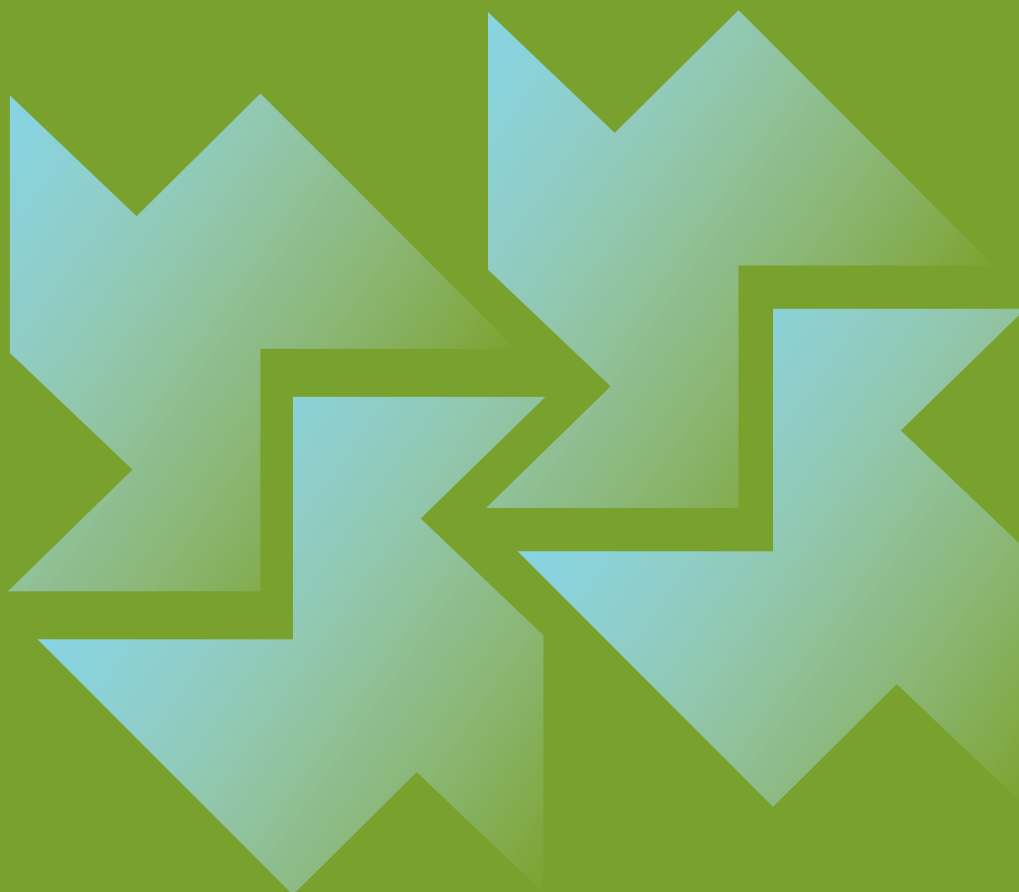


Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia



Prisión Preventiva

Cristián Riego Una nueva agenda para la prisión preventiva • **Javier Carrasco Solís** Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares • **Tobías José Podestá y Carolina Villadiego Burbano** Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región • **Marc Rosenberg** La prisión preventiva en Canadá • **Claudio Fuentes Maureira** Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma • **INFORME Fundación Paz Ciudadana** Los costos de la prisión preventiva en Chile • **INFORME CEJA** Resumen ejecutivo del Informe "Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas" • **DEBATE** La situación de la prisión preventiva en América Latina. Los casos de Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador • **ENTREVISTA** El cambio de modelo de la justicia en Paraguay. Entrevista al Dr. Humberto Blasco, ministro de Justicia y Trabajo del Paraguay, por María Victoria Rivas

Sistemas Judiciales

Directores

Cristián Riego

Alberto Martín Binder

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Alfredo Fuentes

Linn Hammergren

Luis Paulino Mora Mora

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Juan Enrique Vargas

Equipo Editorial:

Andrea Cabezón P.

Leticia Lorenzo

Francisco Godínez Galay

Inés Binder

Colaboradores:

Santiago Martínez (Argentina)

Elena Godoy (Argentina)

Enrique Mac Lean (Bolivia)

Ricardo Lillo (Chile)

Cristóbal Machuca (Ecuador)

Diseño gráfico y diagramación:

Patricia Peralta

Traducciones:

Kate Goldman

Web:

30f - CPR

CEJA

Holanda 2023,

Providencia, Santiago de Chile,

Tel/Fax: 274 2911/33,

E mail: info@cejamericas.org

Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1° piso (C1013AAF)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,

Tel/Fax: (00-54) 1143720570,

E-mail: inecip@inecip.org

Página web: www.inecip.org

➤ EDITORIAL.....	4
➤ TEMA CENTRAL <i>Prisión preventiva</i>	
▶ Cristián Riego Una nueva agenda para la prisión preventiva	6
▶ Javier Carrasco Solís Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares	12
▶ Tobías José Podestá y Carolina Villadiego Burbano Servicios de antelación al juicio. Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región	19
▶ Marc Rosenberg La prisión preventiva en Canadá	26
▶ Claudio Fuentes Maureira Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma.....	34
➤ INFORMES	
▶ Fundación Paz Ciudadana. Los costos de la prisión preventiva en Chile	46
▶ CEJA. Resumen ejecutivo del Informe “Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas”	90
➤ DEBATE	
▶ La situación de la prisión preventiva en América Latina. Los casos de Argentina, Bolivia, Chile y Ecuador.....	96
➤ ENTREVISTA	
▶ El cambio de modelo de la justicia en Paraguay. Entrevista al Dr. Humberto Blasco, ministro de Justicia y Trabajo del Paraguay, por María Victoria Rivas	119
➤ NOTAS GENERALES	
▶ Ernesto Pazmiño Granizo. Desafíos y perspectivas para la Defensorías Pública en el Ecuador.....	124
▶ Erique MacLean. Proceso penal y reforma constitucional en Bolivia.....	156
▶ María Victoria Rivas. Anteproyecto de Código de Organización Judicial: comprender el problema actual del Poder Judicial más allá del mero cambio de personas.....	161
▶ Adriana Berezán. Proceso de reforma del Código Procesal Penal en la República Oriental del Uruguay	165
▶ Luciano Hazan. La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal. Disponible para su discusión en foro online	171
▶ Mario Daniel Corroppoli. La reforma procesal penal en los Ministerios Públicos Fiscales. La perspectiva de la administración de casos, el diseño de oficinas fiscales, la práctica de gestión y la tecnología informática aplicada	180
➤ RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS	
▶ David Terroba Borodovsky. <i>Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública</i> , de Javier Carrasco Solís (comp.)	190
➤ OTROS MATERIALES ONLINE	
▶ CIPPEC. El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina	
▶ CEJA. “Los regímenes recursivos en los sistemas procesales penales acusatorios en las Américas” . Informe completo.	

Transcurridas más de dos décadas de discusión sobre la necesidad de reformar los sistemas de justicia criminal en América Latina y planificar su implementación en forma adecuada, la prisión preventiva continúa siendo en la actualidad uno de los temas que más tensiones genera a la hora de evaluar los resultados producidos por la reforma. Por un lado, se constata que si bien el porcentaje de presos sin condena ha disminuido con relación a las cifras existentes cuando la discusión se iniciara, la mayoría de los países de la región continúan teniendo un número mayor de presos preventivos que condenados; dentro de este punto, llama la atención la escasa importancia que se ha dado a las formas de implementación, aplicación y control de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Por el otro, las exigencias de seguridad ciudadana provenientes desde diversos sectores de la sociedad, generan medidas de coyuntura que muchas veces tienden a endurecer los regímenes de utilización y aplicación de la prisión preventiva, cuestión que se comprueba al observar la cantidad de contrarreformas específicas al régimen de medidas cautelares que han sufrido los códigos de procedimiento penal en los últimos años. A estas circunstancias se suma una escasa capacidad de los sistemas de justicia penal para comunicar sus decisiones y el fundamento de las mismas por fuera del ámbito judicial. En muchos países de la región puede observarse un cotidiano cuestionamiento desde los medios de comunicación hacia el funcionamiento del sistema judicial, que comienzan a instalar concepciones como los de “la puerta giratoria” o el garantismo como sinónimo de falta de voluntad en la aplicación oportuna de la ley.

Con este número de Sistemas Judiciales sobre prisión preventiva, pretendemos comenzar a transitar un nuevo camino: generar conocimientos y relevar datos empíricos concretos sobre institutos específicos del sistema procesal penal con el objetivo de incrementar el nivel de protección de garantías individuales de los imputados por un delito y a la vez producir aumentos substanciales en la eficacia de la persecución penal. Entendemos que la prisión preventiva continúa siendo, en el contexto planteado, uno de los temas que debe debatirse y reflexionarse en materia de justicia penal y por ello iniciamos con él.

Por lo mismo, y para seguir avanzando en este debate, se hace necesario asumir los escenarios actuales, describir el proceso de contrarreforma normativa en donde se han producido cambios destinados a ampliar las posibilidades del uso de la prisión preventiva y plantear nuevas discusiones en esta materia.

Es así como en esta edición el abogado chileno Claudio Fuentes aporta un artículo titulado *Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma* en el que examina las causas y las herramientas legislativas destinadas a facilitar la utilización de esta medida.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/102>

Con el fin de dar un paso más en el debate a partir de este escenario actual, Cristián Riego, Director Ejecutivo de CEJA, en el cuerpo central de la revista presentará al lector una serie de tesis explicativas en base a principios y aspectos básicos para definir una *Nueva agenda de discusión sobre la prisión preventiva*.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/86>

En la sección principal se suman otros artículos que contribuyen a una visión más amplia, a través de experiencias que se están transitando en diferentes países de la región, aportando con distintas visiones sobre las discusiones actuales e impactos que han tenido las reformas a la justicia penal sobre la prisión preventiva. En particular, en cuanto a la magnitud de su uso, las condiciones bajo las cuales se resuelve y el funcionamiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva que se han incorporado en la mayoría de los países; en especial, en cuanto a su utilización, control y eficacia.

En el trabajo *Servicios de evaluación de riesgos y supervisión como mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*, del consultor Javier Carrasco, se describe una serie de servicios que se ofrecen en la etapa previa del juicio para manejar los riesgos de cada imputado y supervisar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez. Actualmente, el Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Initiative ha estado estudiando el funcionamiento, los beneficios y los resultados de estos servicios para proponer su implementación en el nuevo sistema de justicia penal mexicano como mecanismos de solución para el manejo de las medidas cautelares.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/89>

Los abogados Carolina Villadiego (Colombia) y Tobías Podestá (Argentina) abordan los *Servicios de antelación al juicio como una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región*, a partir de una revisión bibliográfica sobre la prisión preventiva y de la observación de dos programas de servicios de antelación al juicio en el Distrito de Columbia, Estados Unidos.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/95>

Por otro lado, Marc Rosenberg, Magistrado de la Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá, y miembro del Consejo Directivo de CEJA, presenta un artículo descriptivo y de análisis sobre el sistema de libertad bajo fianza y prisión preventiva en Canadá.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/99>

Como en ediciones anteriores la revista compila informes relacionados al tema central, en esta ocasión el informe de costos en prisión preventiva en Chile, realizado por miembros y expertos de la Fundación Paz Ciudadana.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/106>

Este material es un aporte más a la problemática tratada desde la óptica que habitualmente presenta la revista. Como una innovación de esta nueva etapa de la revista en su formato virtual, en www.sistemasjudiciales.org los lectores interesados podrán acceder a material complementario, foros de discusión y a secciones de audio y lectura con entrevistas a operadores de distintos países de la región que relatan aspectos locales sobre la prisión preventiva.

Finalmente, en la sección temas generales se presentarán artículos regionales con una perspectiva más amplia. En esta oportunidad se contará con un artículo sobre los *desafíos y perspectivas para la Defensoría Penal Pública de Ecuador* realizado por Ernesto Pazmiño, actual Director de la Unidad Transitoria de Gestión de esta institución.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/118>

Mientras que el abogado Enrique MacLean nos presentará su artículo denominado *Proceso Penal y Reforma Constitucional en Bolivia*.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/119>

También se presentará el informe *Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas* elaborado por el CEJA y presentado en audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del 137 período de sesiones de la CIDH en Washington. El objetivo del informe ha sido el de describir, tanto desde un punto de vista de diseño normativo-teórico como de funcionamiento práctico a nivel jurisprudencial, el régimen de sistemas recursivos o vías de impugnación de las sentencias definitivas penales existentes en los sistemas procesales penales que cuentan con modelos de carácter acusatorio-oral en las Américas. Para estos efectos fueron seleccionados, en acuerdo con CIDH seis casos de estudio,

ellos son: Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica y las Provincias de Buenos Aires y Chubut, ambas de Argentina.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/71>

Otros artículos interesantes que son comprendidos en esta edición y que incluyen temas desde Paraguay, Uruguay y Argentina son: *Anteproyecto de Código de Organización Judicial: comprender el problema actual del Poder Judicial más allá del mero cambio de personas*, de la Directora Ejecutiva del Centro de Estudios Judiciales del Paraguay, María Victoria Rivas <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/272>; *Proceso de reforma del Código Procesal Penal en la República Oriental del Uruguay* de Adriana Berezán, Defensora Pública de Ejecución Penal <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/271>; *La Reforma Procesal Penal en los Ministerios Públicos Fiscales: la perspectiva de la administración de casos, el diseño de oficinas fiscales, la práctica de gestión y la tecnología informática aplicada* desarrollado por Mario Daniel Corroccoli, quien está a cargo de la Oficina de Planificación y Control de Gestión en la Procuración General del Ministerio Público Fiscal del Chubut <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/125>.

La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal del consultor argentino Luciano Hazan. Este último artículo será base para un foro de discusión que se abrirá al público a través del sitio web.

<http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/122>

Foro: <http://www.sistemasjudiciales.org/foro.mfw>

Equipo editorial
de **Sistemas Judiciales**

Cristián Riego

[Director ejecutivo CEJA.
cristian.riego@cejamericas.org]

Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina

En las tres últimas décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la cuestión de la prisión preventiva. Simplificando las cosas, se podría plantear que el inicio de esa discusión tuvo lugar con la publicación de los estudios de ILANUD que plantearon con mucha claridad el problema de los presos sin condena¹. El dato más llamativo consistía en la constatación de que en todos los países latinoamericanos la mayoría de quienes se encontraban privados de libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara².

Un segundo momento clave del debate está constituido por los nuevos códigos procesales penales que en la amplia mayoría de los países se han aprobado e implementado en la región, fundamentalmente durante las últimas dos décadas. Todas estas legislaciones han supuesto reformar los antiguos regímenes de prisión preventiva basados en diversos casos de inexcusabilidad o de automatismo de la prisión preventiva, en reemplazo de los cuales se han introducido sistemas cautelares

de acuerdo con los cuales la prisión preventiva sólo se puede decretar cuando existen peligros procesales. Estos nuevos códigos han supuesto la introducción de medidas de control alternativas a la prisión preventiva además de un cambio del contexto procesal en la que ésta se resuelve, destinado a favorecer una aplicación más restrictiva de la misma.

La implementación de estas nuevas legislaciones ha sido bastante problemática y el impacto que han tenido sobre la realidad de la prisión preventiva en cada uno de los países ha sido muy heterogéneo según muestran los datos comparativos de que disponemos³. En general, las reformas normativas han tenido efectos más importantes en la racionalización del uso de la prisión preventiva en la medida en que han ido acompañadas de procesos de implementación más vigorosos, en especial, vinculados a variables como la introducción de audiencias orales en las etapas preliminares y a una efectiva reducción de los tiempos de los procesos.

Me parece que una tercera etapa fundamental en el debate sobre la prisión preventiva en América Latina está constituida por el proceso de contrarreforma normativa. Esto es, en muchos de los países que introdujeron nuevos códigos con regulaciones más liberales, con indiferencia de que

1 Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). San José de Costa Rica, 1983.

2 Así por ejemplo, en la época se advertía que en los países con un sistema penal de tipo continental europeo, en promedio, los presos sin condena alcanzaban una proporción de un 68,47% del total de personas privadas de libertad. De todos dichos países, el único en donde los presos sin condena no superaba al número de los con condena era Costa Rica, con un 47,4%. Otros se mantenían en un rango cercano al 50%, (Antillas Holandesas, Argentina, Martinica, Chile y Guatemala). Los casos más preocupantes estaban dados por El Salvador con un 82,57%, Bolivia, con un 89,7% y Paraguay con un 94,25%. *Op. Cit.*, pp. 22 y 26.

