

Claudio Fuentes Maureira

Licenciado en Derecho por la Universidad Diego Portales, abogado. Candidato a Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la misma casa de estudios. Profesor en la Facultad de Derecho y miembro del Programa de Reformas Procesales y Litigación de la UDP.

claudio.fuentes@mail.udp.cl

Régimen de prisión preventiva en América Latina:

la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma

1. Introducción

La reforma procesal penal buscaba alterar conductas y problemas que sistemáticamente afectaban a los sistemas de justicia criminal del continente. Como es de conocimiento común, uno de estos problemas -respecto del cual ya desde los inicios de los '80 existían estudios que graficaban claramente su relevancia y alcances-, era el uso excesivo y prolongado de la prisión preventiva¹. En aquellos tiempos la expresión “pena anticipada” era bastante acertada respecto de cómo operaba en general esta institución; de oficio, constituía la regla general y era parte de un diseño procesal que buscaba presionar poco a poco al imputado para obtener su confesión².

1 ILANUD, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Primera edición, 1983. También puede verse Zaffaroni, Eugenio (coordinador), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1986.

2 De hecho, este diseño procesal que caracterizaba a los sistemas inquisitivos se extiende desde hace cientos de años. Así Julio Maier al referirse a la inquisición católica señala: “La confesión era un fin del procedimiento –‘el precio de la victoria’– así como la sanción representaba a la penitencia, y, por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado (...)”. “Por supuesto, la posición del inquirido fue trágica, pues perdió toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, al reputarse de antemano con cierto temor de que él obstruyera la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transformó en una regla, y significó un método adecuado para la expiación”.

Consecuencialmente, modificar esta situación fue uno de los grandes objetivos del movimiento de reformas procesales penales en el continente³. Así, los códigos procesales penales reformados se preocuparon especialmente de regular la prisión preventiva de forma diversa a aquella descrita previamente, siendo los principios de la presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad los grandes puntos cardinales que buscaban limitar el uso de esta institución en el contexto del nuevo predominio de los sistemas acusatorios.

A más de 15 años de la entrada en vigencia del primero de los códigos procesales penales reformados (Guatemala, 1994), la situación en torno a la regulación y al uso de la prisión preventiva ha cambiado nuevamente, pareciendo ir en un sentido similar al que originalmente se pretendió evitar,

Maier, Julio, BJ, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto s.r.l., segunda edición 1996, Buenos Aires, páginas 291 y 292.

3 Al respecto sostiene Máximo Langer, respondiendo a la pregunta ¿Qué explica esta ola de reforma de códigos que comparten rasgos acusatorios? que “Para demostrar la permisividad de los estándares de derechos humanos existentes y para fortalecer sus argumentos a favor de la reforma procesal penal, los miembros de la red presentaron definiciones de debido proceso, mostraron el alto porcentaje de personas en prisión preventiva y argumentaron que la duración de la prisión preventiva en la región era irrazonablemente larga”, Langer, Máximo, *Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*, 2007, editado en español por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pág. 16.

endureciendo y facilitando en la actualidad la procedencia de esta medida.

Por medio de la revisión de la regulación normativa que era contenida en las versiones iniciales de los códigos procesales penales reformados y los cambios legislativos posteriormente introducidos a ellos, se pretende analizar el comportamiento de la prisión preventiva en el contexto de los nuevos sistemas acusatorios y mostrar cómo, poco a poco, se produce un regreso al uso masivo y general de esta institución. Se pretende examinar las causas y las herramientas legislativas destinadas a facilitar en la actualidad la utilización de esta medida.

Para ello, primero graficaremos brevemente de qué forma los sistemas acusatorios reformados modificaron la prisión preventiva para evitar su uso general. Posteriormente revisaremos las causas por las cuales la prisión preventiva hoy ha vuelto a tener el predominio que originalmente se pretendía evitar y finalmente mostraremos de qué forma los legisladores latinoamericanos materializan esta intención de masificar su utilización.

2. El nuevo paradigma de los códigos reformados: la lógica cautelar.

Existía un cierto consenso en la comunidad jurídica y de la sociedad civil latinoamericana de que el uso masivo de la prisión preventiva debía ser modificado porque afectaba a los Derechos Humanos de los imputados y porque era una señal clara de que el sistema penal no era eficiente⁴: había más personas en prisión preventiva que condenadas en las cárceles. La respuesta para cambiar esta situación por parte de los proyectos de reformas procesales penales era articular un sistema de medidas cautelares en torno a un paradigma distinto: la lógica cautelar.

¿En qué consiste esta lógica? Básicamente suponen dos ideas. La primera es que el objetivo de estas medidas es asegurar que el proceso penal -juicio oral- podrá desarrollarse sin problemas, otorgando una respuesta de alta calidad, es decir, que el proceso penal esté en condiciones prácticas de producir una sentencia judicial que resuelva una contienda. Asimismo, en el evento de una condena, debe asegurarse su cumplimiento. En este sentido, la lógica cautelar supone que para que el sistema judicial sea el mecanismo democrático por excelencia para resolver las contiendas de la sociedad, debe estar alcanzando un umbral de eficiencia. Si el sistema no es eficiente desde este punto de vista (el hecho de llegar a producir una decisión judicial), pierde su

legitimidad como mecanismo para resolver conflictos jurídicos y debemos “encontrar” otro sistema.

La segunda idea que rige esta lógica cautelar viene dada por el avance de los Derechos Humanos. Así, hoy como sociedades democráticas no estamos dispuestos a aceptar cualquier sistema judicial, sino que uno que sea respetuoso de estos derechos, consagrados en distintos tratados internacionales vinculantes. Desde esta perspectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no declarar contra sí mismo constituyen límites mínimos que fuerzan al legislador a producir un sistema judicial que sea consistente con un uso de la prisión preventiva contrario a la idea de pena anticipada^{5 6}.

Como consecuencia de esta lógica cautelar, hubo que articular un mecanismo para producir una decisión judicial respecto de la procedencia de la prisión preventiva que fuese consistente con ella. Esto significó seguir determinadas directrices. En primer lugar, la regla general era que el imputado era presumido inocente. Por tal motivo cualquier medida cautelar suponía una restricción de derechos respecto de alguien que en principio no tenía una asignación de responsabilidad penal, por lo que dicha medida a imponer debía ser excepcional⁷ y proporcional (ya que debía ser tratado como inocente y no se trataba de un castigo anticipado). Por lo mismo, se hacía necesario contar con dos elementos básicos para decretar cualquier medida cautelar en este nuevo paradigma: una expectativa razonable de que hay un proceso con posibilidades de avanzar y lograr producir una sentencia (Humo de buen derecho⁸) y la existencia de peligros concretos y plausibles contra este fin; solo este cúmulo de argumentos era suficiente para alterar la regla general.

5 El artículo 9 en su inciso tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”.

6 La Corte Interamericana en el Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia del 12 de noviembre de 1997, indicó en el párrafo 77: “(…) De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. (El destacado es mío) (…).”

