, Durango
Edo de México	9 de febrero de 2009	1 de octubre de 2009	Distritos judiciales de Toluca, Lerma, Tenancingo y Tenango del Valle

Los siete estados incluyen disposiciones específicas sobre los criterios, estándares y procedimientos para la solicitud de las medidas cautelares, en los cuales se enfocará este diagnóstico. Los estándares internacionales y los códigos reformados de la región influyeron directamente en las nuevas normas sobre prisión preventiva y otras medidas cautelares de los estados aquí citados.

Primero, los códigos establecen la presunción de inocencia como principio rector de sus sistemas acusatorios. Segundo, en sus capítulos de medidas cautelares, los códigos establecen que el Ministerio Público solicitará las medidas cautelares y que la prisión preventiva solo procederá cuando exista presunción razonable de los siguientes

supuestos: i) que existe un peligro de que el imputado no comparecerá al proceso; ii) existe un peligro de que el imputado obstaculizará el desarrollo de la investigación; o iii) existe un riesgo para la víctima o sociedad. Tercero, las nuevas normativas incorporan una audiencia donde las partes realizarán sus peticiones y el juez, después de haber escuchado las posturas, tomará una decisión. Cuarto, las legislaciones establecen una serie de alrededor de once medidas cautelares diversas a la prisión preventiva.

Estos cambios son radicales, los cuales en su conjunto establecen el régimen cautelar. El régimen cautelar del sistema acusatorio se distingue al del sistema tradicional donde existe una presunción de fuga, prevalece la prisión preventiva, el imputado tiene la responsabilidad de solicitar al juez que le imponga el monto de la libertad caucional, no existe una audiencia para la decisión sobre este aspecto procesal y la única alternativa a la prisión preventiva es la libertad provisional bajo caución.

B. Régimen constitucional de medidas cautelares

A pesar de los avances de los códigos, por disposición constitucional, los siete estados incluyeron un listado de delitos graves de acuerdo a la reforma constitucional, para los cuales se impone automáticamente la prisión preventiva. La reforma constitucional, en el artículo 19, segundo párrafo, establece una lista de delitos graves; los estados en vez de optar por ampliar las garantías decidieron por transcribir dicha lista en sus ordenamientos y algunos hasta incluyen delitos adicionales.

El artículo 19, en su segundo párrafo, establece el régimen de medidas cautelares y los supuestos para imponer la prisión preventiva. La norma es la siguiente:

El Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La primera parte de la norma constitucional cumple con el estándar internacional, la cual establece a la prisión preventiva como la excepción, al imponerle la carga al Ministerio Público de solicitar la prisión preventiva solo cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para cumplir con los objetivos procesales. De igual manera, los objetivos de comparecencia, desarrollo de la investigación y protección para la víctima, testigos y comunidad concuerdan con el régimen internacional.

Sin embargo, los aspectos problemáticos de la disposición constitucional que limitan al modelo cautelar se inician con las partes posteriores del segundo párrafo. La primera limitante es que impone la posibilidad a que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva con el simple hecho de que al imputado se le esté procesando o haya sido sentenciado por un delito doloso. Este requerimiento no está ligado con la posibilidad de que el imputado por este tipo de delitos no comparezca o ponga a riesgo a la víctima, testigos o sociedad. La segunda limitante es la creación de los delitos inexcusables en rango constitucional, ya que se establece que por dichos delitos el juez ordenará de oficio la prisión preventiva. Uno de los grandes retos es que los delitos señalados en el texto constitucional pueden ser categorías, por el cual el legislador local puede encuadrar una serie de conductas para evitar la libertad bajo medidas cautelares.

Estas limitaciones a nivel constitucional han restringido a los códigos de los estados precursores, ya que desde el inicio se contempló que las medidas cautelares no se decretaran basándose en la gravedad del delito. Este mecanismo directamente impacta en el uso de la prisión preventiva.

El nuevo sistema, basado en audiencias, cambia la mecánica de imposición de la prisión preventiva. Al igual que el sistema tradicional, el proceso penal se inicia ya sea con detenido por flagrancia o urgencia o en libertad por una orden judicial.

C. Disposiciones reformadas sobre la detención y las primeras audiencias

El artículo 16 reformado mantiene que la detención de una persona solo se puede realizar mediante orden de aprehensión, en flagrancia o en casos urgentes. A diferencia del sistema tradicional, la Constitución define a la flagrancia como “en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido”; esto elimina a la cuasi flagrancia que permitía la detención de una

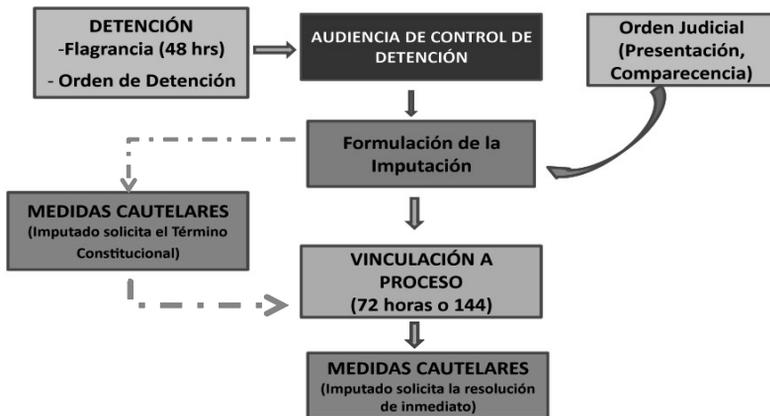
persona en un lapso de hasta 48 o 72 horas después de la comisión del hecho delictivo.

Una vez que el indiciado es detenido, la autoridad aprehensora lo debe poner de inmediato a disposición del Ministerio Público, el que de acuerdo al artículo 16 constitucional, tiene hasta 48 horas para ejercer la acción penal o dejarlo en libertad. Para los casos judicializados la primera audiencia es la de control de la detención para determinar la legalidad de la misma. En caso que el juez decreta la detención como legal, el asunto procede a la formulación de la imputación (los asuntos sin detenidos entran al sistema en este momento procesal de formulación).

Después que el imputado haya tenido la oportunidad de declarar, aquí pueden pasar dos supuestos. El primero, se refiere al caso que el imputado decida que se le vincule a proceso inmediatamente. En esta opción, después de la vinculación a proceso, las partes entran en el debate de las medidas cautelares. El segundo supuesto es en los casos donde el imputado desea tomarse su derecho del término constitucional de 72 horas o la duplicidad del mismo, establecido en el artículo 18 constitucional. El propósito de este término es para que el imputado y la defensa tengan tiempo para ofrecer pruebas para la no vinculación. En estos casos, las partes entran en el debate de las medidas cautelares y posteriormente regresan en la fecha señalada para la vinculación a proceso. Ver diagrama, nuevo marco normativo.

Diagrama 2

MARCO NORMATIVO DE LAS PRIMERAS AUDIENCIAS



D. Impacto normativo de las reformas procesales penales de los Estados en medidas cautelares

Los códigos de los siete estados, que actualmente están en vigor, incluyen una serie de entre once a trece medidas cautelares, básicamente son las mismas solo que varían en alguna terminología. Oaxaca es la única entidad que denomina a las medidas como medidas de coerción personal. Baja California textualmente incluye la reparación de daño como un elemento de la garantía económica. En recientes reformas Morelos reenumeró las medidas iniciando con la prisión preventiva como primera opción. En el siguiente cuadro se comparan los diferentes tipos de medidas y se señala las que existen en los siete estados.

Comparativo

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS NUEVOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Medidas Cautelares	CH Art. 169	OAX Art. 169 ²³	ZAC Art. 208	MOR Art. 176	EDMEX Art. 192	DGO Art. 180	BC Art. 167
Presentación de una garantía económica;	✓	✓	✓	✓	✓ ²⁴	✓	✓ Reparación del daño
II. Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
III. Obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución pública, que informe regularmente al juez;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

²³ La legislación del estado de Oaxaca denomina a estas medidas como de coerción personal.

²⁴ El artículo 198 del CPPEdoMex sobre la garantía económica continua con la el método del sistema tradicional de incluir los tres montos: reparación del daño, obligaciones procesales y la multa.

Comparativo
MEDIDAS CAUTELARES EN LOS NUEVOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES
(continuación)

Medidas Cautelares	CH Art. 169	OAX Art. 169 ²³	ZAC Art. 208	MOR Art. 176	EDMEX Art. 192	DGO Art. 180	BC Art. 167
IV. Obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o ante la autoridad que él designe;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
V. Localizadores electrónicos;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
VI. El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, [sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga];	✓	✓ o en centro médico o geriátrico	✓	✓	✓ (Reclusión domiciliaria)	✓ (Arresto domiciliario)	✓
VII. Prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
VIII. Prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
IX: Separación inmediata del domicilio, cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
X. La suspensión de derechos;	✓				✓		✓

Comparativo

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS NUEVOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES (continuación)

Medidas Cautelares	CH Art. 169	OAX Art. 169 ²³	ZAC Art. 208	MOR Art. 176	EDMEX Art. 192	DGO Art. 180	BC Art. 167
XI. Suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de estos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión;		✓	✓		✓		
XII. Internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite;	✓			✓	✓	✓	✓
XIII. La prisión preventiva.	✓	✓	✓	✓ ²⁵	✓	✓	✓
El Juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente....	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Dado a que la reforma constitucional de 2008, en el artículo 19 establece nuevos parámetros para el uso de la prisión preventiva, anteriormente mencionados, los cuales no son del todo garantistas, los estados en mención tuvieron que modificar sus ordenamientos incorporando estos puntos limitativos. Una posible solución sería

²⁵ En agosto de 2009 el estado de Morelos reformó varios aspectos del código, entre los cambios se colocó a la medida cautelar de prisión preventiva como la primera en la lista de opciones del artículo 176.

que los estados adopten un régimen más amplio y garantista a lo establecido en la Constitución, siguiendo la doctrina de la ampliación de garantías y el principio pro persona. Otra manera de evitar el uso automático de la prisión preventiva es exigir que las partes sigan argumentando la necesidad de cautela independientemente del tipo de delito.

Una vez establecido el comparativo de las diversas medidas cautelares que existen en los nuevos códigos, realizaré un análisis sobre el procedimiento para solicitar las mismas. Como el cuadro muestra, los requisitos son muy similares, todos los ordenamientos estatales incluyen la noción de que se impone las medidas cautelares una vez que se le haya dado la oportunidad al imputado de declarar. Asimismo incorporar el riesgo de no comparecencia, para la víctima y la sociedad como los supuestos que tiene que probar el Ministerio Público para solicitar la imposición de las medidas cautelares. Por último, los siete estados incluyen el precepto constitucional, que establece la posibilidad de que el Ministerio Público solicite la prisión preventiva “cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. Por último, los siete estados incluyen una lista de delitos graves –de acuerdo a lo establecido en la constitución– para los cuales se impone la prisión preventiva de oficio.

Requisitos Procesales para Solicitar las Medidas Cautelares						
CH Art. 170	OAX Art. 170	ZAC Art. 210	MOR Art. 177	EDMEX Art. 192	DGO Art. 183	BC Art. 168
I. Se le haya dado la oportunidad de rendir su declaración preparatoria	I. Obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión; y		I. Se haya dado al imputado la oportunidad de declarar, y			Siempre y cuando se le haya dado la oportunidad al imputado de rendir su declaración, y

Requisitos Procesales para Solicitar las Medidas Cautelares						
CH Art. 170	OAX Art. 170	ZAC Art. 210	MOR Art. 177	EDMEX Art. 192	DGO Art. 183	BC Art. 168
<p>II. Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado represente, un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido.</p>	<p>II. Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado podría no someterse al proceso, obstaculizaría la averiguación de la verdad o que su conducta represente un riesgo para la víctima o para la sociedad...</p>	<p>El juez solo aplicará esta medida, cuando otras medidas cautelares menos graves no sean suficientes para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el desarrollo de la investigación, o la protección de la víctima, de los testigos o de terceros...</p>	<p>II. Que exista una presunción razonable de que la medida es necesaria, porque:</p> <p>A) hay bases para estimar que el imputado no comparecerá al proceso;</p> <p>B) se requiera para permitir el desarrollo de la investigación o para proteger a la víctima, a los testigos o a terceros, o</p> <p>C) cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido condenado previamente por la comisión de un delito doloso.</p>	<p>Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formulada la imputación.</p>	<p>Siempre y cuando exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no comparecerá al proceso u obstaculizará el desarrollo de la investigación.</p> <p>También podrán imponerse cuando por las mismas razones se estime que el imputado puede dañar a las víctimas u ofendidos, a los testigos o a la comunidad,</p>	<p>Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado represente un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido...</p>

IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA

El proceso de implementación es un gran reto para México por su naturaleza federalista, por los intereses políticos y la diversidad de realidades. Uno de los mayores retos es el enfocarse únicamente en el código procesal penal sin contemplar que este proceso requiere de un cambio profundo de las policías, procuradurías y de todas las instituciones. El sistema acusatorio exige un trabajo meticuloso y científico de investigación por parte de la policía investigadora del Ministerio Público, el cual es un gran reto si los estados pretenden que las procuradurías sigan trabajando bajo los esquemas del sistema tradicional. Las autoridades tienen que estar conscientes de que la reforma es integral, la cual involucra a varias instituciones y sistemas, y no únicamente se trata de los aspectos procesales. La seguridad ciudadana, procuradurías, defensorías, tribunales y reinserción social tienen que caminar de manera coordinada y sincronizada para asegurar el éxito de la reforma. La clave para lograr el éxito es un verdadero compromiso político para realizar un cambio radical dentro de las instituciones. De lo contrario, cada institución seguirá funcionando aisladamente y los frutos del nuevo sistema no serán los esperados.

La implementación de la reforma no se debe limitar únicamente a capacitación, sino más bien adoptar estrategias para la reorganización de todas las instituciones involucradas para adecuar sus funciones de acuerdo a las nuevas exigencias del sistema acusatorio. El enfocarse en un aspecto y no en la reingeniería institucional resultará en una reforma con muchísimas limitantes.

Los estados que actualmente están en proceso de implementación de sus reformas optaron por la entrada en vigor gradualmente por regiones. Creo que este mecanismo es más efectivo que otro tipo de gradualidad. El proceso de capacitación ha sido a través de programas intensivos donde los ministerios públicos, defensores y jueces han participado. Los estados también han implementado procesos para seleccionar a los operadores del nuevo sistema.

En lo referente a la prisión preventiva y el régimen de las medidas cautelares diversas a la misma, los estados no introdujeron la política pública detrás de la normatividad. Asimismo, el código establece una serie de medidas cautelares en libertad pero no se establecieron los programas de supervisión para asegurar el cumplimiento de las mismas. En esta realidad, pueden ocurrir dos escenarios. Por un lado, que los jueces liberen indiscriminadamente sin identificar los casos que realmente representan un riesgo de fuga o para la víctima. Por

otro, que por falta de confianza, se imponga la prisión preventiva atendiendo únicamente a la gravedad del delito continuando con la inercia del sistema tradicional de imponer dicha medida como regla general. El debate y la decisión sobre la medida cautelar tienen que balancear ambos intereses, la libertad y la seguridad, por lo tanto, tiene que existir la política pública que permita llegar al mismo.

Es importante el fortalecimiento de las partes, en especial la defensa para que funja como uno de los guardianes de la debida implementación del sistema. Por ejemplo, en algunas audiencias de medidas cautelares existe la tendencia de que el juez revierta la carga de la prueba y dicte la prisión preventiva porque la defensa no probó el arraigo domiciliario. Esta justificación judicial va en contra de la legislación y de la presunción de inocencia, ya que la norma establece que el Ministerio Público es el que solicitará las medidas cautelares para resguardar los fines procesales. Si la defensa, en dicha situación, acepta la decisión sin objetar o apelar estará permitiendo que el nuevo sistema se vicie.

V. IMPACTO DE LA REFORMA EN EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EN OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Dado a que la reforma entró en vigor en diversos estados y que la mayoría de los asuntos que se procesan son del fuero común, se inicia este capítulo con un análisis de las cifras de prisión preventiva a través de los años. La información incluye comparativo entre los estados para determinar tendencias y se señala con verde los siete estados que actualmente están implementado sus reformas: Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Estado de México, Durango y Baja California. Sin embargo, el presente análisis sobre el uso de las medidas cautelares solo contempla a los tres estados que tienen mayor tiempo con el nuevo sistema de justicia en vigor: Chihuahua, Oaxaca y Morelos.

A. Estadística: tendencias en la población penitenciaria

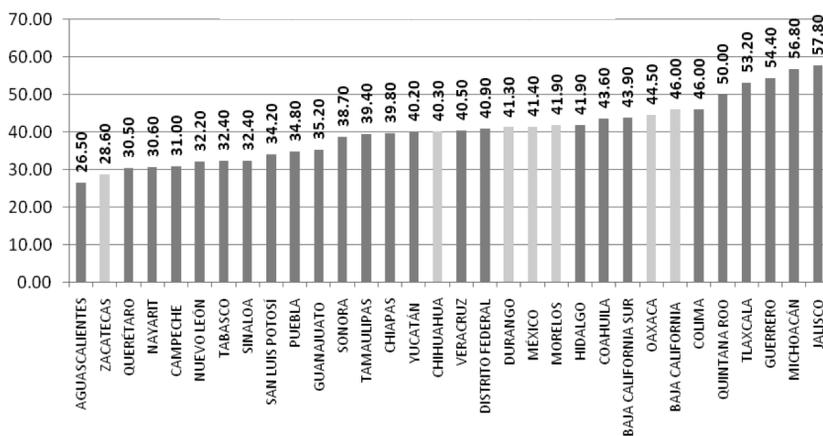
En esta sección se presentan las cifras comparativas de los estados sobre el porcentaje de prisión preventiva del 2005 al 2010. Con este lapso se puede detectar la tendencia en el porcentaje de la población penitenciaria en prisión preventiva entre los años previos a la entrada en vigor de las reformas de los estados, así como el comportamiento en la etapa de implementación del nuevo sistema. Para fines de este estudio, no se encontró la información sobre la población penitenciaria del 2007.

En el análisis se señalan los siete estados, que a finalizar el 2010 tenían sus nuevos sistemas de justicia penal vigentes: Baja California (2010), Chihuahua (2007), Durango (2009), Estado de México (2009), Morelos (2008), Oaxaca (2007) y Zacatecas (2009). Aunque se refiera a los siete estados en cada año del análisis se tiene que tener en cuenta que no todos entraron en vigor al mismo tiempo, pero la intención es mantenerlos en el radar para evaluar el comportamiento de la prisión preventiva. El análisis comparativo se realizará con seis estados, ya que Baja California entró en vigor en agosto de 2010.

1. Prisión preventiva en el 2005

Las cifras comparativas por estado correspondientes al 2005²⁶ muestran al estado de Aguascalientes con menor porcentaje de su población penitenciaria en prisión preventiva con un 25.5%; mientras que Jalisco tiene el mayor índice con un 57.8%. En el 2005, los estados con reforma tenían los siguientes porcentajes de prisión preventiva: Zacatecas con un 28.6%, Chihuahua con un 40.3%, Durango con un 41.4%, estado de México con un 41.4%, Morelos con un 41.9%, Oaxaca con un 44.5% y Baja California con un 46%. Zacatecas es el estado penúltimo con el menor porcentaje de personas en prisión preventiva y Baja California es el séptimo con mayor índice de prisión preventiva.

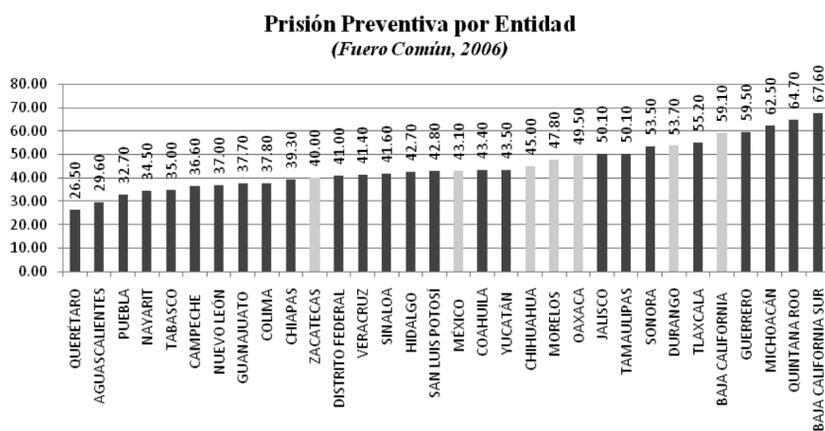
Prisión Preventiva por Entidad
(Fuera Común, febrero 2005)



²⁶ Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2005.

2. Prisión preventiva en el 2006

Las cifras del 2006²⁷ muestran que Querétaro es el estado con menor índice de prisión preventiva con un 26.5% y Baja California Sur con el mayor índice con un 67.6%. En este año se detecta el índice de la prisión preventiva aumentó en los siete estados con reforma: Zacatecas con un 40%; estado de México con 43.1%; Chihuahua con el 45%; Morelos con el 47.8%; Oaxaca con el 49.5%; Durango con el 53.7%; y Baja California con el 59.1%.



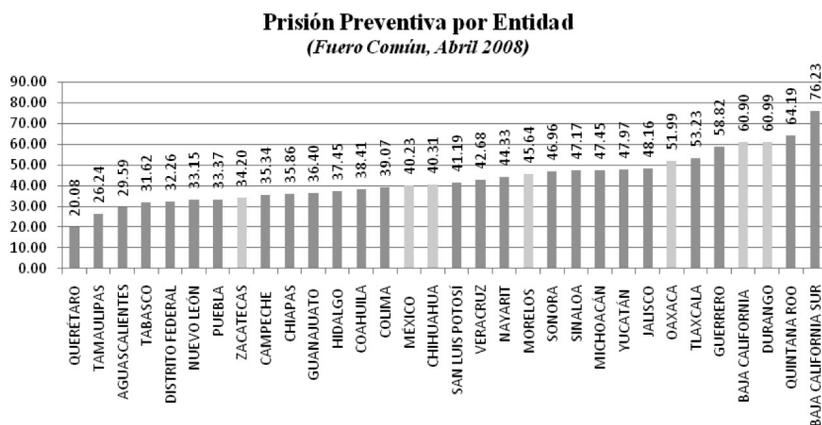
3. Prisión preventiva en el 2008

En el 2008²⁸, el estado de Querétaro tenía el menor índice de prisión preventiva con el 20% y Baja California Sur con el mayor con 76%. En este año la tendencia del incremento del porcentaje de prisión preventiva continúa en los estados con el nuevo sistema de justicia penal: Zacatecas con un 34%; Estado de México con 40%; Chihuahua con el 40%; Morelos con el 45.6%; Oaxaca con el 51.9%; Durango con el 60.9%; y Baja California con el 60.9%. En este año ya se pueden analizar los dos estados donde primero entró en vigor la reforma. Al considerar únicamente este variable, se detecta que el porcentaje de presos sin condena disminuyó en

²⁷ Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2006.

²⁸ *Ibid.*, 2008.

Chihuahua del 45% en el 2007 al 40% en el 2008. En el estado de Oaxaca el porcentaje incrementó del 49% en el 2007 al 51.9% en el 2008.

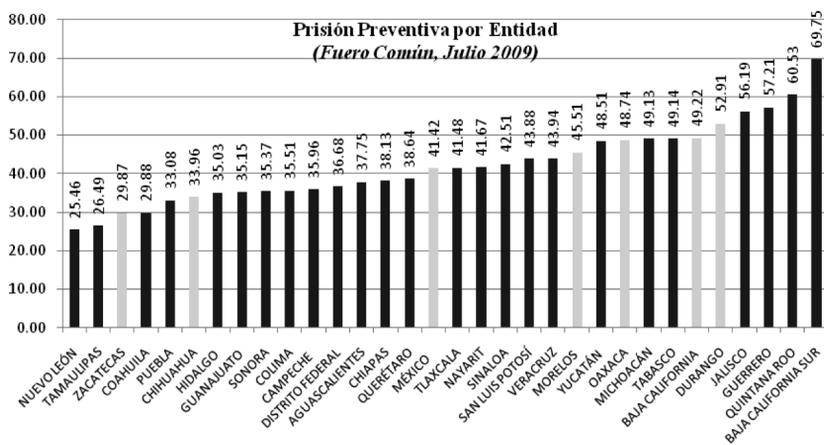


A continuación se presentan los números específicos de cada siete estados y la población penitenciaria total, así como su relación por cada 100,000 habitantes. Baja California tiene 462 personas en prisión por cada 100,000 habitantes, Morelos es el segundo con 198. El orden presentado es de acuerdo a la entidad con mayor a menor población penitenciaria.

Población Penitenciaria, 2008				
Estado	Procesados	Sentenciados	Total	C/100 mil Habitantes
Estado de México	6,534	9,709	16,243	116
Baja California	8,669	5,566	14,235	462
Chihuahua	1,791	2,652	4,443	137
Oaxaca	1,852	1,710	3,562	100
Morelos	1,194	1,422	2,616	198
Durango	1,535	982	2,517	160
Zacatecas	370	712	1,082	78

4. Prisión preventiva en el 2009

En el 2009²⁹ Nuevo León era el estado con el porcentaje menor de personas en prisión preventiva con un 25% y Baja California Sur con el mayor índice con el 69.7%. En el 2009, el índice de prisión preventiva a nacional oscilaba en el 41%, eso significa que 15 estados estaban por debajo de dicho porcentaje. Las cifras muestran que de los siete estados con reforma dos estaban por debajo de la media nacional. Los resultados para el 2009 de los siete estados son los siguientes: Zacatecas con un 29.8%; Chihuahua con el 33.9%; estado de México con 41.3%; Morelos con el 45.5%; Oaxaca con el 48.7%; Baja California con el 49.2%; y Durango con el 52.9%.



La información estadística de la población penitenciaria para el 2009 se presenta por orden de mayor a menor; el estado de México sigue siendo el que tiene la población más cuantiosa, no obstante Baja California es el de mayor presos por cada 100,000 habitantes, 402, seguido por Morelos con 162.

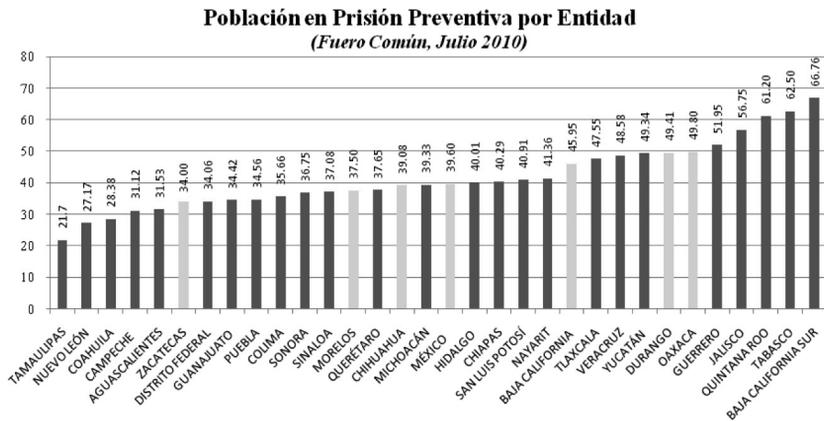
²⁹ Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2006.

Población Penitenciaria, 2009				
Estado	Procesados	Sentenciados	Total	C/100 mil Habitantes
Estado de México	6,663	10,455	17,118	120
Baja California	5,581	6,886	12,467	402
Chihuahua	1,912	2,359	4,271	126
Oaxaca	1,810	1,695	3,510	96
Morelos	955	1,693	2,648	162
Durango	909	945	1,854	118
Zacatecas	292	632	924	66

5. *Prisión preventiva en el 2010*

Para el 2010³⁰ el estado con menor porcentaje de prisión preventiva era Tamaulipas con un 21% y Baja California Sur se mantiene con el de mayo con un 66.7%; 20 estados estaban por debajo del promedio nacional que corresponde al 41%. Los resultados para el 2010 de los siete estados son los siguientes: Zacatecas con un 34%; Morelos con el 37.5%; Chihuahua con el 39.3%; estado de México con 39.6%; Baja California con el 45.9%; Durango con el 49.4%; y Oaxaca con el 49.8%. Para esta fecha, seis estados ya tenían su sistema en vigor en Morelos, estado de México y Durango se detecta un descenso en el porcentaje pero en este año el de Zacatecas, Chihuahua y Oaxaca incrementó.

³⁰ Fuente: Secretaría de Seguridad Pública Federal, <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/322108//archivo>

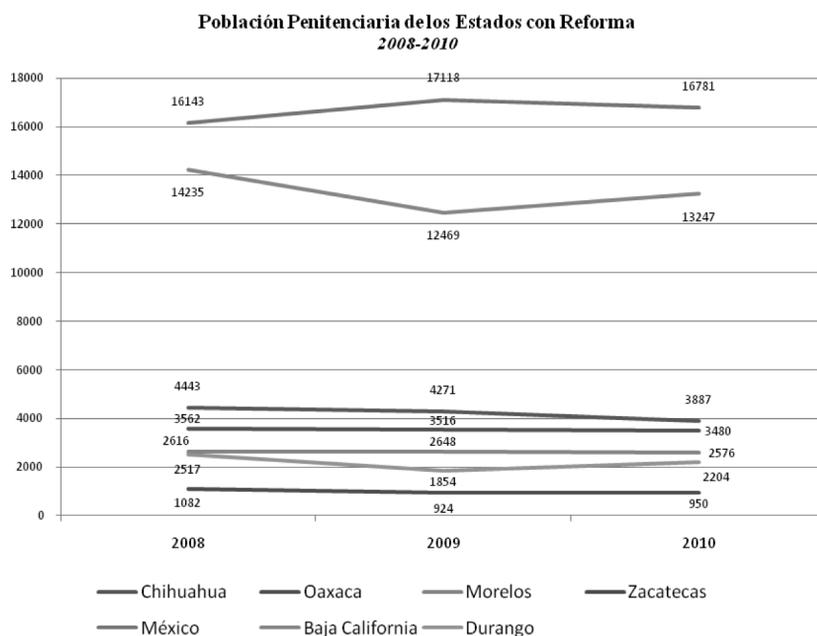


Las cifras para el 2010 se presentan de la misma forma que las del 2008 y las del 2009; Baja California continúa siendo la entidad con mayor cantidad de presos por cada 100,000 habitantes con 420 y Morelos se mantiene en el segundo puesto con 145.

Población Penitenciaria, 2010				
Estado	Procesados	Sentenciados	Total	C/100 mil Habitantes
Estado de México	6,645	10,136	16,781	110
Baja California	6,087	7,160	13,247	420
Chihuahua	1,519	2,368	3,887	114
Oaxaca	1,738	1,752	3,490	92
Morelos	966	1,610	2,576	145
Durango	1,089	1,115	2,204	135
Zacatecas	323	627	950	64

6. Análisis comparativo

Al comparar la población penitenciaria entre los siete estados, que a final del 2010, estaban implementando sus nuevos sistemas de justicia penal, se detecta que en los tres años del 2008 al 2010 la tendencia ha sido la disminución.