3 Un análisis del impacto de la reforma procesal penal en la materia en: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. 2009. Para un análisis crítico de su evolución dogmática desde una perspectiva histórica, consultar Bovino, Alberto, "Contra la Inocencia", en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* – Año 17, N° 23, noviembre de 2005, pp. 11-29.

hayan tenido o no real impacto en la reducción del uso de la prisión preventiva, se han producido reformas legales destinadas a ampliar las posibilidades del uso de la prisión preventiva⁴. Este último desarrollo ha estado vinculado a la fuerte presión que se ha generado en contra del sistema de justicia penal desde la percepción pública en cuanto a una generalizada sensación de inseguridad ciudadana y un “excesivo garantismo” del sistema judicial que devendría en impunidad y a la exigencia de más “mano dura”⁵.

La evolución de la prisión preventiva en América Latina aparece contada con mucho mayor detalle en el artículo que encabeza la publicación *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: evaluación y perspectivas*⁶, denominado “La Reforma Procesal Penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”⁷. Lo que en este artículo pretendemos es ir un paso más allá, planteando cuál debiera ser a partir del escenario actual una nueva agenda para la discusión acerca de la prisión preventiva.

Importancia del tema y agotamiento del discurso tradicional

El uso de la prisión preventiva en el proceso penal es probablemente el elemento que de manera más clara da cuenta de su buen o mal funcionamiento. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal suele generar, se expresan en el funcionamiento de este particular aspecto.

Esto ya fue identificado con mucha claridad desde los primeros estudios que criticaron la práctica tradicional en esta materia. No obstante, durante mucho tiempo la propuesta de solución a todos estos problemas estuvo centrada en la cuestión normativa y se tradujo en las reformas de las que ya hemos hablado así como en numerosas críticas a la legislación tradicional, en invocaciones de estándares establecidos en instrumentos internacionales y a un trabajo dogmático importante orientado a construir un nuevo modelo basado en los principios básicos del debido proceso tales como la presunción de inocencia y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

La experiencia del proceso de reforma y la posterior contrarreforma muestra en nuestra opinión los límites de la forma tradicional de plantear el tema de la prisión preventiva desde la perspectiva

de aquellos que aspiran a limitar al máximo su uso en el proceso penal. No pretendemos decir que no siga valiendo la pena justificar y defender la vigencia de las legislaciones más liberales o al menos los aspectos liberales de aquellas donde han existido retrocesos importantes. Lo que pretendemos resaltar más bien son los límites de ese planteamiento. El desarrollo del planteamiento crítico de la prisión preventiva y la difusión de una propuesta liberal basada en la presunción de inocencia, en la excepcionalidad de la prisión preventiva y en su autorización por motivos estrictamente cautelares ha tenido gran éxito en la región latinoamericana. La mayoría de las legislaciones han acogido dichos postulados y probablemente la gran mayoría de los operadores de nuestros sistemas de justicia penal los han incorporado en su bagaje profesional y valórico. El problema es que los cuestionamientos a su vigencia no se dan en el terreno del debate legal, sino desde fuera del mismo y desde lugares donde la argumentación de principios pareciera no tener mayor efecto o tener uno bien limitado.

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

Si miramos la literatura legal, por ejemplo, sólo muy excepcionalmente se encuentran hoy defensas de sistemas de inexcusabilidad y en la mayoría de los países aparecen diversas expresiones de la teoría cautelar o incluso visiones abolicionistas de la prisión preventiva⁸. Pienso que un resultado parecido

8 V. gr. Ippolito, Franco. La Detención Preventiva. En Revista de Derecho Constitucional N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Disponible además en World Wide Web: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/slv-detencion-preventiva.pdf> [28 de diciembre de 2009]; Barrientos Pellecer, César. Derecho Procesal Penal Guatemalteco. Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995; Llobet, Javier. La Prisión Preventiva (límites constitucionales). San José de Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997; Sánchez Romero, Cecilia. La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho, en revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, “Ciencias Penales”, año 9, n° 14, diciembre 1997; Lorenzo, Leticia; y MacLean, Enrique. Manual de Litigación Penal en Audiencias de la Etapa Preparatoria. Ediciones No Ha Lugar. Disponible en World Wide Web: http://www.cejamerica.org/doc/documentos/ManualdeLitigacionPenalenAudienciasEtapaPreparatoria_LorenzoMaclean.pdf [28 de diciembre de 2009]; Tavolari, Raúl. Instituciones del Nuevo Proceso Penal, cuestiones y casos. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005. Chahuán, Sabas. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007. Carocca, Álex. Manual EL Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno. Santiago de Chile, LexisNexis, 2008. Horvitz, María Inés; y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2002. Vial Álamos, Jorge. Las Medidas Cautelares Perso-

4 *Op. Cit.*

5 Véase capítulo “La prisión preventiva y su contrarreforma”, en *Op. Cit.*, pp. 54 y ss.

6 *Op. Cit.*

7 Duce, Mauricio; Fuentes, Claudio; y Riego, Cristián, en *Op. Cit.*, pp. 13-72.

se encontraría si revisáramos los programas de las diversas facultades de Derecho. Podríamos también pasar revista a la jurisprudencia tanto interna de los países de la región⁹ como internacional¹⁰ y me parece que estos últimos años han sido prolíficos en cuanto a la recepción de los principios cautelares por parte de los jueces latinoamericanos, a lo menos en cuanto a su discurso formal.

La explicación de esta aparente paradoja está en que el impulso de los cambios orientados a aumentar el uso de la prisión preventiva provienen desde fuera de la cultura legal y se imponen a ésta por

medio de decisiones legislativas que obedecen a una mirada que podríamos llamar intuitiva acerca del funcionamiento de la justicia penal. Esta mirada es formulada desde los actores políticos y desde algunos medios de comunicación y recibe un gran respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos.

Los actores del sistema legal por su parte, a pesar de poder compartir una noción legal que concibe a la prisión preventiva de manera restrictiva, se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios políticos y los medios de comunicación y en su mayoría terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas.

En consecuencia, sin perjuicio de la importancia de seguir consolidando una doctrina legal consistente con la presunción de inocencia y las demás garantías básicas, ese camino no conduce a resolver el problema central que ha sido la causa principal de los retrocesos ocurridos en la regulación legal y en la práctica de la prisión preventiva.

En mi opinión se requiere complementar los avances de la doctrina legal con una serie de otros desarrollos, al conjunto de los cuales podemos denominar como una nueva agenda para el avance hacia un sistema de uso de la prisión preventiva que sea consistente con los valores del debido proceso.

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

Los déficits del proceso de implementación

El primer componente de la nueva agenda que proponemos está constituido por el hacerse cargo en muchas jurisdicciones nacionales de enormes déficits del proceso de implementación de los Códigos Acusatorios.

Uno de los ámbitos que más severamente limita la vigencia de los principios que las reformas proclamaron en materia de restricciones al uso de la prisión preventiva es en el de las prácticas de los sistemas de justicia penal. Las enormes limitaciones y en algunos casos la completa falta de un proceso de implementación sistemático ha permitido que en muchos países, la legislación de la reforma haya convivido con prácticas operativas propias del viejo sistema que en la práctica hacen que, mas allá de lo declarado en las nuevas leyes, persista la forma en que de hecho se resuelve la prisión preventiva en cada caso.

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

nales en el Nuevo Proceso Penal. En Revista Chilena de Derecho, Vol. 29 N° 2. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002. San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal, Volumen II. Lima: Editora Grijley, 1999. Asencio Mellado, José María. La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. En: El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales. Cubas, Víctor; Doig, Yolanda; Quispe, Fany (Coordinadores). Lima: Palestra Editores, 2005. José Daniel Cesano. Cesación de la Prisión Preventiva. En: El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales. Cubas, Víctor; Doig, Yolanda; Quispe, Fany (Coordinadores); Cafferata, José, *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000; Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I Fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, segunda edición, 1999; PASTOR, Daniel, El encarcelamiento preventivo, en AA.VV., *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993; Bovino, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

9 V. gr. en Costa Rica, se ha resuelto que "...cuando se exige fundamentar debidamente la resolución que restringe la libertad de un imputado (...) lo que se exige en la resolución es la existencia y exposición del respaldo fáctico concreto existente en la causa, y respecto de cada imputado, así como el respaldo normativo que sustenta y justifica la adopción de la medida (...) el juez ha de expresar las razones que existen en la causa que tramita, y respecto del imputado concreto, para decidir restringir su libertad como medida cautelar indispensable para asegurar la sujeción del acusado al proceso, la averiguación de la verdad y la eventual aplicación de la ley penal. Repetir en abstracto y como frases vacías, los supuestos que legalmente autorizan la privación de libertad, no es fundamentar. Fundamentar, motivar, significa documentar la decisión en el caso concreto, exponer y razonar por qué se estima en ese momento procesal, que los objetivos antes señalados están en peligro, y cuáles son los elementos de juicio que permiten sustentar la existencia de ese peligro y en consecuencia, justificar la medida adoptada." (Sala Constitucional. Sentencia N° 5396-95 de 3 de octubre de 1995).

10 V. gr. la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que 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." (Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997). En el mismo sentido la Corte ha considerado arbitraria la prisión preventiva impuesta por un Estado al no existir "...indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida." (Caso Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004). Para revisar más citas de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, Ver: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Op. Cit.*, p. 24.

debilidades en el ejercicio de la defensa, la excesiva duración de los procesos y la persistencia del método escrito para la resolución de las cuestiones que se plantean en las etapas previas.

En algunos países gran parte de estos aspectos básicos han tendido a superarse y es posible constatar que cada caso es defendido por un abogado en una audiencia pública y que la expectativa de que cada persona mantenida en prisión preventiva sea juzgada en un plazo razonable, se cumple de manera relativamente consistente. Pero aún en esos casos existe una tendencia fuerte hacia el automatismo de las decisiones, esto es, a resolver los casos con padrones rígidos vinculados por ejemplo a la gravedad del delito sin que exista una discusión realmente individualizada acerca de las necesidades específicas de cada caso. Este último problema se vincula a su vez con la carencia de información acerca de las circunstancias que pueden permitir evaluar con cierta profundidad el riesgo que se pretende prevenir y las posibles alternativas al encarcelamiento con el fin de conjurarlo.

En consecuencia, dependiendo de cuál sea la situación específica de cada país, es necesario identificar con claridad las prácticas que están dificultando la aplicación concreta de la regulación contenida en la legislación introducida en el proceso de reforma. En algunos países es central el fortalecimiento de la defensa en sus diversas formas, en otros la cuestión más crítica es la falta de oralidad en el momento de la decisión sobre la prisión preventiva, en tanto que en aquellos que ya la tienen será necesario buscar que el debate sea más intenso y específico. Probablemente, en todos los casos será necesario buscar el control de la duración del proceso, dado que este factor es siempre relevante puesto que hace que la prisión preventiva se alargue, pero además la tardanza en la decisión definitiva del caso hace que la percepción de respuesta al probable delito se concentre con más fuerza en esta medida de control.

Las medidas alternativas a la prisión preventiva

Parte del programa que los nuevos sistemas procesales penales proclamaron estuvo constituido por un conjunto bastante amplio de medidas de control alternativas a la prisión preventiva. En todos los países, estas medidas se han establecido en la ley y los jueces suelen utilizarlas con bastante frecuencia.

Pero a diferencia del mundo anglosajón, de donde estas medidas alternativas fueron tomadas, su introducción no estuvo acompañada de los mecanismos operativos destinados a determinar en cada caso su adecuación a las necesidades de cautela que

se plantean ni a controlar su cumplimiento por parte de la persona que es objeto del control alternativo que se resuelve.

En la práctica, en el contexto latinoamericano las medidas a la prisión preventiva son resueltas sobre la base de información bien limitada, la que en general no permite hacer una evaluación seria acerca de la capacidad real que cada una de las formas de control alternativo tiene para evitar los riesgos que le dan fundamento. Por otra parte, esta decisión, la de otorgar medidas alternativas, está bastante cruzada por objetivos distintos de los cautelares, como son, por ejemplo, consideraciones de justicia material o de proporcionalidad, que llevan justificadamente a los jueces a evitar el uso de la prisión pero que no necesariamente debieran vincularse a sistemas de control que tienen objetivos cautelares específicos.

Por otro lado, el cumplimiento de las medidas de restricción que se imponen en cada caso no es controlado de manera sistemática, sino, en el mejor de los casos, de modo anecdótico, cuando las violaciones se hacen evidentes como producto de un reclamo de la víctima o de una detención policial posterior.

Por último, los sistemas de justicia penal de nuestra región no tienen la capacidad de hacer un aprendizaje acerca de cuáles medidas son capaces de evitar qué tipos de riesgos, ni de identificar las características específicas de los casos que las hacen más o menos efectivas.

Por todas estas razones es posible afirmar que el único método seguro y probado con que el sistema cuenta con el fin de garantizar que el imputado no huya del juicio, que atente contra las víctimas o testigos o realice otras conductas que se considera necesario evitar, consiste en mantenerlo en prisión durante la duración del juicio. Esta carencia del sistema refuerza la percepción pública de impunidad frente a los casos en que una persona es puesta en libertad a la espera del juicio, la que a su vez constituye el basamento político de todos los intentos legislativos por volver a sistemas de inexcusabilidad u otras formas de reforzamiento del uso de la prisión preventiva.

Por lo tanto, parece indispensable abordar sistemáticamente estos desafíos, es decir, buscar respuestas institucionales que se hagan cargo de cada una de las tareas descritas y que tengan la capacidad de desarrollar un proceso de aprendizaje acerca de los métodos más convenientes para realizarlas. Afortunadamente, los países anglosajones ofrecen una variada cantidad de modelos alternativos y de experiencias debidamente evaluadas para la realización de estas tareas, las que es necesario conocer para luego formular opciones apropiadas a nuestra realidad.

Una de las ventajas que tiene el abordaje sistemático de sistemas de control de las medidas alternativas a la prisión preventiva consiste en que es posible examinar de manera comparativa y específica a la prisión preventiva en relación con los mecanismos alternativos, que pueden ser muy variados y diversos en su contenido e intensidad. Esa comparación permite, de acuerdo con lo observado en la experiencia comparada, justificar por una parte la eficiencia de los métodos alternativos, su menor costo para el Estado, pero también la conveniencia de su uso en algunas situaciones para las que en nuestro medio la prisión preventiva parece como prácticamente ineludible como son delitos de cierta gravedad o en los que el imputado presenta antecedentes criminales anteriores¹¹.

La protección de la legitimidad del sistema en las decisiones judiciales

En varios de los países que han experimentado procesos de contrarreforma o al menos una fuerte presión pública a favor de un aumento del uso de la prisión preventiva, es posible reconocer que además de factores como el desconocimiento del funcionamiento del sistema de justicia penal o la existencia de una información de prensa orientada al escándalo, han existido resoluciones judiciales, a veces anecdóticas, que han producido un enorme impacto negativo e incluso algunas de ellas han estado directamente vinculadas a la promoción de reformas restrictivas destinadas a limitar las facultades de los jueces para no otorgar prisiones preventivas.

El problema que se plantea es complejo puesto que la función judicial es por definición contra mayoritaria y la independencia del juez está justificada precisamente por su capacidad para resistir la presión de grupos o aun de la mayoría de la población y ser capaz de resolver los casos en su propio mérito, protegiendo los valores permanentes del sistema legal. No obstante, parece necesario aprender de la experiencia en el sentido que la función contra mayoritaria tiene un límite en cuanto su ejercicio

puede derivar en situaciones tan complejas como la supresión por vía de la ley de las mismas facultades que el juez está ejerciendo o la generación de una opinión pública tan negativa que de hecho inhiba a los jueces a resolver los demás casos de manera apropiada a sus características individuales.

Me parece que el camino aquí es el de incorporar este tema en la reflexión y en la capacitación judicial, sobre todo con miras a sensibilizar a los jueces acerca de la relevancia institucional de sus decisiones en materia de prisión preventiva, en especial aquellas de mayor visibilidad. En algunas jurisdicciones fuera de la región, este tema ha tenido expresiones normativas que en general se han traducido en el reconocimiento de causales especiales de prisión preventiva vinculadas a conceptos como la alarma pública o la protección de la legitimidad del sistema¹². Su introducción en nuestro medio no parece probable porque las propuestas legislativas están orientadas hacia fórmulas de inexcusabilidad bastante directas. No obstante, creo que el contenido de estas cláusulas sirve para promover la reflexión sobre el punto.