7 Una manifestación de la excepcionalidad, que por temas de espacio no trataremos en este artículo, es el hecho de que en todos los países se consagró este principio oficialmente como principio rector de las medidas cautelares y se establecieron plazos máximos de duración de la medida. Para más información al respecto puede revisar Duce, M., Fuentes, C. y Riego, C., “La Reforma Procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*.

8 Bovino, Alberto, *Temas de Derecho Procesal Penal Guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, Págs. 47 y 48.

4 Ídem.

La segunda directriz era que no cualquier motivo o peligro era pertinente, sino que debían ser causales consistentes con la idea de proteger el desarrollo del proceso y la respuesta que este dé⁹; de lo contrario aquello que se pretendía evitar volvería a ser la regla general.

Finalmente, en el evento de estimarse necesario aplicar una medida cautelar, esta debía ser proporcional al delito por el cual se imputaba. Desde esta perspectiva se contemplaban diversas medidas cautelares, que afectaban con distinta intensidad los derechos del imputado, dentro de las cuales la prisión preventiva era la más invasiva.

Estos elementos, consistentes con esta lógica cautelar, fueron plasmadas en los códigos procesales penales reformados con mayor o menor intensidad. Es útil revisarlos brevemente, ya que la tendencia actual de endurecer la prisión preventiva se materializa por medio de su modificación legislativa.

3. Manifestaciones de la lógica cautelar¹⁰

Peligro de Fuga y Peligro para la investigación

Desde la perspectiva de asegurar el proceso penal las causales que eran consistentes con dicho fin eran dos: fuga del imputado y peligro para investigación.

En el caso de ambos, lo que se pretende es evitar que las expectativas de la sociedad de obtener una decisión se vean en riesgo, ya sea porque el imputado no está presente para enfrentar el proceso/sentencia judicial o porque este afectará las posibilidades del Estado de realizar una investigación conducente y con probabilidades de llegar a buen término.

Ahora bien, la forma en como los legisladores consagraron legalmente estos dos peligros procesales fue bastante similar entre todos los códigos. Si se revisan por ejemplo los códigos procesales penales de Bolivia (2000), Chile (2000) y Paraguay (1998) se observará, primordialmente respecto del peligro de fuga, que el legislador otorgó diversos criterios al juez para ponderar esta situación¹¹. Así, el juez debía poner atención a situaciones concretas del imputado, por ejemplo incentivos para escapar (típicamente pena a la que se arriesga en el caso concreto, comportamiento procesal previo) y razones para no hacerlo (la existencia de familia, residencia habitual, trabajo estable). Es relevante mencionar que los códigos procesales penales entregaban la decisión al juez, en el sentido de que este era completamente libre para ponderar todas estas razones y valores según su experiencia y la información disponible en el caso. En el caso de Peligro para la investigación ocurría algo similar: el juez debía ver la condiciones personales del imputado en atención a sus posibilidades de amendar testigos o destruir evidencia¹².

Sin embargo, estas causales no eran las únicas que se contemplaban. Había al menos otras tres: el peligro para la víctima, el peligro para la sociedad (de contenido vago, pero en algunos casos se refiere a la reincidencia) y la alarma pública. Lo relevantes es, y como ya intuye el lector, que estas causales no son necesariamente consistentes con la lógica cautelar. El peligro para la víctima parece ser la más consistente de las tres, en atención a que es un medio de prueba muy relevante y la posición doctrinaria hacia su rol en el proceso penal ha ido variando. Pero en el caso de peligro para la sociedad o la alarma pública, estos responden claramente a fines que son distantes de la lógica cautelar (¿De qué forma la reincidencia afecta el desarrollo normal del juicio oral?). Lo relevante es identificar que esta tendencia hacia una lógica cautelar era originalmente mayoritaria en los códigos¹³, ya que a pesar de que desde un inicio existieron causales distintas. Igualmente estas no eran comunes a todos los países con sus códigos reformados. De hecho la

9 Indica Cafferata Nores: "La Característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso. Las medidas que la integran no tienen naturaleza sancionatoria sino instrumental y cautelar; solo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva", citado en Bovino, Alberto, *Op. Cit.*, pág 45.

10 Por motivos de espacio se ha decidido tratar con más detalle las manifestaciones de la lógica cautelar que actualmente más reformas legislativas han sufrido, en el sentido de endurecer la prisión preventiva como se mostrará más adelante. Existe, sin embargo, otra manifestación de la lógica cautelar de gran relevancia que consiste en la necesidad, para decretar cualquier medida cautelar, de que existan en un caso concreto antecedentes serios de la existencia del delito y la participación del imputado en él. Desde el punto de vista de que las medidas cautelares son excepcionales y que no son un fin en sí mismas, se hace necesario que la pretensión del Estado sea mínimamente plausible, no basta la mera imputación, sino que contar con antecedentes probatorios que hagan más probable la consecución de una condena. Para más información véase DUCE, M, FUENTES, C y RIEGO, C, Ob. Cit, Pág. 25 y ss.

11 Véase artículo 234 del código procesal penal de Bolivia (previo a reforma ley 2.494), Art. 243 código procesal penal de Paraguay (previo a reforma por ley 2.493) y Art. 140 del CPP Chileno (previo a reforma por ley 20.253)

12 Costa Rica (artículo 241), El Salvador (Artículo 293), por ejemplo.

13 Provincia de Buenos Aires (1998), Bolivia (2000), Chile (2000), Colombia (2005), Costa Rica (1998), Ecuador (2001), El Salvador (1998), Guatemala (1994), Honduras (2002), Nicaragua (2002), Paraguay (1998), República Dominicana (2004) y Venezuela (1999), todas ellas presentan como motivos procesales el peligro de fuga y el obstaculización de la investigación, pero solo siete de estas presentan otros peligros distintos, lo que habla de que originalmente predominaba esta lógica. Véase Duce, M., Fuentes, C. y Riego, C., *Op. Cit.*, pág. 21.

causal de alarma pública solo estaba presente en El Salvador¹⁴. Asimismo, la causal Peligro para la sociedad (de contenido vago) estaba presente en Chile y Colombia exclusivamente¹⁵, mientras que en su versión de reincidencia, existía solo en Costa Rica, Honduras y Nicaragua.

Establecimiento de medidas alternativas o sustitutivas

La segunda consagración normativa más relevante del predominio de la lógica cautelar fue el reconocimiento a las medidas alternativas a la prisión preventiva. Estas medidas alternativas suponen un punto intermedio entre la presunción de inocencia del imputado y la prisión preventiva, y ciertamente constituyen una respuesta más sofisticada por parte del sistema penal a las demandas del principio de proporcionalidad que rige esta materia.

En general los códigos regularon estas medidas con la base estructural de la prisión preventiva e incluso muchas veces fue regulada residualmente. Procesalmente, estas permitían al juez tener un mecanismo que permita articular fines procesales relevantes, pero con un estándar de decisión menos riguroso en función de su menor intensidad.