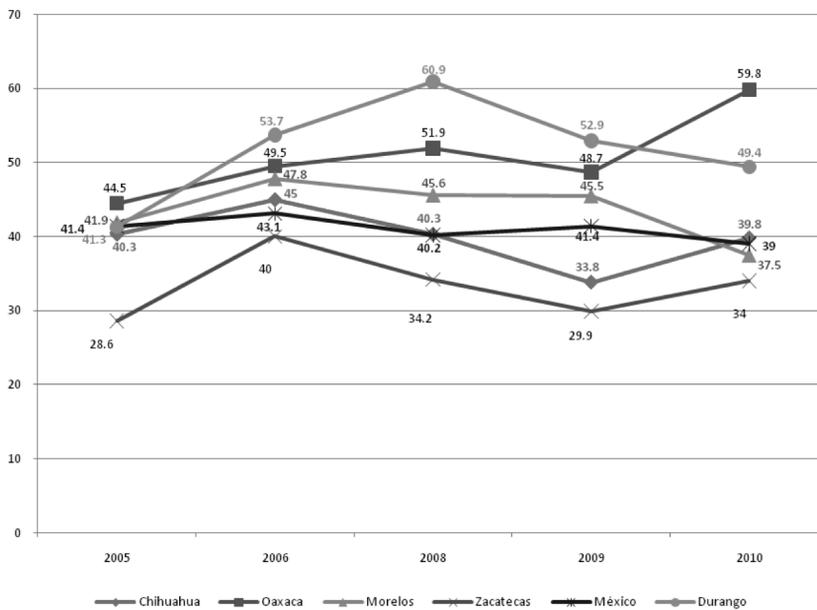
Para el análisis sobre prisión preventiva, únicamente se presenta la información de seis de los siete estados con reforma; para este ejercicio no se incluirá la información de Baja California ya que su reforma entró en vigor en agosto de 2010. Al final del 2010, fecha en la que se recabaron los datos, se determinó que no era el suficiente tiempo para medir el impacto de la reforma en la prisión preventiva.

Al comparar el porcentaje de prisión preventiva de los seis estados, se detecta que la tendencia de la población de procesados ha disminuido en tres de las entidades e incrementado en el resto en el 2010. Las cifras para el 2007 no estaban disponibles en la página de la Secretaría de Seguridad Pública. Hasta el 2009 la tendencia iba en descenso en los seis estados, sin embargo en el 2010, el porcentaje de la población en prisión preventiva de tres entidades (Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas) aumentó.

Una posibilidad puede ser el efecto de reformas recientes a dichos códigos, ya que al inicio de las reformas de Chihuahua y Oaxaca no existían los delitos graves, por los que se impone prisión preventiva de oficio. Con la reforma constitucional de 2008, los estados crearon la lista de delitos inexcusables en la etapa procesal. Las reformas

de los otros tres estados iniciaron con delitos graves, así que su punto de partida fue desde una realidad similar a la situación prerreforma en lo referente a la prisión preventiva. Es decir no tuvieron que experimentar un cambio drástico al inicio de la implementación de sus reformas sin delitos graves para posteriormente reinstituírlos en sus códigos.

Prisión Preventiva en los Estados con Reforma
2005-2010 (Datos del 2007 no están disponibles)



La duración de los procesos penales del nuevo sistema de justicia se redujo a un promedio de meses y hasta años. En el sistema tradicional era común que los casos duraran años para la conclusión, ahora los imputados pueden ser sentenciados en un promedio de entre 6-12 meses. En este sentido la reforma ha tenido un impacto positivo en la duración del tiempo que los imputados permanecen en prisión preventiva.

La duración de los procesos ha disminuido por varias reglas del nuevo sistema de los estados. Primero, los códigos establecen reglas para

la duración de la prisión preventiva, casi todos otorgan un año para sentenciar a una persona a prisión preventiva, la norma también impone la responsabilidad de concluir la investigación en un promedio de seis meses. Segundo, la reforma introduce salidas alternas y el procedimiento abreviado, los cuales permiten que los casos concluyan más rápido. Esta combinación de características del nuevo sistema evita que las personas permanezcan en prisión preventiva por tiempo prolongado y cumple con uno de los objetivos de la reforma, la cual es de ofrecer una justicia expedita.

B. Impacto en el uso de las medidas cautelares

Para ver el impacto de la reforma en la prisión preventiva, las tendencias de la población penitenciaria nos da una parte del análisis, pero considero importante que debe incluir el impacto en la aplicación de las medidas cautelares diversas a la prisión. Es importante analizar los tipos de medidas cautelares que los estados están aplicando y el grado de cumplimiento de las mismas; en la sección sobre el impacto normativo se describieron los tipos de medidas cautelares que existen en los diversos códigos. Esta sección muestra si los operadores del sistema están utilizando las medidas cautelares, cuáles son las privilegiadas y cuál es la efectividad de las mismas.

En términos generales, uno de los grandes dilemas y paradigmas a vencer es la predilección por el uso de la prisión preventiva y la incertidumbre que puede ocasionar el hecho de que los imputados puedan seguir sus procesos en libertad. Por tal motivo, el análisis se tiene que centrar en el nivel de cumplimiento de los fines procesales de las medidas cautelares.

Como se mencionó en la sección sobre el impacto normativo, la solicitud de las medidas cautelares se realiza en una audiencia. De acuerdo a la normatividad, el Ministerio Público tiene que solicitar la imposición de las medidas cautelares; para la prisión preventiva tiene que probar su necesidad de cautela basado en lo siguiente.

1. Es un delito sancionado con pena privativa de libertad.
2. Existe una probabilidad que el imputado es autor o participó en el hecho punible.
3. El hecho está catalogado como delito grave, si es así, el juez aplica la prisión preventiva de oficio.
4. Existe una presunción de que el imputado no comparecerá en el proceso.

- a. El imputado no tiene arraigo comunitario (tiene residencia inestable, no estudia, no trabaja, en procesos anteriores incumplió con las condiciones judiciales, adicciones y otros elementos).
 - b. Existe una presunción de fuga por la posible pena a imponer.
 - c. El comportamiento del imputado genera un indicador de fuga.
5. Existe un riesgo de obstrucción (manipulará pruebas o influirá en el proceso).
 6. Existen riesgos para la víctima o sociedad.

Utilizando los elementos anteriores y adecuándolos a las especificaciones de cada legislación, las partes litigan en la audiencia de medidas cautelares brindándole la información necesaria para que la autoridad judicial tome su decisión. Antes de concluir la audiencia, el juez impone una o varias medidas cautelares y especifica su modalidad y forma de cumplimiento. En caso que el imputado incumpla con las condiciones judiciales, el Ministerio Público podrá solicitar una revocación de medida, la cual se debatirá en audiencia. Por otro lado, la defensa tiene la posibilidad de solicitar la modificación de la medida y de apelar.

En entrevistas con jueces, ellos manifiestan varias preocupaciones sobre las audiencias de medidas cautelares³¹. Primero, los jueces reportan que frecuentemente las partes no aportan información necesaria y de calidad para la toma de la decisión. Usualmente el Ministerio Público se limita a argumentar la posible pena a imponer como elemento para presumir que el imputado no va a comparecer. Este argumento es solo uno de varios elementos a considerar. Los jueces indican que dicho elemento es insuficiente para una decisión razonada.

³¹ Para la realización del presente estudio, se llevaron a cabo entrevistas con jueces del estado de Morelos del sistema de adultos y adolescentes así como se recabó información sobre las opiniones de jueces de Oaxaca, Zacatecas y Chihuahua expuestas en diversos foros sobre sus perspectivas en la imposición de las medidas cautelares.

Segundo, los jueces han preguntado sobre el estándar probatorio para esta audiencia. Algunos consideran necesario “producir la prueba”, lo cual resulta en audiciones largas donde las partes tienen que traer testigos para que informen sobre el arraigo comunitario de la persona, sus fuentes de empleo, lugar de residencia y otros. Otros consideran que mientras los argumentos puedan ser corroborados y son veraces, no es necesario producir la prueba en todos los casos. Por ejemplo, si las partes pueden corroborar sus argumentos con constancias de empleo o de estudio, comprobantes de domicilio o recibos, investigación de campo o un reporte por una institución independiente.

El análisis sobre el impacto de la reforma en las medidas cautelares incluirá información sobre las medidas que se utilizan y el grado de cumplimiento y efectividad de las mismas. En esta parte del estudio solo se reporta información sobre los estados de Chihuahua, Oaxaca y Morelos porque son los que cuentan con mayor tiempo de haber estado operando en nuevo sistema, por lo tanto tienen mayor información acumulada.

Antes de pasar a analizar a cada estado por separado, es importante retomar el punto de los delitos inexcusables, los clasificados como graves. Los tres estados tienen en sus códigos artículos que establecen la lista de delitos graves, por los cuales la prisión preventiva procede de oficio, dichas conductas deben estar de acuerdo a lo establecido en la norma constitucional.

Chihuahua tiene 10 delitos clasificados como graves; el incumplimiento de medidas cautelares en libertad resulta en la imposición de la prisión preventiva. El código de Oaxaca contiene 12 delitos graves. Por último en el código de Morelos se encuentran 29 delitos graves. Cabe mencionar que en los tres códigos regulan ciertas modalidades de los delitos enlistados. Los tres coinciden en los delitos estipulados en la Constitución; algunos de los establecidos en el código de Morelos pueden ser cuestionables, por ejemplo, abigeato, inseminación artificial, hostigamiento sexual, despojo.

Delitos Graves en los Códigos Estatales		
Chihuahua Art. 173 CPPCH	Oaxaca Art. 170 Bis CPPOax	Morelos Art. 174 bis CPPM
<p>Homicidio doloso; Violación; Secuestro; Secuestro exprés; Extorsión; Robo de vehículos automotores cometido con violencia en las personas o cosas; Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; Delitos contra la formación de las personas menores de edad y protección integral de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho; Pornografía con personas menores de edad o que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho; Trata de personas;</p>	<p>Homicidios dolosos; Violación; Secuestro; Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos; Rebelión; Conspiración; Sedición; Delitos cometidos en perjuicio de personas menores de edad y de quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho; Abuso sexual agravado; Delito de trata de personas; Lesiones dolosas; y Tortura.</p>	<p>De la Ley de Delincuencia Organizada del Estado: Asalto; Fraude (cierto tipo); Administración fraudulenta; Operaciones con recurso de procedencia ilícita; Sustracción o retención de menores o incapaces; Tráfico de menores; Corrupción de menores; Lenocinio y trata de personas; Falsificación de documentos y uso de documento falso; Enriquecimiento ilícito; Evasión de presos;</p>
<p>En caso de incumplimiento atribuible al imputado de la medida cautelar impuesta diversa a la prisión preventiva, el juez ordenara de plano su sustitución por la de prisión preventiva.</p>		<p>Del Código Penal del Estado: Homicidio simple doloso; Homicidio doloso de ascendientes o descendientes por consanguinidad en línea recta; Homicidio calificado; Homicidio doloso cometido durante la comisión de secuestro, robo o violación; Lesiones dolosas; Secuestro; Extorsión; Trata de personas; Violación;</p>

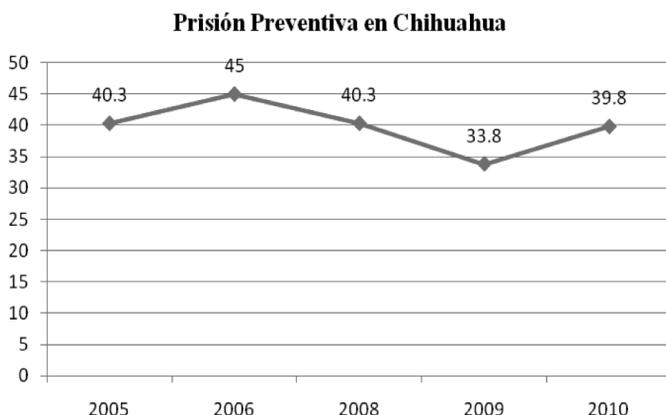
Delitos Graves en los Códigos Estatales		
Chihuahua Art. 173 CPPCH	Oaxaca Art. 170 Bis CPPOax	Morelos Art. 174 bis CPPM
		Inseminación artificial sin consentimiento; Hostigamiento sexual; Abuso sexual en persona menor de edad, cuando se empleare violencia física; Robo calificado; Robo de vehículo automotor; Abigeato; Despojo; Corrupción de menores e incapaces; Rebelión; y Terrorismo.
		La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en este artículo, también se califica como grave.

1. Chihuahua

La reforma de Chihuahua está actualmente vigente en todo el estado y entró en vigor por regiones. El Distrito Bravos, corresponde a la Ciudad de Chihuahua y municipios aledaños, entró en vigor desde el 1 de enero de 2007. El Distrito Morelos, corresponde a Ciudad Juárez, entró en vigor el 1 de enero de 2008. Finalmente, el resto de los distritos del estado entraron en vigor en julio de 2008. La reforma del estado inició sin la clasificación de delitos como graves, esto significó que en un inicio de la reforma los jueces no tenían que imponer la prisión preventiva de oficio sino que el Ministerio Público tenía que probar la necesidad de cautela independientemente del tipo de delito. No obstante, como medio año después, el legislador local reformó esta parte del Código estableciendo los 10 delitos graves contenidos en la tabla anterior.

Las cifras de la Secretaría de Seguridad Pública Federal reflejan la siguiente tendencia de la población en prisión preventiva de Chihuahua. Uno de los retos para definir claramente las tendencias es

la separación de la información por regiones. Como la gráfica muestra, un año antes de la reforma, Chihuahua tenía al 45% de sus internos en prisión preventiva; en los años posteriores la población disminuyó hasta el punto más bajo de 33.8% en el 2009. En lo que va del año de 2010, la población se ha incrementado a un 39.8%. Pueda ser que las reformas recientes de febrero de 2010 hayan causado dicho incremento.



La información se solicitó del 1 de enero de 2007 a diciembre de 2009. En este sentido la Dirección de Ejecución de Medidas Judiciales de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Chihuahua, la que supervisa a los imputados en libertad bajo medidas cautelares, proporcionó los datos que serán la materia del siguiente análisis. El estado reportó que en el 2007 se judicializaron 666 asuntos, en el 2008 fueron 1,112 y en el 2009 1,701 casos. De estas causas, el estado reporta las medidas cautelares impuestas en el transcurso de estos tres años. Las tres medidas más frecuentes son la prisión preventiva con un 36% de las medidas, esto corrobora el dato de que la población en prisión preventiva para Chihuahua está alrededor de un 39%.

Las cifras muestran que la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar va en aumento. En el 2007 únicamente se le impuso al 18.6% la prisión preventiva en relación a todas las medidas cautelares decretadas. En este año, la obligación de presentarse a una autoridad y la garantía económica estaban por encima del porcentaje de la prisión preventiva. Estas cifras indican que verdaderamente la prisión preventiva era la excepción. En el 2008 la cifra ascendió al 37%

Tipo de Medida (Art. 169 CPPCH)	2007	2008	2009	Total
I. Garantía	137	172	259	568
II. La prohibición de salir del país y...	8	2	15	25
II. La prohibición de salir de la localidad...	44	22	22	88
II. La prohibición de salir de un ámbito territorial...	5	3	7	15
III. La obligación de someterse al cuidado...	36	52	34	122
IV. La obligación de presentarse...	222	252	395	869
V. La colocación de localizadores...	--	--	6	6
VI. El arraigo, en su propio domicilio...	19	7	14	40
VII. La prohibición de concurrir...	23	38	81	142
VIII. La prohibición de convivir...	45	41	67	153
IX. La separación inmediata del domicilio...	16	7	7	30
X. La suspensión de derechos...	7	6	2	15
XI. Internamiento en el centro de salud...	9	8	19	36
XII. La prisión preventiva	137 (18%) 17 C/ 100 mil	384 (37%) 21 C/ 100 mil	697 (43%) 21 C/ 100 mil	1,218 (36%)
Libertad bajo promesa	27	44	--	71
Total	735	1,038	1,625	3,398

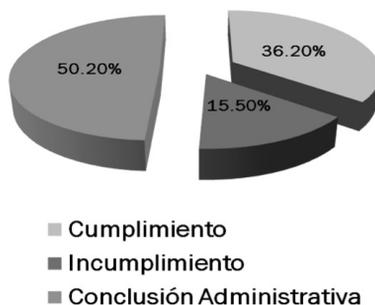
y en el 2009 al 43%. La segunda medida más común en la obligación de presentarse ante una autoridad con 26% y la tercera es la garantía económica con el 17% de total. Los delitos más comunes por los cuales los imputados están en prisión preventiva son robo agravado, robo en grado de tentativa, homicidio, violación, daños imprudenciales, secuestro, daños, fraude y abuso sexual.

Las cifras de prisión preventiva se muestran por cada 100,000 habitantes de acuerdo a la población correspondiente del distrito judicial para el cual la reforma estaba vigente. En el 2007 la población de tomó del Distrito correspondiente a la Ciudad Chihuahua, para el 2008 de los Distritos correspondientes a Chihuahua capital y a Ciudad Juárez y para el 2009 se calculó la población estatal.

En relación al cumplimiento de las medidas cautelares en libertad, la Secretaría de Seguridad Pública del estado de Chihuahua reporta que

del 2007 al 2009 el 15.5% de los imputados en libertad se ha registrado como incumplimiento. Para dicho incumplimiento se ha solicitado la revocación de la medida o el proceso está suspendido por la sustracción del imputado. El 36% ha cumplido con las condiciones judiciales y un 50% se ha registrado como conclusión administrativa. La conclusión administrativa es una categoría que significa que el proceso de un imputado en libertad ha concluido por alguna vía alterna; para efectos de registro de la Dirección de Ejecución de Medidas Judiciales, lo cuantifican como una "conclusión administrativa". Se puede considerar que en dichos casos, el imputado estaba cumpliendo con las condiciones judiciales, ya que para concluirlo por alguna salida alterna su presencia en el proceso es imprescindible. Si esta conclusión es certera, se puede argumentar que alrededor del 85% de los imputados en libertad bajo medidas cautelares cumplieron con las condiciones impuestas.

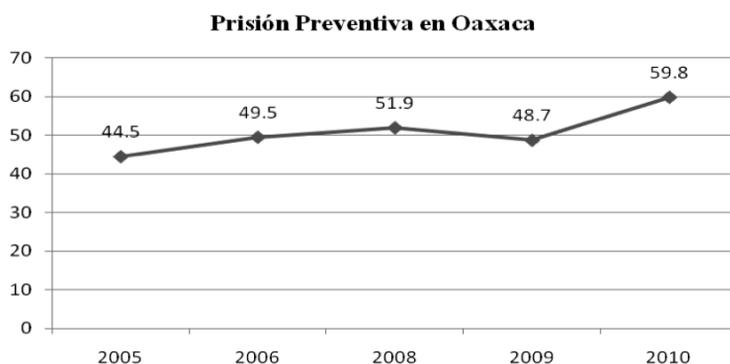
Cumplimientos de las medidas cautelares en Chihuahua



2. Oaxaca

La reforma en el estado de Oaxaca, entró en vigor el 9 de septiembre de 2007 en la zona del Istmo de Tehuantepec con una población alrededor de 260,000, es la parte sureste del estado colindando con Chiapas, Tabasco y Veracruz. Posteriormente, en septiembre de 2008 la reforma entró en vigor en la región de la Mixteca, con una población alrededor de 560,000. La reforma aún falta por entrar en vigor en el Valle Central, con la Ciudad de Oaxaca como su centro. El nuevo sistema de justicia inició sin la clasificación de delitos graves; no obstante, por la reforma constitucional de 2008, el Legislador local modificó en Código incorporando los delitos inexcusables establecidos en la Constitución.

A diferencia de los otros estados, la población en prisión preventiva en Oaxaca se ha sostenido cerca del 50% con tendencia de incremento. Según la cifra de la Secretaría de Seguridad Pública Federal en julio de 2010, el 59.8% de la población penitenciaria en Oaxaca estaba en prisión preventiva. Cabe mencionar que las dos regiones donde la reforma se encuentra en vigor son menos pobladas en la zona central donde aún no entra la reforma. Esto puede ser una de las razones por las cuales no se ha visto mucho el impacto de la reforma en la prisión preventiva.



La información la proporcionó el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca a través de sus juzgados correspondientes a los distritos donde la reforma está en vigor. La información reportada indica que en el 2007 se procesaron 179 asuntos por el sistema nuevo, 1,049 en el 2008 y 1,685 en el 2009.

En el siguiente recuadro, se reportan los tipos de medidas de coerción personal (término únicamente utilizado en Oaxaca) dictadas por los jueces en las dos regiones donde está en vigor el nuevo sistema de justicia. En Oaxaca la obligación de presentarse ante una autoridad es la medida de coerción personal en libertad más utilizada, en este aspecto la práctica es similar a la de Chihuahua. La segunda media más utilizada es la prisión preventiva. Como se puede ver, al inicio de la reforma, el septiembre de 2007 en la región del Istmo, la prisión preventiva era una verdadera excepción con un 14% de las medidas dictadas. Dicha práctica persistió en el 2008 en la región del Istmo así como en la región de la Mixteca, que entró en vigor en septiembre de 2008. Sin embargo, en el 2009, la prisión preventiva se dictó

como medida cautelar en un 49%. Esto refleja el impacto de los delitos graves establecidos por la reforma constitucional. Otra de las particularidades de este estado, es el uso de la libertad bajo promesa, esto tiene que ver con la cultura local indígena, donde se promueven diversas formas de resolver conflictos.

Tipo de Medias (Art. 169 CPPOAX)	2007	2008	2009	Total
I. Garantía	3	22	14	39
II. La prohibición de salir del país y...	4	18	3	25
III. La obligación de someterse al cuidado...	3	3	0	6
IV. La obligación de presentarse...	24	90	44	158
V. La colocación de localizadores...	0	0	0	0
VI. El arraigo, en su propio domicilio...	0	0	4	4
VII. La prohibición de concurrir ...	0	11	4	15
VIII. La prohibición de convivir ...	5	17	5	27
IX. La separación inmediata del domicilio...	5	16	5	26
X. La suspensión de derechos...	4	3	0	7
XI. Internamiento en el centro de salud...	0	0	0	0
XII. La prisión preventiva	8 (14%)	36 (15%)	95 (49%)	139 (28%)
Libertad bajo promesa	1	22	21	44
Total	57	238	195	490

La prisión preventiva se dictó por los siguientes razonamientos: falta de arraigo comunitario; facilidad para abandonar el estado; probabilidad de cometer otro delito; posible riesgo para la víctima; amenazas contra los testigos; probabilidad de destrucción de pruebas, y antecedentes. De acuerdo a las razones por las cuales el juez dictó la prisión preventiva se detecta que están de acuerdo a lo establecido en la normatividad.

Para tener un mayor control sobre el cumplimiento de las medidas, se recomienda que el estado establezca una entidad que le dé seguimiento las personas en libertad.

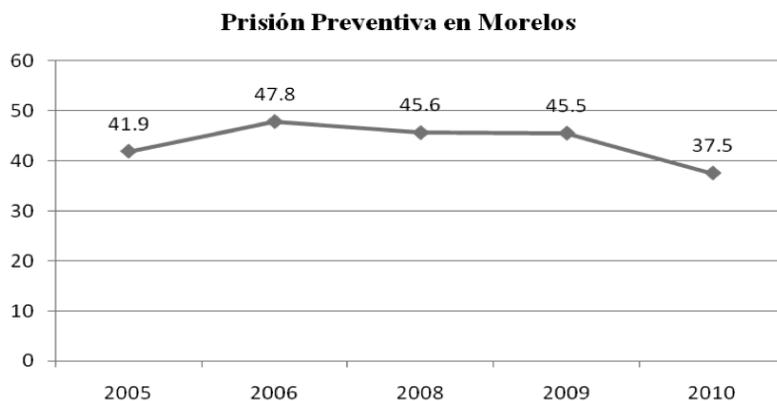
En lo referente al cumplimiento de las medidas cautelares, el estado de Oaxaca reporta que en más del 95% de los casos el resultado

es favorable. Este resultado muestra que los imputados que siguen su proceso en libertad no se evaden de la acción de la justicia y se cumplen los fines procesales para los cuales las medidas cautelares están diseñadas. Se recomienda que el estado establezca una entidad que le dé seguimiento a las personas en libertad y que desarrolle un mecanismo para recabar la información, no solo sobre medidas cautelares sino de todo el sistema.

3. Morelos

La reforma del estado de Morelos también se está implementando por regiones. La reforma entró en vigor el 30 de octubre de 2008 en el Primer Distrito Judicial con sede en la capital del estado, Cuernavaca y su zona metropolitana. El 6 de julio de 2009, los Distritos Quinto y Sexto del estado entraron en vigor, correspondientes a la zona Yauhtepec y Cuautla. Los cuatro distritos restantes entrarán en vigor el 1 de enero de 2012, que corresponde a la zona más rural del Estado.

La población en prisión preventiva de Morelos ha estado disminuyendo desde el 2006 cuando estaba en un 47.8%, la cifra de julio de 2010 indica que los procesados constituyen un 37.5%. En el 2009 no disminuyó significativamente la prisión preventiva, ya que se mantuvo en un 45%, de enero de 2010 a la fecha es el periodo de disminución de los procesados en prisión; esta variación ha sido un impacto favorable de la reforma en el tema en mención.



En agosto de 2009, el legislador local reformó el Código moviendo a la prisión preventiva como la primera medida cautelar en la lista. De las medidas que el estado ha reportado como aplicadas en los últimos 2 meses de 2008 y durante el 2009 vemos la preeminencia de la prisión preventiva con un 50% de las dictadas. La segunda medida más utilizada es la garantía económica con un 19% y la obligación de presentarse ante una autoridad con el 16%. Al igual que Oaxaca, se recomienda que se establezca una entidad que brinde el seguimiento de las personas en libertad para monitorear el cumplimiento de las condiciones judiciales.

Tipos de Medidas (Art. 176 CPPMOR)	2008	2009	Total
I. La prisión preventiva	51 50%	225 51%	276 50%
II. Garantía	19	86	105
III. La prohibición de salir del país y...	5	21	26
IV. La obligación de someterse al cuidado...	1	5	6
V. La obligación de presentarse...	16	71	87
VI. La colocación de localizadores...	0	0	0
VII. El arraigo, en su propio domicilio...	3	13	16
VIII. La prohibición de concurrir ...	2	7	9
IX. La prohibición de convivir ...	2	11	13
X. La separación inmediata del domicilio...	1	2	3
XI. Internamiento en el centro de salud...	1	2	3
Libertad bajo promesa	--	--	--
Total	101	443	554

VI. LA CONTRARREFORMA

La contrarreforma en los estados está latente, así como en el ámbito federal. El reto para los interesados en el tema de la prisión preventiva es que es el aspecto procesal más controvertido y debatible. La tradición del sistema escrito de favorecer a la prisión y a la presunción de culpabilidad es lo que causa más tensión con el nuevo sistema, ya que la regla es la libertad por la presunción de inocencia.

Dado a esta realidad, todo proceso de implementación debe incluir una estrategia para atender a la contrarreforma. Si no existe un liderazgo a nivel federal que contenga dicho movimiento, la implementación de la reforma será sumamente difícil. Otro reto con la implementación es el ambiente de violencia que está viviendo el país, varias voces le han atribuido a la reforma la ola de violencia, ignorando que el sistema no es responsable de dicho resultado de índole social y económico.

En lo referente a la prisión preventiva se identifican varias reformas que tienden a regresar al sistema tradicional, precisamente esto es lo que se considera como una contrarreforma. Los códigos de Chihuahua y Oaxaca, que fueron los primeros en aprobarse y de entrar en vigor establecieron claramente a la presunción de inocencia como el centro del proceso. En este sentido, las legislaciones citadas no contenían la clasificación tradicional de delitos graves e incluían una amplia gama de medidas alternativas a la prisión preventiva. Tomando estas normas como punto de partida, identificaré los cambios normativos subsecuentes con tendencia a la contrarreforma.

El primer cambio legislativo ocurrió alrededor de medio año (mediados del 2007) de entrada en vigor del nuevo código de procedimientos penales de Chihuahua al regresar al concepto de delitos graves, para los cuales la prisión preventiva es automática. El legislador decidió clasificar entre otros al homicidio doloso, robo calificado, secuestro, violación, fraude y abuso sexual como delitos graves.

Algunos expertos consideran que la contrarreforma se inició con la reforma constitucional, ya que los diversos regímenes de excepción limitan los derechos y las garantías. De hecho la reforma constitucional es más limitativa que los códigos procesales de los estados que iniciaron el proceso. El artículo 19 de la Constitución establece varios candados para permitir el uso de la prisión preventiva en automático³². El listado de delitos graves a nivel constitucional limita a la presunción de inocencia y el terreno ya avanzado por los estados.

Atendiendo a la disposición constitucional del listado de delitos graves, los estados han modificado sus códigos para incorporar dichos preceptos; Oaxaca y Morelos ya hicieron sus modificaciones. Otra

³² Cavazos, Gabriel; Sánchez Bocanegra, Martín Carlos; Tomasini-Joshi, Denise; Carrasco Solís, Javier, *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2009, p. 123.

acción contrarreformista es la modificación del Código de Morelos de agosto de 2009. En dichas modificaciones el estado aumentó el listado de delitos graves a 29, algunos no están en la Constitución³³. En la misma reforma el estado movió a la medida cautelar de prisión preventiva de la última a la primera opción en la lista. Esta modificación indica la predilección de la prisión preventiva. Según los estándares internacionales, la prisión preventiva debe ser utilizada como la última opción, en ese sentido las partes deben considerar y analizar las otras medidas en libertad y como excepción recurrir a la más restrictiva. Sin embargo, el hecho de que el estado haya decidido colocarla como la primera manda una señal contundente de considerarla antes que a las otras medidas.

La última acción de contrarreforma es el resultado de la reforma al Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua de enero de 2010³⁴. De hecho el Código de esta entidad lleva ya más de 100 modificaciones. Existen varios puntos del Código que limitan a la reforma, se enfocan en uno de ellos que es el concepto de flagrancia. En el sistema tradicional existe la flagrancia equiparada, la cual permite la detención de una persona sin orden judicial por hasta 48 o 72 horas después de la comisión del delito. Los nuevos códigos y la reforma constitucional adoptaron la definición internacional estableciendo que la flagrancia es en el momento en que se está cometiendo el delito o en persecución material. En el 2010, los legisladores locales modificaron la definición de flagrancia por lo siguiente: “inmediatamente, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el de la detención, el que podrá realizarse en minutos, horas o incluso días...”³⁵. El hecho de que se limiten los supuestos de flagrancia crean la posibilidad de abuso de la autoridad y del incremento de detenciones, lo cual puede afectar directamente a la prisión preventiva.

Los medios juegan un papel importante en la contrarreforma ya que por falta de conocimiento del sistema crean un sentido de impunidad y puerta giratoria. Los medios no han atacado directamente al nuevo régimen de medidas cautelares pero sí les incomoda que una persona pueda obtener su libertad en unos dos o tres días después de haber

³³ Artículo 174 Bis, Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos, Adicionado P.O. 4735, 24 de agosto de 2009.

³⁴ Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua, No. 1016-10 VII P.E. publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010.

³⁵ Artículo 165, CPPCH, reformado por decreto publicado en el P.O.E. No. 9 del 30 de enero de 2010.

sido detenido. Los medios siguen reportando y utilizando lenguaje que afecta a la dignidad humana y atenta contra la presunción de inocencia. Por ejemplo, utilizan términos como “presunto responsable”, “presunto culpable”, “presunto homicida” y otros mandan un mensaje que la persona detenida ya es culpable del cargo que se le imputa.

VII. PERSPECTIVAS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

La situación actual para la implementación de la reforma es incierta, ya que el enfoque continúa en el combate a la delincuencia organizada. En el 2010, el Presidente Felipe Calderón y el entonces Procurador General de la República vincularon al incremento de la violencia con la reforma en Chihuahua. Estas posturas envían un doble mensaje para los esfuerzos de la implementación. Con la violencia y el discurso de la lucha contra la delincuencia organizada favorece al uso de la prisión preventiva como medida cautelar. El argumento de presunción de inocencia y derechos humanos ya no es suficiente para convencer a las autoridades en el uso de medidas diversas a la prisión preventiva.