El diálogo entre el sistema de justicia penal y la comunidad

Por último, pienso que un tema central del próximo tiempo dice relación con las capacidades de los sistemas de justicia penal para desarrollar un sistema más complejo de vínculos con la comunidad y sobre todo con su capacidad para transmitirle la complejidad de su tarea y la importancia de los valores que está llamada a cautelar.

El primer paso para esa comunicación consiste en poder responder apropiadamente a las más básicas preguntas que los ciudadanos podrían hacer, esto es, poder afirmar que las personas que no son puestas en prisión preventiva son sometidas a un régimen de control que razonablemente garantiza su comportamiento en libertad.

Además, es necesario generar estrategias destinadas a que algunos agentes del sistema sean capaces de explicar al público su funcionamiento y los valores que éste debe preservar. Esto requiere de

11 Una explicación sucinta acerca de herramientas de monitoreo electrónico es posible encontrar en Ahumada, Alejandra, *Uso del monitoreo electrónico en el sistema penal*, Blog de Fundación Paz Ciudadana. Disponible en World Wide Web: <http://blogfundacion.wordpress.com/2009/09/29/uso-del-monitoreo-electronico-en-el-sistema-penal/> [01 de diciembre de 2010]. Un análisis detallado de la prisión preventiva, sus costos y sistemas alternativos, en el contexto mexicano, en Carrasco, Javier (compilador), *Retos de la reforma procesal penal: equilibrando la presunción de inocencia y la seguridad pública*. Cátedra Estado de Derecho, Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP); Institución RENACE, A.B.P.; y Open Society Justice Initiative.

12 Las causales de procedencia de prisión preventiva en Canadá se clasifican en motivos primarios, secundarios y terciarios. El motivo primario vela por la comparecencia del imputado, ya que existe una alta probabilidad de que él no comparezca si es que se lo deja libre. El motivo secundario señala que la prisión preventiva es necesaria para garantizar la protección y seguridad del público. También es necesaria cuando existe una alta probabilidad de que si al imputado se lo deja en libertad, cometerá un nuevo delito o que obstruirá la administración de justicia. Por último, el motivo terciario indica que la prisión preventiva es necesaria para mantener la confianza de la opinión pública en la administración de justicia.

la creación de instancias especializadas en esa tarea que desarrollen una estrategia comunicacional persistente en el tiempo, pero que además se hagan cargo de explicar las decisiones en todos aquellos casos en que éstas aparezcan debatidas o cuestionadas en el debate público¹³.

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

Pero además de la comunicación institucional pienso que es indispensable que los organismos

oficiales del sistema de justicia penal busquen desarrollar relaciones de colaboración y de lealtad en esta materia, tanto entre ellos como con actores externos al sistema. Entre los actores del sistema es indispensable evitar que unos busquen legitimarse a costa de los otros. Todos ellos deben compartir a lo menos una visión general acerca del funcionamiento y los valores que el sistema de justicia penal busca cautelar, así como de la legitimidad de los diversos roles que intervienen en su actividad.

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

¹³ Un ejemplo sobre el particular está dado por el “blog comunicacional” de la Fiscalía de Esquel (Provincia de Chubut, Argentina), cuya URL es <http://prensafiscaliaesquel.blogspot.com/>. El detalle sobre su experiencia en la publicación del Primer Encuentro REDEX Argentina, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2009.

Javier Carrasco Solís

Juris Doctor, Project Manager

Proyecto Presunción de Inocencia en México, Open Society Justice Initiative

JavierCarrascoS@yahoo.com

Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares

Resumen Ejecutivo

El sistema de justicia penal acusatorio incluye un nuevo régimen de medidas cautelares partiendo desde la presunción de inocencia y, por ende, la libertad como regla, dejando al uso de la prisión preventiva como la excepción. El nuevo sistema requiere de la creación de políticas públicas, entre ellas programas especiales para aplicar adecuadamente las nuevas medidas cautelares. Dichos programas son una serie de servicios que se ofrecen en la etapa previa a juicio para manejar los riesgos de cada imputado y supervisar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez. Ambas funciones permiten la racionalización de la decisión sobre la imposición de las medidas cautelares, aportan información confiable al debate, contribuyen a que el imputado comparezca en su proceso, protegen la seguridad de la comunidad y de la víctima y aportan a la reducción del uso innecesario de la prisión preventiva.

Noviembre 2009

I. Contexto

“El derecho penal es un instrumento que se debe utilizar para el avance del bienestar social y no para el detrimento de ese bienestar”.¹ Precisamente, lo fundamental para la debida implementación de la reforma penal que resulte en un sistema respetuoso de los Derechos Humanos, que permita el desarrollo democrático del sistema y el acceso a la justicia es concientizarnos y comprometernos como autoridades, actores del sistema, académicos y sociedad en general con el concepto antes citado. El derecho penal se debe utilizar para el desarrollo de la sociedad y no como un mecanismo de represalia, abuso y arbitrariedad.

Por lo consiguiente, para utilizar el nuevo sistema como instrumento de bienestar social, la implementación de los diferentes aspectos de la reforma requiere un cambio normativo, cambio cultural, preparación, rendición de cuentas y creación de políticas públicas que permitan aplicar los conceptos legislativos. En esta intervención me enfocaré en la creación de políticas públicas enfocadas en establecer programas para el manejo de las medidas cautelares. Dichos programas son servicios diseñados para la evaluación de riesgos y supervisión, que se

¹ Norval Morris cita las palabras del analista en derecho penal, Glanville Williams, en su presentación “Crime, the Media, our Public Discourse” el 13 de mayo de 1997 en Washington. D.C.

realizan en la etapa previa a juicio, para asegurar que los imputados continúan con su proceso, que se imponga la medida cautelar más adecuada de acuerdo a las circunstancias de cada caso, proteger a la seguridad de la víctima y sociedad y reducir el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

Sin el uso de estos mecanismos es difícil supervisar a las personas que siguen su proceso en libertad mediante una medida cautelar y reducir el uso de la prisión preventiva. Por esta razón, es importante establecer mecanismos efectivos para manejar la prisión preventiva y las nuevas medidas cautelares para solidificar el sistema de justicia penal acusatorio en la región o, de lo contrario, veremos una tendencia de contrarreforma en este tema específico.

Las buenas prácticas de los mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión que se utilizan a nivel internacional consisten de dos intervenciones. Primero, la evaluación de riesgos es para generar información sobre las condiciones de cada detenido para determinar el nivel de riesgo y recomendar a las partes la medida más apropiada para cada caso. Segunda, una vez que el juez haya tomado la decisión sobre la imposición de las medidas cautelares, los servicios de supervisión se encargan de darles seguimiento a las personas en libertad para asegurar que cumplan con las condiciones judiciales impuestas.

Antes de explicar el funcionamiento de los servicios de evaluación de riesgos y supervisión, presentaré la problemática del abuso de la prisión preventiva y la necesidad de asegurar que se utilicen las medidas cautelares diversas a la detención. La descripción de los servicios de evaluación de riesgos y supervisión (servicios previos a juicio – el concepto conocido en los países angloparlantes es *pretrial services*) nos permitirá ver la forma de interacción de las actividades dentro del sistema de justicia penal para maximizar el cumplimiento de los imputados en libertad y minimizar el riesgo a la sociedad, a la víctima y al proceso.

II. Problemática de la aplicación de las medidas cautelares

Como lo he señalado, una de las tensiones del sistema de justicia penal es el uso de la prisión preventiva. Por un lado, el sistema tiene que preservar la presunción de inocencia y por el otro asegurar que las personas a las que se les está procesando por un delito comparecen y no ponen en riesgo a la seguridad social. En el sistema tradicional, para resguardar esa “seguridad”, las legislaciones

establecen el uso indiscriminado de la prisión preventiva, el cual se aplica por categorías de delitos inexcusables. La medida cautelar, casi única en su uso, diversa a la prisión preventiva es la libertad bajo caución elegible para los personas que estén siendo procesadas por un delito no grave. Al permitir únicamente la libertad bajo caución durante el proceso, el marco jurídico discrimina a las personas de escasos recursos y penaliza la pobreza.

Tomando en consideración el sistema tradicional podemos concluir que “el diseño de los sistemas inquisitivos en la región favorecía un amplio uso de esta medida cautelar [prisión preventiva], en la práctica, como una regla general de seguirse un proceso en contra de una persona. En efecto, los sistemas inquisitivos operaban sobre la idea de que el proceso penal era un instrumento para presionar al imputado para que éste confesara;... esta era la reina de las pruebas”.²

Por estos motivos, el nuevo sistema de justicia penal establece una serie de diversas medidas cautelares para que el imputado pueda seguir su proceso en libertad. Algunas alternativas incluyen desde la libertad bajo promesa, dispositivos electrónicos, caución, suspensión de derechos, separación de domicilio, limitación de movilidad geográfica, cuidado bajo una institución, servicio a favor a la comunidad, arresto domiciliario hasta la prohibición de salir del país en esta categoría. La discreción judicial es limitada en este tipo de sistemas. Ahora que los códigos procesales establecen un catálogo las medidas cautelares señaladas, la tensión es en asegurar que se apliquen de una manera efectiva.

Actualmente, el reto es lograr que las medidas cautelares funcionen de acuerdo a sus fines procesales para evitar que la prisión preventiva sea el mecanismo utilizado como regla. Para este fin, los ordenamientos jurídicos deben incluir cambios estructurales mediante la creación de programas que permitan la debida implementación de las disposiciones legales. En este caso en concreto, el cómo asegurar que las personas en libertad bajo una medida cautelar cumplan con las condiciones impuestas por el juez.

Por el aumento de la tasa de criminalidad y percepción de impunidad, la reforma ha recibido cuestionamientos sobre su capacidad de responder a estas condiciones sociales. La desinformación

² Cristián Riego y Mauricio Duce (eds.), *Prisión Preventiva y Reforma Procesal penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago, Chile, 2009, p. 17.

genera un sentido de impunidad al ver a una persona en libertad mientras está sujeta a un proceso penal –esto es un resultado de que como sociedad estábamos acostumbrados a que las personas estuvieran en prisión desde el inicio-. Estas tensiones han “originado una alta expectativa por parte de la opinión pública general de que los imputados de delitos queden bajo el régimen de la prisión preventiva y en aquellos casos que no ha sido así, esto ha provocado la insatisfacción general.”³

Como respuesta a la presión mediática y social, la contrarreforma ha surgido en diversas formas. Primero, en la práctica de algunas regiones donde los fiscales solicitan la prisión preventiva de manera generalizada, argumento por la gravedad del delito, los jueces, por temor a al escarnio mediático y social, ceden a las peticiones. Esta realidad nos regresa al sistema tradicional donde únicamente se contemplaba la gravedad del delito para imponer la prisión preventiva dejando las otras medidas cautelares prácticamente en desuso. La segunda forma es normativa, donde el legislador sutilmente introduce cambios al Código Procesal limitando la libertad provisional. Por ejemplo, eliminando la posibilidad de salir en libertad bajo protesta o bajo la supervisión de alguna institución. De 2001 a 2006 varios países de la región han modificado las medidas cautelares.⁴ México está comenzando a experimentar la contrarreforma en este tema en los Estados en donde ya se está aplicando el nuevo sistema de justicia por las mismas razones que el resto de los países de la región: una mala percepción sobre el funcionamiento del sistema.

Existe una mala percepción al ver que en el nuevo sistema las personas pueden obtener su libertad más rápidamente. Algunos policías opinan que “más tardan en detener a las personas que en que los dejen en libertad”. Por esta realidad presente en todos los países, es necesario establecer mecanismos para asegurar la debida implementación de las medidas cautelares concientizando a la sociedad que las personas en libertad están sujetas a condiciones y un régimen de vigilancia y control. El proceso de reforma es complejo, pero para crear un sistema de justicia penal como un verdadero instrumento de desarrollo del bienestar social debemos analizar qué formas son las idóneas para asegurar el éxito de la reforma y legitimar las medidas cautelares como verdaderas alternativas a la prisión preventiva.

III. Soluciones: mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión

Una solución que ha legitimado las alternativas a la prisión preventiva en varios países angloparlantes es lo que me he estado refiriendo en este ensayo como los servicios de evaluación de riesgos y supervisión. Estos mecanismos han permitido que el sistema genere información confiable para tomar la decisión más apropiada sobre la libertad y lograr la comparecencia de las personas a sus procesos. De hecho, en los Estados Unidos existen más de 200 programas que ofrecen ambos servicios, los cuales se han ganado un lugar como componentes esenciales de los sistemas de justicia locales a tal grado que muchos brindan atención a poblaciones especiales como enfermos mentales y adictos.⁵

Actualmente, el Proyecto Presunción de Inocencia en México de Open Society Justice Initiative ha estado estudiando el funcionamiento, los beneficios y los resultados de estos servicios para proponer su implementación en el nuevo sistema de justicia penal mexicano como mecanismos de solución para el manejo de las medidas cautelares. A continuación describiré el funcionamiento de estos servicios para entender cómo benefician al sistema y legitiman las medidas cautelares como alternativas efectivas a la prisión preventiva.

A. Terminología

Antes de cubrir una breve reseña de la historia de estos servicios, señalo que utilizo la frase “servicios de evaluación de riesgos y supervisión” para referirme al concepto conocido en Estados Unidos y otros países de habla inglesa como *pretrial services*. Una traducción literal sería “servicios previos a juicio” o “servicios con antelación a juicio”. No obstante, considero que los términos, refiriéndose a las funciones centrales de los servicios, “evaluación de riesgos y supervisión”, son más puntuales para el concepto que estoy desarrollando, ya que servicios previos a juicio pueden incluir hasta aspectos de defensa, asesorías y etcétera.

El nombre del concepto varía de país a país así como existe una variación en dónde están ubicados, en los indicadores de riesgos y en otros pormenores del funcionamiento. Por ejemplo en el Reino Unido

³ Cristián Riego y Mauricio Duce (eds.), *Op. Cit.*, p. 55.

⁴ Ídem, p. 58. Los países que han reformado son Argentina (provincia de Buenos Aires), Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.

⁵ Timothy Murray, “Herramientas para el Manejo de las Medidas Cautelares”, en Gabriel Cavazos, Martín Carlos Sánchez, Denise Tomasini-Joshi y Javier Carrasco (eds.), *Retos de la Reforma Penal. Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, Escuela de Graduados de Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, Monterrey, 2009, pp. 91-98.

se llaman “*bail supervision and information related services*” (servicios relativos a la información y supervisión de la libertad provisional); en Australia “*bail assessment programs*” (programas para la evaluación de la libertad provisional) y en Sudáfrica “*pretrial services*” (servicios previos al juicio).⁷ Sin embargo, todos mantienen los elementos centrales de la evaluación de riesgos para recomendar la libertad y la supervisión para asegurar el cumplimiento de las condiciones.

B. Historia

De acuerdo a la información documentada del centro de investigación sobre el tema, *Pretrial Justice Institute*, de Washington D.C., los primeros esfuerzos para reformar el régimen de la prisión preventiva y la libertad provisional en los Estados Unidos surgió hace ya casi 50 años en Nueva York. En aquel entonces, la única forma para que las personas pudieran seguir su proceso en libertad era depositando una fianza ante el juzgado (similar a la única alternativa en el sistema inquisitivo de nuestra región). En 1961 el filántropo Louis Schweitzer y Herb Sturz, del Instituto de Justicia Vera, reconocieron la injusticia del sistema al permitir la libertad basada únicamente en cuestiones económicas, ya que un gran número de personas permanecían en prisión preventiva por la imposibilidad de pagar la cantidad de la caución.⁸

En conjunto con líderes y expertos desarrollaron una solución creando un piloto como el Proyecto de Libertad Provisional Manhattan, el cual asistía a los jueces para que tomaran decisiones más razonables al otorgarles información considerando el arraigo comunitario de los detenidos, historial laboral, educación y antecedentes penales. El personal del proyecto obtenía la información entrevistando a los detenidos y verificando su veracidad llamando a referencias proporcionadas. En 1963 el Procurador General de los Estados Unidos formó un comité para analizar este tema, el cual concluyó que existían problemas asociados con la detención por condiciones económicas. Este esfuerzo resultó en una conferencia nacional para debatir la reforma de este asunto y subsecuentemente el Congreso Federal aprobó el *National*

Bail Reform Act (La Ley Federal de Reforma a la Libertad Provisional) en 1964.⁹

Para 1965, existían 56 localidades operando proyectos para asistir con la libertad provisional y en 1968 la Agencia de Libertad Provisional de Washington D.C., desarrolló el primer programa de servicios previos a juicio entrevistando a los detenidos, recopilando y verificando información, elaborando reportes y recomendaciones y supervisando a los imputados.¹⁰ La Asociación de la Barra Americana (ABA) ha jugado un papel importante en este proceso al publicar en 1968 los estándares sobre las decisiones de la libertad provisional. Subsecuentemente, nació la Asociación Nacional de Agencias de Servicios Previos a Juicio (*National Association of Pretrial Services Agencies*, NAPSA) en 1973 y en 1977 el antecesor del *Pretrial Justice Institute*. Ambos organismos han sido instrumentales para el avance del desarrollo de estos programas.