Si se revisan los códigos se observará que muchas de estas medidas se repiten. En general las más comunes eran el arresto domiciliario, prohibición de acercarse a la víctima, presentación ante autoridad, arraigo y fianza¹⁶.

Al igual que con las causales de peligro de fuga y peligro para la investigación en la mayoría de las legislaciones originales, el código colocaba sobre el juez el mérito de la medida, sin necesariamente establecer restricciones respecto de delitos puntuales o consagrando requisitos o criterios más relevantes unos que otros.

En conclusión, los códigos procesales penales reformados mayoritariamente regulaban un sistema de medidas cautelares consistente con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, principios integrales de la lógica cautelar, contraria a la “pena anticipada”.

Sin embargo, como se mostrará a continuación, este primer estado de las legislaciones nacionales ha variado actualmente, indicando que en la actualidad la lógica cautelar está siendo morigerada, dando

paso a fines distintos a proteger por el proceso, consecuentemente dando pie a un endurecimiento de la prisión preventiva. Ahora nos avocaremos a su revisión.

4. La contrarreforma en la prisión preventiva, sus causas y objetivos

Si se revisa la historia legislativa de los distintos códigos procesales penales acusatorios, se observará que en los años siguientes a su entrada en funcionamiento la mayoría de ellos han sido objeto de reformas normativas, particularmente en el área que regula la procedencia de las medidas cautelares y, por supuesto, la prisión preventiva. La siguiente tabla otorga un resumen general de esta situación:

Tabla N° 1: reformas normativas a la prisión preventiva.

País	Ley	Año
Argentina – provincia de Buenos Aires	Ley 13.449	2006
Bolivia	Ley 2.494	2003
Chile	Ley 20.074	2005
	Ley 20.253	2008
Colombia	Ley 1.142	2007
Costa Rica	Ley 8.589	2007
Ecuador	Ley 23-101	2003
El Salvador	Decreto N° 752	1999
	D. Legislativo N° 487	2001
	D. Legislativo N° 458	2004
	D. Legislativo N° 386	2007
Guatemala	Decreto N° 30	2001
	Decreto N° 51	2002
Honduras	Decreto 223	2005
Paraguay	Ley 2.493	2004
Venezuela	Gaceta oficial N° 5.558	2001

Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

¿A qué se deben estas reformas? ¿Qué buscan? En general podemos identificar ciertas razones comunes:

En primer lugar, si revisamos los mensajes o exposiciones de motivos de los distintos proyectos de ley que posteriormente se transformaron en reformas legales, veremos que el legislador en muchos de estos casos es explícito en indicar que las reformas pretenden satisfacer demandas de inseguridad ciudadana o por lo menos acallar el miedo en la población. Así, por ejemplo, en el proyecto de Ley N° 70 de 2006 que posteriormente se transformó en la Ley 1.142 que introdujo cambios en la reforma colombiana

¹⁴ Art. 292 Nro 2, Decreto Legislativo Nro. 904 de 1996 de El Salvador.

¹⁵ En el caso chileno el artículo 140 del Código Procesal Penal del año 2000 y en el caso de Colombia en los artículos 310 y 311 de la Ley 906 de 2004.

¹⁶ Véase al respecto tabla N° 6: Medidas Cautelares Alternativas a la Prisión Preventiva en los Códigos Procesales Penales reformados en Duce, M., Fuentes, C. y Riego, C., *Op. Cit.*, pág. 37.

el año 2007 se indicaba, con relación al funcionamiento del régimen de medidas cautelares respecto de determinados delitos: “dejando un amargo sabor de desazón y desestímulo en las autoridades que han participado en su captura, **un preocupante sentimiento de incredulidad y malquerencia de la sociedad hacia la justicia colombiana, una grave percepción de indefensión y peligro de la víctima (...)**”¹⁷ (el destacado es mío). Por su parte la reforma al Código Procesal Penal chileno es igual de explícita al indicar en el mensaje de la Ley 20.253 que “**la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor**” (el destacado es mío)¹⁸.

En segundo lugar, se justifican en buscar dar respuestas a demandas de penas más duras contra la delincuencia y combatir la reincidencia, aspectos íntimamente relacionados con el “temor”. Este es claramente el caso de Honduras, país que el año 2004 promulgó el Decreto 223. En dicho decreto se indicaba “(...) que los operadores de justicia están en el deber de aplicar las leyes que están vigentes, **las cuales se caracterizan por ser muy endebles y que de ello se aprovechan los delincuentes para conseguir por cualquier medio que les apliquen lo que les es más favorable, incluyendo la libertad definitiva**” (el destacado es mío)¹⁹. Respecto de la reincidencia se encuentra nuevamente la mencionada reforma colombiana, la que indica: “También se busca en el proyecto que a la persona que ya ha delinquirido y tiene anteriores condenas por delitos dolosos le proceda la detención preventiva por ese hecho, **pues creemos que nadie puede desconocer que el delincuente reincidente se constituye en un peligro para la comunidad**” (el destacado es mío)²⁰.

En tercer lugar, podemos encontrar aquellas reformas que buscan evitar la comisión de conductas

que a su juicio son particularmente lesivas, ya que conllevan a generar una percepción en la población de falta de eficacia del sistema penal en su persecución. Este es el caso de Guatemala respecto de delitos tributarios, en particular el Decreto N° 30 de 2001²¹ indica “que la evasión fiscal se ha venido incrementando incidiendo en una baja de los niveles de recaudación de los tributos de manera similar, las diferentes formas de evasión inciden negativamente en los contribuyentes y responsables que cumplen correctamente con sus obligaciones tributarias **por cuanto con frecuencia el evasor no puede ser castigado severamente**: situación que debe atenderse con urgencia mediante las reformas a la legislación penal específica, **que son necesarias para el fortalecimiento de las acciones de la administración tributaria**” (el destacado es mío)²².

Estas reformas legales que se han reseñado brevemente y que responden a distintos objetivos (acallar el temor en la población, establecer una mano dura contra la delincuencia y fortalecer la imagen del Estado como una entidad eficiente en la persecución criminal) tienen en común que sus efectos legales provocan el endurecimiento de la regulación de la prisión preventiva. En otras palabras, muchas de ellas son reformas legislativas que buscan facilitar la procedencia de esta medida cautelar en particular, ya sea dirigiendo o incluso forzando al juez a decretarla. Claramente, y como se mostrará en el acápite siguiente, son reformas que son contrarias a los ideales que inspiraron la utilización de la prisión preventiva en los códigos reformados según la lógica cautelar. Hablamos así de una contrarreforma.