En este contexto actual, la reforma procesal penal dejó de ser la moda y en algunos foros se comenta sobre los pocos resultados de la misma. A falta de un liderazgo contundente a nivel federal y en los estados, el proceso de implementación está muy frágil. Consideramos que el trabajo a nivel de los estados será crucial para el avance de la reforma, ya que es ahí donde se está generando la verdadera experiencia mexicana en este proceso. Por ese motivo, es importante que el liderazgo de los estados surja para reactivar este proceso histórico. Asimismo, el involucramiento de la sociedad civil y de la academia es sumamente importante para este proceso; de una manera organizada y objetiva pueden marcar el rumbo del nuevo sistema de justicia penal.

El impacto de las reformas procesales penales en la prisión preventiva ha sido positivo. Las cifras muestran que el índice de prisión preventiva ha disminuido por la existencia de alternativas a la misma, el uso de salidas alternas y justicia restaurativa. Otro de los impactos favorables es que la duración del proceso ha disminuido. En cuanto al cumplimiento de las medidas cautelares en libertad, las cifras que los estados reportan muestra que se está logrando con los fines procesales para los cuales las medidas están diseñadas; la mayoría de los imputados cumplen con las condiciones impuestas por los jueces. Sin

embargo, aún falta mucho por hacer para consolidar la reforma en los estados, por ejemplo es necesario establecer instituciones de índole administrativa encargadas de ofrecer la supervisión de los imputados en libertad y de realizar análisis sobre vínculos comunitarios para proponer las medidas más idóneas.

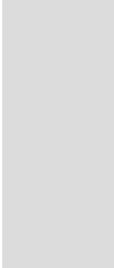
La contrarreforma se está dando por dos vertientes: por un lado a través de modificaciones legislativas y por el otro, que es más riesgoso, a través de las prácticas del sistema tradicional que se están infiltrando en el nuevo sistema. Para atender a lo anterior, recomiendo lo siguiente.

1. Conceptualizar que la reforma va más allá del juicio oral y del aspecto procesal, ya que se trata de un sistema integral de justicia donde convergen varias instituciones de gobierno y de la sociedad. Sin esta conceptualización el diseño de la estrategia de implementación no será efectiva porque será un riesgo que cada institución modifique normas jurídicas aisladas. En este mismo concepto, entra la necesidad de la reorganización institucional. La reforma introduce nuevos conceptos que requieren de instituciones adecuadas para cumplir con las obligaciones. Asimismo, se requiere crear nuevos programas e instituciones. Sin embargo, si las autoridades no conciben a la reforma de manera integral tampoco podrán liderar cambios profundos en las instituciones del estado. Por ejemplo, es importante la reforma policial, reestructuración del Ministerio Público, de la defensoría y de reinserción social. Al no cambiar la forma de operar de dichas instituciones, la reforma no resultará en lo esperado.
2. Crear sistemas de registro confiables que permitan documentar los datos del nuevo sistema. El sistema informativo le permite al operador realizar su trabajo con mayor facilidad, las autoridades pueden recibir retroalimentación constante del comportamiento del sistema y los datos servirán para la evaluación de mejora continua del mismo.
3. Crear y facultar a un órgano técnico en cada estado para que pueda coordinar la implementación de la reforma, evaluar su comportamiento y corregir los errores ya sea legislativos o de práctica. Las secretarías técnicas en las modalidades actuales no tienen todas las facultades mencionadas, dicha ausencia genera descoordinación en la implementación de la reforma. Dicho órgano debería tener la facultad para observar audiencias y corregir errores que se dan en la práctica diaria. De lo contrario, si no se tiene un mecanismo para corregir los errores, los operadores del

sistema, que están naciendo y en proceso de formación, los incorporarán de facto convirtiéndose en la práctica.

4. En términos de prisión preventiva es necesario establecer la política pública de permitir la debida aplicación de las medidas cautelares. En ausencia de dichos programas, las medidas cautelares se convertirán en inefectivas. Partiendo de la presunción de inocencia y de los fines procesales, es importante establecer programas para apoyar al nuevo régimen y a las partes en la decisión sobre la medida cautelar. Por ejemplo, en el estado de Morelos, se estableció una institución dedicada a evaluar los riesgos de cada detenido y ofrecer una recomendación de las posibles medidas cautelares idóneas de acuerdo a las circunstancias del imputado. El programa incluye la creación de una red de organizaciones de la sociedad civil para ofrecer el seguimiento de los imputados en libertad, de esta manera asegurando su comparecencia durante el proceso.





LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PERÚ. ESTUDIO DE 112 AUDIENCIAS EN 7 DISTRITOS JUDICIALES CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

CLAUDIA VERTIZ¹
EQUIPO REDEX PERÚ²

INTRODUCCIÓN

En nuestras sociedades, la cárcel es el lugar de aislamiento e invisibilización de las personas acusadas de haber causado un delito, ya sea que estas hayan ocasionado un daño menor, grave o muy grave. La negación de los vínculos entre alta brecha social, pobreza, inequidad en las oportunidades, consumo de drogas y alcohol, discriminación, violencia intrafamiliar, deficiente desarrollo urbanístico y otros factores asociados a la comisión de delitos de alta incidencia –como los hurtos al paso, las lesiones simples, agresiones y las amenazas– nos lleva a que, como colectivo social, identifiquemos a la cárcel como el depositario de las personas que no queremos ver, reconocerles existencia ni presencia en la comunidad.

¹ Abogada peruana, redactora y editora final del informe.

² Equipo compuesto por:
Diseño del proyecto y dirección de la investigación: Nataly Ponce Chauca.
Coordinación general: Lorena Gamero Calero.
Investigadores a cargo del trabajo de campo: Robert Chávez Hurtado (Cusco), Juan Carlos Checkley Soria (Piura), Miguel Falla Rosado (Lambayeque), Celia Goicochea Ruiz (La Libertad), Cecilia León Velásquez (La Libertad), Lourdes Rejas Mejía (Tacna)
Investigadores a cargo del análisis de los hallazgos y de la redacción del estudio: Lorena Gamero Calero (Lima), Nataly Ponce Chauca (Lima), Giovanna Vélez Fernández (Lima), Claudia Vértiz Telenta (Lima).

La prisión preventiva es una medida judicial que permite el encarcelamiento de las personas inmersas en un proceso penal incoado en su contra por la supuesta comisión de un delito. De acuerdo a las normas internacionales, la prisión preventiva debe ser excepcional, y corresponde aplicarla cuando median razones suficientes y sustentadas de que la libertad del imputado representa un riesgo relevante para la consecución del proceso penal y para la aplicación de la posible sanción al responsable del delito imputado.

La lógica de la tramitación documentaria y de la excesiva burocracia que, históricamente, han caracterizado a nuestros aparatos estatales y, dentro de estos, a las instituciones que intervienen en el servicio de justicia, abarca también la forma cómo se solicita y se decide la prisión preventiva. En los modelos mixtos, esta medida de coerción procesal es decidida por los jueces a partir de una solicitud escrita presentada por el Ministerio Público, siendo que, por lo general, el requerimiento fiscal obedece más a un procedimiento rutinario y legalmente regulado, antes que a un análisis sobre su necesidad real y racional.

En este marco se insertan los procesos de reforma procesal penal de la región latinoamericana, con el propósito de cambiar las prácticas burocráticas y rutinarias que tradicionalmente caracterizaron el desarrollo del proceso penal. Estas reformas buscan introducir audiencias orales, públicas y contradictorias, para la toma de las decisiones judiciales más importantes, entre ellas, la disposición de prisión preventiva. De allí que la forma cómo se requiere, debate y decide esta medida de coerción procesal, es una arista medular para la evaluación del impacto de las reformas procesales penales en nuestros países, en especial dada la fuerte presión social y atención mediática que suele acompañarla. Sin duda alguna, la prisión preventiva es uno de los aspectos más sensible de las reformas procesales penales que, desde inicios de los años 90, y hasta la fecha, se vienen registrando en los países de América Latina. De ello dan cuenta los estudios nacionales e internacionales que se han realizado sobre la materia y, particularmente, las investigaciones desarrolladas por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) entre los años 2004 y 2009.

La reforma procesal penal en Perú se inició en el año 2006, con la vigencia progresiva del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP). Actualmente, este instrumento normativo rige en 16 de los 29 distritos judiciales del país. La implementación exitosa del CPP es

un gran desafío para el Perú, dado que la nueva lógica conlleva una serie de cambios sustanciales en el proceso, como la inclusión de mecanismos alternativos para terminar tempranamente las causas y con ello contribuir con la descongestión del sistema judicial; la redefinición de los roles de los operadores penales, en especial para el caso de fiscales y jueces; el fortalecimiento de la defensa; plazos bastante más cortos; entre otros.

Sin embargo, quizás uno de los cambios más desafiantes lo constituye la inclusión del sistema de audiencias en fases previas al juicio oral. En el nuevo proceso penal la prisión preventiva se decide, precisamente, en una audiencia previa, lo que supone un escenario muy diferente al viejo sistema mixto o inquisitivo-reformado. Mientras que en el antiguo modelo el proceso podría transcurrir sin que se haya acreditado fehacientemente la concurrencia de los supuestos normativos, en el sistema acusatorio la medida se debe adoptar en una audiencia pública, accesible a cualquier ciudadano o medio de comunicación. Asimismo, la audiencia es oral, es decir, debe basarse en la argumentación antes que en la lectura de documentos escritos. Será, además, contradictoria, lo que implica el derecho que tiene la defensa, o el mismo imputado o imputada, de rebatir el requerimiento del fiscal en igualdad de condiciones.

Es por estos motivos que decidimos desarrollar la presente investigación titulada ***“La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales del país con el nuevo Código Procesal Penal”***, en la cual se analizan audiencias judiciales sobre esta medida de coerción procesal con la vigencia del CPP, en los distritos judiciales de: Huaura, La Libertad, Arequipa, Cusco, Lambayeque, Piura y Tacna. El reporte tiene como propósito presentar una primera visión panorámica sobre cómo se solicita y decide actualmente la prisión preventiva en el marco de la reforma procesal penal en Perú, a partir de la observación de la audiencia oral y pública, para evaluar, desde la práctica, el desempeño de los defensores públicos y privados, fiscales y jueces.

Esta investigación ha sido elaborada por 11 abogados peruanos, egresados del *“Programa de Formación de Capacitadores en Reforma Procesal Penal para países de América Latina”* de CEJA. El equipo de trabajo está conformado por investigadores, defensores públicos y privados, jueces y fiscales, ubicados en la ciudad capital de Lima y en cada uno de los distritos judiciales bajo estudio. La finalidad ha sido posicionar en la agenda pública la importancia de que la vigencia del

CPP traiga consigo mejores prácticas –en términos de transparencia y necesidad real– en la aplicación de la prisión preventiva en nuestro país.

El reporte se compone de dos partes. La primera, presenta el contexto previo a la vigencia del CPP en Perú, específicamente en el ámbito de la prisión preventiva. Se describe el marco normativo anterior al CPP (Código Procesal Penal de 1991 y normas conexas) y que aún rige en 13 distritos judiciales, incluyendo la ciudad capital de Lima. Asimismo, se formulan reflexiones críticas acerca de las prácticas en el sistema de justicia penal peruano sobre la forma como se dispone la prisión preventiva sin el CPP.

La segunda parte de este reporte se aboca al análisis de la aplicación de la prisión preventiva con el CPP en los 7 distritos judiciales evaluados. Esta parte constituye el centro de la investigación y se inicia con una introducción sobre el marco normativo, para posteriormente detenernos en los hallazgos producto de la observación de 112 audiencias sobre la materia. El análisis se complementa con información cualitativa obtenida durante el trabajo de campo, junto a la revisión del material bibliográfico disponible. Los hallazgos se presentan considerando, en primer lugar, el orden en cómo se desarrollan las audiencias de prisión preventiva, pasando por el desempeño de los fiscales, defensores y jueces. Luego, nos detenemos en la invocación y sustento oral de los presupuestos materiales y procesales contemplados en el CPP, así como en el uso de los criterios específicos regulados y también normados en el Código. Adicionalmente al desempeño de los operadores sobre estos puntos, en esta parte se analiza información acerca de los delitos imputados, los detenidos, los agentes de la detención, los tiempos de duración e interrupción de las audiencias, entre otros temas.

En cuanto a la metodología, este estudio tiene un carácter exploratorio y analítico, con un enfoque propositivo. El desarrollo del reporte se sujetó a las fases metodológicas detalladas en el Anexo N° 1, incluyendo el diseño del instrumento contenidos en los Anexos n° 2, 3 y 4.

Agradecemos a todas las personas que colaboraron para la formulación de este documento, en especial a aquellas mencionadas en el Anexo N° 5. Asimismo, agradecemos a CEJA por haber respaldado la realización de este estudio y su presentación pública.

Ponemos en consideración del lector el presente material, con el deseo de que aporte a la generación de reflexiones y debates acerca de la aplicación de la prisión preventiva, el proceso penal y la importancia de fortalecer la nueva forma de administrar justicia penal en el Perú.

PARTE I

EL CONTEXTO PREVIO A LA PRISIÓN PREVENTIVA: LA DETENCIÓN Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL PERUANO

El objetivo de esta primera parte es presentar una visión panorámica del contexto en el que se dispone la restricción de la libertad de los procesados en Perú, en los distritos judiciales donde aún no está vigente el CPP.

Si bien el reporte tiene por finalidad presentar algunos hallazgos vinculados a la aplicación de la prisión preventiva en siete distritos reformados del país, creemos necesario que, en el afán de que el lector pueda comprender más y mejor la dimensión del cambio generado en Perú a partir de la reforma procesal penal, se conozcan las circunstancias en las que se produce la detención de los procesados en el antiguo sistema.

1. Aspectos previos

Jurisdiccionalmente, Perú está compuesto por 29 distritos judiciales, de los cuales 16 se encuentran regidos por el CPP, es decir, por el nuevo sistema acusatorio; y los 13 restantes por el modelo mixto o inquisitivo reformado. Ahora, si bien más del 50% de los distritos del país operan bajo la lógica acusatoria, ello no significa que un porcentaje mayoritario de los casos que ingresan al sistema se resuelvan conforme al CPP, debido a que los 3 distritos judiciales que soportan el mayor índice de criminalidad del país, Callao, Lima y Lima Norte³,

³ De acuerdo al plan de implementación, Callao, Lima y Lima Norte serán los últimos distritos en ser reformados. La puesta en vigencia del CPP en estos distritos se tiene programada para octubre del año 2013.

con una población en conjunto de casi 10 millones de habitantes, permanecen bajo el antiguo sistema.

La falta de aplicación homogénea del nuevo modelo procesal se debe a que, cuando se aprobó el plan de implementación del CPP, se dispuso que este sería progresivo, con el objeto de que se pudiesen sortear dificultades presupuestales, y en la idea de que la experiencia de implementación de los primeros distritos contribuiría con el perfeccionamiento del proceso de implementación en el resto del país.

En los 13 distritos judiciales donde aún no rige el CPP⁴, la restricción de libertad del procesado, que en el nuevo sistema se denomina prisión preventiva, en el **antiguo modelo** recibe el nombre de **detención**; por esta razón, el lector encontrará la utilización de esta denominación en esta primera parte del reporte, siendo luego reemplazada por el término de prisión preventiva.

Ahora bien, en las próximas líneas expondremos brevemente el marco normativo de la detención, haremos mención a determinada jurisprudencia generada al respecto, así como a estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario –en adelante INPE⁵–, todo ello con el objetivo de establecer el impacto negativo de la disposición de la más gravosa de las medidas cautelares personales en el antiguo sistema de justicia penal peruano.

2. Marco general del proceso penal peruano

A diferencia de los distritos reformados donde la norma procesal que determina la estructura del proceso, los roles de los operadores, las competencias, entre otros, es únicamente el CPP, en los distritos con modelo mixto las normas que regulan el proceso penal y los incidentes que en él tengan lugar, se encuentran diseminadas en distintas fuentes, como el Código de Procedimientos Penales de 1940, el Decreto Legislativo Nro. 124, y 22 artículos del Código Procesal Penal de 1991 –en adelante Código de 1991–.

⁴ Ancash, Apurímac, Ayacucho, Callao, Huancavelica, Huánuco, Junín, Lima, Lima Norte, Loreto, Pasco, Santa y Ucayali.

⁵ El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es un organismo público que depende del sector Justicia, y tiene como principal función el administrar los centros penitenciarios a nivel nacional.

En Perú, el proceso penal del antiguo sistema es de dos tipos: el primero, denominado proceso ordinario, es el más extenso y está compuesto por una fase de instrucción y otra de juicio oral; el segundo, es el llamado proceso sumario⁶, compuesto únicamente por una fase de instrucción. El proceso ordinario se rige por el Código de Procedimientos Penales, y el proceso sumario por los artículos relativos a la fase de instrucción del Código de Procedimientos y por el Decreto Legislativo Nro. 124. En ambos procesos son aplicables, además, los 22 artículos del Código de 1991, entre los que se cuenta la regulación específica de las medidas cautelares personales, entre ellas, la detención.

Tanto en el proceso ordinario como en el sumario existe una evidente confusión de roles entre quien investiga y quien juzga, no obstante, es posible encontrar matices en el nivel de afectación del principio acusatorio entre uno y otro proceso. Así, pese a que en el proceso ordinario el juez instructor investiga, no desaparece la figura del fiscal acusador, aunque disminuida, dadas las amplias facultades de la Sala encargada de la fase de juicio oral. En el caso del proceso sumario la afectación es mayor, debido a que el juez instructor responsable de la investigación judicial, es el mismo que sentencia sin que medie una fase de juzgamiento oral, público y contradictorio. Asimismo, en ambos procesos, el requerimiento de detención del imputado y la evaluación de la disposición efectiva de la medida recae en el mismo sujeto procesal: el juez instructor. Es decir, la detención se dispone de oficio.

a) *El proceso ordinario*

Como ya se adelantó, en el proceso ordinario el juez instructor investiga y eleva sus conclusiones a las Salas Penales Superiores, las que tendrán a su cargo la conducción del juicio oral. Ahora bien, pese a que la norma regula una fase de enjuiciamiento oral, las prácticas inquisitivas del antiguo sistema distorsionan la oralidad, transformándola en la verbalización de lo previamente escrito, donde en un contexto altamente burocratizado y ritualista, la intervención de las partes se ve en ocasiones limitada por el ejercicio de un control nocivo de las Salas, al entorpecer o entrapar el debate, disponer arbitrariamente pruebas de oficio, denegar la actuación de prueba válida y legalmente obtenida, etc.

⁶ El proceso sumario rige para casi el 90% de los casos que ingresan al sistema.

El proceso ordinario es aplicable a los tipos penales, se entiende, de mayor connotación social, es el caso de: delitos cometidos por funcionarios públicos, secuestro, delitos de lesa humanidad, trata de personas, entre otros.

b) El proceso sumario

Consiste en un procedimiento que surgió como alternativo al ordinario, con la finalidad de procesar delitos de menor relevancia en un plazo breve y, por tanto, a un menor costo. Sin embargo, en la práctica antes que soluciones, el proceso sumario trajo consigo la vigencia de una de las mayores representaciones de lo que supone un procedimiento inquisitivo: la construcción de condena sin juicio, sobre la base de una tramitación eminentemente escrita y altamente reservada. En buena cuenta, se diseñó un procedimiento en “pro” de la celeridad procesal, meta que por demás no alcanzó, a costa de denegarle al procesado el derecho a ser juzgado y oído en audiencia oral, pública y contradictoria.

Este proceso se aplica a delitos contra el patrimonio, fraude en la administración de personas jurídicas, homicidio, lesiones, delitos orden económico y financiero, etc.

Por otro lado, en cuanto a la duración del proceso ordinario y sumario, diremos que no cabe duda que uno de los mayores lastres de los modelos mixtos o inquisitivos reformados está vinculado a la excesiva duración del proceso. En el caso peruano, conforme se aprecia en la siguiente Tabla, a partir de información obtenida en el distrito judicial de Huaura antes de la vigencia del CPP, se puede afirmar que la duración de los procesos hasta la emisión de sentencia en primera instancia, era considerable.

Tabla 1
DURACIÓN DE LOS PROCESOS PENALES EN PERÚ

Duración de procesos sumarios y ordinarios	Proceso sumario	Proceso ordinario
Plazos reales	26 meses	46 meses

Fuente: Normas pertinentes y estudio “Determinación de la línea de base del tiempo de procesamiento de casos en el distrito judicial de Huaura” de Iris Center Perú, 2005.

3. Regulación normativa de la detención

El Código de 1991 contempla entre sus 22 artículos vigentes los referidos a la regulación de la detención y medidas alternativas como la comparecencia restringida. La detención en específico, se encuentra regulada en los artículos 135°, 136° y 137°; dichos artículos comprenden los requisitos de la medida, el contenido de la fundamentación y el plazo máximo de la detención.

En el artículo 135° se detallan los requisitos para la procedencia de la detención, conforme se indica a continuación:

1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.
2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad.
3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa.

Más adelante, en el artículo 143°, se detallan las alternativas que integran la medida de comparecencia restringida, la misma que procede cuando no se verifican los supuestos del artículo 135°, o no fuese necesaria de la disposición de detención. Entre algunas de las restricciones que puede aplicar el juez instructor se cuentan: la imposibilidad de ausentarse de la localidad, informar de las actividades del procesado al juzgado, acudir a firmar el cuaderno del juzgado, no acudir a lugares de dudosa reputación, etc.

Volviendo sobre la regulación normativa de la detención, pareciera que esta en sí misma no representa mayor problema debido a que, al margen de las mejoras legislativas que pudiesen operar, no existe variación sustancial entre el contenido del artículo 135° Código de 1991 y el artículo 268° del CPP, donde se detallan los presupuestos materiales de la prisión preventiva. Sin embargo, lo cierto es que la detención en el antiguo sistema constituye una de las instituciones

que mayores aflicciones causa a los procesados, a diferencia de lo que vendría ocurriendo en el nuevo modelo.

En los distritos judiciales no reformados, la detención es prácticamente la regla de mayor aplicabilidad cuanto más grave sea el delito imputado, o mayor sea la connotación del caso en particular. La situación se agrava, además, cuando las restricciones alternativas a la detención aparecen como medidas bajo mínimo control judicial y de nula legitimación social, lo que refuerza la disposición de la detención no solo como medida cautelar, sino también como pretendida medida de seguridad ciudadana, como adelantamiento de pena, o como mera alternativa de inocuización del “delincuente”.

Entonces, si las diferencias en los resultados de la disposición de restricción de libertad de los procesados en los distritos con y sin reforma, no son producto de la regulación normativa de los presupuestos materiales en estricto, conviene detenernos en otras posibles causas de este fenómeno, como la regulación de la tramitación de la detención y las prácticas inquisitivas del viejo sistema.

4. Aspectos críticos en la aplicación de la detención

Respecto a la tramitación de la detención en los distritos no reformados de Perú, pueden señalarse dos aspectos especialmente perjudiciales: la ausencia de roles diferenciados entre quien solicita la medida y quien la dispone; y la falta de una audiencia oral y pública en la cual se pueda debatir la procedencia y necesidad de aplicar la medida.

a) Ausencia de roles diferenciados

El primer enunciado del artículo 135° del Código de 1991 señala:

El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar (...).

Si bien no se especifica que la detención procede por exclusiva potestad del juez instructor, tampoco se indica que previa a la disposición de detención deba existir un pedido expreso por parte del Ministerio Público. En la práctica, lo que ocurre es que al dar inicio formal a la instrucción, el juez a cargo evalúa si corresponde o no aplicar la detención contra los imputados. En buena cuenta, el mismo sujeto que podría considerar procedente la disposición de detención es el encargado de finalmente dictarla.

Esta doble potestad recaída en el instructor fortalece el carácter inextricable de algunos delitos. De hecho, el Código de Procedimientos Penales contiene un apartado denominado *Libertad provisional*, donde en el artículo 104° es posible leer un enunciado que indica: *en ningún caso procede la libertad provisional de los procesados por delitos en los que la ley lo prohíbe*. Asimismo, en el artículo 105° del mismo Código, se dice: *también es improcedente la solicitud de libertad provisional que formulen los reincidentes, los habituales y los prófugos*.

Así, en el marco de una orientación normativa que se decanta por mantener la detención como regla, no extraña que como resultado del proceso de ponderación a cargo del juez instructor sobre la procedencia de esta medida, se disponga la efectiva restricción de libertad del procesado, tanto más si la detención se dispone de oficio.

b) Falta de audiencia previa

Por ser propio del diseño de procesos inquisitivos, la realización de una audiencia oral, pública y contradictoria en los distritos no reformados, se encuentra circunscrita a la fase de juicio oral. Las decisiones más importantes que deban adoptarse de manera previa al juicio oral, en los distritos judiciales de Perú donde aún no está vigente el CPP, se tramitan de manera escrita y reservada. Entre aquellas decisiones se cuenta la detención.

La falta de contemplación de una audiencia previa en la cual se pueda debatir la concurrencia de los presupuestos materiales, así como la proporcionalidad y necesidad de disponer la detención, anula toda posibilidad real de debate entre las partes, y refuerza la potestad del instructor para decidir al margen de elementos objetivos que abonen a favor de la desestimación de la medida.

En procesos como el ordinario y sumario del viejo modelo en Perú, la falta de audiencias en la fase de investigación o instrucción no constituye en sí misma una afectación a principios como la oralidad, publicidad o contradicción, ya que, en buena cuenta, la norma procesal no lo regula. No obstante, sí podemos afirmar que tiene un impacto directo en la calidad de las decisiones adoptadas, lo que a su vez redundará en una vulneración al derecho de defensa. En la medida que a lo largo del proceso se debe salvaguardar la posibilidad efectiva de que el procesado se defienda tanto de la imputación central como de cualquier restricción de derechos que se impulse en su contra, debería permitírsele que defienda su derecho a afrontar el proceso penal

en libertad a través de métodos efectivos, y desde esta perspectiva, un procedimiento escrito y reservado limita indebidamente el derecho de defensa.

Por otro lado, en cuanto a las malas prácticas del antiguo modelo vinculadas a la disposición de la detención, quizás podamos afirmar que su máxima expresión es la instrumentalización de la medida en aquellos casos de alta connotación social, sea por la calidad del procesado, por las características de la víctima o por las circunstancias particulares del hecho imputado. Lo concreto es que se flexibilizan los presupuestos materiales, dejándose de lado la ponderación de la necesidad y provisionalidad de la medida con el objeto de hacer efectiva su aplicación. Aquellos esfuerzos por flexibilizar los supuestos de procedencia de la medida, revelan las malas prácticas del antiguo sistema:

- i. Se dispone la detención sobre la base de un peligro procesal, más presumido que probado;
- ii. En un procedimiento que no regula una audiencia de debate, en algunos casos el juez instructor dispone la medida al amparo de reportajes periodísticos, antes que sobre la base de evidencia de cargo;
- iii. No se realiza mayor análisis de los elementos de descargo ofrecidos por la defensa, sobre todo cuando es pública; entre otros.

5. El plazo de duración de la detención

Además de las circunstancias en las que se dispone la aplicación de la detención en Perú, la inexistencia de un posterior control de la vigencia de los presupuestos que dieron lugar a la disposición de la medida, pese a que la norma lo regula, generan una serie de afectaciones a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que Perú es parte, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) reconoce en sus artículos 8º y 25º como uno de los derechos esenciales del ser humano "*El derecho al Debido Proceso*", que se traduce en una serie de garantías procesales derivadas del mismo, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, etc. Asimismo, estos derechos también se encuentran reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14º, estableciendo además el "*Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas*".

Sobre lo último, en relación a las dilaciones indebidas, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia 06423-2007-PHC/TC, ha señalado que los plazos máximos establecidos en la ley constituyen límites a la duración de medidas como la detención, pero no facultan al operador a someter al imputado por la totalidad del tiempo permitido en la norma, dado que es conveniente distinguir entre el plazo máximo y el plazo estrictamente necesario. Así, una medida que se prolongue más de lo necesario, pese a que se encuentre dentro del tiempo que habilita la ley, deviene en arbitraria.

En determinados casos la falta de control sobre la vigencia de los presupuestos que en un primer momento habilitaron la detención, ha permitido que numerosos procesados afronten el proceso privados de libertad, sin que hubiese sido necesario ni corresponda la aplicación de la medida. En este sentido, el artículo 137° del Código de 1991 regula el plazo aplicable⁷ para la detención en los siguientes términos:

“La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el Juez disponer las medidas para asegurar su presencia en las diligencias judiciales (...).”

La regulación de un plazo determinado se corresponde con el principio de provisionalidad de las medidas de coerción, sin embargo, en la práctica no es extraño encontrar casos en los que los procesados interponen acciones de constitucionalidad debido al exceso de carcelería, sin que se haya evaluado previamente la vigencia de los supuestos de la detención, y mucho menos, que sus procesos se encuentren próximos de resolución.

⁷ Es importante señalar que el acuerdo plenario de 2004 hace referencia a la interpretación que debe darse al artículo 137°, en cuanto a los plazos máximos aplicables a la prisión preventiva.

Esta lamentable situación mereció el pronunciamiento de los magistrados en el acuerdo plenario de 2004, cuando consideraron respecto a la interpretación del artículo 137° que: *“La interpretación del artículo 137° del Código Procesal Penal –de 1991– debe ser restrictiva en cuanto a los plazos máximos de detención preventiva; y tratándose de derechos fundamentales, la interpretación debe ser extensiva favorable a los imputados”*.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional señala que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la detención pueda reputarse como irrazonable, ya que ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida. El Tribunal Constitucional considera que, si bien no se puede establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la detención, eso no impide que se establezcan criterios o pautas que aplicadas a cada situación específica permitan al juez determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventiva más allá del tiempo razonablemente necesario.

Para el Tribunal Constitucional, estas pautas o criterios son: a) la actuación de los órganos judiciales, en el sentido de garantizar prioridad y diligencia debida; b) complejidad del asunto; y c) actividad procesal del detenido. En la sentencia recaída en el expediente N° 3509-2009-PHC/TC - Caso Walter Chacón Málaga, el Tribunal opinó lo siguiente:

*“(...) la eventual **violación del derecho al plazo razonable del proceso** o, lo que es lo mismo, que éste no sufra dilaciones indebidas, la determinación de si se violó o no su contenido constitucionalmente protegido es un tema que solo puede obtenerse a partir del análisis de los siguientes criterios: **a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales, y c) la complejidad del asunto;** los cuales fueron establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Genie Lacayo* y *Suárez Rosero* al analizar el tema del plazo razonable del proceso, los mismos que han sido recepcionados por el Tribunal Constitucional (Cfr. Exp. N.º 618-2005-PHC/TC. Caso *Ronald Winston Díaz Díaz*. FJ N.º 11; Exp. N.º 5291-2005-PHC/TC. Caso *Heriberto Manuel Benítez Rivas* y otra. FJ N.º 6). Tales elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido (que es la segunda condición para que opere este derecho), lo que debe realizarse caso por caso y según las circunstancias”.*
Párrafo 20.

Es importante señalar que ante el Tribunal Constitucional se han presentado Hábeas Corpus, especialmente en casos complejos (terrorismo) por vulneración al plazo razonable debido al exceso del plazo de detención⁸.

6. Estadísticas que reflejan la prisión preventiva en el sistema penitenciario

En este acápite, con el objeto de demostrar el impacto de la prisión preventiva en la realidad carcelaria, hemos utilizado como fuente las estadísticas del Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Las estadísticas han sido obtenidas del portal electrónico del INPE: <http://www.inpe.gob.pe/index.php> y constituyen datos oficiales a mayo de 2010.