En el transcurso de estos casi 50 años, los servicios han evolucionado y mejorado transformándose en algunas localidades en programas encargados de manejar todo el sistema de libertad provisional. Los resultados de los servicios han contribuido a la credibilidad y confianza social en que una persona puede estar en libertad mientras está siendo procesada. No obstante el éxito de estos programas, la mayoría de las localidades no los han implementado (en Estados Unidos estos servicios se establecen a nivel de condado, que viene siendo una subdivisión política de los Estados). De acuerdo al *Pretrial Justice Institute*, en la década de los 90s se dio el mayor crecimiento de este tipo de programas en la historia; pero en los lugares donde aún existen, las prisiones están hacinadas por personas en prisión preventiva que no pueden cubrir el monto económico de la fianza.¹¹ Esto indica el desuso de alternativas diversas a la fianza y a la prisión preventiva. Tomemos esto como lección para nuestros países de lo que puede pasar en ausencia de programas especializados para el manejo de las medidas cautelares.

C. Elementos centrales del funcionamiento: evaluación de riesgos y supervisión

Partiendo desde la premisa de una debida implementación, los servicios son los primeros que intervienen en el sistema de justicia penal después de la

6 El término “*bail*” en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos equivale al concepto amplio de la libertad provisional, ya que para referirse a la fianza, que en nuestros sistemas nos referimos estrictamente a la garantía económica, en inglés se utiliza el término “*bail bond*”. Por este motivo utilizaré “libertad provisional” para traducir el concepto de “*bail*”.

7 Ver, Martin Schöntheich y Denise Tomasini-Joshi, *Manejo de la Libertad Provisional: Intervenciones Prácticas*, Open Society Justice Initiative, por publicarse en 2010, New York, nota de pie número 10.

8 Ver, <http://www.pretrial.org/PretrialServices/HistoryOfPretrialRelease/Pages/default.aspx>

9 Timothy Murray, “Herramientas para el Manejo de las Medidas Cautelares”, en Gabriel Cavazos, Martín Carlos Sánchez, Denise Tomasini-Joshi y Javier Carrasco (eds.), *Op. Cit.*, pp. 91-98

10 Ver, <http://www.pretrial.org/PretrialServices/HistoryOfPretrialRelease/Pages/default.aspx>

11 Referirse a nota número 9.

detención para evaluar los riesgos y necesidades de cada detenido así como los promotores de las alternativas a la prisión preventiva más apropiadas. Los programas pueden jugar un papel crítico en la administración de justicia si se utiliza todo su potencial.¹²

Aunque existe variación entre los programas, como he señalado, las funciones centrales son la evaluación de riesgos y supervisión. Ambas son esenciales para el manejo de las medidas cautelares, que contribuyen con la racionalización de las decisiones judiciales permitiendo la libertad y asegurando el cumplimiento con la comparecencia y condiciones impuestas para resguardar la integridad del proceso y la seguridad ciudadana.

1. Evaluación de riesgos

El objetivo de la primera función de los servicios que competen a la evaluación de riesgos es para recabar información sobre las condiciones de cada detenido (arraigo comunitario, historial laboral y educativo, antecedentes penales, procesos abiertos y adiciones), realizar una evaluación de riesgos para determinar la probabilidad de cumplimiento, ponderar dichos datos con las medidas cautelares para recomendar la más apropiada. Es importante señalar que la evaluación de riesgos se realiza inmediatamente después de la detención para poder proporcionar la recomendación al fiscal y defensa (y al juez si la legislación lo permite) antes de la primera audiencia ante el juez de garantías.

La coordinación con otras instituciones es crucial para poder obtener la información rápidamente –se recomienda que existan convenios de colaboración estableciendo protocolos de procedimiento para evitar el retraso por requisitos burocráticos-. Las respuestas inmediatas son la clave para el debido funcionamiento de los servicios.

Se utiliza un instrumento objetivo que contenga los factores de riesgos específicos para cada comunidad. El diseño del instrumento debe incluir la asignación de valores positivos y negativos para que al integrar la información resulte en un puntaje, el cual se pondera en una escala de riesgos. La escala indicará el riesgo en rangos de alto, medio, bajo y nulo para determinar la medida o combinación de medidas más apropiadas para el manejo de dichos riesgos. El instrumento también debe contemplar algún componente subjetivo. El resultado se utiliza para elaborar la

recomendación, la cual no es vinculante, para que las partes utilicen lo que estimen necesario en la audiencia al presentar sus peticiones basadas en información de calidad y veraz. Para asegurar que los factores de riesgos efectivamente miden lo que se pretende, es necesario que las instituciones establezcan mecanismos de registro de datos para evaluar el funcionamiento y validar el instrumento. La legislación y la práctica deben evitar que la información que se genere para este fin no sea utilizada para otros propósitos del proceso, mucho menos para sentenciar.

Las actividades de la función de evaluación de riesgos consisten en las siguientes: i) entrevista, ii) recopilación de información, iii) verificación, iv) análisis de la evaluación de riesgos, v) elaboración de la opinión, vi) entrega de la opinión, y vii) comparecencia a la audiencia, en caso de ser requerido.

a. Entrevista

El equipo responsable de realizar la evaluación de riesgos debe tener acceso al lugar donde están las personas detenidas para realizar una entrevista en estricta confidencialidad. Para este fin, el programa debe obtener un permiso permanente para poder acudir al centro de detención. El equipo debe de utilizar un formato específico de entrevista que contiene los factores de riesgos sin poder vulnerar los derechos del detenido. La entrevista jamás incluirá aspectos sobre el delito para preservar el derecho de no autoincriminación. La entrevista será para recabar información general de cada detenido y su participación es estrictamente voluntaria.

b. Recopilación de información

Una vez terminada la entrevista, el personal solicita información adicional de autoridades correspondientes sobre procesos, antecedentes, y de otras fuentes para terminar de llenar el formato de la entrevista. Esta actividad requiere de una comunicación muy estrecha entre la unidad de los servicios que solicita la información y la institución solicitada –la respuesta debe ser rápida-.

c. Verificación

Una vez con la información recabada (todos los rubros del formato de la entrevista), se coteja utilizando varias fuentes y mecanismos (la víctima nunca será fuente de información para este propósito) para verificar su autenticidad. Durante la entrevista se le solicitará al detenido nombres de personas que puedan servir de referencia. El proceso de verificación incluye la revisión del nombre del detenido, edad, estado civil, residencia, historial laboral y escolar. El encontrar que el detenido intencionalmente proporcionó información falsa, se le otorga un valor negativo.

¹² Barry Mahoney, Bruce Beaudin, John Carver, Daniel Ryan y Richard Hoffman, *Pretrial Services Programs: Responsibilities and Potential*, National Institute of Justice, U.S. Department of State, Washington, D.C., 2001, p. 3.

d. Evaluación de riesgos

El ABA y NAPSA recomiendan que las agencias utilicen instrumentos de evaluación de riesgos con criterios objetivos para determinar el riesgo de fuga, para la víctima al proceso o la sociedad. La recomendación es el uso de los criterios objetivos para evitar que el personal utilice prejuicios en sus decisiones. Los sistemas de informática son esenciales para evaluar al instrumento, ya que los factores pueden cambiar de localidad en localidad y a través del tiempo.

La evaluación de riesgos se realiza asignando los valores positivos o negativos para cada rubro en el instrumento y calculándolos para obtener un número como resultado. En la escala de riesgos se coloca el resultado para identificar el nivel de riesgo y la medida más apropiada para manejarlo.

e. Elaboración de la opinión

Una vez habiendo identificado el nivel de riesgo y la medida o combinación de medidas más apropiadas para cada caso en concreto, el personal elabora una síntesis como opinión o recomendación. En caso de que no se pueda manejar el riesgo en libertad, la opinión será *no recomendado*, que para efectos prácticos equivale a la prisión preventiva.

f. Entrega de opinión

La unidad debe entregar la opinión al fiscal y defensor para que les sirva como material para la preparación de sus posturas y poder solicitar una medida cautelar o contradecir en caso que sea necesario a la contraparte. En algunos países, la opinión se elabora primordialmente para el juez entregando copias a las partes. En México, la legislación prohíbe que el juez tenga información sobre el caso previo a la audiencia. Por esta razón la recomendación sólo se le entrega a las partes.

g. Comparecencia a la audiencia

La unidad de evaluación de riesgos debe asignar a un miembro de su equipo a estar disponible en caso de que las partes requieran que acuda a la audiencia a explicar la recomendación. No es necesario que comparezcan todas las audiencias –esto sería costoso– sino únicamente en los casos donde no estén muy claras información y recomendación.

2. Supervisión

El objetivo de la segunda función de los servicios es la supervisión de los imputados que el juez ha dejado en libertad bajo una medida cautelar para asegurar el cumplimiento de las condiciones y que comparezcan a las audiencias

correspondientes a su proceso. Los servicios de supervisión tienen la obligación de proporcionar reportes al juez, fiscal y defensa especificando el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones estipuladas en la orden judicial.

La unidad de supervisión puede coordinar las actividades utilizando recursos gubernamentales y no gubernamentales; lo importante aquí es mantener una comunicación abierta para obtener la información sobre el cumplimiento e incumplimiento de cada imputado. Los programas en Estados Unidos reportan que el 97%, en 2008, brinda servicios de supervisión comparados con el 81% en 1989.¹³

La supervisión depende de la condición impuesta por el juez de acuerdo a los riesgos que determinaron en la audiencia pero puede variar desde coordinar firmas, realizar recordatorios para que las personas no olviden sus audiencias, referir a que las personas reciban tratamiento en instituciones privadas o públicas, monitoreo electrónico, aplicación de exámenes para detectar el abuso de sustancias o alcohol, dar seguimiento en caso de un incumplimiento, entre otras. Las agencias también colaboran entre ellas en la supervisión de personas que están siendo procesadas en entidades fuera de su territorio.

Las actividades de supervisión incluyen una entrevista inicial para la recepción del caso, el diseño de la supervisión, seguimiento y la elaboración u entrega de reportes.

a. Entrevista inicial

Inmediatamente después de que el juez haya impuesto la medida cautelar, el imputado debe reportarse con los representantes del equipo de supervisión para que lo orienten en sus obligaciones. Es recomendable que la unidad de supervisión pueda tener un módulo dentro, o próximo, del complejo donde se realizan las audiencias para que el imputado se reporte. Durante la entrevista, el personal revisa la decisión judicial y le explica al imputado sus obligaciones procesales y consecuencias en caso de incumplimiento.

b. Supervisión

Dependiendo de la medida impuesta, el diseño de la supervisión se puede realizar durante la entrevista inicial o posteriormente. Si la condición

¹³ Ver, <http://www.pretrial.org/PretrialServices/OrganizationalStructure/Pages/default.aspx>

requiere que otra institución supervise al imputado, por ejemplo alguna clínica, el equipo canalizará a la persona al lugar apropiado asegurándose de que reciba los reportes de seguimiento oportunamente. Las instituciones que estén brindando la supervisión no podrán agregar o cambiar las condiciones y responsabilidades impuestas por el juez.

c. Elaboración y entrega de reportes

Los servicios de supervisión están obligados a elaborar y entregar reportes sobre el cumplimiento o incumplimiento al juez, al fiscal y a la defensa. Dichos reportes incluirán las violaciones a las condiciones o los esfuerzos que el imputado haya hecho para cumplir con la orden judicial. En caso de una a la otra, el fiscal o el defensor pueden solicitar la revocación, modificación o apelación de las medidas cautelares.

IV. CONCLUSIÓN

Estudios a nivel internacional muestran que la libertad provisional es preferible a la prisión preventiva por varias razones. Por lo tanto, los programas que ofrecen incentivos para liberar a los imputados limitando el uso de la prisión preventiva representan importantes beneficios para la sociedad y para la solidificación del sistema acusatorio en la región. Los beneficios de las medidas cautelares alternas a la prisión preventiva normalmente se pueden agrupar en tres categorías interrelacionadas: procesal, social e institucional.¹⁴ Procesal porque contribuye a que la persona comparezca a juicio sin fugarse; social porque asegura que el imputado no pone a riesgo a la víctima o la sociedad, le permite mantener vínculos con su familia y a participar en programas de tratamiento; por último institucional porque contribuye a la reducción del hacinamiento carcelario.

Como he presentado, la debida implementación del sistema de justicia penal requerirá de la creatividad del diseño de políticas públicas para el manejo de aspectos específicos dentro del proceso penal. En este caso en concreto, para que la libertad se convierta en la regla a través del uso de las medidas cautelares y que la sociedad las legitime, no basta en la modificación normativa si no está acompañada con la creación de los mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión. El uso de dichos servicios asegura el avance del bienestar social.

¹⁴ Ver, Martin Schönreich y Denise Tomasini-Joshi, *Op. Cit.*, Open Society Justice Initiative, por publicarse en 2010, New York.

Tobías José Podestá

*Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA).
Investigador INECIP. Miembro CEJA-REDEX. Docente (UBA).
podestatobias@gmail.com*

Carolina Villadiego Burbano

*Abogada de la Universidad de los Andes de Colombia,
con estudios de postgrado en gestión pública e instituciones
administrativas, Derechos Humanos, reforma procesal
penal, y ciencia política y sociología.
carolinavilladiego@gmail.com*

Servicios de antelación al juicio

Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región¹

I. Problemas del uso razonable de la prisión preventiva en la región

La problemática de la prisión preventiva aparece como una cuestión central en todos los sistemas judiciales latinoamericanos, pues constituye el instituto procesal con mayor capacidad lesiva para los Derechos Humanos. Es una necesidad impostergable buscar un mejor método para que la prisión preventiva sea aplicada únicamente para garantizar la realización exitosa del juicio, y que cumpla con los parámetros de: excepcionalidad, provisionalidad, idoneidad, proporcionalidad y plazo razonable.

En efecto, las personas detenidas a las que se acusa de haber cometido un delito tienen derecho a ser juzgadas en un plazo razonable, y la privación preventiva de su libertad antes de la condena debe

ser excepcional. Dicha excepcionalidad debe estar asociada a la necesidad de cautela procesal, es decir, a que razonablemente exista un riesgo que indique que la persona no comparecerá en el juicio o que en libertad, podrá obstruir la investigación penal².

Adicionalmente, varias legislaciones procesales penales de la región, admiten otras causales que resultan de dudosa legitimidad frente a los pactos internacionales y la interpretación que de ellos hacen los órganos internacionales³: peligro para la se-

¹ Este documento fue elaborado a partir de una revisión bibliográfica sobre la prisión preventiva y de la observación de dos programas de servicios de antelación al juicio en los Distritos de Columbia (Washington D.C.) y el Condado de Allegheny, Pennsylvania (Estados Unidos). Los autores agradecen de manera especial a las personas del Programa de Presunción de Inocencia de México del Open Society Justice Initiative, del Instituto para la Seguridad y la Democracia de México, del Pretrial Justice Institute, y de los funcionarios de los servicios de antelación al juicio del Distrito de Columbia y el Condado de Allegheny, Pennsylvania.

² Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 7, numeral 5º.