Una mirada general de la región nos permite ver que en un lapso de 9 años (1999 a 2008) y en 11 países del continente se han presentado a los respectivos parlamentos y se han aprobado 16 reformas legales, que en su mayoría van en un sentido contrario a la lógica cautelar que originalmente regía en los códigos. Dos consideraciones en particular llaman la atención respecto de estas reformas. En primer lugar, el hecho de que estas han ocurrido en varios países en un lapso igual o inferior a 3 años desde la entrada en vigencia de las reformas procesales penales

17 Véase la Exposición de Motivos Proyecto de “Ley 23 de 2006 por medio del cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004 y 599 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y la seguridad ciudadana”, disponible en http://prensa.camara.gov.co/camara/site/artic/20060815/asocfile/p_l_070_2006_c__mod__c__penal__art__63_64_y_384_ley_59900_y_art__310_313__315_y_351_ley_90604__medidas_aseguramiento__doc

18 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley n° 20.253 que Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana y refuerza las atribuciones preventivas de las policías, documento de 14 de marzo de 2008, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20253/HL20253.pdf>

19 *La Gaceta*, Diario Oficial de la República de Honduras, Año CXXVIII, número 30.645, 12 de marzo de 2005.

20 Exposición de Motivos Proyecto de “Ley 23 de 2006 por medio del cual se reforman parcialmente las leyes 906 de 2004”, *Op. Cit.*

21 *Diario de Centro América*, 2 de Agosto de 2001, número 17, Guatemala, Periódico por medio del cual se publica el Decreto Número 30-2001.

22 En el caso de El Salvador ocurre algo similar con el Decreto Ley N° 386 de 2007, el cual introdujo una excepción a la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar respecto de los delitos de desórdenes públicos agravados, en la exposición de motivos se señalaba: “se ha demostrado en nuestra sociedad que so pretexto del ejercicio del derecho a expresarse o manifestarse se están empleando medios violentos que afectan derechos fundamentales, por lo que es imprescindible generar una excepción a la posibilidad de acordar una medida sustitutiva a la detención provisional en casos de desórdenes públicos agravados en el país”.

originales. De hecho, en los casos de Colombia y Ecuador, pasaron solo dos años desde la entrada en vigencia del nuevo sistema y la contrarreforma respectiva²³. En los casos de Bolivia, Chile²⁴, Honduras y Venezuela transcurrieron tres años. Surge la pregunta respecto de lo acertado de la decisión de ir a favor de una contrarreforma. Esto desde la perspectiva de si se considera como un tiempo prudente de diagnóstico y evaluación de funcionamiento de los sistemas procesales penales su observación por un lapso de 2 a 3 años, tiempo que parece ser exiguo cuando se trata de implementación de políticas públicas. En segundo lugar, nos encontramos no solo con que al poco tiempo de su vigencia se comenzaron a proponer reformas, si no que en muchos países fue más de una iniciativa, en los casos de Chile, El Salvador y Guatemala, en donde hubo solo entre esos tres países ocho reformas legales que buscaban endurecer la prisión preventiva (véase Tabla N°1).

Adicionalmente, las mismas razones que justificaron estas reformas legales, siguen vigentes hoy justificando otras iniciativas en América Latina. Para comenzar nos encontramos con dos iniciativas recientes, la de República Dominicana y la de Honduras. En el caso de República Dominicana la propuesta de reforma al Código Procesal Penal fue presentada ante el Congreso dominicano el pasado 9 de septiembre de 2009. Dicho proyecto se justifica en consideraciones referidas a reducir la impunidad y modificar aquellas conductas por parte de los operadores de justicia que han desarrollado prácticas que facilitan dicha situación²⁵.

En el caso de Honduras a fines de 2008, el Poder Ejecutivo de dicho país bajo la iniciativa del presidente Zelaya presentó un proyecto al Congreso destinado a establecer que los delitos de asesinato, secuestro, trata y tráfico de personas, tráfico ilícito de drogas, lavado

de activos, tráfico de armas, robo de vehículos, robo a bancos, delitos financieros cometidos al público, delitos contra la administración de fondos públicos, asociación ilícita y terrorismo no pudiesen ser beneficiados con una medida distinta a la prisión preventiva²⁶. Dicho proyecto de ley se enmarca en una estrategia que busca dar respuesta al aumento de la criminalidad que dicho país ha sufrido, en particular ante el hecho de que muchos defendidos estando en libertad se escapan, lo que afectaría la efectividad del sistema. Al respecto, el gobierno de turno indicó que incluso estas medidas no afectan la presunción de inocencia. En palabras del mismo Zelaya: “El principio de inocencia no se viola cuando hay indicios racionales; si usted comete un delito y nosotros tenemos pruebas evidentes, fehacientes, no tiene que andar en libertad hasta que se aclare su culpabilidad o inocencia”²⁷. Esta idea es contraria a la lógica cautelar que las reformas originales sostuvieron.

En el caso chileno, la historia legislativa muestra, en un período que comprende los años 2006 a 2008 y además del proyecto de ley que finalmente concluyó con la promulgación de la Ley 20.253, otros cuatro proyectos tendientes a endurecer la prisión preventiva. Uno de ellos buscaba establecer la obligatoriedad en decretar la prisión preventiva respecto de aquellas personas con reincidencia en el delito de robo por sorpresa²⁸. En el mismo sentido otro proyecto ley²⁹ buscaba que para los delitos de violación, homicidio y robo con violencia o intimidación también fuese obligatoria la prisión preventiva. La justificación de esta medida nuevamente dice relación con la sensación de impunidad que la libertad de los imputados genera. Así el proyecto aludía “En la actualidad, el número de imputados que son dejados en libertad durante la etapa de investigación efectuada por el Ministerio Público ha llevado a que la ciudadanía tenga la percepción de que los delincuentes tienen impunidad en su actuar, y lo que es más grave aún, la sensación generalizada de inseguridad especialmente en lo que respecta a los delitos contra la propiedad” (el destacado es mío). Otro proyecto que va en un sentido similar, tendiente a establecer la reincidencia ahora como un criterio

23 La reforma colombiana entró en vigencia el año 2005 y sufrió su primera modificación el año 2007 y la reforma ecuatoriana entró en vigencia en 2001 y fue modificada en 2003.

24 En el caso chileno si bien la reforma dio inicio en el año 2000, esta solo comenzó a regir íntegramente en todo el país desde el 16 de diciembre del año 2005, en donde se llegó a región metropolitana, donde se concentra aproximadamente el 40% de la población del país.

25 Así se indica en el mensaje del proyecto “CONSIDERANDO QUINTO: Que para tales fines es menester reformar varios artículos del Código Procesal Penal relativos a (...) tomar en cuenta, a la hora de fijar medidas de coerción, el arraigo de la personas acusada, las acusaciones por otros procesos que pesen en su contra u otra investigaciones en las cuales figure como posible autor o cómplice (...) y, en fin, una serie de medidas que permitan reducir los niveles de impunidad como consecuencia de los hechos ilícitos, garantizando el debido proceso y el régimen de libertades individuales” (el destacado es mío). Véase Cámara de Diputados de la República Dominicana, proyecto de Ley que modifica varios artículos del Código Procesal Penal, ingresado 8 de septiembre de 2009 por el Licenciado Valdemar Suárez, expediente N° 08365-2006-2010-CD.