En el gráfico 1 observamos el número y porcentaje de los sentenciados y procesados a nivel nacional. Según se aprecia, el número de internos procesados es mayor al de internos sentenciados en 20%.



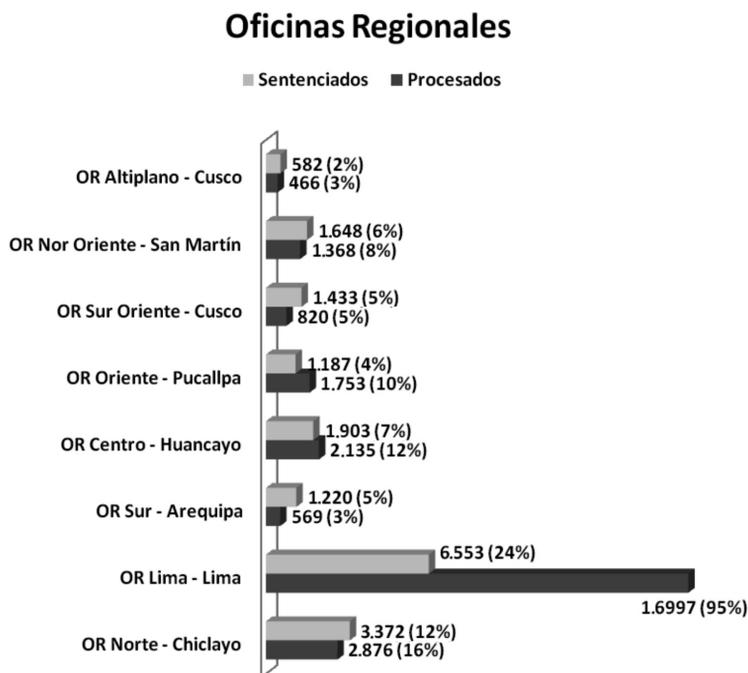
Fuente: Instituto Nacional Penitenciario. Elaboración propia.

En el siguiente gráfico observamos que la Oficina Regional Lima-Lima del INPE, tiene el mayor porcentaje de internos procesados, que equivale al 63% a nivel nacional. El 37% restante estaría dividido, según la cantidad, en el siguiente orden: Oficina Regional Norte Chiclayo 2.876 (22.6%), Oficina Regional Centro Huancayo 2.135 (16.8%),

⁸ Esta situación fue aún más dramática luego del proceso de violencia que vivió el Perú en los años 80 e inicios de los 90. En efecto, según el Informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) "Sobre la situación de derechos a la Libertad Individual en el Perú", la aplicación de un marco legal antiterrorista, promulgado en 1992, después del 5 de abril, generó centenas de casos de personas injustamente detenidas, procesadas y condenadas por tribunales civiles y militares sin rostro".

Oficina Regional Oriente Pucallpa 1.753 (13.8%), Oficina Regional Oriente San Martín 1.368 (10.7%), Oficina Regional Sur Oriente Cusco 820 (6.4%), Oficina Regional Sur Arequipa 569 (4.5%), Oficina Regional Altiplano Puno 466 (3.7%).

Gráfico 2
 PROCESADOS Y SENTENCIADOS A NIVEL NACIONAL,
 POR DIRECCIÓN REGIONAL DEL INPE



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario. Elaboración propia.

Sobre el porcentaje de internos sentenciados a nivel nacional, observamos que la Oficina Regional Lima-Lima tiene el mayor porcentaje de internos en esta condición, que equivale al 37% a nivel nacional. El 63% de diferencia estaría dividido según porcentaje, en el siguiente orden: Oficina Regional Norte Chiclayo 3.372 (18.8%), Oficina Regional Centro Huancayo 1.903 (10.6%), Oficina Regional Oriente San Martín 1.648 (9.2%), Oficina Regional Sur Oriente Cusco 1.433 (8%), Oficina Regional Sur Arequipa 1.220 (6.8%), Oficina Regional Oriente Pucallpa 1.187 (6.6 %) y Oficina Regional Altiplano Puno 582 (3.3%).

7. Conclusiones

Seguidamente mencionamos las conclusiones generales de la primera parte del reporte:

- a) La detención en los distritos judiciales no reformados de Perú, se encuentra regulada en el artículo 135° del Código de 1991. De acuerdo al contenido de la norma, la detención se dispone de oficio, sin trámite, sin audiencia, a través de un procedimiento escrito y reservado.
- b) A partir de cómo está diseñado el procedimiento de evaluación y disposición de la medida, podemos afirmar que esta afecta el derecho de defensa del procesado, y con ello, el Debido Proceso.
- c) La detención la dispone en la práctica el mismo sujeto procesal: el juez instructor. No existe mayor diferenciación entre quien requiere y quien evalúa y finalmente dispone la medida.
- d) La orientación político criminal del antiguo sistema refleja una concepción de inexcusabilidad, con lo cual en determinados casos tipo, la disposición de detención se vuelve automática, obviándose el examen riguroso de la vigencia de los presupuestos materiales que exige la norma.
- e) La aplicación de la detención bajo el Código de 1991 genera una serie de afectaciones a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales de los que el Perú es parte, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- f) Si bien la norma establece un plazo máximo de duración de la detención y se sostiene además que el juez de oficio deberá evaluar la vigencia de la medida, no existe una política de control y supervisión de la permanencia de los presupuestos materiales. Esto genera que en la práctica, detenciones que pudiesen haber sido dictadas conforme a ley, con el paso del tiempo se tornen arbitrarias.
- g) Según la información estadística del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), la situación más grave a consecuencia de la aplicación de la detención bajo el Código de 1991, la padece el distrito judicial de Lima, donde el número de internos procesados representa el 75% de la población penal en dicho distrito.

PARTE II

LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CON EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. Regulación normativa

El CPP es una herramienta normativa de base acusatoria y tendencia adversarial⁹, que surge en el Perú después de varios intentos fallidos de reforma, como fueron los Proyectos de Códigos Procesales Penales de 1995 y 1997, y de importantes esfuerzos académicos, como el Proyecto Huanchaco¹⁰.

El todavía llamado “*nuevo Código*”, término empleado para diferenciarlo del Código de Procedimientos Penales de 1940, pese a mantener rezagos inquisitivos, indudablemente conlleva un evidente cambio en la estructura y la regulación del proceso penal peruano. La detención, o como se le denomina en el nuevo sistema penal, la prisión preventiva, no ha sido la excepción.

A diferencia del antiguo sistema procesal penal, en el cual el Código de 1991 desarrolla en un solo artículo los presupuestos materiales (135°), en otro los requisitos formales del mandato de detención (137°), y en uno último se detalla el plazo de la medida (138°); en el CPP se contempla una extensa regulación sobre las medidas cautelares personales, entre ellas la prisión preventiva, la misma que abarca desde los requisitos y criterios para disponer la medida, la duración de la misma, su cesación y revocatoria, los componentes del auto jurisdiccional, y la dinámica de la audiencia en la cual se debatirá y decidirá sobre su aplicación (artículos 268° al 285°).

Como paso previo al abordaje de la regulación de la prisión preventiva en el CPP, conviene mencionar que el nuevo Código incorpora un elenco de medidas cautelares personales alternativas a la prisión, como es el caso de la comparecencia restrictiva, del impedimento de salida del país y de la suspensión preventiva de derechos.

⁹ Entendida como contradicción e igualdad de armas; mas no en el sentido puro del modelo anglosajón.

¹⁰ El **Proyecto Huanchaco** fue una propuesta de nuevo Código Procesal Penal, gestado en el año 2002, gracias al compromiso personal de importantes académicos, tanto internacionales como peruanos, como es el caso del profesor argentino Alberto Binder; y el recordado doctor Florencio Mixán Mass respectivamente. Varios de los aportes del **Proyecto Huanchaco** fueron luego incorporados en el diseño del Código Procesal Penal de 2004.

Adicionalmente, se indican distintas medidas cautelares de naturaleza real.

Respecto a la prisión preventiva, al igual que los Códigos Procesales Penales de otros países de la región, el CPP contiene los dos requisitos básicos para la procedencia de esta medida: **a)** indicios razonables de la vinculación del imputado con los hechos; y **b)** los componentes del peligro procesal: el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

Sin embargo, de manera adicional, en el caso peruano se considera un tercer presupuesto de obligatoria observación para que proceda la prisión preventiva: *que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad*. Este presupuesto adicional en la legislación peruana, ha generado cuestionamientos en otros países de la región, inmersos también en procesos de reforma.

El artículo 268° del CPP regula los siguientes criterios para disponer la prisión preventiva:

- a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo;
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a 4 años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Conforme al CPP, también podrá dictarse esta medida: *cuando existan razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados, o para obstaculizar la averiguación de la verdad*.

A todos estos requisitos, el legislador peruano los denomina **presupuestos materiales**, sin mayor distinción entre la vinculación fáctica del procesado con los hechos y el peligro procesal en concreto. Además, el CPP establece que la sustentación de estos presupuestos debe hacerse de manera **concurrente**; lo que lleva a que, obligatoriamente en la audiencia, se tenga que hacer referencia al criterio de la pena probable superior a los 4 años.

Tradicionalmente, la dogmática procesal penal ha establecido como supuesto para la restricción provisional de la libertad, el daño jurídico derivado del retraso del procedimiento o *periculum in mora*. En ese sentido, tanto la vinculación del procesado con los hechos, como la existencia de algún elemento que permita asegurar el posible entorpecimiento o frustración de la marcha del proceso a manos del imputado, son aspectos de obligatoria evaluación. De allí que el criterio vinculado a la pena no guarde estricta relación con el peligro procesal. En todo caso, se trataría finalmente de una opción político-criminal adoptada por el legislador nacional, posiblemente para restringir que la más gravosa de las medidas cautelares se aplique, únicamente, en los procesos por delitos de considerable lesividad social.

Sin embargo, en la medida que el CPP no está acompañado de una exposición de motivos, se debe tener cuidado de realizar interpretaciones *in malam partem*, o impulsar prácticas perjudiciales para el imputado. Por ello, debe quedar excluido todo análisis que permita respaldar la hipótesis de que a mayor pena, mayor posibilidad de fuga u obstaculización del proceso penal.

En efecto, la acreditación del peligro procesal debe pasar por evaluar las circunstancias concretas, al margen de las consideraciones subjetivas. En esa medida, resulta positivo que el CPP ofrezca a los operadores criterios que orienten tanto la sustentación como la valoración judicial del peligro de fuga y el peligro de obstaculización. No obstante, lo riesgoso de dar contenido normativo al peligro procesal es que puede caerse en el error de transformar los criterios interpretativos en pautas taxativas, que más que orientar, limitan las opciones a la hora de considerar si concurre, o no, el peligro procesal.

Para calificar el **peligro de fuga** (artículo 269º), el legislador peruano ha considerado como criterios alternativos:

- a) El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
- b) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
- c) La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él; y
- d) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

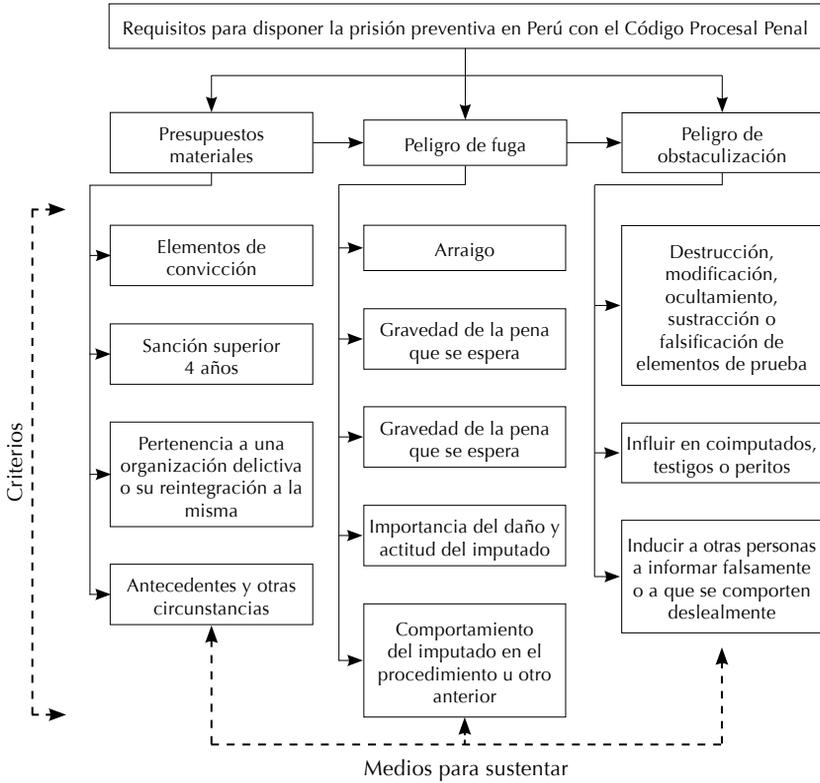
Respecto a la calificación del **peligro de obstaculización** (artículo 270°), en el CPP se establece valorar si el imputado:

- a) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba;
- b) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; y
- c) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Con relación a estos dos grupos de criterios contemplados en el CPP, insistimos en que, aunque en principio se trataría de una regulación positiva, es posible identificar algunas deficiencias. Es el caso por ejemplo del segundo criterio del artículo 269°, donde se considera como aspecto configurador del peligro de fuga la posibilidad de aplicar una pena grave al imputado, este supuesto, además de compartir contenido con el segundo requisito general del artículo 268° (referido a una posible aplicación de una pena mayor a los 4 años), no impone mayor rigurosidad a la labor fiscal, como tampoco brinda importantes garantías al imputado. En la práctica, únicamente facilitaría la aplicación de la prisión preventiva a partir de una probable pena grave, desvirtuando el contenido del peligro procesal.

En suma, el siguiente esquema grafica los requisitos y criterios regulados en el CPP para disponer la prisión preventiva:

Esquema



Fuente: Código Procesal Penal peruano. Elaboración propia.

Por otro lado, en cuanto a la duración de la prisión preventiva, en el artículo 272° se señala que la medida no durará más de 9 meses. Para casos de procesos complejos –categoría que requiere su expresa declaración– el plazo máximo será de 18 meses. Asimismo, en el artículo 274°, inciso 1, se indica que procede una prolongación máxima hasta por 18 meses cuando *concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación*, es decir, cuando el proceso sea considerado complejo.

Ahora bien, si nos enfocamos en los presupuestos materiales y comparamos el contenido del artículo 135° del Código de 1991 con el artículo 268° del CPP, tenemos que hay notables similitudes en cuanto a la regulación procesal. Esto es, se mantiene la vinculación del imputado con

el hecho, la mención a que la futura sanción sea superior a los 4 años y que concurra el peligro procesal, conforme se detalla a continuación:

Código de 1991 Artículo 135°	CPP Artículo 268°
<p>El juez podrá dictar mandato de detención si, atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial, es posible determinar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...) 2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. 3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. <p>(...)</p>	<p>1. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). <p>(...)</p>

Fuente: bases normativas. Elaboración propia.

Pese a las coincidencias expuestas, en diversas entrevistas sostenidas con algunos operadores, estos sostienen que el cambio significativo de modelo, originado a partir del proceso de implementación, tendría como punto de partida la norma, seguido inmediatamente por la adopción de nuevas prácticas de trabajo. Así las cosas, el cambio normativo, en buena medida más aparente que concreto, continúa formando parte de la suma de razones que, a decir de los operadores, legitimarían el CPP. La idea de una nueva, mejor y mayor regulación de la prisión preventiva sigue latente.

Sin embargo, lo que notamos en concreto es que los cambios sustanciales no vienen por el lado de la regulación de los presupuestos procesales, como sí respecto al procedimiento diseñado para la solicitud, debate y disposición de la prisión preventiva.

El primer elemento que da cuenta de una tramitación distinta se vincula con quien es responsable de solicitar la medida. El CPP señala que esta función corresponde exclusivamente a los fiscales, quienes deben sustentar su requerimiento en la audiencia oral y pública. De hecho, en el primer párrafo del artículo 268° se establece que: *El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva (...)* Esta separación de roles trasciende lo meramente formal, para volverse manifestación expresa del principio acusatorio en fase previa al juicio oral.

Y es que la premisa que indica que el acusador debe ser distinto al juzgador, en un sistema acusatorio debe ser entendida como transversal a todo el proceso penal, de modo que se asegure que las acciones tendientes a restringir principios o garantías del imputado estén sujetas también a evaluación de persona distinta a quien las solicita. La separación de las funciones de requerir y decidir la prisión preventiva permite alcanzar mayores niveles de rigurosidad, primero en la sustentación de la solicitud, y luego, durante la valoración y decisión de la medida.

El segundo elemento decisivo del procedimiento a seguir para la disposición de la prisión preventiva en el CPP, se relaciona con la audiencia propiamente dicha, como espacio de debate oral, público y contradictorio. En general la inclusión de las numerosas audiencias –el CPP regula más de 90 audiencias previa– en las fases de investigación preparatoria y etapa intermedia, se han convertido en las responsables directas de asegurar varios de los principios del sistema acusatorio, así como la tendencia adversarial del nuevo proceso penal. La audiencia como espacio privilegiado para generar lo que en reforma se ha denominado *información de calidad*, se convierte en el último tamiz de los argumentos de fiscales y defensores, a partir de lo cual el juez de investigación preparatoria deberá decidir sobre la materia de debate.

Para el caso de la prisión preventiva, la audiencia en la que se debate la procedencia y se manifiesta la disposición de la medida, se encuentra regulada en el artículo 271° del CPP. Una vez presentado el requerimiento fiscal, el juez de investigación preparatoria citará a

audiencia en un plazo máximo de 48 horas. La audiencia se realizará con presencia obligatorio del fiscal y defensor. Instalada la audiencia, el juez cederá la palabra a las partes para que se identifiquen y le pedirá al imputado que indique sus datos; inmediatamente después el fiscal sustentará su requerimiento de prisión preventiva; acto seguido el defensor expondrá sus argumentos de descargo; finalmente, en la misma audiencia, el juez deberá motivar su resolución.

Conforme veremos más adelante, la prisión preventiva en Perú se viene aplicando de tal modo que, por primera vez en décadas, pareciera concretarse en la realidad parte del discurso procesal penal: **que la restricción de la libertad del imputado debe ser excepcional**. Quizás el aporte más importante en el proceso de cambio lo constituya, entonces, **el sistema de audiencias previas**.

2. El proceso de implementación: los primeros cambios

Antes de analizar la parte central del reporte, es decir, los hallazgos en torno a la observación de 112 audiencias de prisión preventiva, consideramos necesario plantear reflexiones acerca del proceso de implementación del CPP en Perú y, en particular, acerca de la importancia que tiene el mismo en el ámbito de la aplicación de la prisión preventiva.

Como lo mencionáramos al inicio de la primera parte del reporte, la implementación del CPP en Perú se viene produciendo de manera progresiva con el objeto de que se cuente con los recursos necesarios con la debida antelación; se brinde el suficiente plazo previo para la capacitación de los operadores; y que la experiencia de los primeros distritos sirva de referencia para el resto del país. De estos tres aspectos, parece ser que el económico se torna decisivo a la hora de llevar adelante el calendario de implementación.

Actualmente el listado de distritos que quedan por implementar y las fechas en que se pondrá en vigencia el CPP, ha variado cuando menos en 3 oportunidades, lo que hace dudar de si la implementación del nuevo modelo en los distritos no reformados se realizará en los plazos recientemente aprobados. Al cierre de este reporte, el avance del proceso de implementación en Perú se grafica de la siguiente manera:

Gráfico 3

MAPA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN PERÚ



Fuente: Mapa elaborado por la Comisión Especial de Implementación del nuevo Código Procesal Pena. Extraído del portal web del Ministerio de Justicia.

Decíamos que el motor de la implementación escalonada sería el aspecto económico, y no así la oportuna capacitación de operadores, y menos aún la transferencia de experiencias de un distrito a otro. Sobre lo último, resaltamos, a partir del seguimiento al proceso de cambio, que la experiencia de los distritos reformados no estaría siendo considerada en los niveles esperados dado que se viene generando una suerte de contienda entre los distritos reformados. Conforme se pone en vigencia el CPP en un nuevo distrito judicial, comienzan los impulsos por poner en marcha innovadoras interpretaciones del Código, radicalizando en muchos casos la tendencia del modelo procesal. Como parte de este fenómeno se ubica por ejemplo la defensa a ultranza de la descarga procesal, y como consecuencia de esta, la falta de impulso de medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva. Este hecho en específico no puede ser valorado ni positiva ni negativamente, pero sí interesa conocer en qué casos se solicita y en cuáles no la prisión preventiva, y si esta discrecionalidad responde a

decisiones estratégicas de calidad, o a deficiencias en la persecución penal, o en general, en el funcionamiento del nuevo sistema.

Si en el antiguo modelo casi cualquier tipo de denuncia ingresaba al sistema, bajo el nuevo Código uno de los mayores objetivos es que se aplique una alta selectividad de las denuncias que serán finalmente impulsadas por el Ministerio Público. Hasta allí no hay cuestionamientos, de hecho el manejo de un flujo saludable de casos en el sistema constituye una de las premisas más importantes en el discurso de por qué sí al proceso de reforma; no obstante, mediante entrevistas aplicadas a algunos operadores, podríamos considerar que concurren circunstancias ajenas a la naturaleza y gravedad de los hechos denunciados, que estarían generando un importante nivel de desestimación de causas o un alto índice de aplicaciones de salidas alternativas como la terminación anticipada¹¹. Así por ejemplo, deficiencias en el proceso de investigación, aunado a plazos cortos y rigurosos indicadores de productividad, determinarían que se disponga del archivo o la aplicación de algún criterio de oportunidad o salida alternativa, esto de cara a la conclusión de casos; y a la solicitud de comparecencia antes que la prisión preventiva, en función del requerimiento de medidas cautelares personales.

En esa línea, tenemos que en los distritos reformados un promedio del 65% de las causas que ingresan al sistema es descartado a través de archivos dispuestos por el Ministerio Público, y en un 15% restante se aplican criterios de oportunidad o salidas alternativas. Adicionalmente, puede dictarse sobreseimiento en etapa intermedia o disponerse la conclusión anticipada del juicio por conformidad del acusado, quedando un remanente de 15% de casos que llegan a juicio oral¹².

¹¹ Procedimiento que permite concluir tempranamente el proceso. Implica acuerdo entre el fiscal y el imputado, así como la aceptación de responsabilidad penal. Concluye con la emisión de una sentencia anticipada, mediante la cual se aplica pena y reparación civil.

¹² Información extraída del *Informe general sobre los resultados de la aplicación del Código procesal penal - abril de 2010*. Comisión de Implementación del Código Procesal Penal. En: <http://www.minjus.gob.pe/cpp/docu.html>

Asimismo, en cuanto a las solicitudes de prisión preventiva en general, de 136.081 casos formalizados en los distritos judiciales en los que se aplica el Código Procesal Penal, desde la entrada en vigencia en cada uno de ellos hasta el mes de marzo de 2010, se presentaron 3.278 solicitudes de prisión preventiva, lo que equivale al 2,4% de los casos formalizados¹³.

No es nuestro objeto cuestionar las cifras que se van obteniendo en el proceso de implementación, pero sí creemos oportuno plantear, como parte de la agenda de monitoreo del estado de la reforma en Perú, la necesidad de evaluar a fondo la calidad de las decisiones que se vienen adoptando en el nuevo sistema.

Volviendo sobre la prisión preventiva, la aplicación del CPP determina entonces que en la investigación sobre la cual descansa el presente reporte, se tome en consideración lo que indican las estadísticas: la prisión preventiva en Perú se viene aplicando de manera excepcional. Este hecho, al margen de conocer la calidad de las decisiones que motivaron el impulso o la desestimación de requerir y disponer la medida, vendría permitiendo la ansiada disminución de internos sin codena, *versus* un incremento o sostenibilidad del número de sentenciados.

De acuerdo a las cifras del INPE, la población carcelaria de Perú, a mayo de 2010, asciende a 44.822 personas, de las cuales 10.290 son internos que se encuentran en cárceles ubicadas en los 7 distritos judiciales bajo estudio. Es decir, la población privada de libertad en estos distritos judiciales equivale al 22.95% del total de internos a nivel nacional. Si bien la representatividad en términos globales es baja, debemos considerar dos aspectos: a) que solo el distrito judicial de Lima registra 23.550 internos, lo que se traduce en un 52.54% del total; y b) que aun para el caso de los distritos más pequeños, es de suma importancia observar la marcha del nuevo proceso, de cara a la toma de decisiones que aseguren la sostenibilidad del proceso de cambio; de hecho, en ello radica parte de la funcionalidad del sistema de implementación de carácter progresivo, todavía no aprovechado en toda su magnitud.

¹³ Comisión especial de implementación del Código Procesal Penal. Informe general sobre los resultados de la aplicación del Código Procesal Penal – abril de 2010. MINJUS. Lima, pp, 32-33. En: <http://www.minjus.gob.pe/cpp/docu.html>

Con respecto a los 7 distritos judiciales bajo estudio –Piura, Lambayeque, La Libertad, Huaura, Cusco, Arequipa y Tacna–, el equilibrio entre el número de procesados y sentenciados ya se ha logrado, o se está en franco camino a lograrse. Las cifras presentadas en los siguientes gráficos reafirman el impacto positivo del CPP en cuanto a la aplicación excepcional de la prisión preventiva. Primero se pueden observar las cifras previas a la vigencia del CPP, y luego las cifras con el CPP. Llamamos la atención en el caso de Huaura, distrito judicial que por integrar la región centro del sistema penitenciario nacional, recibió hace poco a internos del distrito judicial de Lima, también integrante de la misma región; por tanto, las cifras de internos de Huaura no guardan correspondencia con la aplicación de la prisión preventiva en ese distrito.

Gráfico 4

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LOS DISTRITOS JUDICIALES BAJO ESTUDIO

Cifras previas al CPP de 2004

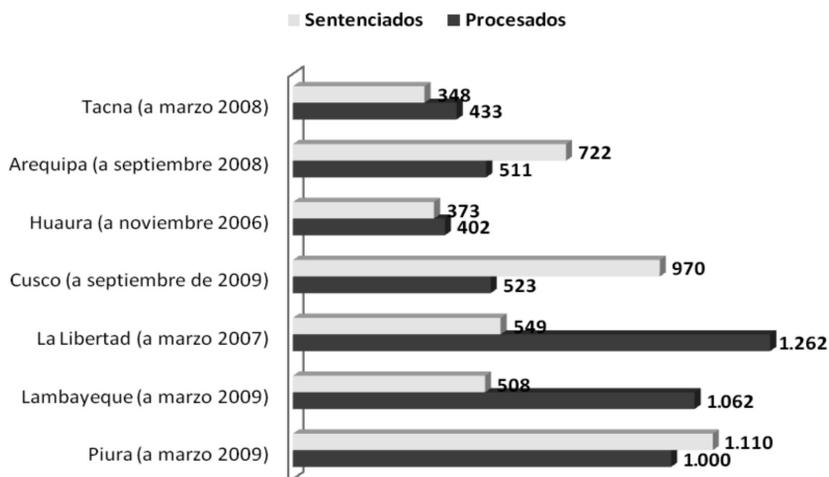
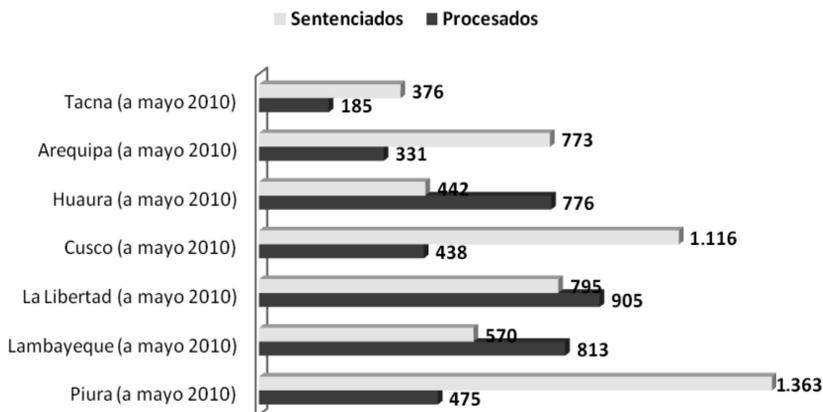


Gráfico 5

Cifras con el CPP de 2004



Fuente: Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2010. Elaboración propia.

En suma, las estadísticas muestran un uso excepcional de la prisión preventiva en Perú. A partir de las próximas líneas, presentaremos los hallazgos obtenidos después de visualizar 112 audiencias en los distritos objeto de estudio, a fin de conocer la calidad con la que se viene requiriendo, debatiendo y disponiendo esta medida cautelar.

3. Los resultados de la observación de 112 audiencias sobre prisión preventiva en 7 distritos judiciales del país

Esta es la parte más importante del presente estudio, donde se analizan los hallazgos identificados durante el trabajo de campo. A continuación, explicaremos brevemente la perspectiva de análisis; los datos generales sobre las audiencias observadas; la dinámica de las audiencias; la calidad de la información sobre la cual se tomaron las decisiones; el rol de las partes fiscales y defensores; y finalmente, la participación de los jueces.

3.1 El análisis: observación y procesamiento de información

El objetivo del reporte era el conocer la calidad con la que se venía tramitando y aplicando la prisión preventiva en el nuevo modelo. Los primeros datos sobre el empleo excepcional de la medida se desprenden fundamentalmente, como lo hemos visto, de las estadísticas

tomadas a partir de los datos del INPE y de los indicadores de productividad de los operadores. Sin embargo, considerábamos necesario conocer datos específicos de cómo se decidía la aplicación de la medida en los pocos casos que registra el sistema.

Uno de los primeros retos del reporte consistió en tener acceso a un número razonable de audiencias, de modo que los datos que se obtuviesen en la investigación de campo permitiesen arribar a conclusiones con mediano sustento. La tarea no fue sencilla, justamente por la aplicación excepcional de la prisión preventiva. Pese a que se eligieron 7 distritos judiciales, la agenda de audiencias en las siete Cortes de Justicia no comprendían un número importante de audiencias de prisión preventiva, por lo que se logró la observación de las 112 audiencias, en casi tres meses de trabajo de campo.

Otro de los retos fue el determinar qué tipo de información se extraería producto de la observación de las audiencias. Fue así que se decidió aplicar tres herramientas que entreguen información:

- a) **La ficha general**, donde se consignaban datos sobre el imputado, desde información personal hasta circunstancias de una posible detención, la participación de los operadores, y la decisión judicial;
- b) **La ficha sobre publicidad y transparencia de las audiencias**, donde se recogía información sobre las agendas de audiencia, el acceso a las salas, registro de la audiencia, etc., y
- c) **La entrevista aplicada a los operadores, jueces, fiscales y defensores**, en la que se les pregunta sobre su percepción respecto al impacto del CPP en la aplicación de la prisión preventiva, qué diferencias encuentran con el antiguo sistema, cómo califica el desempeño de su institución, percepción sobre complejidad de sustento de presupuestos materiales, identificación de logros, desafíos y propuestas de cambio.

En ese orden de ideas, el análisis que a continuación encontrará el lector a propósito de los hallazgos obtenidos, parte de una interpretación conjunta de los datos extraídos de las 3 herramientas antes mencionadas, así como de la percepción directa de los investigadores producto de la observación de las 112 audiencias.