³ “82. Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido: 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 aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007/05/01, Informe Nº 35/07, caso 12.553 “Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental Del Uruguay”. Dicha cita a su vez, como nota al pie cita la siguiente jurisprudencia de la Corte IDH.: “Caso López Álvarez, Sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C nº 141, párrafo 69; ...Caso Palamara Iribarne, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135, párrafo 198;... Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C Nº 129, párrafo 111; ...Caso Tibi, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C Nº 114, párrafo 180; y Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C Nº 111, párrafo 153.

guridad de la sociedad o del ofendido o la víctima (Chile y Colombia); la continuación de la actividad delictiva (Costa Rica y Nicaragua) o alarma social (El Salvador), entre otros⁴. De alguna manera, y en determinada perspectiva, estos criterios pueden estar fundados en la necesidad de cautela del proceso penal, ya que, por ejemplo, en muchas ocasiones la participación de la víctima en el proceso puede ser fundamental para el desarrollo del mismo⁵, o de testigos que pertenecen a la sociedad.

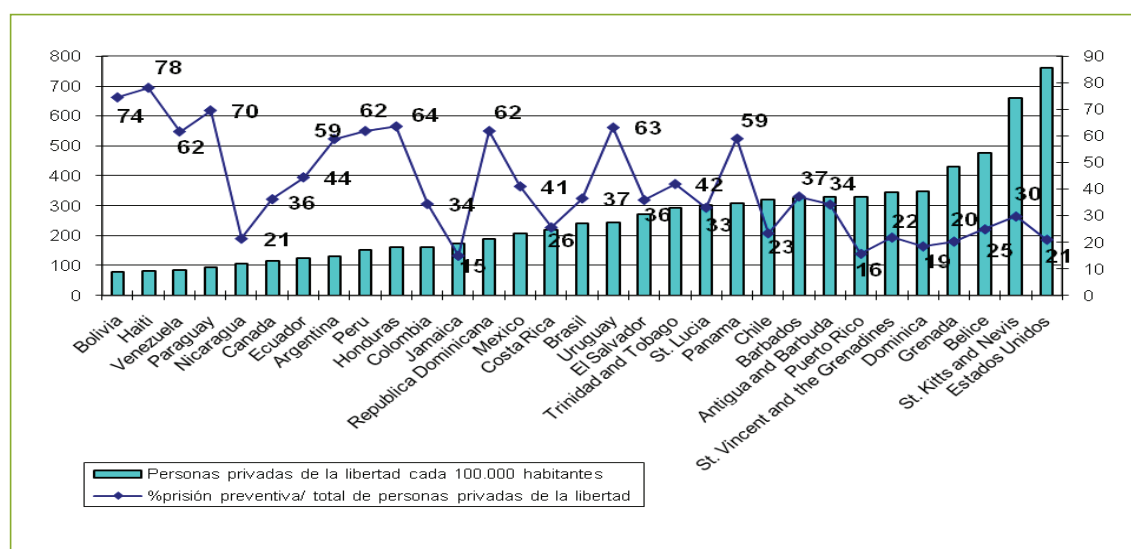
En la mayoría de los países de la región, la prisión preventiva es considerada una medida cautelar excepcional, y su procedencia requiere la argumentación fáctica en el caso concreto. Sin embargo, más allá de las causales legales, hay presunciones impuestas por el legislador que resultan ser una herencia de difícil legitimación empírica, y que a pesar de ello, arrastran a los operadores judiciales a promover y resolver las medidas de coerción bajo parámetros abstractos, sin determinar la existencia de un real peligro procesal. La experiencia refleja que en la mayoría de los casos, los únicos análisis que se formulan tienen que ver con la mera expectativa de pena o el tipo de delito que se imputa, entre otros.

Las presunciones legales vinculadas a la imposición de la prisión preventiva deberían correr la misma

suerte que corrió la prueba legal o tasada, es decir, ser desplazadas por mecanismos más acordes a un pleno Estado de Derecho. Algunos podrán sostener que ayudan al juez como parámetro para la toma de decisiones de suma relevancia, pero la realidad indica otra situación: se recurre a la aplicación automática de la prisión preventiva frente a la existencia de una presunción, como si fuera un cálculo matemático o una ciencia exacta, sin demostrar que la misma provoque en el caso concreto, un verdadero peligro procesal.

A pesar de su excepcionalidad, la prisión preventiva en la región constituye en promedio el 41% del total de las personas privadas de libertad. En Haití, Bolivia y Paraguay, los índices de prisión preventiva superan el 70% del total de población privada de la libertad; y tan solo en Jamaica, Puerto Rico y Dominica dichos índices están por debajo del 20%. Pero además, los cuatro países con los índices más bajos del total de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, tienen los índices más altos de prisión preventiva (Bolivia -74%- , Haití -78%- Venezuela-62%- , Paraguay -70%-). Por el contrario, los dos países con los mayores índices de personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes, tienen índices de prisión preventiva por debajo del 30% (San Kitts y Nevis -30%- y Estados Unidos -21%-).

Gráfico 1
Relación porcentaje prisión preventiva vs. personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes.



Fuente: King's College London, Prison Brief Highest to lowest rates.

4 Cf. Mauricio Duce, Claudio Fuentes y Cristián Riego, “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. Evolución y Perspectiva*. CEJA-JSCA, 2009, p. 29.
5 *Ibidem.*, pp. 29 – 30.

Estos números demuestran que la tendencia de la prisión preventiva en la región es alta, pero ¿cuáles son las razones para ello?

Sin duda existen varias; entre ellas, el establecimiento de criterios rígidos de aplicación que operan como adelanto de pena respecto de los delitos llamados “inexcarcelables”; la decisión de que el encarcelamiento preventivo sea impuesto por los mismos funcionarios a cargo de la persecución o investigaciones de los casos (jueces de instrucción o fiscales de instrucción); poca argumentación exigida al fiscal que solicita esta medida cautelar en el caso concreto; tiempos completamente irrazonables en la duración de las medidas; ausencia de mecanismos de revisión periódica; carencia de instancias de determinación judicial del plazo de duración e inexistencia o subutilización de medidas cautelares alternativas.

Este tipo de prácticas distorsivas se deben a muchos factores: ordenamientos procesales de fuerte raigambre inquisitiva, incluso modernos; falta de respuestas rápidas y legítimas del sistema de justicia, con lo cual se recurre a la falsa solución de emplear a la prisión preventiva como una solución legítima del sistema; y por supuesto, la debilidad o ausencia de servicios de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad.

No se llega a la discusión de cuál es la medida cautelar más adecuada en el caso concreto, sino si se aplica o no la prisión preventiva. En la práctica, la prisión preventiva se considera la única medida cautelar posible, y de no aplicarse, se prefiere no decretar ninguna otra. Esto se puede deber a que no todos los sistemas procesales admiten la aplicación de medidas coercitivas moderadas, y los que las tienen, no las han implementado de manera efectiva. Uno de los posibles motivos es la falta de organismos o de mecanismos que se ocupen del seguimiento de tales medidas, lo que seguramente permitiría contribuir a generar confianza de parte del sistema de administración de justicia hacia la comunidad.

Frente a este cuadro desalentador, no basta con individualizar los problemas y generar discusiones teóricas cerradas, sino que se debe ir más allá

y generar debates que permitan buscar soluciones viables para racionalizar el uso de las medidas de coerción, en especial el uso de la prisión preventiva. Así, a pesar de los cambios realizados para mejorar la situación de la prisión preventiva y de los logros obtenidos, es necesario continuar trabajando para lograr su racionalización. En este sentido, la implementación efectiva de la audiencia como nueva metodología de trabajo para resolver la aplicación de las medidas de coerción y de todos los actos relevantes previos al juicio, resulta de una entidad fundamental para lograrlo.

Todavía se vive una etapa de transición entre la metodología tradicional de adopción de decisiones por escrito, y la decisión de la prisión preventiva en audiencia. Falta mucho por recorrer, y sin ser un mero recuerdo, todavía se resuelve en muchos lugares de Latinoamérica la prisión preventiva por escrito y sin ningún tipo de debate acerca de su fundamentación.

La utilización de la oralidad como metodología de adopción de decisiones en materia de prisión preventiva es un hito del sistema procesal penal debido a sus múltiples ventajas: mayor celeridad, imposibilidad de delegación de funciones (no solo del juez sino también de las partes) en los funcionarios o empleados, favorece la igualdad entre las partes, mejora el ejercicio de la defensa, y contribuye a la publicidad de las decisiones que se toman, entre otras.

Este cambio consiste en generar un espacio idóneo para que las partes frente a un juez imparcial discutan la procedencia de medidas cautelares, e introduzcan información de calidad que sustenten sus argumentos. Además, implica que el juez debe resolver en audiencia la medida cautelar a imponer a partir de los datos introducidos por los intervinientes. Resulta ser una decisión difícil pues sus efectos pueden vulnerar de manera grave los derechos de las personas detenidas o desacreditar la administración de justicia. Se requiere que previamente a la audiencia, las partes reúnan información de calidad vinculada al sustrato material del proceso y a la existencia o no de peligros procesales. Concretamente, se debe justificar la limitación del derecho y argumentar que en realidad existe un riesgo alto de no comparecencia al juicio/peligro de fuga, una obstrucción de la investigación penal, o un peligro para la víctima o la sociedad en los casos en los que este criterio procede. Dicha justificación debe ser brindada por el fiscal en la audiencia, ser desvirtuada por la defensa, y estar sustentada en información suficientemente confiable para la adopción de la decisión judicial. Pero de no poder contar con mecanismos previos a la audiencia para generar información, el debate que se podría generar en él y la

6 Los datos que sirvieron de soporte de esta gráfica se pueden encontrar en: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/world-brief/> (última vez consultada: noviembre 8 de 2009). Las cifras de los países no mencionados a continuación corresponden a 2009. En los casos de Canadá, Ecuador, Venezuela, Guyana, Paraguay, y Trinidad y Tobago corresponden a 2008; Antigua y Barbuda, Argentina, Dominica, Jamaica, San Kitts y Nevis, y Estados Unidos corresponden a 2007; Bolivia, Nicaragua, Puerto Rico, San Vicente y las Granadinas, y Uruguay corresponden a 2006; y Santa Lucía, Surinam y Honduras corresponden a 2005.

decisión jurisdiccional se transformarían en cuestiones meramente jurídicas y abstractas, quitándole toda utilidad a esta metodología de trabajo.

Entonces, la pregunta que surge es la siguiente: ¿la metodología de sustanciación y resolución mediante audiencias resulta suficiente para racionalizar el uso de las medidas cautelares, en especial de la prisión preventiva? La respuesta es negativa.

La audiencia genera un espacio para que las partes discutan acerca de la existencia concreta de peligro procesal en un caso determinado, pero en sí misma no produce información de alta calidad si la información requerida para el debate no se ha adquirido con anterioridad y las partes no la presentan de manera adecuada en la audiencia.

Por el momento, en la gran mayoría de los países de América Latina no se han generado mecanismos ni estructuras específicas que se dediquen en forma sistemática, rápida y generalizada a la búsqueda y recolección de información de calidad para racionalizar el uso de la prisión preventiva. Esta actividad no puede quedar librada a la buena predisposición o voluntad de los operadores del sistema, menos aun si no cuentan con capacidad para afrontar semejante reto. Además, la recopilación de esa información debe estar corroborada o respaldada para que el debate no se centre en su certeza o veracidad.

Ahora bien, si se comparte nuestra postura sobre la necesidad de buscar mecanismos para la recopilación de información de alta calidad que permita brindar información confiable al juez y las partes para decretar la medida cautelar, se necesita determinar quién debe asumir la responsabilidad de la recolección de dicha información y cómo llevar adelante esta función. Creemos que una respuesta posible es la creación de los servicios de antelación al juicio (*pretrial services*).

Los servicios de antelación al juicio pueden encargarse, adicionalmente, de supervisar las medidas cautelares no privativas de la libertad, ya que en la práctica la prisión preventiva también se usa de manera indiscriminada por falta de medidas cautelares alternativas efectivas. En la actualidad, la actividad de supervisión de las medidas morigeradas, recae en el juez que las adoptó, pero resulta ser una práctica totalmente pasiva dado que no se cuenta con estructura de apoyo. Esto evidencia que se practican cambios de carácter normativo sin hacer adecuaciones organizacionales de implementación, por lo que indefectiblemente se generan vacíos institucionales que inciden negativamente en la aplicación de medidas de coerción de baja afectación a la libertad ambulatoria.

Contar con instituciones que cumplan un rol de supervisión contribuiría sin duda, a generar confianza por parte de los tribunales y la comunidad acerca de que, no obstante no haberse privado de la libertad a la persona, ésta se encuentra debidamente monitoreada para garantizar su comparecencia en el juicio y evitar que entorpezca el desarrollo de las investigaciones, sin necesidad de afectar su derecho a la libertad.

Por todo lo anterior, consideramos que una opción para racionalizar el uso de la prisión preventiva en la región, es el desarrollo de servicios de antelación al juicio, que generan información de alta calidad en el proceso para la adopción de medidas cautelares y permiten supervisar las medidas de coerción morigeradas.

II. Los servicios de antelación al juicio

Los servicios de antelación al juicio son una estrategia del sistema de justicia penal encaminada a brindar información confiable al juez y las partes en el proceso penal para la adopción de la medida cautelar y la racionalización de la prisión preventiva. Existen en algunos países, como por ejemplo Estados Unidos, en donde el primer programa empezó en la década de los 60's en Nueva York. En 2009 ya existen más de 171 programas que funcionan con distintas estructuras, que van desde una sola persona a más de doscientas, de acuerdo con la cantidad de funciones desarrolladas y el tamaño de la jurisdicción, y varios de ellos operan con un presupuesto anual inferior a US200.000⁷.

Tienen tres propósitos centrales⁸:

- i. Recolectar información sobre las personas detenidas y verificar dicha información, relacionada con el nivel de riesgo que tiene la persona frente a la cautela del proceso penal en su contra.
- ii. Realizar una evaluación del riesgo en cada caso concreto sobre la probabilidad de que la persona detenida no comparezca en el juicio, obstruya el procedimiento, o constituya un riesgo para la víctima o la sociedad
- iii. Realizar supervisión de las personas detenidas que obtuvieron medida cautelar no privativa de la libertad, y por orden judicial, requieren el cumplimiento de determinadas condiciones.

Estos servicios deben tener definido: i) su objetivo; ii) los límites a sus funciones; iii) su independencia y; iv) la institución a la que pertenecen. Todos estos

⁷ Pretrial Justice Institute, *2009 Survey of Pretrial Services Programs*, Washington, Agosto 2009, pp. 14 – 18.

⁸ *Ibidem*, p. 10.

aspectos deben responder al propósito general establecido para decretar una medida cautelar no privativa de la libertad; es decir, el balance entre el derecho al debido proceso del detenido, la necesidad de cautela del proceso penal, y la protección de las víctimas⁹.

Debido a esto, uno de los aspectos más importantes de los servicios de antelación al juicio lo constituye su imparcialidad en el proceso penal; esto es, que la información que brinde no genere desconfianza entre las partes o el juez. Este es tal vez uno de los temas más sensibles que genera uno de los mayores retos, pues constituye también uno de los aspectos más polémicos de estos servicios en procesos penales de corte adversarial. En efecto, hay quienes consideran que no existe información imparcial en el proceso penal y que crear unos servicios cuya función es proveer determinada información a las partes y el juez es violatorio de la adversarialidad, pues el proceso es *de parte* y la decisión de la medida cautelar se debe fundar en los argumentos de la defensa y la fiscalía en la audiencia. Por el contrario, hay quienes consideran que la decisión de decretar una medida cautelar privativa de la libertad puede afectar de manera grave los derechos de la persona detenida y el principio de presunción de inocencia, y por lo tanto, la necesidad de que el juez cuente con información altamente fiable que le indique que en el caso concreto existen argumentos fundados para determinar la procedencia de la prisión preventiva, es suficiente motivo para avalar los servicios de antelación.

La decisión acerca de cuán independiente e imparcial se pretenda que sean los servicios de antelación al juicio, dependerá de bajo qué órbita se creen los mismos, y qué grado de autonomía funcional puedan tener en la institución a la que pertenezcan. En Estados Unidos, por ejemplo, estos servicios están ubicados en distintas instituciones: el poder judicial, el sistema de prisiones, el sistema de medidas de libertad (*probation*), entidades que pertenecen al Poder Ejecutivo, organismos privados contratistas, entre otros. La decisión sobre este asunto puede generar gran debate en la región, pues establecerlos en la órbita del Poder Judicial o de la institución encargada de las prisiones (usualmente son parte del Poder Ejecutivo), puede hacer creer que se le está otorgando funciones inquisitivas al Poder Judicial o funciones judiciales al Poder Ejecutivo. Sobre este asunto, la decisión de donde colocar los servicios de antelación al

juicio debe considerar la experiencia adquirida de los lugares donde los servicios existen. Por ello, los criterios para tomar esta decisión deben tener en cuenta lo siguiente: i) deben ser suficientemente independientes para que las partes y el juez confíen en su evaluación del riesgo efectuada por ellos y; ii) la información debe ser neutral respecto de las partes en el proceso, confiable para todos los integrantes del mismo, y no debe guiarse por parámetros culturales.