26 Véase *El Heraldo*, “Negarán medidas sustitutivas en 12 delitos”, nota de 15 de marzo de 2009, disponible en <http://www.elheraldo.hn/sucesos/ediciones/2009/03/16/noticias/negaran-medidas-sustitutivas-en-12-delitos>

27 *El Heraldo*, “Reforma al Código Penal llega el martes”, nota del 12 de diciembre de 2008, disponible en <http://www.heraldohn.com/pa%e3%ads/ediciones/2008/12/12/noticias/reforma-al-codigo-penal-llega-el-martes>

28 Proyecto de Ley 4114-07: establece obligatoriedad de medidas cautelares a los autores de robo por sorpresa.

29 Proyecto de Ley 4294-07: establece la obligación de decretar la prisión preventiva en caso de imputados reincidentes.

para decidir la procedencia de la medida cautelar, se justificaba en función de “la percepción que tiene la ciudadanía acerca de la delincuencia, es que existe una total impunidad respecto de los delincuentes reincidentes”³⁰. En lo referido a delitos de alto impacto, se presentó un proyecto de ley que buscaba en delitos de connotación sexual en donde el juez de garantía decretase la libertad de la persona, que esta decisión subiera inmediatamente a revisión por medio de la consulta ante la corte de apelaciones³¹. El proyecto de ley es bastante escueto respecto de los motivos de su presentación, no obstante, puede verse una lectura tendiente a desconfiar del juicio que el juez de garantía realiza al decretar la libertad en estos casos.

En el caso paraguayano puede verse una arista interesante de este problema, en donde parece identificarse claramente el factor o elemento que provoca el temor y la disconformidad en la población. En dicho país, en el año 2004, se introdujo una reforma que establecía para ciertos delitos la categoría de inexcusables (Ley 2.493). Se observa que para el año siguiente a la promulgación de dicha ley, ya se encontraba presentado un nuevo proyecto de ley. En dicho caso el proponente de la reforma lo justificaba así: “Las medidas alternativas o sustitutivas que establece el Código Procesal Penal vigente constituyen una nueva modalidad para incentivar la delincuencia pues muchos criminales peligrosos son beneficiados con estas medidas, **dejándolos nuevamente en libertad con “algunos condicionamientos”** y por consiguiente hasta el día de hoy no ha sido una salida inteligente para cambiar el crimen”³². El mentado proyecto busca impedir la sustitución para los delitos de abuso sexual a menores, pornografía infantil, prostitución infantil, mujeres víctimas de violencia doméstica, robo, hurto, violación, homicidio, tráfico y secuestro de personas. Aquí parece resaltar un nuevo elemento para justificar estas medidas de contrarreforma, esto es, la idea de que la prisión preventiva es la única opción de peso, ya que las medidas alternativas como arresto domiciliario o prohibición de acercarse a la víctima son percibidas como una carga bastante menor para el imputado, idea que es perfectamente consistente con usar la prisión preventiva como una “pena anticipada”.

En una lógica compatible con lo anterior se encuentra el proyecto de ley contra crimen

organizado³³ que durante este año 2009 está en discusión en Nicaragua. Dicho proyecto contempla facilitar la imposición de la prisión preventiva para delitos asociados al narcotráfico y al crimen organizado. Esta medida se justifica según el presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Jurídicos del Congreso Nicaragüense en que “(...) las medidas precautelares aplicadas actualmente están diseñadas para los ciudadanos comunes y no para los criminales profesionales, cuya actividad principal es el delito para obtener ganancias económicas” (el destacado es mío)³⁴. Se cuestiona por parte de la comunidad civil la efectividad de las medidas cautelares alternativas, al menos respecto de su capacidad de restringir la capacidad delictual de “criminales profesionales”, o si se prefiere, existiría un déficit en la capacidad real de la medida cautelar para lograr su objetivo respecto de sujetos que tienen altas capacidades personales para evadirla (ya sea influencia o recursos económicos).

Estos últimos dos proyectos de ley apuntan a dos problemas relevantes. En primer lugar nos encontramos frente a una percepción de que la prisión preventiva es la única opción viable para resguardar a la víctima y al proceso, ya que las medidas alternativas se ven como muy “livianas” y “poco eficaces” en el cumplimiento de su función. Ciertamente la prisión preventiva entrega más “seguridad” que un arresto domiciliario, pero necesariamente lleva a preguntarse respecto de qué visión tiene la población de la prisión preventiva. Hasta el momento dicha visión parece acercarse a una pena anticipada (en particular si recordamos las palabras del presidente Zelaya) que a un fin cautelar. Con todo, si la población viese a la prisión preventiva desde una perspectiva acorde a su naturaleza cautelar, la puesta en práctica de otras medidas sustitutivas genera la impresión de la ineficiencia de la herramienta y por ende se vuelve equivalente a una carga cuasi-inexistente para el imputado.

5. El endurecimiento de la prisión preventiva y sus diversos mecanismos

Habiendo identificado las causas de estas reformas legislativas, es relevante ver cómo se han materializado, al respecto es posible identificar tres claras tendencias o mecanismos legislativos consecuentes con dichos fines: el establecimiento de

³⁰ Proyecto de Ley 4274-07: modifica el artículo 140 del Código Procesal Penal, debiendo considerarse la reincidencia elemento fundamental de la prisión preventiva.

³¹ Proyecto de Ley 5130-07: reforma los artículos 140 y 155 del Código Procesal Penal en materia que indica.

³² Véase en Congreso de Paraguay, <http://www.congreso.gov.py/senadores/archivos/diarios/580SE-26corre.doc> (el destacado es mío).

³³ *Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados*

³⁴ Asamblea Nacional de Nicaragua, “Avanzaron análisis de proyecto de ley contra crimen organizado”, disponible en http://www.asamblea.gob.ni/index.php?option=com_content&task=view&id=837&Itemid=211

delitos inexcusables o una tendencia hacia ello, la prohibición de sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar y la incorporación de criterios distantes de la lógica cautelar para la determinación de procedencia de la medida. Brevemente examinaremos algunos ejemplos de estas tendencias.

5.1) El establecimiento de delitos inexcusables

La primera estrategia en este sentido es establecer como medida cautelar obligatoria la prisión preventiva para determinados delitos. Ciertamente esta opción es la más radical ya que derechamente contradice la lógica cautelar (en particular los principios de excepcionalidad, presunción de inocencia y proporcionalidad de la medida cautelar) y supone un retroceso legislativo importante. En los siguientes párrafos veremos los tres casos en que las legislaciones nacionales han optado por este camino, derechamente estableciendo este tipo de categorías o marcando una tendencia clara al respecto. Estos son los casos de Colombia, Paraguay y Ecuador³⁵.

En el caso de Colombia fue la Ley 1.142 de 2007 la que introdujo este cambio. Dicha ley modificó el artículo 314 del CPP, estableciendo la prohibición de aplicar a determinados delitos alguna medida cautelar distinta de la prisión preventiva. Así, el artículo 314³⁶ prohibía otorgar cualquier otra medida cautelar alternativa respecto de delitos de tráfico de inmigrantes, violación, violencia intrafamiliar, hurto agravado, hurto calificado, fabricación y tráfico de armas o municiones, cohecho, receptación en reiteradas oportunidades, estafa agravada, entre otros. Esta prohibición establecida por la ley no presentaba excepciones en principio.