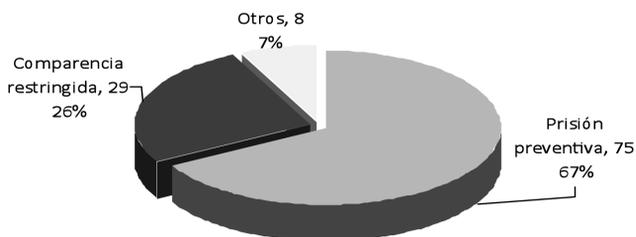
3.2 Hallazgos sobre los datos generales de la audiencia

Como paso previo a la exposición de los hallazgos en cada uno de los apartados que se desarrollarán a continuación, mencionamos algunos aspectos generales del universo de audiencias observadas:

- i. Las 112 audiencias observadas no fueron reconvertidas, es decir, no se frustraron o concluyeron con pronunciamiento distinto a la disposición o denegación de la prisión preventiva¹⁴.
 - ii. Del universo de audiencias observadas, en 75 casos se concedió la medida. O lo que es igual, el Ministerio Público alcanzó un 67% de éxito en relación a los 112 requerimientos presentados.
 - iii. En 29 de los casos se dispuso la comparecencia restringida o restrictiva –como la denomina el CPP–, lo que equivale al 26% de los requerimientos fiscales.
 - iv. Finalmente, en 8 casos, que representan el 7% de las audiencias observadas, se dispuso comparecencia simple.
- Así, las decisiones judiciales en función a los requerimientos presentados, se grafican de la siguiente manera:

Gráfico 6

AUDIENCIAS Y DECISIONES JUDICIALES SOBRE PRISIONES PREVENTIVAS



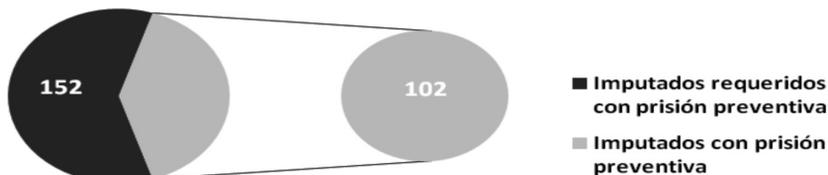
Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

- v. Asimismo, en las 112 audiencias se requirió la prisión preventiva contra un total de 152 imputados. Así, la aplicación de la medida generó que 102 personas fuesen internadas en centros penitenciarios, lo que equivale al 67% del universo de imputados requeridos.

¹⁴ En los distritos reformados de Perú, se produce con cierta frecuencia que las audiencias de prisión preventiva sean reconvertidas a audiencias de Terminación Anticipada.

Gráfico 7

IMPUTADOS REQUERIDOS VS. IMPUTADOS CON PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

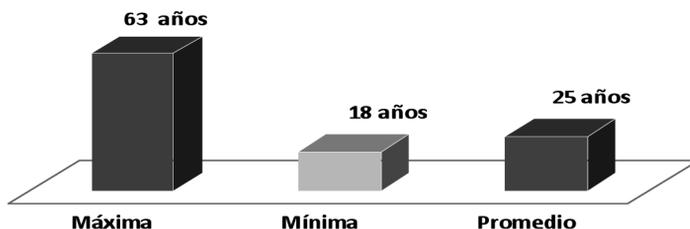
Considerando estos datos generales, en las próximas líneas presentaremos información relacionada a la edad, sexo y ocupación de los imputados requeridos; concurrencia a la audiencia; situación jurídica del imputado cuando se desarrolla la audiencia; circunstancias de una posible detención previa; naturaleza de delitos imputados; y por último, la relación entre la disposición de prisión preventiva y tipo de delito; entre otros.

a) *Datos de los imputados: edad, sexo y ocupación*

De acuerdo a los datos registrados, el promedio de edades de los 141 imputados requeridos fue de 25 años. El grupo de imputados más jóvenes registraba edades de entre los 18 a 25 años, representando el 27.8% del total de procesados. El rango de edades fue como sigue:

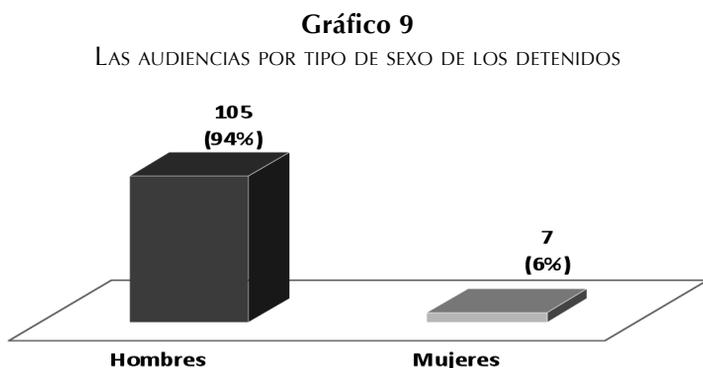
Gráfico 8

EDAD DE LOS DETENIDOS: MÁXIMA, MÍNIMA Y PROMEDIO



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

En cuanto al sexo de los imputados, un porcentaje marcadamente mayoritario fueron hombres, representando el 94%, frente apenas un 7% de imputadas mujeres. Esta proporción, tanto en edad como respecto al sexo de los procesados, guarda coherencia con las estadísticas policiales sobre los detenidos, que muestran como el grupo humano con mayor índice de criminalidad a hombres jóvenes entre los 18 y 30 años de edad. En cuanto al sexo de los procesados, las proporciones se grafican de la siguiente manera¹⁵:

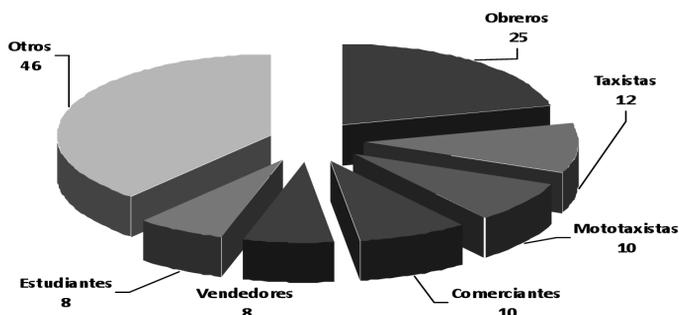


Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Por último, en relación a la ocupación de los imputados, durante el trabajo de campo se obtuvo información sobre este rubro en 119 casos. En los 23 casos restantes no se precisó esta información en la carpeta fiscal o en audiencia. Entre las ocupaciones con mayor número de registro destacan: obreros, taxistas, mototaxistas y comerciantes.

¹⁵ De acuerdo a los Anuarios Estadísticos de la Policía Nacional para los años 2007 y 2008, las detenciones de hombres alcanza, en promedio, un 94% (de un total promedio de 53,191 detenciones), y en el caso de las mujeres, un 6% (de un total promedio de 31,49 detenciones). Revisión realizada el 18.7.2010. Disponible en http://www.mininter.gob.pe/admin/archivos/estadisticas/29122009211230_ANUARIO%20ESTAD.%20PNP%202007.pdf. http://www.mininter.gob.pe/admin/archivos/estadisticas/08012010200920_ANUARIO%20ESTADISTICO%20PNP%202008.pdf

Gráfico 10
OCUPACIÓN DE LOS DETENIDOS



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Hacemos la salvedad de que los datos presentados no pretenden respaldar ninguna hipótesis en torno a una posible relación entre la ocupación de los imputados y el índice de participación en actos delictivos. En todo caso, se trata de un aspecto que escapa al objeto de estudio, por tanto, no puede ser considerado como referente, para impulsar reparos infundado frente a personas que se dedican a los oficios antes señalados.

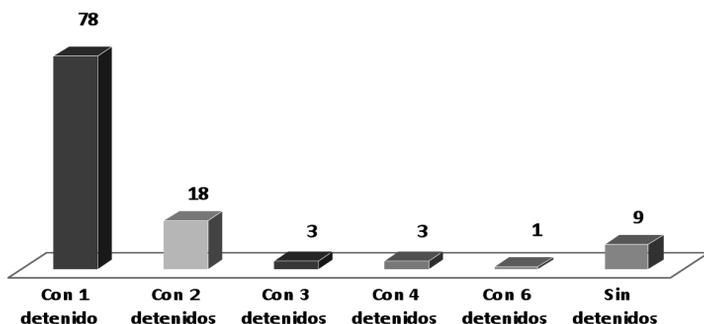
b) Número de detenidos por audiencia

De las 112 audiencias observadas, varias de ellas presentaron uno o más detenidos. La mayoría de audiencias tuvo solo un detenido, y la audiencia con mayor número de detenidos tuvo 6 imputados bajo esta condición. Las razones de la detención fueron básicamente la captura en flagrancia o la detención preliminar judicial¹⁶. En 9 audiencias, una de ellas contra dos imputados, no se registraron detenidos. El CPP contempla la posibilidad de requerir la prisión preventiva cuando concurren los *presupuestos materiales*, sin que ello signifique una la disposición de una detención previa.

¹⁶ La detención preliminar judicial es una figura que permite la restricción de libertad de un imputado contra quien se ha formalizado investigación y respecto del cual existe la sospecha de que intentará fugar de manera imprevista. Su duración es de 24 horas y puede convalidarse hasta por 7 días más. En la mayoría de casos los fiscales solicitan luego la prisión preventiva.

Gráfico 11

DISTRIBUCIÓN DE LOS DETENIDOS POR LAS AUDIENCIAS



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Las cifras antes señaladas llevan a los siguientes promedios en cuanto al número de detenidos por audiencia: 6 detenidos como máximo, 0 detenidos como mínimo y 1.25 como promedio global. Estos datos pueden servir como referencia a la hora de realizar proyecciones vinculadas a la gestión y organización de las audiencias de prisión preventiva a nivel nacional, en el marco del proceso de implementación del CPP.

c) *Situación jurídica de los imputados cuando se desarrolla la audiencia*

Como se adelantó en el análisis del cuadro anterior, las 112 audiencias de prisión preventiva se realizaron con imputados detenidos, ya sea en flagrancia o bajo detención preliminar judicial, y un grupo menor en libertad. Debido a esta circunstancia las audiencias se desarrollaron con imputados detenidos o citados. Con todo, hubo audiencias que transcurrieron sin que asistan los procesados requeridos. Poco después de puesto en vigencia el CPP en el primer distrito judicial reformado de Perú –Huaura–, se generaron debates en relación a la obligatoriedad de la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; a través de la sentencia Casatoria n° 02, se determinó que se podría disponer la prisión preventiva contra imputados ausentes en la audiencia.

En suma, la situación jurídica de los 152 imputados requeridos al momento de realizarse las 112 audiencias, fue como sigue:

Tabla
SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS IMPUTADOS

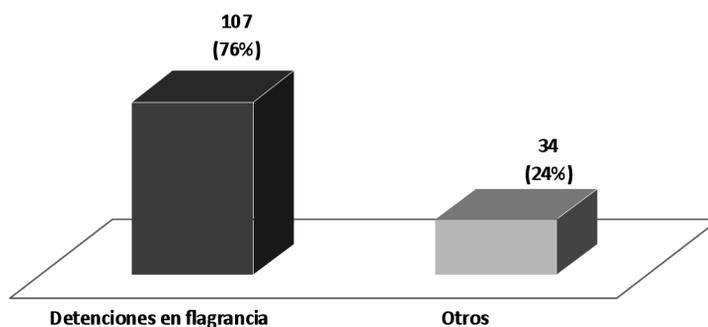
152 requerimientos de prisión preventiva		
107 detenidos en flagrancia	34 detenidos por detención preliminar judicial	10 imputados libres

Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

d) *Circunstancias de la detención*

Al enfocarnos en aquellos imputados detenidos al momento de la audiencia de prisión preventiva, tenemos que la flagrancia es la principal causa de las detenciones, así como la mayor fuente de incidencia de audiencias de prisión preventiva en Perú.

Gráfico 12
¿CUÁNTOS IMPUTADOS FUERON DETENIDOS EN FLAGRANCIA?



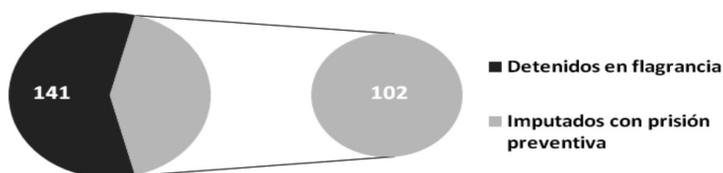
Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

La flagrancia es una circunstancia no menor cuando se analizan las probabilidades que tiene un caso para su esclarecimiento, y posible persecución penal. Y esto se debe a que esta figura usualmente trae consigo la plena identificación de un sospechoso, elemento fundamental para iniciar una investigación penal. Asimismo, las detenciones en flagrancia incrementan las posibilidades de acopio de evidencia sustancial para esclarecer el delito y plantear la teoría del caso, en términos del posible responsable, el móvil, el lugar y momento del delito y sus circunstancias, entre otros datos.

No obstante, al observar las audiencias pudimos notar que el nivel de exigencia sobre la acreditación de los presupuestos materiales requeridos para la disposición de la prisión preventiva, no se atenuaba por el hecho de que el imputado haya sido detenido en flagrancia o se encuentre bajo detención preliminar judicial; de hecho, en algunas audiencias surgían temas de debate vinculados a las circunstancias e incluso legalidad de la detención previa. Así, no es de extrañar que pese a los 141 detenidos en audiencia, se haya dispuesto la prisión preventiva contra 102 personas, o lo que es igual, culminada la audiencia de prisión preventiva, 39 personas fueron liberadas. Es decir, en el nuevo sistema una detención previa no asegura una inmediata disposición de prisión preventiva.

Gráfico 13

DETENIDOS ANTES DE LA AUDIENCIA VS. IMPUTADOS CON PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

e) *Agentes de la detención*

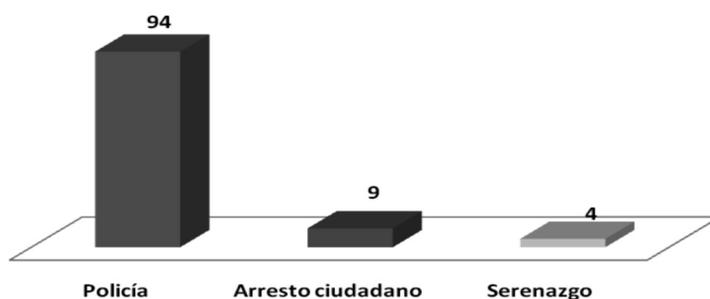
Como ya se anotó, la detención previa de los imputados puede realizarse en flagrancia o a través de la detención preliminar judicial. Esta última se produce por solicitud expresa del fiscal, mientras que en el caso de la flagrancia podemos considerar varios agentes de detención. Como era de esperarse, el principal agente de la detención es la Policía Nacional, ello es natural, dado que la institución policial es la entidad con la mayor cobertura en el territorio y tiene a su cargo la intervención de los sospechosos, la recepción de las denuncias y el recojo de las evidencias *in situ*.

Por otra parte, los datos obtenidos a partir de la observación de las 112 audiencias nos llevan a determinar que la Policía Nacional no es el único agente de la detención, dado que también se registraron detenciones realizadas por ciudadanos, en el ámbito de la vigencia de la figura denominada *arresto ciudadano*, y por vigilancia rentada

en los municipios de las principales ciudades, llamado *serenazgo*. Si bien las detenciones efectuadas por estos dos agentes no ha sido significativa, sí nos permite afirmar que, contrario a las posturas que en su momento plantearon reparos debido a posibles abusos a través de estas licencias en la detención de personas descubiertas en flagrancia, en especial, el arresto ciudadano, no ha generado abusos o afectaciones a los derechos de los detenidos. Adicionalmente, se advierte que, progresivamente, el servicio de serenazgo, de importante presencia en Lima, va ganando espacios en provincias¹⁷.

Gráfico 14

¿QUIÉNES REALIZARON LAS DETENCIONES?



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

f) *Duración de detención previa a la realización de la audiencia de prisión preventiva*

El CPP establece como tiempo máximo de detención de quien es sorprendido en flagrancia, las 24 horas. Durante este periodo el fiscal podrá presentar su requerimiento de prisión preventiva, y en un plazo hasta de 48 horas, el juez de investigación preparatoria podrá citar a audiencia. Los plazos máximos se amplían en los casos de tráfico ilícito de drogas, donde la detención pasa de 24 horas hasta a 15 días.

La observación de las audiencias nos permitió acceder a información relativa a las circunstancias de la detención, como fecha y hora de

¹⁷ En la ciudad capital de Lima, 90% de los distritos tienen serenazgos, servicios que también se vienen extendiendo en las provincias del país. Para más información, se sugiere la lectura de Costa, Gino y otros autores, "Los serenazgos en Lima, ¿le ganan las calles a la Policía?, Ciudad Nuestra, Lima, junio de 2010.

la misma, a partir de lo cual realizamos los cálculos respectivos para conocer qué tanto se respetaron los límites máximos de tiempo establecidos en la norma. Así, el máximo tiempo transcurrido entre ambos eventos fue de 16 días y 14 horas, con un mínimo de 1.45 horas y un promedio de 2 días y 9 horas. Cabe señalar que estas cifras son altas, en gran medida, porque incluye las detenciones por tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, los datos obtenidos muestran que, en la práctica, aún en los casos de tráfico de drogas se estaría superando el plazo máximo legalmente establecido para la detención por lo menos en un día y medio por fuera de los 15 días establecidos en la norma.

Gráfico 15

TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA DETENCIÓN Y EL INICIO DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA (INCLUYE TID)



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

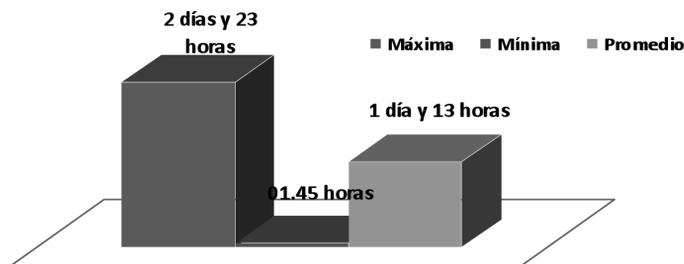
Si se excluyen los casos especiales de tráfico de drogas, se tiene que los tiempos entre las detenciones y las audiencias de prisión preventiva para los casos comunes son los siguientes: 2 días y 23 horas como máximo; 1 hora y 45 minutos como mínimo; y 1 día y 13 horas en promedio.

Es preciso señalar que si bien las 37 horas que en promedio se necesitan para celebrar una audiencia de prisión preventiva transcurren dentro de las 48 horas fijadas como el plazo legal máximo, cierto también es que es muy probable que esas 37 horas puedan reducirse con mejores niveles de coordinación interinstitucional en tres espacios: a) optimización del trabajo conjunto de policías y fiscales para mejorar la comunicación y agilizar el traslado de los detenidos; b) mejor coordinación del Ministerio Público y Policía Nacional para reunir y evaluar todos los elementos que les permitan a los fiscales decidir si requerirán la prisión preventiva; y c) la coordinación entre

el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Defensa, para programar la respectiva audiencia y garantizar su realización.

Gráfico 16

TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA DETENCIÓN Y EL INICIO DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA (SIN TID)



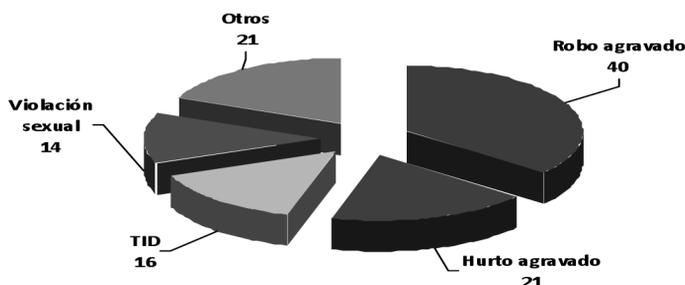
Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que los distritos judiciales comprendidos en este estudio tienen una cantidad de detenidos significativamente menor a los registrados en el distrito de Lima. También debe valorarse que, en términos globales, las audiencias observadas se realizaron en las capitales de cada provincia, por lo que al menos en la mayoría de los casos no habrían mediado grandes distancias para el traslado de los detenidos o de los operadores involucrados. Ambos factores nos llevan a plantear la necesidad de aplicar los correctivos necesarios para reducir los tiempos que transcurren entre las detenciones y las audiencias, a efectos de evitar que los tiempos actualmente utilizados se amplíen en zonas con un mayor número de detenidos o donde haya condiciones significativas de lejanía física.

g) *Naturaleza de los delitos imputados*

Otro de los aspectos que se buscó conocer a través de la investigación de campo fue el relativo a los tipos penales imputados, y verificar a partir de ese dato una posible relación entre los delitos imputados y los requerimientos de prisión preventiva presentados por el Ministerio Público. El siguiente gráfico nos muestra el abanico de delitos imputados en las 112 audiencias de prisión preventiva: 40 audiencias por robo agravado (36%), 21 audiencias por hurto agravado (19%), 16 audiencias TID (14%), 14 audiencias por violación sexual (13%) y 21 audiencias por otros delitos (19%).

Gráfico17



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Estos primeros datos reflejarían que en las audiencias de prisión preventiva se estaría debatiendo la procedencia de la medida, mayoritariamente, por los tipos penales de mayor incidencia –esto es, los robos y los hurtos agravados–, lo que guarda relación con el universo delictual de mayor denuncia nacional ante la Policía y el Ministerio Público. De acuerdo a los Anuarios Estadísticos de la Policía Nacional para los primeros semestres de los años 2009, 2008 y 2007¹⁸, el 67% (promedio) de los delitos denunciados (de un promedio total de 124, 703 denuncias) correspondieron a los delitos contra el patrimonio, entre los que se encuentran: el hurto, el robo, el abigeato, la apropiación ilícita, la estafa, entre otros.

Por otra parte, de acuerdo al gráfico 17 el tráfico de drogas y la violación sexual –donde destacan los casos de violaciones sexuales a menores de edad– ocupan el segundo y el tercer lugar de incidencia de los delitos en las audiencias de prisión preventiva, a los que le siguen otros ilícitos, como las extorsiones, la microcomercialización de drogas y la tenencia ilegal de armas.

Si bien las estadísticas podrían conducirnos a afirmar que la selectividad de los casos por los cuales el Ministerio Público viene solicitando la disposición de prisión preventiva se corresponde con los índices de criminalidad, también podemos afirmar que esta selectividad no estaría alcanzando a casos de efectiva connotación social. Al observar las audiencias de prisión preventiva pudimos apreciar que casi la totalidad de casos por robo y hurto agravado correspondían a situaciones en las que se sustrajo bienes de menor cuantía, donde la modalidad

¹⁸ Información revisada el 18 de julio de 2010. Disponible en www.mininter.gob.pe

agravada de los tipos se argumentaba a partir de supuestos contemplados en la norma sustantiva, como la perpetración del hecho en la oscuridad, sobre vehículo automotor, con participación de dos o más personas o con especial destreza, entre otros.

Esta circunstancia permite que se registraran casos de robos agravados por sustracción de celulares o bolsos, cometidos sobre vehículos motorizados, como mototaxis, durante la noche. O por ejemplo, la sustracción de carteras o bolsos sin que la víctima tenga posibilidad de reacción oportuna, lo que a decir del Ministerio Público, significaba actuar con especial *destreza*, circunstancia que agrava el delito de hurto. Estos casos y otros similares conforman el universo de las audiencias observadas, y en ellas se pudo apreciar, además, que se trataba de solicitudes de prisión preventiva contra imputados primarios, y por la sustracción de bienes que la mayoría de las veces no superaban los 50.00 nuevos soles, o lo que es igual, unos 15.00 dólares americanos. Es decir, si bien se persiguen delitos en modalidades agravadas, en los hechos, nos encontramos frente a supuestos en los que bien podrían impulsarse la aplicación de salidas alternativas, antes que solicitar la prisión preventiva, además de generarnos cuestionamientos sobre una aparente falta de persecución de los hechos realmente graves.

Sobre lo último, la observación de las audiencias nos permitió apreciar por ejemplo que durante el desarrollo de las mismas, hechos inicialmente calificados en las modalidades agravadas, al ser cuestionados por la defensa, fueron finalmente tipificados por los jueces en las modalidades simples, lo que motivó la decisión judicial de rechazar el requerimiento fiscal de prisión preventiva y dictar en su lugar la comparecencia restrictiva. En buena cuenta, en algunos casos se habría solicitado la prisión preventiva por afectación a bienes de menor cuantía o se estaría procurando que determinados hechos calcen en modalidades agravadas, cuando en realidad corresponden a modalidades simples.

Ahora bien, no cabe duda que en el nuevo modelo los fiscales seleccionan los casos en los cuales solicitan la prisión preventiva, y eso desde luego es positivo, sin embargo, creemos necesario evaluar los criterios de selectividad, o en todo caso identificar por qué no se incluye dentro del universo de casos en que se solicita la prisión preventiva aquellos que suponen mayores afectaciones a la comunidad¹⁹.

¹⁹ El presente estudio se centra en los hallazgos producto de la observación de 112 audiencias, de modo que profundizar en estas materias escapa al objeto de estudio.

Al respecto, en entrevistas aplicadas a los fiscales, tenemos que estos señalaron como desafíos o temas a superar: a) la difusión del nuevo modelo en la ciudadanía, pues existiría un criterio mediamente extendido de que el CPP permite la impunidad –esta percepción podría verse reforzada por el tipo de delitos y hechos en los que se solicita la prisión preventiva– ya que no se percibe el procesamiento de las grandes bandas o del crimen organizado; y b) superar deficiencias en la actuación de la Policía para que se pueda contar en menor tiempo con evidencia de mejor calidad, para impulsar así las causas penales que lo requieren y solicitar las medidas que hagan falta, entre ellas, la prisión preventiva.

h) Relación entre las disposiciones de prisión preventiva y tipos de delitos

Siguiendo en la línea del apartado anterior, a la par de conocer en qué casos se solicitaba la prisión preventiva, también quisimos saber en qué casos finalmente se dispuso su aplicación.

En cuanto a los delitos relacionados con las decisiones de prisión preventiva, el siguiente gráfico evidencia que de las 75 audiencias donde se decidió esta medida, en 23 de ellas la imputación fue el robo agravado, delito que, como ya se ha visto, es por el cual se presentó el mayor número de requerimientos de prisión preventiva. El segundo delito por el cual se dictó la prisión preventiva es la violación sexual, y el tercero, el hurto agravado, junto con el tipo genérico del tráfico de drogas (TID).

Gráfico 18

AUDIENCIAS DE PRISIÓN POR TIPO DE DELITO: CASOS EN LOS QUE FUE DECLARADA FUNDADA LA PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Si bien en términos generales existe concordancia entre los requerimientos presentados y las disposiciones de prisión preventiva dictadas por los jueces, en la medida que es posible afirmar un importante nivel de éxito de las pretensiones fiscales, destacamos el índice de requerimientos denegados, como manifestación de un proceso de evaluación que supone mayores estándares de rigurosidad en el contradictorio y en la valoración judicial.

Al observar las audiencias pudimos notar que los requerimientos de prisión preventiva denegados tenían como principales razones: a) la presentación de requerimientos en casos que no revisten especial gravedad; b) debilidades en la fundamentación fiscal, al no haber obtenido a tiempo la evidencia necesaria para acreditar el peligro procesal –en especial los supuestos de peligro de fuga–; y c) poca claridad en la identificación de diligencias por actuar, lo que da cuenta de una falta de estrategia de investigación. En suma, frente a casos que a criterio de los jueces no requieren de prisión preventiva, o no es posible demostrar la necesidad de disponer la medida, e incluso, aun disponiéndola, no se especifica para qué y por cuánto tiempo estaría vigente la medida, los magistrados dispusieron otras medidas alternativas, donde la más empleada fue la comparecencia restrictiva.

Asimismo, a través de entrevistas aplicadas a jueces, estos manifestaron tener en general una percepción ligeramente más positiva del desenvolvimiento de defensores públicos –no privados– que de los fiscales. Además, afirman que en algunos casos es notorio que los fiscales *instrumentalizan la prisión preventiva*, fenómeno que se produce cuando a costa de la amenaza que supone la restricción de libertad del imputado, se pretende que este acepte acogerse a una salida alternativa como la Terminación Anticipada, lo que permitiría la pronta conclusión del proceso²⁰.

Hasta aquí hemos presentado aspectos generales sobre las 112 audiencias objeto de estudio. Hemos identificado las audiencias en las que se dispuso la prisión preventiva; contra cuántos imputados se requirió la medida y a cuántos finalmente se les aplicó; en qué situación jurídica llegaron a la audiencia; hemos adelantado, además, aspectos vinculados a la selectividad y trabajo fiscal; así como a las decisiones judiciales. En lo que sigue, desarrollaremos con un mayor

²⁰ Este tipo de acciones se refuerzan en ocasiones por el alto monitoreo del nivel de productividad fiscal, donde se califican como positivos los importantes índices de archivo, sin evaluarse con la misma rigurosidad la calidad de las decisiones adoptadas en la investigación fiscal.

nivel de detalle los hallazgos encontrados en relación a la dinámica de la audiencia y al rol de los operadores.

3.3 Hallazgos sobre la dinámica de las audiencias: realización de la audiencia, calidad de la información y duración

a) La audiencia de prisión preventiva

El trabajo de campo nos permitió entrevistar y dialogar directamente con los operadores penales, jueces, fiscales y defensores, y todos concuerdan en que el cambio experimentado en la tramitación de la prisión preventiva con el CPP es notoriamente positivo, y que en buena medida dicho cambio se debe a la audiencia en la que se discute sobre la pertinencia de aplicar la prevención.

A la pregunta de cómo evalúa el impacto del CPP en el uso de la prisión preventiva, obtuvimos respuestas como la que nos brindó un juez de Arequipa, *positivo, por la realización de la audiencia, lo que asegura la publicidad y transparencia de las decisiones*; o lo que contestó un fiscal de La Libertad, *antes los delitos graves siempre tenían mandato de detención, ahora se evalúan los requisitos caso por caso en la audiencia*; o lo que sostuvo un defensor de Tacna, *ahora se nos permite ejercer la defensa frente al Ministerio Público en la audiencia, las personas conservan su libertad, el juez escucha y valora nuestros cuestionamientos y pruebas en la audiencia*.

Por consenso, entonces, se determinó que la posibilidad de discutir los presupuestos materiales en una audiencia que, aunque previa, es también oral pública y contradictoria, asegura la igualdad de armas y eleva la calidad de las decisiones adoptadas. No obstante, sin perjuicio de la vigencia de los principios tradicionales asociados a la idea de audiencia, el trabajo de campo nos permitió constatar lo importante que resulta la separación de funciones o roles entre quien requiere la medida y quien evalúa y dispone su aplicación.

Gracias al fortalecimiento del sistema de audiencias con el CPP, el principio acusatorio –tradicionalmente visto como un principio rector del juicio oral– ha asumido una nueva dimensión a través de las audiencias previas que hacen posible su consecución desde el inicio mismo del proceso. Y desde luego, la audiencia de prisión preventiva es un ejemplo de ello.

En el ámbito de la prisión preventiva, la audiencia genera, en primer lugar, mayor coherencia en el impulso del requerimiento a cargo de

los fiscales, guardando ello relación con la función asignada a estos operadores, como es la de perseguir penalmente el delito. En segundo lugar, las audiencias orales aseguran que la valoración de la pertinencia de aplicar la prisión preventiva recaiga en sujeto distinto al que la solicitó, que para estos efectos, también oirá a la defensa; de esta forma se incorporan nuevos tamices en el proceso de evaluación judicial.

Decíamos que, al observar las 112 audiencias, recogimos la percepción de los operadores, pero también evaluamos directamente aspectos vinculados a la dinámica y metodología de la audiencia. Nuestra evaluación y la opinión de los operadores encuentran coincidencias en cuanto a la importancia de la audiencia y los principios que en ella se salvaguardan, sin embargo, creemos que es posible optimizar la vigencia de los mismos.