En efecto, el carácter adversarial de un procedimiento penal no quiere decir que no pueda existir información compartida por las partes en el proceso, o que toda la información del mismo genere discusión entre ellas. En general, la información recaudada por los servicios de antelación al juicio a través de una entrevista personal y su posterior verificación acerca del detenido, contiene los siguientes aspectos: nombre, identificación, nacionalidad, cargos penales por los que se encuentra detenido, antecedentes penales, información personal sobre el lugar de nacimiento, el tiempo que lleva residiendo en el lugar, el estado civil, los hijos y familiares que tiene, la dirección, el empleo, el nivel educativo, el estado de salud, el uso de sustancias psicoactivas prohibidas, entre otras.

Esta información es recaudada a través de una entrevista personal al detenido, previa lectura de sus derechos y obtención de su consentimiento, y posteriormente verificada por distintos medios.

Una de las condiciones de la entrevista, es que se le mencione al detenido que el objetivo de la misma solo es recabar información suficiente y objetiva que permita decretar una medida cautelar no privativa de la libertad, y que se abstenga de mencionar información que no le esté siendo preguntada, en especial relacionada con el hecho delictivo imputado¹⁰. Posteriormente, los funcionarios de los servicios de antelación verifican la información brindada por el detenido a través de llamadas telefónicas, o averiguación en los sistemas de información disponibles, etc.

10 Una cuestión que podría resultar controvertida es el hecho de cómo el sistema emplea los datos personales del imputado, pues mal utilizados podrían generar una afectación a la órbita de intimidad del imputado, quien brinda voluntariamente información sólo para demostrar la ausencia de algún peligro procesal. Por ello, es altamente sensible determinar quién y cómo se van a encargar de administrar esa información. Esta delicada situación ha sido contemplada por los servicios de antelación al juicio, al fijar ciertas prohibiciones acerca de la revelación de información: por regla general, un oficial no podría divulgar información obtenida en ejercicio de sus funciones específicas, salvo determinados supuestos; el informe previsual no debe ser revelado a terceros por el abogado del acusado o por el fiscal; todas las copias de los servicios de divulgación de informe de manera preventiva será devuelto al oficial de servicios a la conclusión de la audiencia.

9 Véase: American Bar Association, *ABA Standards for Criminal Justice: Pretrial Release*, 3d ed., Standard 10-1.1 Purposes of the pretrial release decision, En: <http://www.abanet.org> (última vez consultado el 9 de noviembre de 2009)

Ahora bien, la obtención de información del detenido tiene como finalidad realizar el análisis de riesgo, cuyo resultado debe indicar al juez la necesidad de cautela en el proceso penal. Este análisis de riesgo es sin duda el eje de los programas de antelación al juicio, pues de la construcción de sus indicadores y la implementación del mismo, depende la efectividad del sistema. En Estados Unidos, los criterios diseñados para el análisis de riesgo de posible incumplimiento de las condiciones de libertad se realizan en cada jurisdicción, pues es posible que en algunas de ellas unos criterios sean más importantes que otros. Algunos de los criterios utilizados para la evaluación del riesgo son: si la persona tiene dirección, la distancia de la residencia de los tribunales, las personas con las que vive, la edad, los comentarios de la víctima, la existencia de arrestos anteriores, si incumplió alguna condición impuesta por un juez con anterioridad, entre otros¹¹.

El análisis de riesgo se realiza, en algunos casos, a través del sistema de información que arroja un nivel de riesgo determinado (alto, medio, bajo), o manualmente a través de un puntaje específicamente asignado a cada criterio. De esta manera, una vez producida la evaluación del riesgo, el servicio de antelación al juicio presenta en la audiencia de control de garantías el reporte a las partes y al juez. De ser el caso, menciona una recomendación relativa a la medida cautelar. A partir de ello, le corresponde al fiscal o a la defensa aportar evidencia para argumentar la procedencia de determinada medida cautelar o desvirtuar la información presentada por los servicios de antelación. En general, los programas recomiendan medidas no privativas de la libertad, y además, solicitan medidas no asociadas a recursos económicos pues se considera que ella constituye un trato inequitativo frente a las personas de escasos recursos¹². Ejemplo de esto es que en el Distrito de Columbia (Washington), el 80% de las personas capturadas a las que se les levantan cargos son dejadas en libertad, el 15% van a prisión preventiva, y el 5% son dejadas en libertad bajo fianza monetaria¹³.

Por último, los servicios de antelación al juicio realizan actividades de supervisión de las personas que obtienen una medida cautelar no privativa de la libertad de acuerdo con las condiciones impuestas por el juez. La fase de supervisión es la más importante para la medición del éxito de los programas. Se emplean varios criterios para determinar, desde

el inicio de las evaluaciones, cuáles son los factores individuales que influyen en la determinación del grado de vigilancia que debería imponerse a una persona. De acuerdo al resultado de dicho examen el nivel de control puede variar desde reportarse por teléfono o personalmente con los funcionarios; recibir llamadas telefónicas, visitas a su lugar de residencia o bien la utilización de vigilancia electrónica. Adicionalmente, algunos programas tienen servicios especiales de tratamiento para personas que abusan de sustancias psicoactivas, o tienen problemas de salud mental, o existe evidencia de violencia doméstica, entre otros¹⁴.

De esta manera, la incorporación de servicios de antelación al juicio puede ser una herramienta importante para racionalizar el uso de la prisión preventiva y brindar información de calidad a los jueces encargados de tomar estas decisiones. Su implementación debe partir de: i) involucrar a todas las instituciones relacionadas con el tema, para que se desarrolle como un esfuerzo conjunto y se garantice la independencia e imparcialidad de los servicios; ii) realizar un proceso serio de los criterios establecidos para la evaluación de riesgo de las personas detenidas y; iii) desarrollar mecanismos de supervisión de los servicios de antelación y las acciones realizadas por ellos, como mecanismo de rendición de cuentas y control del programa.

III. Estándares de los servicios de antelación al juicio

Con la generalización del funcionamiento de las agencias de servicios previos en todos los sistemas judiciales de Estados Unidos, y las experiencias adquiridas por ellas, se buscó unificar las pautas de trabajos en todas ellas. De esta manera, cada jurisdicción deberá contar con una agencia de servicios previos al juicio o un programa que reúna y presente la información necesaria, las evaluaciones de riesgo y las recomendaciones de liberación en forma previa a que el juez tome decisiones acerca de la situación procesal de una persona detenida. El servicio también debe controlar, supervisar y asistir a los acusados en libertad antes del juicio (Estándar 10-1.10)¹⁵.

Las funciones que deben satisfacer todos los servicios previos al juicio son los siguientes:

¹¹ Pretrial Justice Institute, *Op. Cit.*, pp. 38 y ss.

¹² *Ibidem.*, p. 8.

¹³ District of Columbia Pretrial Services Agency, *2008 Annual Report Leading in the Field*, Washington, p. 12.

¹⁴ Pretrial Justice Institute, *Op. Cit.*, p. 55.

¹⁵ Véase: *ABA Standards for Criminal Justice: Pretrial Release*, 3d ed., *Standard Purposes of the pretrial release decision*.

- i. Realizar investigaciones de todos los acusados.
- ii. Presentar información precisa para el funcionario judicial que tenga que resolver respecto de la situación del acusado, acerca de si existe riesgo de que no comparezca al tribunal o de que resulte una amenaza a la seguridad de la comunidad o de cualquier otra persona y elaborar recomendaciones acerca de su liberación.
- iii. Desarrollar y proporcionar una supervisión adecuada y eficaz para todas las personas puestas en libertad, a quienes se les haya asignado un método de supervisión como condición de liberación.
- iv. Supervisar que los acusados en libertad, cumplan con los requisitos impuestos como condición de liberación. Desarrollar vínculos con los programas alternativos.
- v. Informar inmediatamente a la corte de todas las violaciones a las condiciones de libertad y recomendar las modificaciones pertinentes.
- vi. Supervisar y coordinar los servicios de otros organismos, personas u organizaciones que actúan como custodios de los acusados en libertad, y asesorar a la corte en cuanto a su adecuación, disponibilidad, fiabilidad y capacidad de acuerdo a las pautas aprobadas.
- vii. Revisar la situación de los acusados detenidos en forma permanente para cualquier cambio de situación que favorezca sus posibilidades de liberación, facilitándola tan pronto como sea posible y apropiado.
- viii. Desarrollar y operar un sistema de gestión de la información precisa para la identificación del sistema, la recopilación de información y presentación, evaluación de riesgos, las condiciones de liberación de selección, seguimiento y cumplimiento de las funciones de revisión de la detención esenciales para una eficaz agencia de servicios previos al juicio.
- ix. Asistir a personas puestas en libertad antes del juicio en la obtención de cualquier actividad laboral, médica, de drogas, tratamiento de salud mental o de otros, legales u otros servicios sociales necesarios que aumenten las posibilidades de éxito en el cumplimiento de las condiciones de la libertad provisional.
- x. Recordar a las personas en libertad antes del juicio de sus fechas de corte y ayudarles a asistir a la corte.
- xi. Proveer los medios para ayudar a las personas que no puedan comunicarse en inglés, tanto en forma oral como escrita.

V. Conclusiones

El uso indiscriminado y no excepcional de la prisión preventiva desnaturaliza los presupuestos procesales de esta medida cautelar.

Son necesarios ciertos cambios legislativos para eliminar los catálogos de delitos inexcusables, e implementar de manera efectiva medidas asegurativas distintas a la prisión preventiva.

Pero con ello no se garantiza que se reduzca su uso. Es necesario generar desarrollos institucionales para profundizar el paradigma de la oralidad. El sistema de audiencias debe estar complementado por una estructura que pueda manejar ciertos mecanismos que brinden, de forma generalizada, estándares mínimos de información corroborada para que se determine del modo más idóneo posible. También, corresponde crear estructuras que puedan encargarse de controlar los regímenes de libertad morigerada.

La incorporación del servicio de antelación al juicio puede ser una herramienta útil para cubrir las necesidades apuntadas en el párrafo precedente.

Estas prácticas, más allá de las ventajas que fueron destacadas durante todo el trabajo, no necesariamente provocarían un aumento del gasto en materia de administración de justicia, sino por el contrario, se reduciría a mediano plazo ya que de generarse una merma en el uso abusivo del sistema carcelario, descendería este tipo de gastos, que podrían ser redistribuidos para cubrir los costos para implementar una agencia estatal que se dedique a la recopilación sistemática de información para la evaluación de riesgos procesales y a la posterior supervisión real de aquellas personas imputadas de un ilícito a las que se le han impuesto medidas de coerción personal distintas a la prisión preventiva. ■

Marc Rosenberg

[*Magistrado de la Corte de Apelaciones de Ontario, Canadá.*
mrosenberg@judicom.ca]

La prisión preventiva en Canadá

Resumen

Este artículo trata sobre el sistema de libertad bajo fianza y prisión preventiva en Canadá. En teoría, el sistema favorece la liberación del acusado, cuando ello no implica riesgo y cuando lo más probable es que la persona comparezca ante el tribunal. Sin embargo, existe inquietud respecto al sistema general de libertad bajo fianza y prisión preventiva. Durante los últimos 15 años, se ha podido apreciar un aumento en el número de personas detenidas en cárceles que esperan juicio, hasta el punto que actualmente la cantidad de internos a la espera de juicio excede el número de aquéllos que están cumpliendo condena. Las condiciones de la prisión preventiva tienden a ser severas, con pocas oportunidades de trabajo significativo; de educación o tratamiento. Los aborígenes y personas de color tienden a estar “sobrer representados” en las cárceles, incluyendo aquéllos que están en prisión preventiva. Con el transcurso del tiempo, el Parlamento ha promulgado medidas para que la libertad bajo fianza sea más difícil de obtener, y los funcionarios judiciales están tendiendo a imponer condiciones de libertad bajo fianza cada vez más onerosas.

Introducción

La estructura moderna de la libertad bajo fianza y prisión preventiva en Canadá data de la década de los sesenta.¹ Varios estudios efectuados en Canadá y en otros países de derecho consuetudinario identificaron problemas en la administración de las disposiciones de la libertad bajo fianza, las cuales conducían innecesariamente a la prisión preventiva de muchas personas.²

Estos estudios también señalaron las graves consecuencias de la prisión preventiva, en particular que aumentaban las probabilidades de que los detenidos fueran condenados, que reconocieran su culpabilidad y que recibieran una sentencia de privación de libertad tras la condena.³ En Canadá, la Comisión Canadiense de Correcciones⁴ recomendó hacer una revisión completa del sistema de libertad bajo fianza el cual no estaba estructurado y tenía un carácter discrecional. La comisión recomendó otorgar mayores facultades a la policía para liberar sospechosos, emitir una declaración de los criterios usados para la liberación y que hubiera menor dependencia en los depósitos en efectivo. El Parlamento federal tomó en cuenta la mayoría de estas recomendaciones, y promulgó la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza, que comenzó a regir en 1972. Las disposiciones de esta ley llegaron a ser lo que ahora señala la Parte XVI del Código Penal de Canadá. Aunque a través de los años estas disposiciones han sufrido algunas enmiendas, la estructura básica permanece sin modificaciones.

La estructura teórica

El principio que subyace tras el sistema de libertad bajo fianza en Canadá es que una persona acusada debe ser dejada en libertad mientras espera juicio, cuando ello no implique riesgo. Este principio se pone en práctica incorporando a la ley tres aspectos centrales sobre la libertad bajo fianza y prisión preventiva. En primer lugar, un acusado puede obtener la libertad bajo fianza por haber cometido cualquier delito, incluso el delito más grave, como homicidio en primer grado. En segundo lugar, en la mayoría de los delitos existe una presunción a favor de la liberación; es la

1 El texto más fidedigno sobre el sistema de libertad bajo fianza canadiense es: Trotter, Gary: *The Law of Bail in Canada*, Segunda Edición, 1999, Carswell, Toronto.

2 Por ejemplo, Friedland, Martin L., *Detention before Trial: A Study of Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts* (Toronto: Editorial Universidad de Toronto, 1965), capítulo 6.

3 Trotter, supra, pp. 39-41.

4 Informe de la Comisión Canadiense de Correcciones, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ottawa: Ministerio de Abastecimiento y Servicios, 1969).

fiscalía quien debe demostrar por qué el acusado no debe ser dejado en libertad. En tercer lugar, el acusado debe ser dejado en libertad bajo las condiciones menos onerosas que sea posible.

En el esquema básico del sistema de liberación previa al juicio los oficiales de policía poseen amplia discreción para dejar en libertad a los sospechosos, sin la intervención de los tribunales. Lo pueden concretar a través de varios mecanismos, tales como: dejando en libertad al acusado con la intención de solicitar a un tribunal que emita una citación para que comparezca ante el tribunal, libertando al acusado bajo un simple acuerdo o promesa de comparecer ante el tribunal, y dejando al acusado en libertad bajo palabra, con o sin condiciones. La libertad bajo palabra es sencillamente una caución firmada por el acusado en la cual éste se compromete a perder una suma de dinero en caso de no comparecer ante el tribunal, como se le solicita. Sin embargo, la facultad de la policía para dejar en libertad es limitada: no tiene autoridad para libertar en caso de delitos más graves, ni tampoco puede imponer condiciones demasiado onerosas.

Si la policía no deja al acusado en libertad, éste deberá permanecer detenido hasta que sea llevado ante el tribunal. Excepto en situaciones extraordinarias, como cuando no hay disponibilidad de un tribunal, se debe llevar al acusado dentro de 24 horas ante un funcionario judicial, para una audiencia de libertad bajo fianza. La primera comparecencia es ante un juez o un juez de paz. Este último es un funcionario judicial, que generalmente no es abogado y que desempeña funciones tales como emitir órdenes de registro, llevar juicios sobre delitos muy menores y, lo más importante, llevar a cabo audiencias de libertad bajo fianza.