Esta reforma legislativa fue duramente criticada y fue objeto de una contienda constitucional. De hecho, el párrafo en cuestión fue declarado parcialmente inexecutable, en la sentencia C-318-2008 en los siguientes términos:

35 En el caso de Nicaragua el Código Procesal Penal acusatorio, desde su versión inicial, contó con delitos inexcusables. El artículo 173 de la Ley 406 de 13 de noviembre de 2001 establece que para decretar la prisión preventiva deben darse el supuesto material y la necesidad de cautela, que como se indicó son el peligro de fuga, el peligro de obstaculización de la investigación y el peligro de reincidencia. Sin embargo, el inciso final de dicho artículo establece: "En todo caso el juez decretará la prisión preventiva, sin que pueda ser sustituida por otra medida cautelar, cuando se trate de delitos graves relacionados con el consumo o tráfico de estupefacientes, sicotrópicos y otras sustancias controladas o con lavado de dinero y activos provenientes de actividades ilícitas" (el destacado es mío).

36 Art. 314. PARÁGRAFO. No procederá la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria cuando la imputación se refiera a los siguientes delitos: (...) (el destacado es mío).

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

Esta sentencia del Tribunal Constitucional revocó parcialmente la decisión del legislador, permitiendo la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en las hipótesis numerales 2 a 5 del artículo en comento³⁷, dejando solo vigente la prohibición respecto del numeral 1 de dicho artículo, que dice así: "Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será fundamentado por quien solicite la sustitución y decidido por el juez en la respectiva audiencia de imposición, en atención a la vida personal, laboral, familiar o social del imputado" (el destacado es mío).

¿Qué tanto resolvió el problema la declaración de inconstitucionalidad? No mucho. En primer lugar debido a que los numerales 2 a 5 contemplan casos de una aplicación bastante acotada. Por ejemplo el número 3 facultaba pasar de prisión preventiva a arresto domiciliario cuando la imputada estaba muy cerca de dar a luz; o el número 4, cuando el imputado se encontraba enfermo. Lo que no modificó la decisión constitucional fue la prohibición de sustitución en la primera hipótesis de dicho artículo, esto es cuando el juez estimase en base a antecedentes particulares del imputado reemplazar la prisión por arresto domiciliario (pero no está referido a situaciones puntuales como las ya mencionadas, si no que claramente nos encontramos frente a una causal más abierta). Como se ve la hipótesis en la que originalmente el juez tenía la facultad de poder realizar una proyección particular de la situación del imputado y poder determinar la sustitución para cualquier caso fue eliminada³⁸.

Claramente el mensaje que está detrás de esta reforma es de desconfianza en los juicios que el juez

37 "6.5.8. De manera que frente a estos eventos (numerales 2, 3, 4, 5 del artículo 314 C.P.P.) no puede operar la prohibición absoluta de sustitución de la medida de aseguramiento que introduce el párrafo del artículo 27 de la Ley 1142 de 2007 respecto del catálogo de delitos allí relacionado. (...)"

38 Para una explicación más detallada de los efectos de esta decisión constitucional puede verse a Hartmann, Mildred, "La detención preventiva y la reforma procesal penal en Colombia", en Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina*, abril de 2009, pp. 239 a 242.

realiza al momento de ampararse en esta primera hipótesis, ya que es en ella donde la formulación normativa daba mayor espacio para que el ejercicio del criterio judicial.

Otro caso es el de Paraguay, en donde la Ley 2.493 de 2004 modificó el artículo 245 del CPP en el sentido de **“Durante el proceso penal no se podrán otorgar medidas alternativas, ni la prisión preventiva decretada podrá ser modificada por una medida sustitutiva cuando el hecho sea tipificado como crimen que lleve aparejado la vulneración de la vida o la integridad de la persona como resultado de una conducta dolosa”** (el destacado es mío). Como se observa, no solo se estableció que no eran precedentes las medidas alternativas a la prisión preventiva sino que estableció la obligatoriedad de esta medida cautelar en los delitos previamente mencionados, atando de manos al juez, en el sentido de que si este deseaba otorgar medida cautelar, debía ser necesariamente la prisión preventiva³⁹.

Finalmente está el caso de Ecuador, país que en el año 2004 incorporó la figura de la *detención en firme*. La figura legal buscaba que una vez que era presentada la acusación por parte de la Fiscalía, se hiciera obligatorio decretar para el juez la internación del imputado en la espera del juicio. Resulta llamativo la gran cantidad de delitos en la que era procedente, quedando solo excluidas las personas acusadas de encubridoras de un delito y para todos aquellos delitos cuya pena no excede de un año de prisión. Esta medida fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional de Ecuador en la Sentencia No 0002-2005-TC, resolución de 26 de septiembre de 2006, publicada en el registro oficial N° 382 del 23 de octubre del mismo año. No obstante, esta estuvo vigente por un lapso de 2 años. Con todo, en la actualidad, específicamente a principios del año 2009, se modificó nuevamente el Código Procesal Penal de Ecuador, incorporándose la oralidad en las etapas previas a la investigación; y se reguló la prisión preventiva de forma consistente con la lógica cautelar.

5.2) Prohibición de sustitución de la prisión preventiva por medidas alternativas

Una segunda estrategia legislativa para endurecer la prisión preventiva fue impedir que se sustituyera por alguna de estas en delitos específicos. Esta idea ha sido seguida por tres países: El Salvador, Guatemala y Honduras.

³⁹ La fórmula utilizada por el legislador paraguayo en esta norma es bastante amplia ya que no solo limita su procedencia respecto de homicidio en sus diversas posibilidades, sino que también se refiere a conductas que hayan vulnerado la integridad de una persona por conductas dolosas.

Primero, en El Salvador el artículo 294 fue modificado en cuatro ocasiones (1999, 2001, 2004 y 2007). En el año 2007 se incorporaron a la prohibición de sustituir la prisión preventiva en los delitos regulados en la ley de lavado de activos y delitos relacionados con drogas. Los delitos que no permiten la sustitución de la prisión preventiva por medida alternativa han ido aumentando por medio de las diversas modificaciones legales, son alrededor de 13 tipos penales, primordialmente delitos contra la vida e integridad, probidad de funcionarios públicos y delitos contra la propiedad en sus versiones violentas.

El segundo caso es en Guatemala, en donde el artículo 264 establece una prohibición general de sustituir la prisión preventiva respecto de juicios en contra de reincidentes o delincuentes habituales. Asimismo, establece prohibición de determinados tipos penales, en total 10 delitos respecto de los cuales no es posible revocar prisión preventiva y cambiar por medida cautelar diferente⁴⁰.

Finalmente el caso de Honduras, país en el cual la reforma de 2004 incorporó un inciso final al artículo 184 que se refiere a que una vez decretada la prisión preventiva no procede su sustitución por otras medidas cautelares, impidiendo su ocurrencia cuando se refiera a delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas.