Como principales aspectos observados por nuestros investigadores, tenemos que:

- i. Es posible afirmar que en efecto las audiencias se realizan en un contexto de publicidad y transparencia, en la medida que:
 - ✓ Las audiencias se registran en las agendas de las Cortes.
 - ✓ En los 7 distritos evaluados se permite el fácil ingreso a las salas de audiencias.
 - ✓ Las puertas de juzgados y salas se encuentran abiertas.
 - ✗ Sin embargo, no en todos los distritos se publica el rol de audiencias en zonas donde cualquier ciudadano tenga acceso.
 - ✗ Con excepción de Piura y La Libertad, el tamaño y condiciones de las salas no facilitan la permanencia del público, circunstancia que limita la publicidad de las audiencias.

- ii. Respecto al empleo de la oralidad, se pudo determinar que:
 - ✓ El debate entre las partes es esencialmente oral, lo que se refuerza con el registro de la audiencia a través de audio.
 - ✗ No obstante, en algunas audiencias de Tacna y Lambayeque se generaron actas, lo que implica manejo o generación de escritos.
 - ✗ Algunas audiencias son extremadamente formales y rígidas, lo que limita en ocasiones la oralidad, al trabar el contradictorio.
 - ✗ En algunos distritos evaluados los jueces se valen de la carpeta fiscal para emitir sus resoluciones.

- ✗ A algunos operadores les cuesta sustentar de manera oral, coherente y suficiente sus argumentos a favor o en contra de la prisión preventiva. Por ejemplo, durante las réplicas y duplicas del contradictorio se repiten los mismos argumentos, sin precisar nuevos elementos o poner énfasis en las ideas fuerza de su relato.

iii. En cuanto a la metodología de las audiencias:

- ✓ Aunque no existe una metodología específica de cómo debe desarrollarse la audiencia, en la mayoría de los distritos los jueces procuran brindar igual número de oportunidades a las partes para asegurar un correcto contradictorio.
- ✗ En algunas audiencias, en distritos como Tacna y Cusco, no se identificaron a los investigados al momento de iniciar la audiencia.
- ✗ En ocasiones, el objeto de debate ha desbordado la acreditación de los presupuestos materiales para pasar a debatir temas de fondo como la responsabilidad de los investigados.
- ✗ A algunos jueces les cuesta manejar la fase de réplicas y duplicas, generándose cierto desorden en el debate.

b) Calidad de la información

Al referirnos a la calidad de la información producida en audiencia, estamos haciendo mención a la calidad del contradictorio. Si bien la audiencia de prisión preventiva permite que ambas partes intervengan en igualdad de armas, y en gran medida el grueso de la información en la que se sustenta el fallo judicial es producto del debate realizado por fiscales y defensores, a través de la observación de las 112 audiencias pudimos advertir que en ocasiones la información expuesta no aportaba mayores elementos para que el juez resolviera respecto a la pertinencia de disponer la prisión preventiva.

Cuando les pedimos a los operadores que identifiquen por qué con el CPP se dictan menos prisiones preventivas que con el modelo anterior, nos señalaron como motivos del cambio los siguientes:

- ✓ *Se dictan menos prisiones preventivas por los requisitos del artículo 268° del CPP;*
- ✓ *Porque con el nuevo modelo se tienen que evaluar los requisitos;*
- ✓ *Se dictan menos prisiones preventivas porque los presupuestos establecidos en el Código deben probarse;*

- ✓ *Porque al discutir los tres presupuestos para privar de libertad, se nos permite sustentar –respuesta de defensor– con prueba y es más difícil que se dicte la prisión preventiva; etc.*

A partir de esta información podría creerse que la excepcionalidad en la disposición de la prisión preventiva encuentra su justificación en los presupuestos materiales del artículo 268°, sin embargo, cuando líneas arriba analizamos la regulación de la prisión preventiva en el CPP, notamos que no existen diferencias sustanciales con la regulación del antiguo modelo. De modo que la sola base normativa no sería en realidad la fuente del cambio experimentado.

Pero lo que sí parece hacer la diferencia es la necesidad de acreditar de manera oral e inmediata la evidencia en la cual se sustenta el requerimiento fiscal; es decir, acreditar cada uno de los requisitos del artículo 268° del CPP en audiencia.

En el antiguo modelo la tramitación escrita de la detención en contra del imputado permitía que la medida se dispusiera sin mayor evaluación, dejándose de lado un análisis riguroso de la acreditación de los presupuestos regulados en el Código de 1991. Por el contrario, la audiencia del nuevo modelo importa mayores exigencias para los operadores, especialmente para los fiscales, al exigir una acreditación fehaciente de la vinculación del imputado con el hecho, de una pena probable mayor a los 4 años, y del peligro procesal.

Esta necesidad de probar la concurrencia de los presupuestos materiales implica no solo el desarrollo de destrezas para realizar un exposición convincente durante la audiencia, sino la capacidad de acopiar la información necesaria, en la mayoría de casos, en menos de 48 horas.

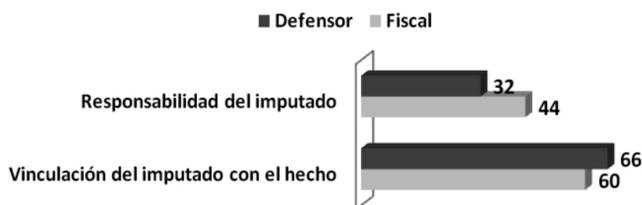
De acuerdo a las entrevistas aplicadas a los operadores, todos coinciden en afirmar que el criterio más difícil de probar es el peligro de fuga, con especial mención al arraigo. Los fiscales señalan que les es complicado reunir evidencia que acredite el potencial peligro de fuga del imputado; mientras que los defensores señalan que en ocasiones los familiares no colaboran con la defensa negándoles el acceso a información vinculada al domicilio o al medio laboral, sin considerar que la dificultad es mayor cuando las detenciones se producen durante el fin de semana. Esta circunstancia se vuelve todavía más crítica en los casos en que se procesa a personas de escasos recursos, cuyos domicilios son difíciles de ubicar o no cuentan con trabajos estables.

Por lo que pudimos observar, las deficiencias en la acreditación del peligro procesal generan en ocasiones que el debate se centre en la vinculación del imputado con el hecho, y a partir de allí se introduzcan aspectos relacionados a la posible responsabilidad penal del requerido. Ante la falta de mayores elementos, los rezagos del antiguo modelo generaron que algunos operadores impulsen la aplicación de la prisión preventiva sobre la base de una pretendida notoria responsabilidad del imputado, de espaldas a la finalidad cautelar de la medida. Lo preocupante de esta situación es que esta distorsión en el debate de la audiencia de prisión preventiva no comprende solo a los fiscales, sino también a defensores y jueces. Los defensores, por su parte, lejos de reconducir el debate hacia la acreditación de los requisitos del artículo 268º, refutaron argumentos relacionados a la posible responsabilidad de sus patrocinados; y en cuanto a los jueces, estos permitieron que el debate continuase, sin ejercer mayor control en la audiencia, olvidando que esta información no contribuye en la valoración del requerimiento que tienen a su cargo.

Sobre lo expuesto, de la observación del siguiente gráfico se desprende que los fiscales, a la par de la sustentación del requisito sobre la vinculación del imputado con el hecho, hasta en 44 oportunidades, de manera adicional o aleatoria, presentaron medios de prueba orientados a demostrar la supuesta responsabilidad penal del procesado. Es decir, que por lo menos en 44 ocasiones, en el espacio destinado a debatir sobre la apariencia de delito –*fumus bonis iuris*–, el Ministerio Público presentó elementos que desbordaron el debate cautelar, para referirse a cuestiones de fondo. Mientras que la defensa, conforme se adelantó, en lugar de cuestionar estos argumentos, reforzó dicha línea del debate.

Gráfico 19

ACTIVIDAD PROBATORIA RELACIONADA A LA SUSTENTACIÓN DE LA VINCULACIÓN DEL IMPUTADO CON LOS HECHOS



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Por otro lado, al margen de lo señalado, producto de la observación de las 112 audiencias, concluimos que existen aspectos positivos en torno al debate de las partes, como por ejemplo:

- ✓ Se producen acuerdos entre fiscales y defensores sobre hechos o circunstancias que se dan por acreditados en la audiencia.
- ✓ Existe una adecuada validación de la evidencia que llega a presentarse en audiencia debido al debate previo.
- ✓ Se aprecian esfuerzos por parte de fiscales y defensores para acreditar sus posiciones, al incorporar certificados, hacer mención a declaraciones, e incluso convocar a testigos que, aunque no intervienen, se logra estén presentes en la sala de audiencias.
- ✓ Se debate sobre las circunstancias de la detención, de modo que se extraen elementos de particular relevancia, en especial en los casos de flagrancia.
- ✓ Se argumenta y contraargumenta en relación a los antecedentes del imputado y su comportamiento en anteriores procesos.

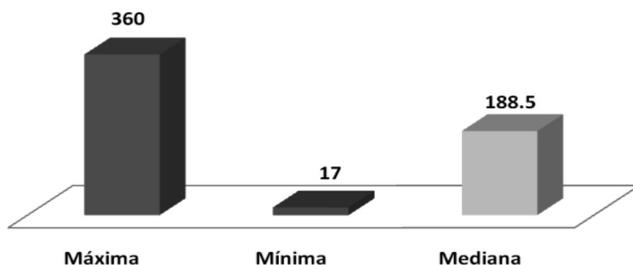
En suma, la información que se produce en las audiencias de prisión preventiva es de calidad, y permite construir a partir de ella una disposición a favor de que se aplique la medida, aunque no debe descuidarse la necesidad de optimizar el debate.

c) Duración de la audiencia

La duración de las audiencias previas, en particular la de prisión preventiva, tiene relación directa con los aspectos que acabamos de abordar: contenido del debate y calidad de la información. De resultados del trabajo de campo, podemos afirmar que cuando más extensa es la audiencia, mayores son los riesgos de que el debate se desnaturalice. Por ello, con el objeto de precisar cuánto de la duración de las audiencias corresponde al debate sobre la prisión preventiva, y cuánto a posibles interrupciones o suspensiones, hemos recogido información en ambos sentidos; por tal motivo, los siguientes gráficos deben analizarse de manera conjunta, debido a que el tiempo de suspensión de las audiencias tiene efectos en la duración global de las mismas.

Gráfico 20

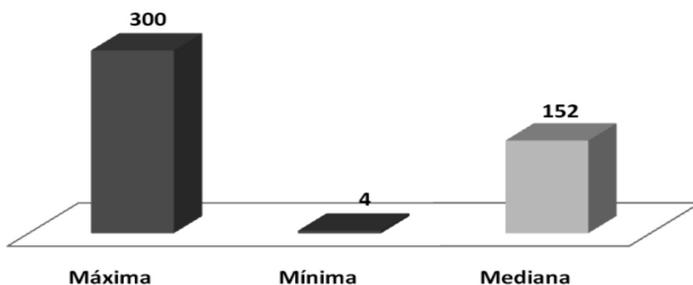
DURACIÓN DE LAS AUDIENCIAS DE PRISIÓN PREVENTIVA (MINUTOS)



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Gráfico 21

TIEMPO DE SUSPENSIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA (MINUTOS)



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Como se puede apreciar, el tiempo máximo de duración de las audiencias fue de 360 minutos, o lo que es igual, 6 horas. Este resultado guarda relación con el tiempo máximo de suspensión de la audiencia, 5 horas. Por tanto, hay una relación directa entre las audiencias de mayor duración, y aquellas que registran las suspensiones más extensas.

En promedio la duración de las audiencias es de una hora y media; algunas otras superaron este periodo en los casos en los que se comprendió a más de un investigado. Con todo, la duración de las audiencias es excesiva, debido a diversos factores como por ejemplo:

- ✓ Cuando hay más de un imputado, en ocasiones no se debate en orden a la concurrencia de los presupuestos materiales para cada caso, generando confusión y retraso en la audiencia. No se especifica nivel de participación de cada uno de los investigados, ni el comportamiento de cada uno respecto al peligro de fuga o de obstaculización. Finalmente no se sabe a quién se le imputa qué.
- ✓ La incorporación de temas probatorios sobre la responsabilidad del imputado, extiende indebidamente la duración de la audiencia. Fue el caso de distritos como Cusco y Tacna.
- ✓ La falta de adecuada preparación de fiscales y defensores, hace que se repitan los mismos argumentos constantemente, en especial cuando tienen la oportunidad de replicar lo dicho por la otra parte.
- ✓ Algunos jueces no dirigen adecuadamente la audiencia, permitiendo que los debates se extiendan innecesariamente.

Asimismo, existe otro factor que contribuye a la extensa duración de las audiencias, y es el relativo a la suspensión de las mismas. Hemos notado que algunos jueces suspendieron las audiencias hasta por 5 horas para emitir su resolución. Esta circunstancia, además de ser altamente preocupante y dañina para el sistema –por lo que significa en términos de posibilidad de revisar carpetas fiscales, elaboración de resoluciones por sujetos distintos a los jueces, debilitamiento de la transparencia y legitimación del pronunciamiento judicial–, es indicador claro de que a algunos magistrados aún les cuesta desenvolverse en un sistema oral, y requieren una mayor capacitación en argumentación y destrezas de litigación para poder emitir sus fallos en la misma audiencia. Al respecto, debemos de considerar que en la medida que el cambio normativo no vaya acompañado de una oportuna capacitación del operador, este tenderá a flexibilizar las exigencias del nuevo sistema procesal penal, generando con ello resultados no deseados.

3.4 Hallazgos sobre el rol de las partes: fiscales y defensores

En las próximas líneas abordaremos los hallazgos obtenidos en relación al desenvolvimiento de fiscales y defensores en la audiencia de prisión preventiva, a partir de la sustentación de cada uno de los presupuestos materiales del artículo 268º, así como de los supuestos del peligro de fuga, regulados en el artículo 269º del CPP.

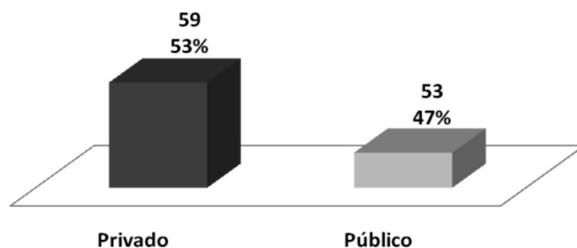
Como paso previo, creemos relevante que el lector conozca algunas características de los fiscales y defensores que intervienen en las audiencias de prisión preventiva con el CPP en Perú.

Hasta antes de la reforma resultaba bastante complicado lograr una efectiva igualdad de armas entre las partes intervinientes en el proceso. Los fiscales provinciales del modelo mixto recibían sus casos a partir de un sistema de cartera, y manejaban las investigaciones a su cargo con absoluta autonomía, sus opiniones en la investigación y luego durante la instrucción, aun sin ser vinculantes, determinaron en muchas ocasiones el contenido y alcances de los pronunciamientos judiciales. Por su parte los defensores privados, pero en especial los públicos –hasta el año 2009 defensores de oficio–, han sido tratados tradicionalmente como auxiliares del sistema de justicia, y en la práctica debían enfrentar a la dupla de fiscales y jueces en el litigio. Los operadores con menor reconocimiento fueron los defensores públicos, altamente sobrecargados de casos, con mínimo reconocimiento y estabilidad laboral, y nula capacitación académica.

La vigencia del CPP ha permitido que la balanza se equilibre. El proceso de implementación y las exigencias del nuevo modelo han servido de impulso para lograr que la defensa de oficio se transforme en defensa pública, con las respectivas mejoras laborales, y sobre todo, importante capacitación en temas del nuevo Código. Las mejoras experimentadas por el sistema de defensa pública han tenido un impacto directo en la sensible mejora de la percepción ciudadana sobre la calidad de la defensa sufragada por el Estado. Actualmente en los distritos reformados los defensores públicos asumen un porcentaje importante de la carga de casos que ingresan al sistema. Como se observa en el siguiente gráfico, en 47% de las audiencias observadas los imputados tuvieron un defensor público, cifra que resultaría muy superior al nivel de participación de los defensores en el antiguo sistema.

Gráfico 22

¿CUÁNTAS AUDIENCIAS SE REALIZARON CON ABOGADO PRIVADO O PÚBLICO?



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Esta información se condice con lo señalado en otros informes sobre la vigencia del CPP en Perú, y que sostienen que hay una mejor calidad del trabajo de los defensores públicos penales²¹.

En cuanto a los fiscales, también podemos afirmar que se ha producido una evolución positiva que se traduce en una mejor intervención de los operadores del Ministerio Público en el proceso, partiendo de una mayor selectividad de los casos en los que se solicita la prisión preventiva. Al consultarles a los fiscales sobre la importancia de requerir la prisión preventiva, estos brindaron respuestas del tipo: *la mayoría de los casos no requieren prisión preventiva, es solo para casos graves; o, no se aplica para llenar cárceles; o, ahora los fiscales entendemos que el fin del proceso no es la prisión preventiva, sino que se trata de un medio que solo se solicita en casos graves*. Esta nueva forma de asumir el impulso de la prisión preventiva en el proceso, es un claro ejemplo del cambio que el proceso de reforma ha generado en los fiscales.

Así las cosas, habiendo señalado algunas de las características de los fiscales y defensores que intervienen en las audiencias de prisión preventiva, en lo que sigue detallaremos los hallazgos obtenidos a partir de la sustentación de cada uno de los presupuestos materiales.

a) *Sustento de la vinculación del procesado con los hechos imputados*

El primer presupuesto material del artículo 268° del CPP se refiere a la *vinculación del procesado con los hechos imputados*. De los tres presupuestos que deben ser sustentados por el fiscal en la audiencia de prisión preventiva, *la vinculación del procesado con los hechos imputados* se convierte en aquel elemento que justifica cualquier análisis posterior sobre la existencia, o no, del peligro procesal. De no ser así, qué sentido tendría disponer la prisión preventiva contra quien no existen, siquiera, indicios razonables de la comisión de un ilícito penal. En esa medida, la fundamentación del primer requisito legitima el debate sobre la pertinencia de aplicar o no la prisión preventiva, en salvaguarda del principio de necesidad de la coerción, y con ello, de la presunción de inocencia.

²¹ El estudio de Ponce, Nataly, “La Reforma Procesal Penal en Perú. Avances y desafíos a partir de las experiencias en Huaura y la Libertad”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2008, pág. 35 y siguientes, destaca que el desarrollo de la defensa pública se visualiza como un proceso auspicioso con la vigencia del CPP, especialmente en cuanto a la calidad en el marco de las audiencias preliminares.

A través de la observación de las 112 audiencias, pudimos advertir que en todos los casos los fiscales sustentaron este primer requisito. Durante su fundamentación los fiscales iniciaban frecuentemente su relato narrando las circunstancias de la detención, o brindando la versión de la víctima. Como respaldo de lo argumentado, se hizo mención a actas de detención, declaraciones de víctima o agraviado y testigos. Una vez sustentado este primer requisito, en la mayoría de las audiencias objeto de estudio, los jueces cedían la palabra a los defensores para que estos formulen sus descargos.

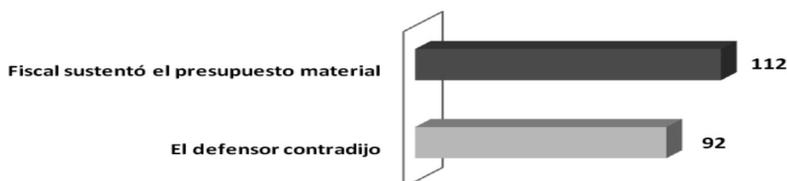
Si bien los defensores cuestionaron hasta en 92 oportunidades la fundamentación de cargo del primer requisito, solo en un porcentaje menor se rechazó integralmente el relato fiscal. En las audiencias pudimos apreciar que como parte de la estrategia de defensa, se aceptaba en todo o en parte la versión de cargo, en especial en aquellos casos donde los imputados fueron detenidos en flagrancia. Esta forma de proceder encuentra lógica en el hecho de que la prisión preventiva se dispone solo en la medida que se produzca la fundamentación concurrente de los requisitos del artículo 268°, de modo que ante una evidente vinculación de los imputados con los hechos, los defensores prefirieron centrar sus cuestionamientos en la fundamentación del peligro procesal.

Ahora, ello no quita el que hayamos observado que en algunos casos los defensores cuestionaron innecesariamente la vinculación del imputado con los hechos –esta situación se presentó en especial con algunos defensores privados–. Así, hubo un caso, por ejemplo en el que mediando una detención previa en flagrancia, con registro audiovisual del hecho, con por lo menos 3 testigos adicionales y no relacionados a la víctima, el defensor negó la vinculación de su patrocinado con el hecho, y lo hizo además sin presentar ninguna evidencia que sustente su posición. Este tipo de acciones restaron en lo sucesivo fuerza y convicción a la intervención del defensor. Al término de esa audiencia se dispuso la prisión preventiva. A partir del trabajo de campo, podemos concluir que si bien cada requisito se fundamenta de manera individual, resulta fundamental un adecuado manejo de la teoría del caso y la definición de una estrategia clara y coherente.

Así las cosas, en términos generales los índices de sustentación del primer requisito, y su posterior consideración en el fallo judicial, quedaron como sigue:

Gráfico 23

DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES FRENTE A LOS ELEMENTOS QUE VINCULAN AL IMPUTADO CON EL HECHO, COMO PRESUPUESTO MATERIAL PARA DECIDIR LA PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Ahora, sabemos que el propósito final del juicio es someter a prueba la imputación central: la responsabilidad atribuida a un ciudadano cualquiera, por la comisión de un ilícito penal. La probanza de aquella responsabilidad central, consiste, precisamente, en el objeto de prueba del proceso. No obstante, es posible identificar otros varios objetos de prueba referidos a aspectos periféricos a la imputación central u a otros fines, como son los cautelares. Así, en la audiencia de prisión preventiva podremos identificar dos objetos de prueba: el primero, relacionado a la vinculación del procesado con los hechos imputados –*fumus bonis iuris*–; y el segundo, está referido al peligro procesal –*periculum in mora*–.

Es precisamente en el marco de la fundamentación de este primer requisito que se producen la incorporación de datos y medios de prueba vinculados a la presunta responsabilidad del imputado. Conforme lo señalamos en el apartado 3.3, sobre la calidad de información producida en audiencia, resaltamos que en ocasiones el debate sobre la medida cautelar cede paso al debate sobre temas de fondo. En esa medida, entonces, uno de los retos a la hora de fundamentar el primer requisito, será el cuidar de que la acreditación de la vinculación del imputado con el hecho no transforme la audiencia previa en una audiencia anticipada de juicio oral.

b) *Sustento de la pena probable superior a 4 años de privación de libertad*

Conforme lo indicamos en el apartado referido a la regulación de la prisión preventiva en el CPP, a diferencia de lo que ocurre con la legislación de otros países de la región, el legislador peruano incluyó

entre los presupuestos materiales de la prisión preventiva, la pena probable superior a los 4 años. De acuerdo a la doctrina procesal penal, son requisitos fundamentales para dictar la prisión preventiva, *la vinculación del procesado con los hechos y el peligro procesal*. Sin embargo, para el caso peruano se contempló este tercer presupuesto.

Debido a la falta de una exposición de motivos del CPP, no es posible conocer cuál fue el razonamiento del legislador cuando elaboró el contenido de los artículos que regulan la prisión preventiva. Es probable que se haya tomado como antecedente la regulación del Código de 1991, donde se consideran de manera bastante similar los presupuestos materiales, tal como los regula actualmente el CPP.

Lo cierto es que más allá de la fuente empleada para el diseño legislativo del artículo 268º, en que la *pena probable a imponerse sea superior a los 4 años*, no tiene relación directa con el peligro procesal. Si existe acuerdo en que el *periculum in mora* debe sostenerse y acreditarse a partir de hechos concretos atribuibles al procesado: ¿de qué manera, a partir de una probable pena superior a los 4 años –incierta, futura, que abona a favor de un análisis subjetivo, y que depende finalmente de la actividad persecutoria que se despliegue y de los éxitos que esta alcance– puede considerarse, con mediana certeza, que el comportamiento del procesado representa un peligro para los fines del proceso? Tal relación es difícil de demostrar.

No obstante, también es cierto que la pena probable a imponerse podría ser considerada como *criterio legitimador* del pedido de prisión preventiva, mas no como elemento determinante que acredite la *necesidad* de imponer la medida. Es decir, podría permitirle al juez saber en qué casos resultaría razonable disponer la prisión preventiva en función de la potencial gravedad de la sanción penal descartando así casos de menor lesividad social, lo que no equivale a considerar procedente la restricción de la libertad del imputado en función de la gravedad de la pena que solicita el Ministerio Público, como si ello fuese indicador de un potencial peligro de fuga o de obstaculización. Con todo, en la medida que este segundo criterio está regulado y es concurrente, debe observarse el desempeño de los operadores de cara a su fundamentación.

En relación al desempeño del Ministerio Público, lo primero que llama la atención es que a diferencia del nivel de sustentación del primer requisito, en este caso solo en 107 audiencias se fundamentó

el que existía una pena probable superior a los 4 años. Y es que en la medida que los criterios son concurrentes, y la audiencia de prisión preventiva se celebra por presentación del requerimiento del Ministerio Público, se entiende que los fiscales deberían contar con todos los elementos que les permitan sustentar estos indicadores en el 100% de los casos.

En las audiencias pudimos notar que algunos fiscales tuvieron problemas para esquematizar correctamente la información que tenían por exponer. Así, en los casos en los que el relato de los hechos fue bastante extenso y desordenado, los fiscales tendieron a obviar la precisión sobre la probable pena superior a los 4 años. Por otro lado, cuando en efecto mencionaron este requisito, la fundamentación en varios casos fue bastante superficial, al punto que se dio por sustentado el requisito con la mera lectura del tipo incluido en el Código sustantivo, de tal manera que algunos fiscales asumieron que:

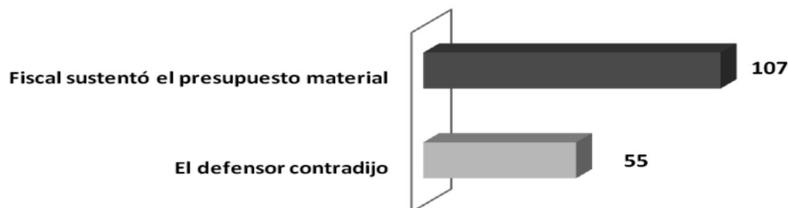
- ✓ El relato fáctico equivalía a un juicio de tipicidad.
- ✓ La sola lectura del tipo penal y de la pena probable, bastaba para sustentar la pena probable mayor a 4 años.
- ✓ En pocos casos se hizo mención a criterios de individualización de la pena

Consideramos que las deficiencias en el nivel de fundamentación de este segundo requisito, tienen relación con la necesidad de capacitación, ya no solo en el conocimiento del CPP, sino en las técnicas y destrezas de litigación oral, así como en categorías y conceptos del derecho penal sustantivo. Además, ello va de la mano con lo que algunos jueces manifestaron en las entrevistas aplicadas. A la pregunta de cómo califica el desempeño de las otras instituciones, en relación a los fiscales, se nos dijo por ejemplo, *el Ministerio Público no identifica hechos relevantes, hace poca mención del tipo penal, y nunca se refiere a la determinación de la pena, esto debido a que hay muchos fiscales inexpertos; progresivamente van mejorando.*

A partir de lo expuesto, podemos apreciar en el siguiente gráfico la proporción de fundamentación o rechazo entre fiscales y defensores, respectivamente, del segundo requisito del artículo 268°. De las 112 audiencias observadas, en 107 (96%) casos el fiscal sustentó que la pena probable a imponerse sería superior a 4 años. Por su parte, la defensa contradijo este extremo en menos del 50% de las audiencias.

Gráfico 24

DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES FRENTE A LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD SUPERIOR A 4 AÑOS, COMO PRESUPUESTO MATERIAL PARA DECIDIR LA PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Respecto a los defensores, podemos afirmar que esta vez el bajo de nivel de contradicción no ha sido un factor determinante para establecer alguna deficiencia o limitación en la intervención en audiencia. Por el contrario, siguiendo en la idea de que la prisión preventiva se dispone solo si concurren los tres presupuestos materiales, la gran mayoría de defensores optaba por centrarse en controvertir el peligro procesal. Incluso, entre los 55 casos en los que sí se cuestionó la probable pena mayor a 4 años, se produjeron algunas intervenciones interesantes.

En determinadas audiencias los defensores se mostraron mejor preparados que los fiscales, y ello se tradujo en un mejor manejo de categorías sustantivas y procesales. Por ejemplo, ante los vacíos en la fundamentación fiscal, en varias audiencias los defensores cuestionaron la concurrencia de los elementos del tipo, hicieron mención de causas que atenúan la responsabilidad penal, o de criterios para la determinación de la pena como las carencias sociales del imputado, con todo estos elementos lograron que por ejemplo hechos calificados en modalidades agravadas sean reconvertidos a modalidades simples, o que no parezca probable que se fuese a imponer una pena grave al imputado. Como resultado de esta estrategia, en varias de estas audiencias se denegó la prisión preventiva y en su lugar se dispuso comparecencia restrictiva.

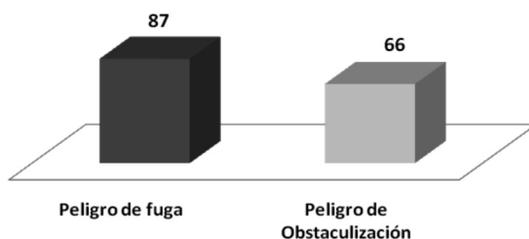
c) *Sustento del peligro procesal: peligro de fuga y peligro de obstaculización*

El tercer presupuesto material es el referido al peligro procesal, en sus dos manifestaciones: a) peligro de fuga, y b) peligro de obstaculiza-

ción. De las 112 audiencias observadas, los fiscales sustentaron el peligro de fuga hasta en 87 casos; y argumentaron peligro de obstaculización en 66 ocasiones, como máximo. De la diferencia de ambos indicadores, obtenemos el número de audiencias en la que los fiscales sustentaron tanto el peligro de fuga como el de obstaculización. Por ello es que en 21 oportunidades el Ministerio Público sustentó de manera concurrente ambos componentes del peligro procesal, pese a no ser una exigencia impuesta por la norma.

Gráfico 25

SUSTENTO FISCAL DEL PELIGRO PROCESAL



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

En Perú, el contenido del peligro de fuga y del peligro de obstaculización, como lo hemos visto en el apartado sobre la regulación normativa, se determina a partir de criterios descritos en los artículos 269° y 270° del CPP.

Si bien resulta recomendable ofrecerle al operador pautas de interpretación que redunden en una mejor definición de las pretensiones expuestas en audiencia, la redacción de los criterios considerados en el CPP, desborda el carácter referencial para tornarse en un listado de considerandos taxativos que, en ocasiones, antes que ayudar, dificultarían el análisis del peligro procesal. En ese sentido, algunos criterios del CPP no guardan concordancia con el componente del peligro procesal al que dan contenido.

Así por ejemplo, y partiendo del hecho de que el peligro procesal se debe calificar a partir de indicios concretos, ¿de qué manera la gravedad de la pena, por sí sola, se vuelve en un indicador de la intención de fuga del imputado? Creemos que esta relación no puede ser tomada como directamente proporcional. Por ello, sostenemos que los

criterios para determinar si estamos ante un caso de peligro de fuga u obstaculización, deberían ser referenciales, mas no taxativos.

Por otro lado, en cuanto a la intervención de fiscales y defensores –más adelante nos referiremos en concreto a los jueces–, la acreditación o contradicción del peligro procesal, respectivamente, debería ser sustancial en la intervención de ambos.