La estructura principal del sistema de libertad bajo fianza está descrita en la sección 515 del Código Penal. Esta sección establece la presunción de que, a menos que la fiscalía lo justifique, el acusado debe ser puesto en libertad bajo un simple acuerdo de comparecer ante el tribunal, sin condiciones. Es obligación de la fiscalía demostrar por qué una forma de liberación más onerosa sería necesaria. Aquellas formas de liberación pueden derivar en un acuerdo con condiciones, libertad bajo palabra con condiciones y sin fiadores, libertad bajo palabra con condiciones y con fiadores. Finalmente, es tarea de la fiscalía demostrar que el acusado debe ser privado de libertad, a la espera del juicio.

Los criterios que justifican cualquier forma de liberación, más allá de un simple acuerdo o justificación de la detención, se señalan en la sección 515(10), y se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Una forma de liberación o detención más onerosa es necesaria, para garantizar que el acusado comparezca ante el tribunal.
2. Una forma de liberación o detención más onerosa es necesaria, por protección y seguridad pública,

en particular para evitar que el acusado cometa algún delito criminal o interfiera en la administración de justicia.

3. La detención es necesaria para mantener la fianza en la administración de justicia.

El tribunal tiene amplia discreción para emitir una orden de liberación, para garantizar que el acusado comparezca ante el tribunal y que no cometa otros delitos mientras permanezca en libertad a la espera del juicio. Una de los puntos más importantes es requerir que el acusado y el fiador se comprometan bajo palabra. Como ya se ha explicado, la libertad bajo palabra es una caución por medio de la cual los acusados y sus fiadores aceptan que el gobierno se quede con una suma de dinero en caso que el acusado no comparezca ante el tribunal como se le solicita o vulnera cualquiera de las condiciones de la orden de liberación. El tribunal también puede requerir que el acusado efectúe un depósito en dinero en efectivo como condición para dejarlo en libertad. Sin embargo, los depósitos son poco comunes y habitualmente se usan cuando el acusado no tiene arraigo en la comunidad y no le es posible conseguir un fiador. Los agentes de fianzas, que son comunes en los Estados Unidos, están prohibidos en Canadá y se considera un delito criminal que un acusado acceda a indemnizar a un fiador. La teoría que subyace tras el sistema de fiadores es que un pariente o amigo del acusado se encargue de vigilar la conducta de éste, de garantizar que comparezca ante el tribunal y cumpla con todas las condiciones impuestas.⁵

Las otras condiciones que se pueden imponer son:

- permanecer tranquilo y tener buena conducta;
- no poseer armas de fuego u otro armamento;
- no consumir alcohol o drogas sin prescripción médica;
- no conducir ningún vehículo motorizado;
- mantener su empleo o asistir a la escuela;
- respetar el toque de queda;
- no comunicarse ni asociarse con ciertas personas conocidas o tipos de personas, tales como aquellas que se sabe tienen antecedentes penales, o menores de 16 años;
- reportarse a la policía en ciertos momentos específicos;
- residir en un domicilio conocido, incluyendo un centro para internos en tratamiento;
- permanecer fuera de ciertos lugares de la ciudad o del pueblo;
- no abandonar la provincia o el país;
- dejar el pasaporte u otro documento de viaje en custodia con la policía; y,
- no aceptar contratos para realizar ciertos tipos de trabajo.

.....
5 Canadá (Fiscal General) v. Horvath, 2009 ONCA 732.

Últimamente se ha difundido crecientemente la imposición de condiciones más onerosas, tales como vigilancia electrónica y arresto domiciliario. Más adelante en este artículo nos referiremos a esta última condición con mayor profundidad. Sin embargo, para resumir, la teoría básica es que debieran imponerse las condiciones menos onerosas posibles y sólo aquellas que sean necesarias, para garantizar que el acusado comparezca ante el tribunal y no cometa otros delitos mientras permanece en libertad bajo fianza. Así pues, por ejemplo, aunque fuera conveniente imponer como condición que el acusado de un delito grave en un vehículo motorizado no conduzca, tal condición sería inapropiada, por cuanto no existe ninguna relación entre el supuesto delito y la conducción. En teoría, las condiciones de la libertad bajo fianza no se deben utilizar como una forma de castigo, previo al juicio. Dicho esto, las condiciones en las cuales se encuentra el acusado que espera juicio pueden ser onerosas y, desde el punto de vista del propio acusado, se podrían considerar como un castigo. Algunos tribunales canadienses han reflexionado sobre esta realidad, tomando en cuenta las condiciones de liberación previas al juicio como factores atenuantes al dictar el fallo, en caso que el acusado sea declarado culpable.⁶

Desde 1972, las disposiciones sobre libertad bajo fianza han sufrido varias enmiendas, por lo general en respuesta a la percepción de que los tribunales habrían estado otorgando la libertad bajo fianza demasiado libremente y en circunstancias inadecuadas. Casi no existía información empírica que justificara las enmiendas, las cuales habitualmente se producían como reacción a incidentes particularmente desafortunados, tales como la comisión de un delito grave por parte de una persona en libertad bajo fianza, o a raíz de los esfuerzos hechos por las agencias de aplicación de la ley para ejercer presión, porque les inquietaba que ciertos tipos de delitos o delincuentes no estuvieran siendo tratados adecuadamente. El Parlamento respondió normalmente, a través de la promulgación de una disposición de responsabilidad inversa. Es decir, cuando se acusaba a una persona de algún tipo de delito o si el delito había sido cometido en determinadas circunstancias, la responsabilidad se trasladaba al acusado, para demostrar por qué debía ser dejado en libertad. Algunas de estas disposiciones de responsabilidad inversa eran:

- imputado acusado de homicidio;
- imputado acusado de delito con una organización criminal o terrorista;
- imputado acusado de ciertos tipos de delito con armas de fuego;
- imputado acusado de un delito que supuestamente se cometió usando un arma de fuego o explosivos;

6 R. v. Ijam, 2007 ONCA 597 (CanLII) (Ont. C.A.)

- imputado acusado de un delito cometido estando en libertad bajo fianza, por un delito procesable;
- imputado acusado de delitos por tráfico o importación de ciertas drogas.

La dimensión constitucional

En 1982, el Parlamento promulgó la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.⁷ La Carta es un documento constitucional que se aplica a todas las acciones y legislación del gobierno. Las disposiciones legales que no concuerden con la Carta quedan sin efecto. Las dos disposiciones más importantes que tienen aplicación en el sistema de libertad bajo fianza se encuentran en la sección 11(e), en la que se garantiza el derecho de cualquier persona acusada de un delito a que no se le niegue la razonable libertad bajo fianza sin causa justificada; y en la sección 11(d), en la que se garantiza que una persona acusada de un delito se presuma inocente.

Se han hecho algunos cuestionamientos a las disposiciones sobre la libertad bajo fianza señaladas en la Carta. Por ejemplo, se sostuvo que es inconstitucional invertir el peso de la prueba en el caso de personas acusadas de delito de homicidio o narcotráfico. Estos cuestionamientos fracasaron y la legislación se mantuvo.⁸ También se cuestionó la redacción original de la tercera razón para la privación de libertad –la llamada razón de bien público–, por considerarla demasiado vaga, dando a los jueces una discreción sin restricciones ni estructura para denegar la libertad bajo fianza. Tal disposición fue en parte dejada sin efecto.⁹ Como respuesta, el Parlamento volvió a promulgar la sección, para establecer con mayor claridad los criterios bajo los cuales una persona podía ser detenida por razones de bien público, aún cuando no existiera la inquietud de que esa persona no compareciera ante el tribunal o cometería otros delitos estando en libertad bajo fianza. La teoría que subyace, es el intento por identificar los casos en que la liberación de un acusado como éste podría debilitar la confianza en el sistema de justicia; por ejemplo, dejar en libertad a un delincuente acusado de un homicidio particularmente horrendo, en el cual la prueba de culpabilidad haya sido muy sólida.

Análisis de la libertad bajo fianza

El Código Penal contiene un minucioso sistema para analizar las órdenes de libertad bajo fianza y de detención. La mayoría de las audiencias de libertad bajo fianza son llevadas a cabo por jueces de paz, aunque en

7 Ley de la Constitución, 1982, Parte I.

8 R. v. Morales, [1992] 3 S.C.R. 711; R. v. Pearson, [1992] 3 S.C.R. 665.

9 R. v. Hall, [2002] 3 S.C.R. 309.

algunas provincias, los jueces de tribunales provinciales llevan a cabo las audiencias de libertad bajo fianza. Los jueces de tribunales provinciales son jueces de tribunales de primera instancia y ya han ejercido como abogados durante 10 años antes de su nombramiento. En el caso de algunos delitos, en particular de homicidio, las audiencias de libertad bajo fianza sólo las puede llevar a cabo un juez del tribunal superior.¹⁰ Un acusado que recibe una orden de detención o liberación en determinadas condiciones, puede apelar a un tribunal superior para una revisión del fallo. Esta revisión puede basarse en nuevas pruebas o simplemente argumentando que el fallo original ha sido erróneo en derecho o en hecho. De igual forma, la fiscalía puede apelar a un tribunal superior para revisar un fallo que otorgue al acusado la libertad bajo fianza.

Uno de los hallazgos de los estudios realizados en la década de los sesenta fue que a algunos acusados se les mantenía privados de libertad por extensos períodos de tiempo y, efectivamente, los hacía perderse en el sistema. Actualmente el Código Penal contiene una disposición que exige que un acusado que haya sido detenido deberá ser llevado ante un juez de un tribunal superior para revisar su detención, pasados 30 ó 90 días, dependiendo la gravedad del delito.¹¹

Finalmente, el tribunal ante el cual comparece el acusado, ya sea para un interrogatorio o juicio preliminar, posee amplias facultades para analizar la detención o libertad bajo fianza del acusado, en varias etapas del procedimiento. Por ejemplo, un acusado puede haber sido detenido porque se consideró que la prueba era particularmente sólida. Sin embargo, tras el interrogatorio preliminar, aunque el acusado haya sido sometido a proceso, puede parecer evidente que la acusación sea más débil de lo que originalmente se pensó, y entonces sea conveniente dejarlo en libertad.

El sistema de libertad bajo fianza en funcionamiento

Liberación por parte de la policía

Tal como fuera promulgada originalmente, la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza contemplaba que la mayor parte de los acusados no serían detenidos, sino que serían dejados en libertad, ya sea por el oficial que los arrestó o por el oficial a cargo de la estación de policía. Mientras muchos acusados fueron puestos en libertad de esta manera, la policía ha tendido a no hacer completo uso de estas facultades. Por ello, muchos acusados que habrían podido ser dejados en libertad sin que ello constituyera riesgo, muy poco después de su liberación quedan a la espera de

una audiencia de libertad bajo fianza ante un funcionario judicial. Las razones de ello no han sido particularmente bien entendidas. Podría ser que, aunque la policía estaría dispuesta a dejar a un acusado en libertad, sólo puede hacerlo si se obliga al acusado a cumplir con las condiciones que sólo un funcionario judicial le puede imponer.

Representación de un abogado

Un acusado tiene derecho a ser representado por un abogado a lo largo de todo el proceso judicial. Es decir que el acusado tiene derecho a ser representado por un abogado en la audiencia de libertad bajo fianza. En caso que un acusado no tenga los medios para contratar a un abogado, los gobiernos han establecido programas de asistencia judicial los cuales, en diversos grados, brindan asesoría al acusado indigente. El sistema de asistencia judicial tiende a funcionar muy bien en la etapa de la libertad bajo fianza. En la mayoría de los tribunales existe un sistema de abogados de oficio (defensores públicos). Los abogados de oficio representan al acusado en la audiencia de libertad bajo fianza, aún cuando el acusado no califique para recibir asistencia judicial posteriormente durante el juicio. La mayor parte de estos abogados de oficio tienen vasta experiencia y brindan un excelente servicio. Cualquiera sean las fallas que presenta el sistema de prisión preventiva en Canadá, existen muy pocas quejas sobre la calidad de la representación de los acusados en la audiencia inicial de libertad bajo fianza. En algunas localidades, las autoridades de asistencia judicial han establecido excelentes sistemas para que el abogado de oficio sea apoyado por procuradores quienes contactan a los fiadores, gestionan las posibles opciones de tratamiento y ayudan a encontrar dónde hacerlos.

Demoras en el sistema

El Código Penal señala que el acusado que no haya sido dejado en libertad por la policía deberá ser llevado ante el tribunal lo antes posible y, en cualquier caso, dentro de 24 horas, a menos que no haya un tribunal disponible. El sistema judicial ha respondido a esta obligación en la mayoría de las jurisdicciones, garantizando que el juez o juez de paz estén disponibles todos los días, incluyendo fines de semana y días feriados. Desgraciadamente, algunas jurisdicciones, especialmente aquéllas de zonas urbanas, están bajo una fuerte presión por la sobrecarga de causas. Se ha informado de largas esperas para una audiencia de libertad bajo fianza. Aunque estas demoras existen por sólo pocos días, se ha sabido de esperas más extensas, incluso de semanas. Algunas de las demoras más graves se producen cuando la policía efectúa un operativo a gran escala y detiene a muchos delincuentes por delitos graves, algunos relacionados con pandillas, y los tribunales no están preparados para llevar a cabo en forma expeditiva las audiencias de libertad

¹⁰ Código Penal, s. 522.

¹¹ Código Penal, s. 525.

bajo fianza de todos los detenidos. También existe la posibilidad, propia del sistema, de que haya una demora incluso en los casos ordinarios. El Código Penal autoriza al fiscal a aplazar la audiencia de libertad bajo fianza en hasta tres días, sobre la objeción del acusado. La disposición no está particularmente bien redactada y algunos tribunales la han interpretado como dándole al fiscal el derecho a tres días de aplazamiento, sin ninguna discreción por parte del funcionario judicial para objetarlo.

Discreción de la fiscalía

Como se señaló anteriormente, en la mayor parte de los casos, la responsabilidad de fundamentar la causa de por qué el acusado debe ser privado de libertad preventivamente recae en la fiscalía. En teoría, este sistema debiera favorecer la liberación. En la práctica, este sistema otorga a la fiscalía bastantes facultades respecto al sistema de libertad bajo fianza. Por ejemplo, el fiscal puede adoptar la postura de fundamentar la causa de por qué el acusado debe ser privado de libertad, a menos que el acusado acceda a cumplir ciertas condiciones, algunas de las cuales pueden ser muy onerosas, tales como el arresto domiciliario. Un acusado que se vea enfrentado a esta demanda tal vez no desee arriesgarse a una audiencia de libertad bajo fianza, por temor a quedar detenido por el funcionario judicial. Otro motivo de inquietud es la facultad del fiscal de solicitar un aplazamiento de tres días, como se señaló anteriormente. El fiscal podrá solicitar un aplazamiento para seguir investigando los antecedentes del acusado, a menos que el acusado acceda a quedar en libertad, bajo ciertas onerosas condiciones.

Arresto domiciliario

Cuando recién comenzó a regir la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza, no era fuera de lo común que el funcionario judicial impusiera la condición de que el acusado respetara un toque de queda. Esta condición habría sido apropiada, por ejemplo, si el delito supuestamente lo hubiera cometido una persona joven durante la noche. Al imponer un toque de queda para que el acusado permaneciera en su residencia durante ciertas horas, se esperaba que evitara que el acusado cometiera más delitos antes del juicio.

Sin embargo, recientemente ha surgido una tendencia inquietante en la figura del arresto domiciliario. Cuando se le impone esta condición, se obliga al acusado a permanecer en su lugar de residencia a toda hora, exceptuando ciertas situaciones precisas, por ejemplo asistir a su trabajo o a la escuela. En su forma más extrema, el acusado está obligado a permanecer en su lugar de residencia con excepción de períodos muy cortos, por ejemplo, para cumplir con una citación médica o comprar las cosas que necesita en determinados momentos del día. Se ha comentado que esta condición está siendo sobre-utilizada e impuesta en

circunstancias inadecuadas, en las cuales no es necesario asegurarse que el acusado comparezca ante el tribunal y que no cometa otros delitos. Efectivamente, el arresto domiciliario se convierte en una forma de castigo antes del juicio. Por otra parte, se ha argumentado que si el arresto domiciliario se utiliza judicialmente, puede ser beneficioso para aquel acusado que de otra forma estaría detenido en la cárcel y puesto en libertad bajo condiciones muy severas. Se ha hecho muy poco o ningún trabajo empírico para analizar esta materia, de modo que es difícil medir el impacto de la condición del arresto domiciliario. Una cosa es clara: aquella condición que fue desoída cuando la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza recién se promulgó, ahora se está usando con creciente frecuencia.