5.3) Incorporación de criterios distantes de la lógica cautelar para la determinación de procedencia de la medida

Previamente se mencionó que la prisión preventiva reformada, para ser acorde con la lógica cautelar había establecido casuales de procedencia consistentes con aquellos peligros para el efectivo desarrollo del juicio y su posterior ejecución, estableciendo el peligro de fuga y el peligro para la investigación.

Los legisladores latinoamericanos modificaron esta consistencia entre las causales y la lógica cautelar de dos formas. Una alternativa fue establecer nuevas causales para la prisión preventiva consistentes con otro tipo de valores. La segunda alternativa, claramente con el fin de facilitar para el juez decretar la prisión preventiva, fue dirigir el juicio judicial, por medio de obligar al juez a dar más valor a criterios de índole peligrosistas. Ahora revisaremos los casos en que estas estrategias se dieron.

⁴⁰ Código Procesal Penal de Guatemala, artículo 264: “No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado”.

Respecto de la primera estrategia nos encontramos con los casos de Chile y Bolivia. En el caso del Código Procesal Penal Boliviano se da la nueva causal de reincidencia, consagrada actualmente en el artículo 234 ter del CPP⁴¹. En el caso chileno, si bien doctrinariamente la causal Peligro para la sociedad admitía la posibilidad de ser interpretado como peligro de reincidencia, la última reforma al código del año 2008 dio a entender con su redacción con claridad que esta es una hipótesis admitida como legítima y otorgó criterios de ponderación para ella con una marcada tendencia a revisión de los antecedentes previos del imputado (“Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la sociedad, cuando (...) el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por el delito al que la ley señale igual o mayor pena, cuando se encontrare en libertad condicional o gozando alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley”)⁴².

Con todo, la estrategia mayoritariamente tomada por el legislador consistió en dirigir el razonamiento judicial, facilitando la concesión de la medida.

La causal Peligro de fuga ha sido la más modificada, primordialmente por medio de dar preeminencia a la gravedad de los actos y la pena posible a imponer, dejando hasta cierto punto de lado los antecedentes de arraigo. Este es el caso de la legislación de Chile, con la Ley N° 20.253, en donde se indica en el artículo 140 del CPP que “Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla”⁴³. Sin embargo el caso chileno es bastante sutil si se compara con el caso venezolano. En este último caso derechamente se establecieron presunciones de concurrencia del peligro de fuga, por medio de incorporar el párrafo primero, el cual indica que se presume que concurre la causal de peligro de fuga en aquellos delitos en donde su pena máxima a imponer sea igual o superior a 10 años.⁴⁴

Un caso final que representa la introducción de una causal distinta a la lógica cautelar y que cuenta con una clara intensión del legislador de ordenar al juez que pronuncie la prisión preventiva es el caso de la causal de Peligro para la comunidad del Código Procesal Penal colombiano, en donde la última reforma del año 2007 indicó que para la concurrencia de esta causal Peligro para la sociedad “será suficiente la gravedad y modalidad de la punible”⁴⁵ y el juez “podrá” valorar otros criterios.

Las estrategias legislativas son consistentes con aquellos fines que identificamos en el apartado anterior de este artículo. Las distintas tendencias buscan recordar al juez de forma permanente que si el imputado no queda en prisión preventiva en delitos que afectan bienes jurídicos muy importantes o delitos de alta connotación esto generará inseguridad, temor y deslegitimación del sistema. En aquellos países se llega incluso más lejos, no solo se “guía” la decisión del juez, si no derechamente se la sustituye abierta o subrepticamente. Puede que hoy no sea posible afirmar que la prisión preventiva opera en todos los países como pena anticipada, paradigma anterior que las reformas pretendieron cambiar, pero hoy es claro que las medidas cautelares están siendo concebidas como mecanismos que buscan mucho más que resguardar que se haga el juicio oral, sino que se busca calmar a la población y generar la impresión de que el sistema es duro y eficiente contra la delincuencia.

6. La persistencia de la contrarreforma en el tiempo

Previamente, al momento de discutir acerca de las causas y objetivos de la contrarreforma, se anunció la existencia de diversos proyectos de ley que actualmente se encuentran bajo tramitación parlamentaria en los distintos congresos latinoamericanos, destinados a reformar el régimen de medidas cautelares en un sentido opuesto a la lógica cautelar. De hecho, se mencionaron iniciativas bastante nuevas como la de República Dominicana y la de Honduras. Asimismo, se pudo observar en el caso de Chile una persistencia en el tiempo, desde 2006 con diversos intentos por parte de parlamentarios de endurecer esta medida cautelar.

Si se recuerdan cuáles eran los fines u objetivos que la contrarreforma pretendía lograr, podemos concluir que en su mayoría estas contrarreformas buscaban disminuir la sensación de temor en la población, mejorar la imagen del Estado al enfrentar la delincuencia y lidiar con el que hoy se denomina “inseguridad ciudadana”.

⁴¹ Artículo 234 ter de la Ley 1970, incorporado por la Ley 2494 del año 2003.

⁴² Código Procesal Penal de Chile, artículo 140, inciso séptimo.

⁴³ En Chile la causal Peligro para la sociedad admitía tres posibilidades (Peligro de reincidencia, Peligro fuga y Alarma social). A partir de la misma modificación el Peligro de fuga fue separado conceptualmente de la causal Peligro para la seguridad de la sociedad. Una información más detallada sobre este punto véase en este mismo volumen, el informe sobre Chile.

⁴⁴ Artículo 251, párrafo primero, Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela “Se presume el peligro de fuga en casos de hechos punibles con penas privativas de libertad, cuyo término máximo sea igual o superior a diez años”.

⁴⁵ Artículo 310, Ley N° 906 de 2004, modificada en 2007.

Actualmente las mismas razones ya aludidas, que justificaban el endurecimiento de la prisión preventiva, parecen mantenerse vigentes. A continuación veremos algunos indicadores que apoyan, en términos globales, esta visión.

Un primer indicador se refiere a la confianza que la justicia inspira en la población. Al respecto, se encuentra el Barómetro de Gobernabilidad CIMA, que anualmente mide el porcentaje de la población que tiene confianza en la justicia:

Tabla N° 2: porcentaje de la población que tiene confianza en la justicia en los países en que se han producido la contrarreforma

País	2003	2005	2007	2009
Bolivia	18%	27%	36%	35%
Chile	25%	29%	18%	28%
Colombia	41%	42%	40%	40%
Ecuador	16%	11%	17%	19%
El Salvador	N/D	N/D	43%	40%
Guatemala	17%	16%	21%	29%
Honduras	N/D	N/D	16%	28%
Nicaragua	N/D	N/D	32%	21%
Paraguay	N/D	10%	26%	16%
Dominicana	25%	31%	33%	38%
Venezuela	30%	42%	38%	32%

Fuente: CIMA

Como se observa, estos son los datos que se presentan en todos los países que se han visto afectados por la contrarreforma. Una primera lectura nos muestra que en todos ellos en el año 2009 este porcenta-

je de confianza es inferior al 40% de la población. Adicionalmente puede observarse que en los casos de Chile, Ecuador, Paraguay y Venezuela, el porcentaje de personas que confían en la justicia se ha mantenido estático en un lapso de 7 años y es inferior a un 30%.