Si la acreditación del requisito sobre el vínculo fáctico entre el procesado y los hechos imputados se convierte en el marco que legitima cualquier discusión posterior sobre la configuración del peligro procesal; la prueba de que en efecto este concurre, constituye por su parte la justificación, primero, para el debate sobre la procedencia de la prisión preventiva, y segundo, para su efectiva disposición. En tal sentido, se espera que los fiscales lleguen a la audiencia de prisión preventiva contando con todos los medios de prueba necesarios para acreditar el peligro procesal.

Aunque se dice pronto, en la práctica resulta bastante complejo llevar a la práctica la sustentación del requerimiento fiscal a la audiencia, tanto más, si se consideran las circunstancias concretas de la tramitación de la prisión preventiva con el CPP. Recordemos que para el caso de las 112 audiencias observadas, 107 de los 141 detenidos fueron detenidos en flagrancia, hecho que generó el siguiente proceso:

- Lo usual es que le proporcione al fiscal elementos para formalizar la investigación preparatoria;
- Si de los primeros indicios advierte, además, que debería solicitar la prisión preventiva, lo más probable es que dadas las circunstancias de la detención considere cubiertos los dos primeros requisitos de la medida, como son la vinculación fáctica y la pena probable mayor a 4 años; y
- Advertirá, entonces, que tendrá, a lo sumo, **36 horas para acopiar los elementos de prueba que acrediten el peligro procesal.**

Incluso, siendo algo más estrictos, diríamos que en realidad el Ministerio Público en los casos de detención cuenta con poco menos de 24 de horas para reunir los elementos que acrediten el peligro procesal, ya que dentro de este plazo es que deberá presentar el requerimiento de prisión preventiva, y para hacerlo, como parte de su teoría del caso, debería encontrarse ya en la posibilidad de sustentar su pedido. Caso contrario, tendríamos que los fiscales presentarían los requerimientos de prisión preventiva con la confianza de reunir toda la

acreditación necesaria en las 48 horas restantes hasta que se realice la audiencia.

En cuanto a los defensores, diremos que este es el instante en el que se esperaría que haya un altísimo porcentaje de contradicción del sustento fiscal.

En lo que sigue, analizaremos en detalle la fundamentación de cada uno de los componentes del peligro procesal, y el rol desempeñado por los operadores al respecto.

i. Peligro de fuga: no arraigo del imputado

De acuerdo al artículo 269º, inciso 1, el primer criterio para determinar si la conducta del imputado representa peligro de fuga, es la imposibilidad de establecer su arraigo, sea domiciliario o laboral.

Producto de la observación de las 112 audiencias, y de las entrevistas aplicadas a los operadores, obtuvimos como dato que, al decir de fiscales, defensores y jueces, el arraigo es el supuesto más complicado de probar, y también al que más se recurre. De hecho, de los 4 criterios que dan contenido al peligro de fuga, es el de mayor sustentación. Este dato concuerda plenamente con la que es, quizás, la vinculación procesal más estrecha en cuanto al *periculum in mora* se refiere. Tal es la relación entre el peligro de fuga y la falta de arraigo del procesado, que en la práctica referirse a cualquiera de los elementos supone hacer alusión al otro, y viceversa. Por ello, no extraña que este criterio se convierta en el mayor recurso fiscal a la hora de sustentar el peligro de fuga.

Como lo vimos en el apartado sobre la calidad de la información en la audiencia, fiscales y defensores sostienen que el peligro de fuga es el supuesto más difícil de acreditar debido a la falta de información. A ello hay que agregarle casos en que después de presentada la denuncia, la víctima no hace el seguimiento del caso ni colabora aportando mayores elementos; de igual manera, la familia del imputado no comprende lo urgente que resulta contar con la información necesaria a tiempo. Fiscales y defensores se ven limitados en la búsqueda de evidencia referida al arraigo, debido a varios factores, como una importante carga de trabajo, escasos recursos y plazos cortos. En este escenario no se puede generar evidencia contundente sobre la existencia o no del peligro de fuga del imputado. Todo ello sin considerar que tuvimos la oportunidad de observar audiencias donde se expusieron casos extremos, en los que los investigados ni siquiera se

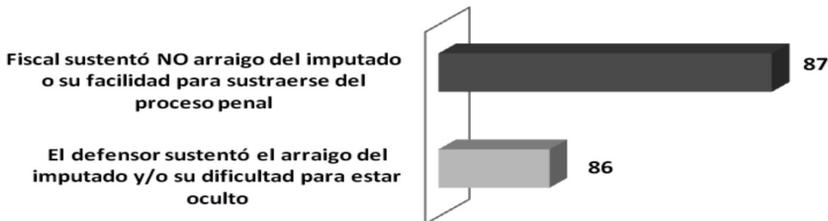
encontraban inscritos en el Registro Nacional de Identidad, es decir, no existen para el Estado.

En general, nos dio la impresión de que los rubros en torno a los cuales giraba el argumento sobre la concurrencia del peligro de fuga, fueron bastante limitados. A lo sumo, vimos presentaciones de certificados domiciliarios o laborales, pero no se mencionó, por ejemplo, desde cuándo el imputado vive donde dice vivir, cuántos empleos tuvo y por cuánto tiempo, carga familiar, adicciones, etc.

En cuanto al nivel de sustentación, pudimos notar que la participación de los operadores fue bastante pareja. En 87 audiencias los fiscales optaron por sustentar el peligro de fuga del imputado, a través del primer criterio postulado por el CPP; mientras que en 86 casos la defensa planteó contradicción.

Gráfico 26

DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES ACERCA DEL ARRAIGO DEL IMPUTADO,
COMO SUSPUESTO DE PELIGRO DE FUGA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Como era de esperarse, por estrategia de litigio la defensa contradujo en un número importante lo sustentado por el Ministerio Público. Dentro de sus posibilidades, los defensores –en especial los públicos– suelen emprender defensas activas valiéndose de documentación, u otros elementos de apoyo, que permitan acreditar el arraigo del imputado, como por ejemplo: constancias de trabajo, testimonios de familiares y vecinos, entre otros.

ii. Peligro de fuga: gravedad de la pena

Como ya se mencionó, para el caso del peligro procesal, el legislador peruano ha incluido pautas de interpretación que pueden ser consi-

deradas alternativamente en la sustentación fiscal; el problema reside en que en algunos casos dichas pautas lejos de clarificar, restan fortaleza a los argumentos orientados a argumentar el peligro procesal sobre la base de indicadores objetivos. Ese es el caso del segundo presupuesto del artículo 268°, referido a una pena probable mayor a los 4 años.

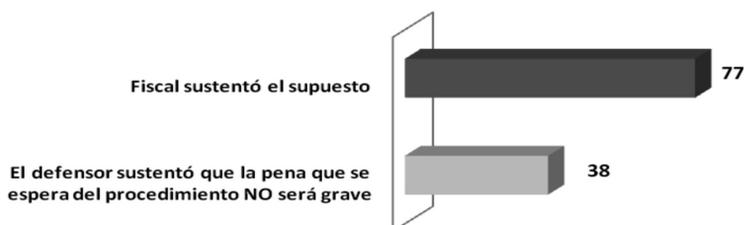
Para el legislador peruano, la gravedad de la pena, *per se*, es un indicador de la potencial fuga del investigado, por el solo hecho de la imputación que se incoa en su contra. Esta relación es por demás cuestionable, en la medida que no permite acreditar fehacientemente cómo es que a más pena, mayores posibilidades existen de que el imputado fugue.

En el práctica este tipo de supuestos no solo no aportan elementos que permitan considerar que en efecto el imputado intentará huir, sino que abre puertas para que algunos fiscales pretendan la disposición de prisión preventiva del imputado, sobre la base solo de dos presupuestos, y no de tres, como exige la norma. Es entonces cuando se produce la distorsión en la interpretación de los presupuestos materiales.

De acuerdo al inciso 2 del artículo 268°, se requiere probar que la pena a imponerse sería superior a los 4 años, y conforme al segundo inciso del artículo 269° referido al peligro de fuga, este quedará acreditado si se argumenta la gravedad de la pena. En las audiencias de prisión preventiva, observamos que en buena medida los argumentos empleados para sustentar el segundo presupuesto material,

Gráfico 27

DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES CON RELACIÓN A LA GRAVEDAD DE LA PENA QUE SE ESPERA DEL PROCEDIMIENTO



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

son luego repetidos para fundamentar la pena grave. Pero, además, otro tema preocupante es el alto porcentaje de fundamentación de este supuesto como parte del requerimiento fiscal. Esta situación nos revela que cuantas menos exigencias imponga la norma y el procedimiento, el ritmo de trabajo de los operadores tenderá a que se adopten los caminos más simples, y no necesariamente en beneficio del imputado.

Conforme a lo señalado, el gráfico 27 nos muestra que en 77 audiencias los fiscales sustentaron el peligro de fuga a través de la gravedad de la pena; mientras que a su turno en apenas 38 casos los defensores presentaron contradicción.

Si bien reconocemos que la sustentación fiscal se produce a la luz de lo que reconoce el Código, consideramos que es importante incluir mayores exigencias en la postulación de la solicitud del Ministerio Público, de modo que el sustento de la prisión preventiva recaiga exclusivamente en indicios objetivos, independientes de los presupuestos materiales previamente expuestos en audiencia.

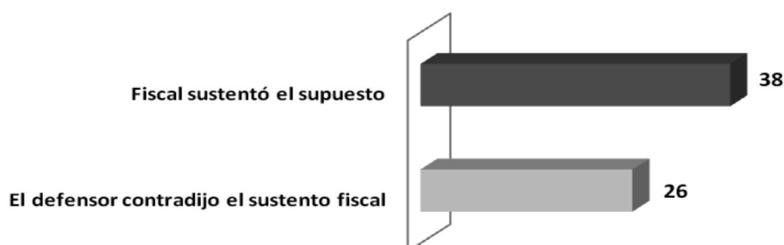
Respecto a la intervención de la Defensoría, se observó en las audiencias que un importante número de defensores no cuestionó el sustento de este criterio, actitud que contribuyó de manera tácita a reforzar la idea de que la sola mención a la pena con la que se sancionaría la comisión del ilícito imputado, bastaría para acreditar la supuesta intención de fuga del procesado. A diferencia de lo que en términos de estrategia pudo haber significado el no contradecir los dos primeros presupuestos materiales, consideramos que cuando se trata de la fundamentación de cada uno de los supuestos que componen el peligro procesal, la defensa debe esgrimir argumentos de descargo. En el caso concreto, quizás no fuese posible argumentar el que la posible pena a imponer sea grave, pero sí se podría instar al juez para que este a su vez exija mayores elementos que den cuenta de una real intención de fuga por parte del investigado, sin embargo, en lo que se refiere a este supuesto, apreciamos una actitud sumamente pasiva por parte de los defensores.

iii. Peligro de fuga: resarcimiento del daño y actitud del imputado

El tercer supuesto del peligro de fuga se refiere a la actitud del imputado de cara al resarcimiento del daño causado. Producto de la observación de las 112 audiencias, pudimos apreciar que a diferencia de los dos primeros supuestos del peligro de fuga, la acreditación del tercer criterio fue considerablemente menor. No resultó claro el por-

qué de la marcada diferencia respecto de los anteriores supuestos, en especial cuando los delitos más imputados fueron de naturaleza patrimonial. Los índices de sustentación fueron los siguientes:

Gráfico 28
DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES ACERCA DEL DAÑO RESARCIBLE
Y LA ACTITUD DEL IMPUTADO FRENTE A ESTE



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

A diferencia del criterio anterior, en relación a este supuesto, apreciamos nuevamente una buena intervención de los defensores, lo que además nos permitió corroborar que la defensa viene estableciendo algunas pautas de trabajo de manera institucional.

En relación a la intervención de la defensa en este punto, advertimos que los defensores presentaron, aunque en distintos distritos, criterios más o menos uniformes a la hora de contrarrestar lo argumentado por los fiscales. Los defensores partieron de afirmar que en la medida que sus patrocinados se consideraban inocentes por los delitos imputados, y no responsables por los supuestos daños causados, era lógico que no estuvieran dispuestos a resarcir un daño que, aseguran, no han causado. Esta línea de fundamentación, bastante lógica y coherente, fue argumentada por varios defensores en distintos lugares, lo que nos planteó la hipótesis de que la defensa pública estaría actuando conforme a determinadas políticas institucionales. Más tarde, algunos fiscales nos permitirían confirmar lo que suponíamos, al afirmar en las entrevistas aplicadas el que *la defensa trabaja con consignas*.

Lo que desde el enfoque fiscal, no es del todo conveniente, para quienes estuvimos por fuera de la audiencias observando el desempeño de los operadores, creemos que es altamente positivo el que las instituciones involucradas marquen pautas de trabajo, protocolos de

actuación, líneas de argumentación, etc. El obviar que la buena fortuna de los escasos asignados a los operadores es tarea que depende exclusivamente del funcionario a cargo, importa que la institución asuma como tal lo que cada uno de sus integrantes enfrenta de manera individual, además de fijar criterios que permiten una mayor y mejor supervisión del desempeño de los operadores.

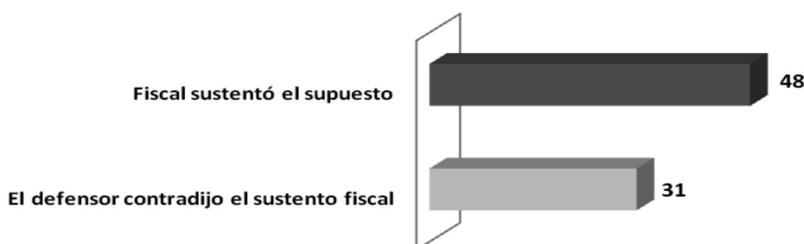
iv. Peligro de fuga: comportamiento del imputado

En principio, resulta conveniente precisar que cuando analizamos el supuesto del CPP que hace referencia al *comportamiento del imputado durante el procedimiento, o en otro procedimiento anterior*, debemos realizar un análisis restrictivo de este enunciado, considerando únicamente aquel procedimiento que, aunque iniciado de manera previa, continúa vigente, y donde además, debido a su inconcurrencia, el imputado hubiese sido declarado reo contumaz. Es decir, no debería considerarse como parte del análisis actual el comportamiento del imputado en procesos previos, ya concluidos.

En esa medida, resulta coherente el hallazgo en relación al número de sustentos fiscales, si tomamos en cuenta además que un importante número de procesados no cuentan con antecedentes judiciales. Así, sobre el nivel de sustentación del último de los supuestos del artículo 269°, se hallaron los siguientes resultados:

Gráfico 29

DESEMPEÑO DE LOS OPERADORES SOBRE EL COMPORTAMIENTO DEL IMPUTADO DURANTE EL PROCEDIMIENTO O EN OTRO ANTERIOR



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

A diferencia de los dos últimos criterios, una declaración de contumacia en un proceso en trámite, es un signo evidente y objetivo de la clara intención del imputado de eludir el proceso penal. Pese a ello,

algunos fiscales hicieron mención a resistencias mostradas por el imputado al momento de su detención, por ejemplo.

La defensa por su parte mostró nuevamente un adecuado nivel de contradicción, lo que permitió niveles interesantes de debate en audiencia. Con todo, no fue mucho lo que se aportó en relación a este rubro.

v. *Peligro de obstaculización*

Con relación al peligro de obstaculización, solo en 66 casos fue sustentado por el fiscal; es decir, alcanzó el 50% de las audiencias observadas.

En términos generales, es un importante nivel de fundamentación del peligro procesal, ya que frecuentemente los fiscales acreditan el peligro de fuga, en concreto, el no arraigo del imputado, y adicionalmente, para el caso peruano, la gravedad de la pena. Esto quizás tenga explicación debido a los retos que supone probar la intención del imputado de, por ejemplo, destruir, modificar o alterar medios de prueba, o de influir negativamente en posibles testigos.

De hecho, la dificultad de probar es mayor para el caso de los supuestos de peligro de obstaculización, tanto por el contenido de los criterios, como por el tiempo con el que cuenta el fiscal, primero, para advertir que en efecto el imputado tiene una conducta que podría encuadrarse dentro del peligro de obstaculización; y segundo, para acopiar elementos de prueba que sustenten sus afirmaciones en audiencia.

Insistimos en las dificultades que impone trabajar con plazos cortos. Recordemos que en el grueso de las audiencias observadas, los detenidos fueron capturados en flagrancia, con lo cual, si comparamos las exigencias que implica para un fiscal acopiar elementos de prueba que, por ejemplo, acrediten el no arraigo del imputado o la gravedad de la pena, y por otro, la intención de destruir medios de prueba, es evidente por qué el Ministerio Público se decantaría por acreditar lo primero. Es decir, el peligro de fuga.

Con todo, el nivel de acreditación del peligro de obstaculización es importante, lo que además valoramos como positivo, en tanto es un indicador de la capacidad de acción de los fiscales durante las primeras horas después de formalizada la investigación. Sin embargo, quedaría por mejorar, el que se logre, sea para el caso del peligro de

fuga o para el caso del peligro de obstaculización, una acreditación del 100% de los supuestos, pues finalmente, como lo hemos visto, con ninguna de las manifestaciones del peligro procesal se alcanzó dicho resultado.

3.5 Hallazgos sobre la participación de los jueces

Como último punto del reporte, nos referiremos a los jueces, a su actuación en audiencia y a la calidad de sus decisiones.

Al observar las audiencias y aplicar las herramientas generadas para el trabajo de campo, obtuvimos información reveladora sobre la nueva percepción de las partes sobre los magistrados, la participación de estos en las audiencias y su adaptación al cambio de modelo.

Cuando les preguntamos por ejemplo, tanto a fiscales como a defensores, cuál era su opinión sobre los jueces, aunque con matices, las respuestas en general fueron bastante positivas:

- Defensor de Piura: *la participación del Poder Judicial (jueces) es buena; ahora cuando un requerimiento no está bien sustentado, se rechaza inmediatamente el pedido del fiscal.*
- Fiscal de La Libertad: *la participación del Poder Judicial ha mejorado, antes era bastante regular; ahora es buena.*
- Defensor de Tacna: *al Poder Judicial lo calificaría como bueno; considero acertadas las decisiones judiciales.*
- Fiscal de Cusco: *la intervención del Poder Judicial es buena, aunque habría que revisar algunos pronunciamientos y uniformizar criterios de interpretación del peligro de fuga.*

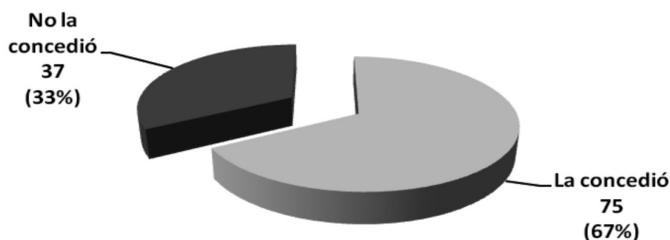
Así tenemos que existen importantes coincidencias en relación a la buena participación de los jueces en audiencia, y a partir de ello, una revalorización y aceptación de los pronunciamientos de la judicatura. Fue evidente para quienes observamos las audiencias de prisión preventiva, que el nuevo modelo está permitiendo que el fallo judicial, como tal, recupere esa suerte de legitimación social que supone su acato sin cuestionamientos relacionados a una posible parcialidad, y mucho menos, corrupción de los jueces. La audiencia permite el que se transparente el proceso, y con él, el rol que cumplen los operadores; en ese marco se puede estar en desacuerdo con la motivación judicial, pero no sostener que fue dada por operadores sin preparación o corruptos.

Junto con la renovada legitimidad del fallo judicial, rescatamos las modificaciones en la actuación y pensamiento de los magistrados. La renovada judicatura del nuevo modelo, pese a contar con varios miembros que antes de la vigencia del CPP se desempeñaron como jueces instructores, parece haber internalizado premisas básicas del sistema cautelar, como son la excepcionalidad, provisionalidad y proporcionalidad de las medidas que se dicten, en especial, de la prisión preventiva.

Por beneficiar en concreto al imputado, el nuevo enfoque que realiza la judicatura es claramente reconocido antes por defensores que por fiscales; aun así, ambas partes admiten que pretender cualquier acercamiento a la antigua forma de valorar el contenido y concurrencias de los presupuestos materiales en pos de disponer la aplicación preventiva contra los “delincuentes”, importaría un altísimo costo social y un lamentable retroceso en el proceso de reforma. Un primer ejemplo de este cambio es el nivel de prisiones preventivas dispuestas *versus* el nivel de requerimientos fiscales, sin considerar los 107 casos de detención en flagrancia.

Gráfico 30

DECISIÓN JUDICIAL SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Como se aprecia en el gráfico 30, de las 112 audiencias, en 75 (67%) de ellas se dispuso la aplicación de la prisión preventiva; mientras que en los 37 casos restantes se denegó. Este hecho marca una primera diferencia con las prácticas del antiguo modelo: la detención no es más la regla, pues existe un efectivo control en la audiencia. Adicionalmente, debemos considerar que los jueces del nuevo sistema rechazaron pedidos de prisión preventiva que en el viejo modelo se habrían dispuesto, incluso en casos con detenidos

en flagrancia; de allí una segunda diferencia: la vinculación del imputado con el hecho no supe más la falta de peligro procesal; en los distritos reformados las prisiones preventivas no se aplican en base a la aparente responsabilidad penal del imputado, sino en función a la concurrencia real de determinados supuestos, en atención a las finalidades cautelares.

Ahora bien, pese a estas valiosas innovaciones en la intervención de los jueces en las primeras etapas del nuevo proceso penal en Perú, también es cierto que quedan varios temas por trabajar con los magistrados, a nivel de compromiso con los principios básicos del nuevo modelo, como en relación a la capacitación en desarrollo de destrezas de litigación oral y argumentación jurídica.

Al tomar nota de la dinámica de la audiencia, así como de los elementos positivos y aquellos que restan por mejorar en función de cada uno de los operadores, detectamos que los jueces tenían ciertas complicaciones, básicamente, con tres aspectos: i. la dirección de la audiencia, ii. el contenido del fallo judicial, y iii. la emisión del fallo de manera oral, pública e inmediata en la misma audiencia.

i. La dirección de la audiencia

La dirección de la audiencia parece acarrear algunos problemas para los magistrados, en especial cuando se solicita la prisión preventiva contra varios imputados. El orden en que se debate la pertinencia de la medida, y un manejo notoriamente formalista de algunos magistrados, hace que la forma prime sobre el contenido del debate; importa más el orden en que intervengan las partes, antes que aclarar qué supuesto se discute y qué dice fiscalía y defensa sobre cada uno de ellos. Al respecto, en algunos distritos judiciales reformados de Perú, surgió el debate en torno a cuál era la mejor manera de sustentar los presupuestos materiales, si permitiendo que cada operador exponga todo lo que tenga por decir, o si cada uno interviene conforme se aborde presupuesto por presupuesto. Pues bien, en algunos distritos parece que los magistrados ponen más atención en a quién cederle la palabra, que en escuchar efectivamente lo que se sustenta en audiencia. Creemos que ambas formas de sustentación son válidas, siempre que le permitan al juez estar claro de qué se sostiene sobre cada uno de los supuestos de la norma.

ii. El contenido del fallo judicial

Si examinamos los niveles de valoración judicial en relación al índice de sustentos del Ministerio Público²², podremos observar que pese a que en promedio esta siguió de cerca la pauta fijada por el sustento fiscal, en todos los casos se registró un nivel de valoración judicial inferior al número de sustentos fiscales. Esta falta de coincidencia al 100%, refleja claramente déficits en la motivación judicial.

Una vez transcurrida la audiencia, cuando tocaba que los jueces a cargo emitan sus disposiciones, pudimos apreciar buenas motivaciones, pero también nos encontramos con casos en que los magistrados no se explicaban de manera completa y suficiente por qué valoraban de tal o cuál manera lo argumentado por las partes. En casos extremos, ni siquiera a modo descriptivo se hizo mención de lo dicho por las partes en el debate. En ese sentido, se obtuvieron los siguientes indicadores:



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

²² No consideramos la contradicción de la defensa, pues en caso que esta no haya cuestionado los argumentos de cargo, ello no eximirá al juez de pronunciarse sobre lo sustentado por el Ministerio Público.

En las audiencias fuimos testigos de que esta falta de concordancia entre el índice de sustento fiscal y la valoración judicial tiene relación con el modo cómo se dirige la audiencia y cómo se sustentan los presupuestos materiales. En efecto, en audiencias en las que el debate fue especialmente confuso y desordenado, o en aquellas en las que se condujo el debate con extrema rigurosidad y notorio formalismo, los jueces adelantaron opinión durante el contradictorio, elaborando una suerte de conclusiones anticipadas conforme transcurría la audiencia. Cuantas más conclusiones se adelantaban, menos información se incluía luego en la motivación de la resolución al término de la audiencia. A continuación algunos ejemplos:

En determinadas audiencias, al exponer el Ministerio Público los argumentos del segundo presupuesto material –pena a imponer mayor a 4 años–, producto del debate se determinaba que las circunstancias agravantes sustentadas por el fiscal en realidad no eran tales, entonces, después de realizar algunas preguntas aclaratorias, el juez finalizaba su intervención de manera conclusiva, afirmando que en realidad se estaba frente a la modalidad simple del tipo imputado, lo que tenía incidencia directa en la no mención de la valoración sobre la concurrencia o no de este presupuestos en la resolución judicial.

Otro ejemplo lo conformaron los casos en los que los jueces consideraron que los argumentos del Ministerio Público no fueron debidamente acreditados. Esta circunstancia se presentó de manera especial cuando se sustentó que el imputado no estaría dispuesto a resarcir el daño, como manifestación del peligro de fuga, o se alegaba una supuesta obstaculización del proceso. En ambos casos, habrían problemas con la actividad probatoria.

Si bien es comprensible el porqué de la desestimación judicial de ciertos extremos del requerimiento fiscal, no queda claro por qué no se explicita dicha desestimación cuando se oraliza la motivación judicial, tanto más, si la sola no inclusión de estos extremos en la argumentación del fallo judicial, constituye en sí misma una valoración negativa de lo fundamentado por el Ministerio Público. Por ello, sería recomendable que a igual nivel de intervención de los fiscales, corresponda igual número de pronunciamientos judiciales, debida y suficientemente motivados.

Así las cosas, pudimos observar que solo en 57 fallos judiciales hubo una consideración conjunta de los requisitos de prisión preventiva, de modo que en 18 casos en los que se dispuso la medida, la moti-

vación judicial fue deficiente, y ello constituye un hecho grave que requiere la implementación de medidas que permitan revertir estos indicadores.

Gráfico 32

¿QUÉ ELEMENTOS CONSIDERÓ EL JUEZ CUANDO DECIDIÓ
POR LA PRISIÓN PREVENTIVA?

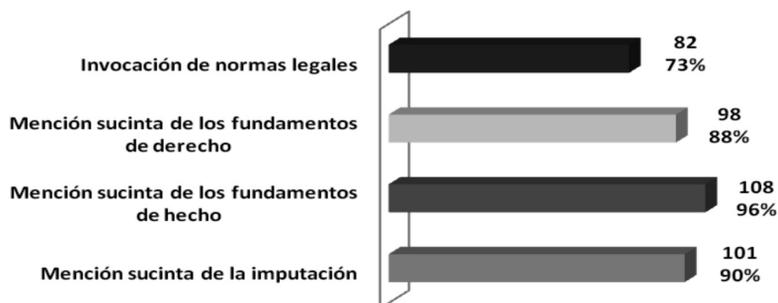


Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Ahora bien, una primera lectura de estas cifras podría llevarnos a interpretar estos resultados como evidencia de rezagos inquisitivos en algunos magistrados. Sin embargo, si interpretamos esta información de la mano con otros datos también ciertos e importantes, que dan cuenta de la percepción positiva que existe sobre el trabajo de los jueces, entonces nos centraremos más que en la preocupación, en el terreno de la propuesta, para impulsar desde allí la capacitación de los jueces, de manera exigente y sostenida.

De hecho, nos inclinamos a considerar que las deficiencias en la motivación judicial radican en la falta de capacitación, y no así en la mera existencia de prácticas y pensamientos inquisitivos, pues si ahondamos en la revisión de las resoluciones, advertiremos que las deficiencias en la motivación judicial se relacionan con la exposición de la decisión de los jueces, antes que con la comprensión del debate o la valoración de los requisitos de la prisión preventiva. Es decir, se trataría de un problema relacionado con la capacidad de oralizar la motivación en abstracto, más que en la no comprensión, o peor aún, la no intención de hacerse cargo de todo lo debatido en audiencia. Para comprender mejor esta afirmación, observemos el siguiente gráfico:

Gráfico 33
CRITERIOR DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

De acuerdo al CPP, la motivación judicial debe comprender 4 componentes: 2 de naturaleza fáctica y 2 de naturaleza jurídica. El artículo 271° del CPP señala expresamente los siguientes componentes:

- i. Las citas legales;
- ii. Los fundamentos de derecho;
- iii. Los fundamentos de hecho; y
- iv. La descripción sucinta de la imputación;

Con base a los resultados obtenidos, tenemos que la primera conclusión a la cual lleva este gráfico es que, en términos generales, los jueces de investigación preparatoria cumplen con invocar oralmente los supuestos antes mencionados a la hora de exponer sus decisiones. Si bien la invocación de los fundamentos de derecho y de las citas legales no se registran en todos los casos, sí se señalan en la mayoría de ellos.

Asimismo, destaca que el criterio más invocado (108 de 112 audiencias) fue la mención sucinta de los hechos, seguida de la mención resumida de la imputación. Valoramos este hecho como positivo, dado que constituye la base para comprender si las circunstancias del caso ameritaban la decisión de fondo; es decir, la disposición o desestimación de la prisión preventiva.

Entonces, si en 108 audiencias los jueces reprodujeron en su resolución los elementos más saltantes de los casos expuestos, ¿cómo es que apenas 57 de los 75 audiencias en que se decidió la prisión preventiva, no se verificó la valoración pormenorizada de los requisitos concurrentes? Esta aparente incongruencia reforzaría lo antes

afirmado: habrían ciertos problemas a la hora de oralizar, en detalle, el contenido del fallo judicial.

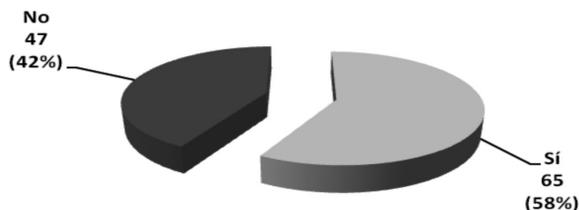
iii. Emisión del fallo oral en audiencia

De acuerdo a los hallazgos, solo en 58% de los casos los jueces decidieron la prisión preventiva en la misma audiencia. Mientras que en el 42% restante, se postergó el pronunciamiento del fallo. Este remanente corresponde a los casos de suspensión o reprogramación de la audiencia.

En los casos de suspensión, el juez postergó la emisión de su fallo en audiencia por un tiempo determinado –hasta 5 horas conforme lo hemos apreciado–, dependiendo de la complejidad que suponga la elaboración de su pronunciamiento. En el segundo supuesto, la reprogramación, el juez suspendió la audiencia y dispuso su continuación para una fecha u hora posterior, de modo que la resolución no se oraliza en la misma audiencia, sino que en los hechos se programa una audiencia distinta. En ambos casos consideramos que se trata de hallazgos sumamente preocupantes.

Gráfico 34

¿EL JUEZ DECIDIÓ SOBRE EL PEDIDO EN LA MISMA AUDIENCIA?