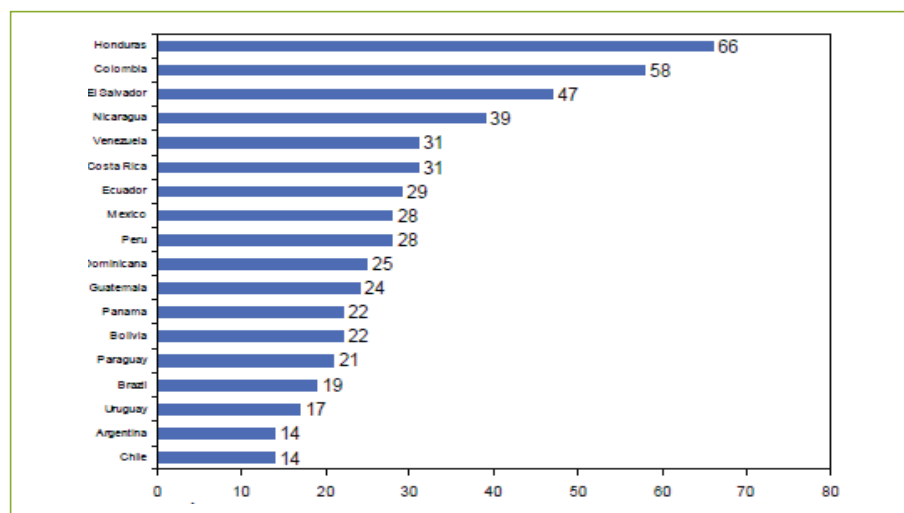
Ciertamente este indicador no distingue en qué materia de competencia de la justicia se tiene confianza, ya sea materia penal, civil o administrativa, pero muestra una opinión general en América Latina de desconfianza, que tiende a mantenerse en el tiempo.

Otro dato que complementa la información previa, se refiere a qué tópicos son relevantes para la población latina respecto del funcionamiento del sistema judicial. El Latinobarómetro, organismo que mide opinión pública de forma anual, nos da luces al respecto. Así, para el informe 2008 de dicha entidad se mencionó que los dos problemas más relevantes para las personas en América Latina son la delincuencia y el trabajo. Específicamente en países como Venezuela, Guatemala, Honduras, El Salvador, la delincuencia es el más relevante, mientras que para Chile y República Dominicana es igual de relevante que el desempleo⁴⁶.

Por ende es posible sostener que este bajo nivel de confianza en la justicia tiene alguna relación con la percepción que las comunidades latinoamericanas tienen respecto de la delincuencia como uno o el problema más relevante.

Si nos adentramos un poco más con relación a la impresión que genera el sistema penal respecto del combate de la delincuencia, veremos que las personas piensan que se está perdiendo la batalla, así el Latinobarómetro informó al respecto en el año 2004, en donde en la mayoría de los países más de un 50% de la población sostiene esa impresión:

Gráfico N° 1: ¿Se está ganando la batalla contra la delincuencia?



FUENTE: INFORME LATINOBARÓMETRO 2004

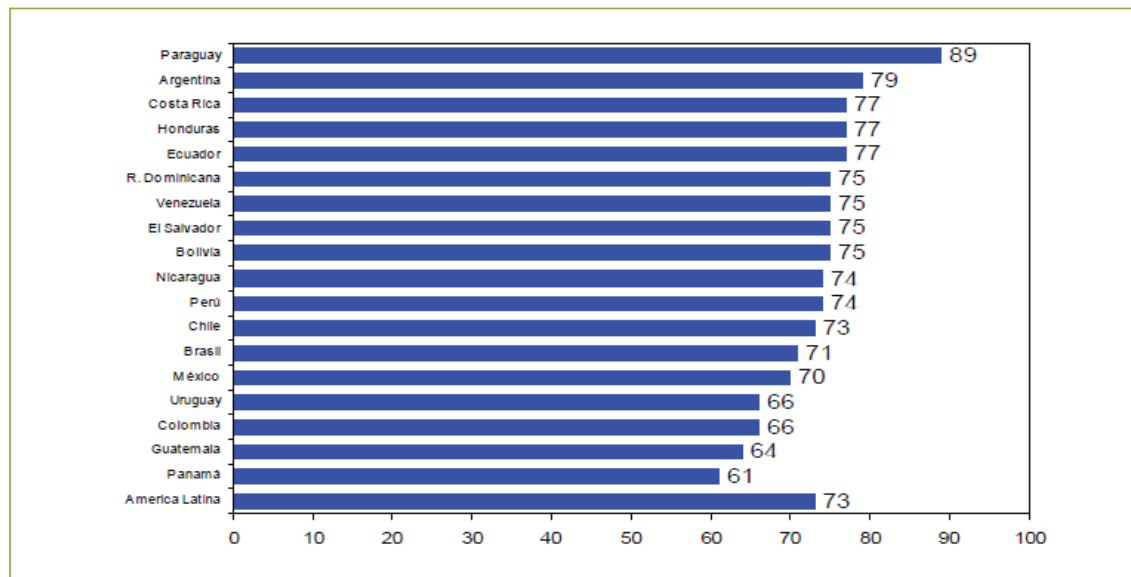
⁴⁶ Latinobarómetro 2008, pp. 24 y 25.

Si vemos específicamente los países que tienen contrarreforma en funcionamiento, veremos que en Chile, Paraguay, Bolivia, Guatemala, República Dominicana y Ecuador más de un 70% piensa que la guerra está perdiéndose.

Un punto de particular relevancia, y que es una de las causas de la contrarreforma según se lee en los mensajes que inspiran dichos proyectos de ley,

es el temor que la población tiene respecto de delito. Para el año 2007 ante la pregunta ¿con qué frecuencia se preocupa Ud. de que pueda llegar a ser víctima de un delito con violencia? La respuesta de las personas ante la opción “Todo o casi todo el tiempo y algunas veces” fue bastante alta, así un 73% de América Latina escogería esta opción.

Gráfico N° 2: ¿con qué frecuencia se preocupa Ud. de que pueda llegar a ser víctima de un delito con violencia?



FUENTE: LATINOBARÓMETRO 2007

Si bien la visión que estos datos muestran es de conocimiento o intuición popular, me parece que debe ser destacada su persistencia en el tiempo. Así, la idea del temor frente a la delincuencia y la percepción de que el sistema judicial parece no poder hacerse cargo de esta “lucha”, se encuentran tan vigentes hoy como hace 7 años (véase tabla N° 2), cuando fundaron o justificaron las primeras iniciativas tendientes a contrarreforma la prisión preventiva.

No se avizora razón por la cual estas impresiones y temores disminuyan en un tiempo próximo, por lo que este fenómeno de la contrarreforma probablemente se mantendrá en el tiempo y seremos testigos de nuevas iniciativas.