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Al dialogar con los operadores antes de la observación de las audiencias y de aplicar formalmente las entrevistas, se nos dijo por ejemplo que *pese a que los jueces por regla general deben resolver inmediatamente en audiencias, excepto en casos complejos donde es atendible la demora, muchas veces no lo hacen, disponiendo recesos injustificados, lo que les permite revisar apuntes e incluso la misma carpeta fiscal*. Considerando estos antecedentes observamos con especial atención las audiencias, y fuimos testigos de los recesos y de las suspensiones de las que se nos advirtió.

Por lo que pudimos apreciar, un porcentaje importante de magistrados tienen problemas para sustentar de manera oral, pública e inmediata sus resoluciones, por lo que echan mano de las suspensiones de la audiencia, para preparar así sus resoluciones. Pero además, y como un hecho casi tan grave como lo primero, estas suspensiones no quedan resgitradas, de modo que es imposible realizar cualquier tipo de monitoreo, a menos que se realice una observación directa de la audiencia.

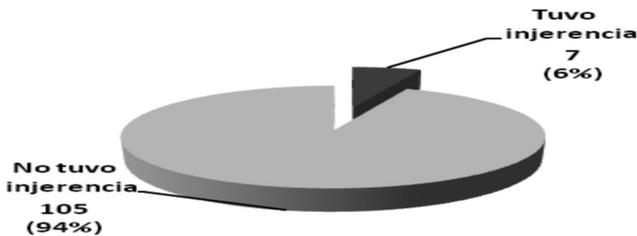
En cuanto a otros hallazgos vinculados a la participación del juez en la audiencia de prisión preventiva, hemos indetificado los siguientes:

- *Sobre la intervención de las partes sin injerencia de los jueces*

Como parte del modelo mixto reformado o inquisitivo, estuvimos acostumbrados a la figuras del juez instructor y del juez de juicio, como aquellos operadores de poder ilimitado que podían intervenir en el proceso, no solo para dirigirlo y tomar las decisiones que se requieren y que le competen, sino que además tenían la capacidad para, en ocasiones, suplir a las partes, desde las disposiciones de oficio, tanto de medidas cautelares como de medios de defensa, pasando por la prueba, hasta la formulación de preguntas a testigos y peritos. Así, nos interesó conocer cuáles eran los alcances de la dirección judicial de la audiencia, y si en alguna medida el juez de investigación preparatoria estaría supliendo a las partes. A partir de la observación de las audiencias obtuvimos la siguiente información:

Gráfico 35

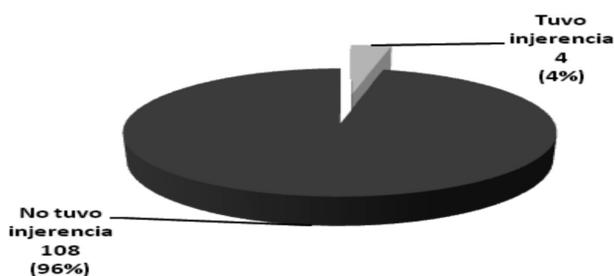
EL JUEZ TUVO INJERENCIA EN LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL
(FUNGIENDO DE PARTE)



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Gráfico 36

EL JUEZ TUVO INJERENCIA EN LA INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR
(FUNGIENDO DE PARTE)



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Las cifras que se observan en los gráficos precedentes, dan cuenta de que la regla general es que los jueces autopongan límites a sus intervenciones, de manera que en la práctica no están sustituyendo a las partes. En efecto, al observar las audiencias notamos que incluso cuando algunos jueces tuvieron problemas para dirigir adecuadamente la audiencia, no se deslizaron de su rol de jueces, ni procuraron hacer las veces de fiscales o jueces.

Creemos que este resultado es evidentemente positivo, ya que la injerencia de los jueces es mínima, pese a que muchos de ellos se desempeñaron como operadores del antiguo sistema. El que en un registro de 112 audiencias observadas, solo en 7 de ellas se haya producido una injerencia no conveniente ni deseada, da cuenta de los avances positivos del proceso de implementación. Este hecho no quita, desde luego, el que sea necesario lograr la sostenibilidad y reforzamiento del cambio, y no habrá mejor manera de hacerlo que a través de la capacitación.

- *Sobre la capacidad de los jueces para escuchar vs. la lectura de la carpeta fiscal*

Uno de los rezagos inquisitivos más cuestionados en el nuevo modelo es la generación de carpetas fiscales o falsos expedientes, por el temor de que a la larga terminen condicionando la imparcialidad de los magistrados, debido a la llamada contaminación de los jueces. Esta preocupación ha sido, y es, materia de debate en Perú, ya que el CPP contempla la formación de la carpeta fiscal y judicial. De allí que se haya procurado en algunos distritos reformados inaplicar las normas

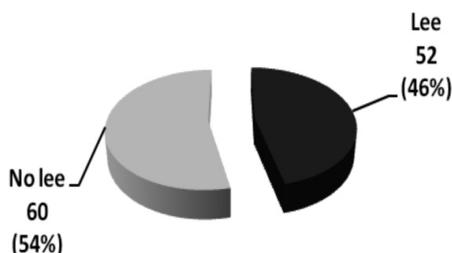
del Código que establecen crear el *expediente judicial*; mientras que en otros, se ha buscado, por lo menos, el compromiso institucional de los jueces de no acceder a los hechos materia de debate hasta la realización misma de la audiencia.

Con el objeto de medir si es que esta práctica se mantenía vigente en el nuevo sistema, y cuál era su impacto concreto en la dinámica de la audiencia y en la resolución judicial, es que hemos recogido los siguientes indicadores.

- A la pregunta: ¿el juez lee la carpeta fiscal?, advertimos lo siguiente:

Un número considerable de jueces revisan la carpeta fiscal. Desde que se inicia la audiencia notamos que los magistrados revisan la carpeta para corroborar los datos del imputado, extraer fechas, etc. De acuerdo a los resultados obtenidos sobre el nivel de prevención de los jueces, se tiene que en 52 (46%) de los casos se leyó el expediente o carpeta fiscal. Esta cifra es considerable, de cara a los estándares ideales de no acceso previo a la información por parte de los jueces.

Gráfico 37
¿EL JUEZ LEE LA CARPETA FISCAL EN LA AUDIENCIA?



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Lo dañino de la prevención, o contaminación judicial, es que la audiencia se torne en un espacio de presencia formal de las partes, mas no de generación de información relevante para la decisión judicial. Los riesgos son mayores si, como viene ocurriendo en las audiencias de prisión preventiva, los jueces suspenden las audiencias para poder elaborar sus resoluciones.

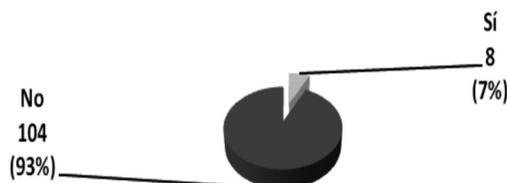
Sin perjuicio de que la lectura o acceso a la carpeta fiscal se mantenga como tema pendiente de ser superado, quisimos conocer, además, si por ahora esta mala práctica estaría afectando el contenido de las resoluciones al incluir información no proporcionada por las partes en el contradictorio.

A la pregunta, ¿el juez decidió el pedido de prisión preventiva sobre la base de información no ofrecida por las partes?, se arrojaron las siguientes cifras:

De las 112 audiencias observadas, en 104 casos los jueces basaron su resolución exclusivamente en lo expuesto y debatido por las partes. Así lo hemos verificado caso por caso, al notar que pese a las suspensiones de audiencia y revisiones de la carpeta fiscal, los fallos de los magistrados no contuvieron información no proporcionada por las partes.

Gráfico 38

¿EL JUEZ DECIDIÓ EL PEDIDO DE PRISIÓN PREVENTIVA SOBRE LA BASE DE INFORMACIÓN NO OFRECIDA POR LAS PARTES?



Fuente: Observación de 112 audiencias de prisión preventiva. Elaboración propia.

Aunque positivo, este dato debe ser analizado con reservas, debido a las deficiencias en la motivación judicial. Si como hemos visto, a un porcentaje importante de magistrados les cuesta fundamentar sus resoluciones de manera inmediata en la audiencia, hecho que motiva además la suspensión de la misma, no extrañaría que se generen resoluciones basadas más en el papel que el debate. Ahora, es cierto también que la audiencia permite a las partes controlar en el mismo acto si la motivación judicial se condice con lo de debatido, no obstante, no podemos dejar como potestad discrecional de las partes el control del fallo, sin exigir a los jueces que, independientemente de la actuación de defensores y fiscales, conduzcan su intervención de la audiencia siempre al margen del papel.

REFLEXIONES FINALES

La aplicación de la prisión preventiva es un tema central en el debate acerca de la importancia de la justicia penal y de su eficacia, y cobra particular relevancia cuando se evalúa el impacto de las reformas procesales penales en los países de las Américas. Esto se debe, entre otros factores, a la necesidad de evaluar el estado de los procesos de reforma, los mismos que suelen traer consigo mayores niveles de respeto a las garantías, y posibilidades concretas, para ejercer los derechos en el marco del debido proceso judicial.

Este estudio profundiza en la observación de 112 audiencias para solicitar y decidir la prisión preventiva en Perú, con el nuevo Código Procesal Penal. Al iniciar la investigación, se asumió como hipótesis central que las audiencias previas al juicio oral constituyen la principal innovación del nuevo diseño procesal penal, donde se abren posibilidades para verificar un cambio real en el desempeño de los operadores, de forma que se superen las características negativas, tradicionalmente vinculadas a nuestro sistema judicial, como son la excesiva formalidad, la burocracia, la mera tramitación de escritos y la lentitud en las decisiones y respuestas frente al delito y el crimen. El ámbito de la prisión preventiva no es ajeno a esta realidad.

El primer aspecto que este estudio demuestra es, justamente, el gran impacto que ha tenido la introducción de la audiencia para requerir y decidir la prisión preventiva en Perú, a partir de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal. La observación metodológica y técnica de las 112 audiencias sobre prisión preventiva en 7 distritos judiciales del país, nos lleva a sostener que estas enmarcan y brindan soporte a una nueva forma de decidir las medidas cautelares, motivando la puesta en práctica de los principios de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción y derecho a la defensa. En efecto, este informe, de manera transversal, demuestra que más allá de la necesidad de cambios normativos, es fundamental que el nuevo sistema de justicia penal represente cambios a nivel cultural de los operadores, que permitan prácticas de acercamiento de la justicia a los ciudadanos. En este sentido, la audiencia oral, pública y contradictoria, se visualiza como la mejor fuente de información para evaluar el desempeño de los operadores en el trabajo diario.

Este estudio afirma que la reforma procesal penal está teniendo un impacto positivo en la aplicación racional y sustentada de la prisión preventiva, lo que se visualiza como un proceso prometedor para el mejoramiento de la calidad del servicio judicial en el país.

En primer término, el trabajo de campo efectuado nos lleva a sostener que, en los distritos judiciales estudiados, hay una tendencia a la reducción de las personas privadas de la libertad en condición de procesados, y un incremento de los presos con condena. Si bien las cifras de las provincias con reforma no modifican aún la tendencia nacional de un mayor número de procesados que sentenciados privados de libertad –ello debido a que el mayor porcentaje de presos están concentrados en Lima, donde aún rige el viejo proceso penal–, es necesario advertir que debe tenerse cuidado en la sostenibilidad de estos resultados en el tiempo, evitando modificaciones legislativas que busquen flexibilizar los requisitos establecidos en la norma para facilitar, así, la disposición de la prisión preventiva. Esto representaría un retroceso para el país, en términos del acceso a la justicia y respeto al debido proceso, más aún si consideramos que la reforma procesal penal está todavía en pleno proceso de cimentación. Asimismo, como se destaca en esta investigación, debe tenerse en cuenta que, en el caso peruano, la nueva legislación procesal penal ya comprende ciertos requisitos para disponer la prisión preventiva, que han sido debatibles desde el punto de vista de la doctrina y la experiencia internacional, tales como la gravedad de la pena.

El cambio en la actitud y las prácticas de los operadores es el segundo hallazgo de este reporte. Un sistema de audiencias no podría introducirse ni desarrollarse exitosamente sin la disposición al cambio por parte de los fiscales, jueces y defensores. En este sentido, destacamos la labor que vienen ejerciendo las instituciones para capacitar a sus funcionarios, que incluye el trabajo de los policías como principales agentes de la detención en flagrancia, así como de los administradores y del personal de apoyo fiscal, judicial y de la defensa, a cargo de la gestión de las audiencias.

La reducción de los requerimientos de prisiones preventivas por parte de los fiscales es un hallazgo medular de este informe. Si bien no pudo medirse la diferencia con relación al sistema anterior (dado que no existe información disponible sobre la aplicación de la prisión preventiva antes del nuevo sistema procesal penal), lo cierto es que las cifras del Instituto Nacional Penitenciario sobre la reducción de presos preventivos en los distritos judiciales estudiados, sumado a los indicadores abordados en este reporte para evaluar el desarrollo de las audiencias, nos llevan a afirmar que hay una mayor selectividad en el Ministerio Público para solicitar la aplicación de esta medida de coerción procesal.

En la mayor selectividad de los fiscales para solicitar la medida de coerción procesal juegan un rol fundamental los defensores, en es-

pecial, los defensores públicos. Este estudio, a partir de base empírica, confirma que la Defensoría Pública viene ejerciendo un rol muy importante en el control de la aplicación de la prisión preventiva, coadyuvando indirectamente al mejoramiento de la calidad del trabajo de los fiscales. Los defensores públicos asumen alrededor del 47% de las audiencias donde se requiere la prisión preventiva, y con su desempeño, contribuyen a que el 37% de estos pedidos sean declarados infundados y se disponga la aplicación de otra medida cautelar.

En cuanto a los jueces, este informe confirma que el proceso para asumir un rol imparcial de cara al requerimiento fiscal y a la defensa, va cobrando, paulatinamente, fuerza en el ámbito judicial. En líneas generales, los indicadores aplicados en este estudio nos llevan a señalar que los jueces, como directores de la audiencia, se están alejando cada vez más de los rezagos del sistema inquisitivo, para asumir una función garantista y de control, conforme les corresponde.

Este informe estudia, detenida y detalladamente, la actuación de los fiscales, defensores y jueces, valorando la fundamentación oral que a cada uno le corresponde en las audiencias de prisión preventiva. Para ello, siguiendo un desarrollo metodológico, el análisis se desagrega por cada operador en función de los presupuestos del artículo 268° del Código Procesal Penal, así como en las argumentaciones sobre el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para el proceso penal. Sobre el particular, destaca la necesidad de fortalecer las capacidades de los operadores para sustentar oralmente en las audiencias, tal como lo exige la norma, de forma concurrente los tres requisitos para solicitar la imposición de la prisión preventiva. Ello es una necesidad central para optimizar el desempeño fiscal, pero también abarca a los defensores y jueces.

En términos generales, los hallazgos dan cuenta de un buen nivel en la calidad de las fundamentaciones fiscales, así como en la contradicción ejercida por la defensa y la decisión judicial. Empero, este documento muestra también los espacios donde es necesario incidir con la capacitación de los operadores, sobre todo en la línea de la visión estratégica y el diseño de la teoría del caso por parte de los fiscales y defensores; y en el reforzamiento de la función de control por parte de los jueces, así como en la capacidad para argumentar oralmente sus decisiones.

Este reporte demuestra que el principal motivo de suspensión de las audiencias de prisión preventiva ya iniciadas, es el tiempo requerido por los jueces para emitir su decisión final. Solo en el 65% de las au-

diencias observadas, los jueces emitieron su decisión sin necesidad de interrumpir la audiencia, lo cual da luces sobre lo significativo de capacitar a los operadores en materia de estructuración y argumentación oral. De igual modo, la investigación arroja que, en promedio, se requieren 37 horas para llevar un caso con detenido en flagrancia a una audiencia de prisión preventiva. Es fundamental efectuar ajustes a los mecanismos de coordinación interinstitucionales y de gestión para reducir estos tiempos, sobre todo teniendo en cuenta que se viene proyectando la próxima vigencia del Código Procesal Penal a distritos con mayor carga procesal penal.

Finalmente, no podemos cerrar este informe sin hacer referencia a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo adelante la vigencia del nuevo Código Procesal Penal a los delitos asociados a casos de corrupción o a la ciudad capital de Lima. Consideramos que sin la debida implementación y, sobre todo, capacitación, estas medidas podrían poner en serio riesgo lo avanzado hasta aquí, especialmente en el ámbito del respeto a las garantías y derechos para decidir la prisión preventiva. El desempeño de la calidad técnica de los operadores no siempre es bien vista, especialmente considerando los factores políticos que contextualizan a la administración de justicia.

ANEXO 1: METODOLOGÍA APLICADA

El presente estudio tiene un carácter exploratorio y analítico, bajo un enfoque propositivo. La primera fase de la investigación consistió en el diseño del proyecto, precisando los objetivos generales y específicos, la justificación, la metodología a seguir y la definición de las fuentes e instrumentos técnicos a aplicar.

En la segunda fase se convocó e integró al equipo humano de trabajo. Se conformaron dos subequipos: el primero en la ciudad capital de Lima, y el segundo, en los 7 distritos judiciales donde rige el Código Procesal Penal y donde se proyectó realizar el trabajo de campo.

La tercera fase estuvo abocada a elaborar las pautas específicas para el desarrollo de la investigación. En esta etapa, a través de reuniones semanales, se elaboró el cronograma de trabajo, la ficha técnica para la observación de las audiencias de prisión preventiva, ficha de datos cualitativos, la ficha para entrevista de operadores, y las pautas para los investigadores a cargo de aplicar estas herramientas en terreno, así como la formulación de los indicadores. La ficha técnica para la observación de las audiencias de prisión preventiva se diseñó consi-

derando dos referentes: la ficha técnica “*Observación de audiencias de control de detención*” elaborada por la investigadora Nataly Ponce, para la observación de audiencias penales en Santiago de Chile (2007), y la ficha aplicada en el estudio de Bolivia en el libro *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas* del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2008). El tercer elemento valorado fue la regulación del Código Procesal Penal en materia de prisión preventiva. La ficha cualitativa y la entrevista fueron diseñadas por el equipo de Lima.

El 9 de enero de 2010 se realizó en Lima la reunión de coordinación general, con la finalidad de que el equipo de investigadores, en su integralidad, conozca y estandarice los objetivos y principalmente los criterios a seguir para el trabajo de campo. En esta reunión, con el auspicio del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), se reunieron los 10 investigadores, quienes analizaron de manera conjunta cada uno de los rubros a recopilar en el trabajo de campo. En esta oportunidad, se absolvieron las consultas y dudas existentes y se entregaron las herramientas diseñadas.

La cuarta etapa metodológica de este estudio consistió en la observación de 112 audiencias de prisión preventiva en los 7 distritos judiciales que comprende el reporte: Arequipa, Cusco, Huaura, La Libertad, Lambayeque, Piura y Tacna. En esta fase también se recopiló la información cualitativa y cuantitativa disponible en cada región.

En la quinta etapa se sistematizó la información obtenida. Para integrar los resultados de la aplicación de la ficha para la observación de audiencias, se diseñó una base de datos. A esta fase siguió el ingreso de los datos levantados en cada distrito judicial y el procesamiento de los mismos.

En la sexta fase de este estudio se realizó el análisis de los datos cuantitativos y cualitativos obtenidos durante el trabajo de campo, y se redactó el presente informe.

Finalmente, el estudio fue enviado al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), cuya Coordinadora de Estudios, Leticia Lorenzo, formuló recomendaciones que se incorporaron a la presente versión del reporte.

ANEXO 2: FICHA TÉCNICA APLICADA

En este anexo presentamos las herramientas utilizadas para el trabajo de campo y que fueron previamente diseñadas para cumplir los objetivos del presente estudio:

CEJA Redex Perú - Prisión Preventiva																	
N°	I. INFORMACIÓN GENERAL																
1	Día de celebración de la audiencia <input type="text"/>																
2	Hora de comienzo de la audiencia <input type="text"/> Hora de término de la audiencia <input type="text"/>																
3	Delito(s) <input type="text"/>																
4	Motivo procesal de la detención Flagrancia <input type="text"/> Otros <input type="text"/>																
5	Número de detenidos <input type="text"/>																
6	Información sobre los detenidos <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th>Detenido 1</th> <th>Detenido 2</th> <th>Detenido 3</th> <th>Detenido 4</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Sexo <input type="text"/></td> <td>Sexo <input type="text"/></td> <td>Sexo <input type="text"/></td> <td>Sexo <input type="text"/></td> </tr> <tr> <td>Edad <input type="text"/></td> <td>Edad <input type="text"/></td> <td>Edad <input type="text"/></td> <td>Edad <input type="text"/></td> </tr> <tr> <td>Ocupación <input type="text"/></td> <td>Ocupación <input type="text"/></td> <td>Ocupación <input type="text"/></td> <td>Ocupación <input type="text"/></td> </tr> </tbody> </table>	Detenido 1	Detenido 2	Detenido 3	Detenido 4	Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>
Detenido 1	Detenido 2	Detenido 3	Detenido 4														
Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>	Sexo <input type="text"/>														
Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>	Edad <input type="text"/>														
Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>	Ocupación <input type="text"/>														
7	Participación en los hechos Autor <input type="text"/> Partícipe <input type="text"/>																
8	Hora y día de la detención <input type="text"/>																
9	Persona que realiza la detención Policía <input type="text"/> Arresto Ciudadano <input type="text"/> Ronda Campesina <input type="text"/> Serenazgo <input type="text"/>																
10	Participaron en la audiencia: Marcar con un aspa (x) Fiscal <input type="checkbox"/> Abogado <input type="checkbox"/> Imputado(s) <input type="checkbox"/>																
11	Abogado defensor Privado <input type="checkbox"/> Público <input type="checkbox"/>																
II. FISCAL																	
ORALIDAD Marcar con un aspa (x)																	
12	El fiscal sustenta oralmente su pedido sin apoyos escritos <input type="checkbox"/>																
13	El fiscal utiliza un documento de apoyo para realizar su pedido <input type="checkbox"/>																
14	El fiscal lee los fundamentos de su pedido de prisión preventiva <input type="checkbox"/>																

PRESUPUESTOS MATERIALES Marcar con un aspa (x)

- 15 ¿Sustentó los elementos que vinculan al imputado con el hecho?
- 16 ¿Sustentó que la sanción a imponerse sería superior a 4 años de pena privativa de libertad?
- 17 ¿Sustentó que los antecedentes y circunstancias del imputado obstaculizarían la actividad probatoria?
- 18 ¿Sustentó que el imputado pertenece a una organización delictiva o puede reintegrarse a la misma?
- 19 ¿Presentó elementos de convicción orientadas exclusivamente al pedido de prisión preventiva?
- 20 ¿Presentó y actuó elementos de convicción acerca de la posible RESPONSABILIDAD del imputado?

SUPUESTOS DE PELIGRO DE FUGA Marcar con un aspa (x)

- 21 ¿Sustentó el NO arraigo del imputado o su facilidad para sustraerse del proceso penal?
- 22 ¿Sustentó que la pena que se espera del procedimiento sería grave?
- 23 ¿Sustentó la importancia del daño y la actitud del imputado frente al daño?
- 24 ¿Sustentó sobre el comportamiento del imputado en el procedimiento o en otro anterior, acerca de su voluntad de someterse a la persecución penal?

III. DEFENSOR

PRESUPUESTOS MATERIALES Marcar con un aspa (x)

- 25 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal sobre los elementos que vinculan al imputado con el hecho?
- 26 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal acerca de que la sanción al imponerse sería superior a 4 años de pena privativa de libertad?
- 27 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal acerca de que los antecedentes y circunstancias del imputado obstaculizarían la actividad probatoria?
- 28 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal acerca de que el imputado pertenece a una organización delictiva o puede reintegrarse a la misma?
- 29 ¿El defensor contradijo o rechazó la presentación y actuación de los elementos de convicción acerca de la posible RESPONSABILIDAD del imputado?
- 30 ¿El defensor contradijo o rechazó la presentación de elementos de convicción orientadas exclusivamente al pedido de prisión preventiva?
- 31 ¿El defensor ofreció o solicitó otra medida cautelar que no sea prisión preventiva?
- 32 ¿El defensor solicitó que el fiscal señale cuánto tiempo tomará la investigación?

SUPUESTOS DE PELIGRO DE FUGA Marcar con un aspa (x)

- 33 ¿El defensor sustentó el arraigo del imputado o su dificultad para estar oculto?
- 34 ¿El defensor sustentó que la pena que se espera del procedimiento NO sería grave?
- 35 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal acerca de la importancia del daño y de la actitud voluntaria del imputado frente al daño?
- 36 ¿El defensor contradijo el sustento fiscal acerca del comportamiento del imputado en el procedimiento o en otro anterior, sobre su voluntad de someterse a la persecución penal?
- 37 ¿El defensor presentó elementos que sustenten su posición sobre el peligro de fuga?

IV. JUEZ

ORALIDAD Marcar con un aspa (x)

- 38 ¿El juez escucha a las partes en la audiencia?
- 39 ¿El juez lee la carpeta fiscal en la audiencia?

PRESUPUESTOS MATERIALES Marcar con un aspa (x)

- 40 ¿El juez para resolver consideró los elementos que vinculan al imputado con el hecho?
- 41 ¿El juez para resolver consideró que la sanción al imponerse podría ser superior a 4 años de pena privativa de libertad?
- 42 ¿El juez para resolver consideró los antecedentes y circunstancias del imputado que podrían obstaculizar la actividad probatoria?
- 43 ¿El juez para resolver consideró el que el imputado perteneciera a una organización delictiva o pudiera reintegrarse a la misma?
- 44 ¿El juez para resolver aceptó la presentación y actuación de elementos de convicción orientadas exclusivamente al pedido de prisión preventiva?
- 45 ¿El juez para resolver aceptó la presentación y actuación de elementos de convicción acerca de la posible RESPONSABILIDAD del imputado?

SUPUESTOS DE PELIGRO DE FUGA Marcar con un aspa (x)

- 46 ¿El juez para decidir consideró el arraigo del imputado o su dificultad para estar oculto?
- 47 ¿El juez para decidir consideró que la pena que se espera del procedimiento sería grave?
- 48 ¿El juez para decidir consideró la importancia del daño y la actitud voluntaria del imputado frente al daño?
- 49 ¿El juez para decidir consideró el comportamiento del imputado en el procedimiento o en otro anterior, acerca de su voluntad de someterse a la persecución penal?

MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN Marcar con un aspa (x)

- 50 ¿El juez en su resolución hizo una mención sucinta de la imputación?
- 51 ¿El juez en su resolución hizo mención sucinta de los fundamentos de hecho?
- 52 ¿El juez en su resolución hizo mención sucinta de los fundamentos de derecho?
- 53 ¿El juez en su resolución invocó normas legales?
- 54 ¿El juez decidió el pedido de prisión preventiva sobre la base de información NO ofrecida por las partes?

ASPECTOS PUNTUALES Marcar con un aspa (x)

- 55 El juez decidió optando por:
 Prisión preventiva Solo desestimó el pedido
- 56 ¿El juez decidió sobre el pedido en la misma audiencia?
- 57 Si se suspendió la audiencia, ¿cuánto tiempo duró la suspensión?
- 58 El juez tuvo injerencia en la intervención del: (fungiendo casi de parte)
 Fiscal
- 59 La decisión del juez fue apelada por:
 Fiscal

ANEXO 3: FICHA SOBRE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA DE AUDIENCIAS

CEJA Redex Prisión Preventiva Cuestionario Cualitativo

I. Publicidad y transparencia de las audiencias

- 1 Las audiencias
 Se agendan Se publican en un panel
- 2 Se permite el ingreso fácil a las audiencias
- 3 Las puertas de las salas están abiertas al público
- 4 El tamaño de las salas facilitan el acceso del público
- 5 Las condiciones físicas de las salas facilitan el acceso del público

II. Metodología de las audiencias

6 Existe una metodología única o similar para desarrollar las audiencias (orientada por los jueces)

7 Proponga 5 sugerencias que a usted le parezcan las más importantes para mejorar el desarrollo de las audiencias de prisión preventiva en su Distrito Judicial

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)

III. Registro y programación interna

8 ¿Cómo se registra la audiencia?
 Audio Vídeo Acta Otro

9 ¿Quién programa las audiencias de prisión preventiva?
 Juez Asistente Administrativo

ANEXO 4: FICHA PARA ENTREVISTA DE OPERADORES

CEJA Redex Prisión Preventiva Entrevista

1 Fiscal Defensor Juez

2 ¿Qué importancia tiene la aplicación de la prisión preventiva para el éxito de la investigación?

5	4	3	2	1
Muy importante	Importante	Medianamente importante	Muy poco importante	Nada importante

Explique:

3 ¿Considera que el nuevo CPP ha impactado en el uso de la prisión preventiva? De ser así, ¿cómo evalúa ese impacto?

Positivo Negativo Regular No se percibe ningún impacto

Explique:

4 ¿Considera que con el CPP se dictan más, igual o menos prisiones preventivas que con el antiguo modelo?

Explique:

5 ¿Cómo califica el desempeño de su institución respecto a la aplicación de la prisión preventiva?

Excelente Buena Regular Mala

Explique:

6	¿Cómo califica el desempeño de las otras instituciones sobre la prisión preventiva?
	Excelente <input type="text"/> Buena <input type="text"/> Regular <input type="text"/> Mala <input type="text"/>
	<i>Explique:</i>
7	¿Cuál de los presupuestos materiales le parece el más complejo de sustentar en audiencia?
	<i>Explique:</i>
8	Desde su experiencia, ¿conoce de casos de alta relevancia social en donde no se haya aplicado la prisión preventiva?
	<i>Explique:</i>
9	¿Cuál es la percepción de la sociedad sobre la aplicación de la prisión preventiva en el nuevo proceso penal?
	<i>Explique:</i>
10	Identifique los 2 logros más importantes, 2 desafíos y 2 propuestas de solución sobre la prisión preventiva
	Logro 1 _____
	Logro 2 _____
	Desafío 1 _____
	Desafío 2 _____
	Propuesta 1 _____
	Propuesta 2 _____

ANEXO 5: AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a las siguientes personas por su valiosa colaboración y facilidades brindadas para la realización de este estudio:

Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

Leticia Lorenzo, Coordinadora de Estudios

Defensoría del Pueblo de Perú

Gisella Vignolo Huamaní

Luis Francia Sánchez

Presidentes y miembros de Cortes Superiores

Isaac Rubio Zevallos (Arequipa)

José de la Barra Barrera (Tacna)

Irma Tito Palacios (Tacna)

Jueces de Investigación Preparatoria

Juan Carlos Benavides (Arequipa)

Yuri Zegarra (Arequipa)

Maria Elena Coahila Tamayo (Tacna)

Carmen Ruth Álvarez Goycochea (Tacna)

Fiscales Superiores y de Investigación Preparatoria

Julio César Tapia Cárdenas (Arequipa)

María Paola Venegas Zaravia (Arequipa)

Jack Salas Vivanco (Tacna)

Defensor Público

Víctor Manuel Rosas Villanueva (Arequipa)

Colegio de Abogados

Orestes Zegarra Zevallos (Arequipa)

Decano de Facultad de Derecho

Javier Espinoza Escobar (Lambayeque)

Administradores y Coordinadores de las Cortes Superiores o Módulos

Boni Alarcón (Arequipa)

Jenny Canales (Arequipa)

Nadia Gonzales (Arequipa)

Estudiantes de Derecho

Liliana Analinda Bances Farro (Lambayeque)

Paul Antonio Ruiz Cervera (Lambayeque)

Robert Ruiz Cervera (Lambayeque)

Rocci Fiorella Bendezú Barnuevo (Lambayeque)

Marvin Huaman y José Santiago (Piura)

Estudiante de Ingeniería Industrial

Yatsi Ponce Chauca