Participación de los fiadores

Como se señaló anteriormente, la presunción bajo la Ley de Reforma de la Libertad bajo Fianza era que el acusado debía ser dejado en libertad sin condiciones, ya sea a través de un acuerdo o bajo palabra. Sin embargo, los fiscales buscan, cada vez más, dar la libertad bajo palabra con fiadores. Algunos jueces y académicos han criticado la sobre-utilización del requerimiento de un fiador; que se está imponiendo en ocasiones en las cuales no es ni necesario ni conveniente. En algunos casos, imponer la obligación de un fiador puede tener efectos negativos.¹² Si los términos de una orden de libertad bajo fianza son que el acusado tenga un fiador, el acusado deberá permanecer detenido hasta que se encuentre a alguien que firme como tal. Esto puede ocasionar algún retraso en la liberación, y en algunas circunstancias terminar en privación de libertad hasta el juicio, por no haber podido conseguir un fiador.

Programas de supervisión de la libertad bajo fianza

Una alternativa a los requerimientos de un fiador es dejar al acusado en libertad, con la condición de que su comportamiento sea vigilado a través de un programa de supervisión de libertad bajo fianza financiado por el Gobierno. En el mejor de los casos, el acusado se reportará al supervisor de la libertad bajo fianza y el supervisor se asegurará de que el acusado comparezca ante el tribunal, ayudará al acusado a encontrar empleo e incluso dónde vivir. El supervisor también podrá ayudar al acusado a conseguir un tratamiento e incluso una vivienda. Como es bien sabido, muchos delinquentes sufren de problemas de salud mental y diversos problemas de adicción. De esta manera, los delinquentes que tal vez tengan poco arraigo en la comunidad y que no les sería posible conseguir un fiador, podrán ser puestos en libertad,

¹² Martin Friedland, "Criminal Justice in Canada Revisited" (2004), 48 C.L.Q. 419 en 433-34.

sin que implique ningún riesgo, a la espera del juicio. Desafortunadamente, estos programas tienden a carecer crónicamente de financiamiento y no existen en muchas jurisdicciones.¹³ Por ello, los más desaventajados y vulnerables permanecen privados de libertad, esperando su juicio.

Condiciones de prisión preventiva

Aunque no siempre es el caso, muchos establecimientos de prisión preventiva tienden a estar superpoblados, con pocas oportunidades de un trabajo útil, tratamiento o educación. Algunos lugares son antiguos y obsoletos. Los acusados que esperan juicio permanecen en condiciones de máxima seguridad, sin importar el delito por el cual se les acusa. En algunas áreas urbanas grandes, tres reclusos se quejaron porque permanecían en una celda diseñada originalmente para uno o dos internos. Hay escasas oportunidades para hacer ejercicio, para reunirse con la familia o preparar la defensa. En muchas ocasiones, los acusados deben esperar el juicio soportando condiciones incluso más duras que las que podrían tener después del fallo.

También ha habido una tendencia en Ontario, la provincia más grande de Canadá, de establecer lo que se llama “súper prisiones”, en donde permanecen los acusados que esperan juicio. Estas prisiones son establecimientos grandes de máxima seguridad, que habitualmente se encuentran distantes del lugar en donde el acusado reside normalmente. Ello hace más difícil que las familias visiten a los acusados y puede afectar la posibilidad que el abogado defensor pueda reunirse con su cliente para preparar la defensa. Estas consecuencias no fueron intencionales. Las súper prisiones se construyeron respondiendo a una necesidad de reemplazar los establecimientos locales antiguos y ahorrar costos. Sin embargo, existe preocupación sobre su impacto en los internos y sus familias.

Asimismo, hay especial interés por las condiciones en las cuales permanecen las mujeres que están a la espera del juicio. Como hay mucho menos cantidad de mujeres en prisión preventiva, las instalaciones para las mujeres, que deben estar separadas de los hombres, tienden a ofrecer limitadas oportunidades de trabajo, educación y tratamiento.¹⁴

Demora de los juicios

La Carta Canadiense de Derechos y Libertades contiene una garantía de juicio rápido en la sección 11(b), que exige que el acusado sea llevado a juicio sin una demora excesiva. Sin embargo, no existen límites de tiempo estatutarios o constitucionales para llevar un caso a juicio y, si una causa avanza con una

demora excesiva, ello se gestiona caso a caso. El resultado es que los juicios en jurisdicciones que tienen una gran sobrecarga de causas y recursos judiciales insuficientes, pueden demorar por varios meses, si no años. Hay ejemplos en los cuales los acusados de delitos muy graves, como homicidio o delitos terroristas, estando en prisión preventiva, han tenido que esperar su juicio por años. Aún en casos más ordinarios, no sería raro que un acusado de un delito procesable grave y complejo permanezca detenido en prisión por algún tiempo a la espera del juicio.

La manifestación más inquietante del impacto de la demora en los juicios se puede apreciar en las estadísticas recientes. Desde 1996, la llamada población en prisión preventiva en las cárceles, ha sufrido un incremento sostenido. Los presos en prisión preventiva son acusados en espera juicio en contraposición a los procesados quienes cumplen condena firme. Las estadísticas que datan de 2005-2006 señalan que la población en prisión preventiva aumentó un 22% entre 1996-1997. Esto trae como consecuencia que, en cualquier momento dado, las cárceles canadienses ahora albergan más personas que esperan juicio que aquéllas que se encuentran cumpliendo condena, en una proporción de 60/40.¹⁵

También ha habido un incremento sostenido en la extensión de tiempo de permanencia. Mientras la mayoría de la población adulta en prisión preventiva seguía estando privada de libertad durante una semana o menos, esta proporción ha caído de 62% en 1996-1997 a 54% en 2005-2006. Durante este período, la proporción de adultos que estuvieron privados de libertad por tres meses o más, esperando el juicio, aumentó de 4% a 7%.¹⁶

Los motivos de esta tendencia no son completamente claros. Entre las explicaciones que se dan, se puede señalar: el número creciente de delitos de responsabilidad inversa; los funcionarios judiciales están menos dispuestos a otorgar la libertad bajo fianza; la policía está vigilando fuertemente a las personas en libertad bajo fianza y arrestándolas por incumplimiento de las condiciones impuestas; y la imposición de condiciones más onerosas con las que no se puede cumplir, que frecuentemente originan un nuevo arresto y luego la privación preventiva de libertad, a la espera del juicio. También se ha demostrado que en los últimos veinte años el tiempo para los juicios ha aumentado, fruto de varios factores, incluyendo la creciente complejidad de los juicios, crecientes solicitudes de revelación de información que no siempre se cumplen de manera oportuna y el hecho de que los juicios tienden a ser más largos que antes. Estos factores provocan una creciente demanda en el sistema

¹³ Trotter, supra en p. 42.

¹⁴ Trotter, supra en pp. 37-8.

¹⁵ Rebecca Kong y Valerie Peters, Remand in adult corrections and sentencing provisions, Octubre 2008, Estadísticas, Catálogo de Canadá no. 85-002-X, Vol. 28, no. 9.

¹⁶ *Ibid.*

y producen mayor retraso antes del juicio, incluso para los acusados detenidos esperando juicio.¹⁷

Asimismo, se comenta que el uso de la prisión preventiva constituye una táctica deliberada de defensa. La sección 719(3) del Código Penal señala que, al determinar la condena impuesta a una persona acusada por un delito, el tribunal debe tomar en cuenta el tiempo que esa persona permaneció en prisión preventiva. Las cortes de apelaciones habían emitido fallos que apuntaban en esta dirección, como un requisito obligatorio. Es decir, se le solicitó a un tribunal de sentencia que tomara en cuenta la prisión preventiva para reducir la pena que de otra manera habría sido impuesta. Dichos tribunales también habían sostenido que, exceptuando situaciones fuera de lo común, se le debe dar crédito al acusado en una proporción de 2/1. En otras palabras, si un acusado que ha permanecido un mes en prisión preventiva fuera condenado ordinariamente a seis meses de prisión por el delito cometido, el juez del juicio debiera imponer una pena de sólo cuatro meses de privación de libertad. En 2000, la Corte Suprema de Canadá aprobó esta práctica.¹⁸ La base lógica para aumentar el crédito fue explicada por la Corte Suprema: las condiciones de la prisión preventiva tienden a ser más severas que después del fallo; las oportunidades de trabajo, tratamiento o educación son limitadas durante la prisión preventiva; y el tiempo que se ha permanecido en prisión preventiva no cuenta frente a la admisibilidad de libertad provisional.¹⁹ Incluso algunos jueces han otorgado más de la proporción 2:1 de crédito, si estiman que las circunstancias en las cuales el acusado fue detenido fueron particularmente severas y opresivas.

Algunos observadores del sistema han especulado que el acusado podría demorar su juicio por algún tiempo a fin de sacar ventaja del crédito 2:1. No existe información empírica que respalde esta observación, aunque se ha convertido en tema de debate relacionado con la prisión preventiva. Como resultado, el Parlamento promulgó recientemente una ley que vendría a dejar sin efecto la facultad del juez que dicta sentencia para otorgar una proporción mayor a 1:1 de crédito por prisión preventiva, exceptuando circunstancias fuera de lo común.²⁰

La libertad bajo fianza y la prisión preventiva en personas jóvenes, de entre 12 y 17 años de edad, se rige por la Ley de Derecho Penal Juvenil.²¹ También existe la presunción a favor de la liberación de jóvenes acusados de delito. Exceptuando situaciones absolutamente fuera de lo común, los jóvenes privados de

libertad que esperan juicio, deben permanecer en establecimientos separados de los adultos. Una persona joven sólo puede permanecer detenida en un establecimiento para adultos por orden de un juez o de un juez de paz.

Las estadísticas de 2005-2006 señalan que 13.681 jóvenes estuvieron en situación de prisión preventiva, lo que significó un ligero aumento respecto al año anterior.²² Las estadísticas de 2007-2008 indican que la tasa de prisión preventiva se ha mantenido relativamente estable.²³ Aproximadamente 56% de los jóvenes en prisión preventiva permanecieron una semana o menos en esta situación, antes de que fueran liberados bajo fianza o que admitieran su culpabilidad y comenzaran a cumplir condena. Es extremadamente poco común que los jóvenes estén privados de libertad esperando juicio por más de seis meses (1%). Tal vez un aspecto inquietante de la prisión preventiva en los jóvenes, es que una gran proporción es detenida por cargos relacionados con la administración de justicia, tales como incumplimiento de las condiciones de libertad bajo fianza o incumplimiento de una orden de sentencia de la comunidad. Solamente un tercio de los jóvenes que permanecen en prisión preventiva han sido acusados por un delito de violencia.²⁴

Racismo sistémico

En la década de los noventa, el gobierno de la provincia de Ontario creó una comisión de investigación para analizar el efecto del racismo en el sistema de justicia. La Comisión sobre el Racismo Sistémico en el Sistema de Justicia Penal de Ontario emitió su informe en 1995.²⁵ La comisión estudió todos los aspectos del sistema de justicia penal, incluyendo el funcionamiento del sistema de libertad bajo fianza. Esta comisión no solamente consideró informes anecdóticos del efecto del racismo sino que llevó a cabo estudios empíricos. Los comisionados hicieron algunos hallazgos inquietantes. Por ejemplo, descubrieron que los negros acusados serían más probablemente puestos en prisión preventiva a la espera del juicio, que los blancos acusados. Había muy poca diferencia en el recurso de la privación de libertad que pudiera ser justificada por factores considerados relevantes para otorgar la libertad bajo fianza. Y, en las decisiones sobre detención, la raza del acusado ejercía una influencia significativa.

¹⁷ L. Landry y M. Sinha, *Adult Correctional Services in Canada, 2005/2006*, Estadísticas, Catálogo de Canadá no. 85-002-XPE, Vol. 28, no. 6 en p. 4.

¹⁸ R. v. Wust, [2000] 1 S.C.R. 455.

¹⁹ Con la excepción de ciertos delitos, como el de homicidio.

²⁰ Ley C.25.

²¹ S.C. 2002, c. 1.

²² Shelly Milligan, *Youth custody and community services in Canada, 2005/2006*, Estadísticas, Catálogo de Canadá no. 85-002-X, Vol. 28, no. 8.

²³ Rebecca Kong, *Youth custody and community services in Canada, 2007/2008*, Mayo 2009, Estadísticas, Catálogo de Canadá no. 85-002-X, Vol. 29, no. 2.

²⁴ Ibid.

²⁵ Informe de la Comisión sobre el Racismo Sistémico en el Sistema de Justicia Penal de Ontario, 1995, Comisionados David Cole y Margaret Gittens. Ver especialmente el capítulo 5, sobre "Encarcelación antes del juicio".

Por razones de espacio no se puede hacer una completa investigación de las explicaciones que entrega la comisión sobre estos hallazgos. Pero bastará un solo ejemplo. Una consideración importante y racional para otorgar la libertad bajo fianza sería si el acusado tiene arraigo en la comunidad. En general se supone que alguien que tiene parientes y empleo en la comunidad y ciudadanía canadiense, es más probable que permanezca en la comunidad y por lo tanto más probable que comparezca ante el tribunal. La comisión identificó una premisa que afecta en forma desproporcionada a los acusados que no son blancos. Existe una suposición generalizada de que una persona que reside legalmente en el país pero que no tiene la ciudadanía canadiense, tendría más movilidad y menos probabilidad de permanecer en la comunidad. De hecho, no existe una conexión necesaria entre ciudadanía y arraigo en la comunidad. Sin embargo, el factor de ciudadanía impacta más fuertemente a personas que no son blancas, pues muchas de ellas pueden haber inmigrado desde otros países pero aún no obtienen la ciudadanía canadiense. El factor de ciudadanía también puede impactar de maneras más sutiles. Un fiscal puede solicitar el aplazamiento de la audiencia de libertad bajo fianza de un individuo que no es blanco, para determinar su ciudadanía, porque supone que esa persona no es un canadiense nativo.

La comisión también pudo tomar nota de cuestiones graves sobre falta de imparcialidad en restricciones de conducta de quienes no son blancos, en particular entre los jóvenes de esa condición. La comisión comprobó aspectos como el uso inadecuado de los toques de queda, obligación de los acusados de mantenerse alejados de ciertas áreas, aunque tuvieran familia viviendo en ellas, y mayor frecuencia en ejercer la condición de reportarse a la policía. Estas condiciones parecen haber sido impuestas debido a suposiciones estereotípicas sobre la forma en que los negros y otras minorías viven y se agrupan; por ejemplo, la suposición de que ciertos grupos étnicos probablemente participan más activamente en pandillas, aún cuando el supuesto delito no haya tenido ninguna señal de participación de pandillas.

Pese a que la comisión entregó su informe hace casi quince años, la inquietud se mantiene respecto a que el racismo sistémico siga impactando al sistema de libertad bajo fianza.²⁶

“Sobre representación” de la población aborigen

El problema de “sobre representación” de los aborígenes de Canadá o personas del Primer Mundo encarcelados, se refleja en las estadísticas sobre

prisión preventiva, tanto en jóvenes como en adultos. En 2007-2008, la juventud aborigen representaba un 25% de quienes estaban en prisión preventiva, eso es, detención a la espera del juicio o fallo, aunque correspondía al 6% de la juventud de Canadá.²⁷ De acuerdo al censo de 2006, el 3,1% de los adultos mayores de 18 años en Canadá se auto-identificaba como aborigen. Sin embargo, en 2007-2008, los aborígenes adultos correspondían al 17% de adultos en prisión preventiva.²⁸

Conclusión

El sistema de justicia penal canadiense favorece la liberación de los acusados que están a la espera del juicio, cuando ello no implica riesgo. Aquel principio está anclado en las disposiciones que proceden del Código Penal y de la Constitución canadiense. Sin embargo, todavía quedan asuntos importantes que no han sido abordados adecuadamente por quienes hacen las políticas y aquellos involucrados en el sistema de justicia penal. El aumento de la población en prisión preventiva en las cárceles es una preocupación constante, y las razones de tal crecimiento no se comprenden muy bien. Los centros de prisión preventiva no siempre son apropiados, y tal vez no reflejan el principio constitucional de que se presume que los acusados son inocentes hasta que se pruebe su culpabilidad. El papel de la raza y origen étnico en la decisión de otorgar la libertad bajo fianza puede ser materia de mayor investigación. La “sobre representación” de las personas aborígenes en las cárceles de Canadá también se refleja en la población en libertad bajo fianza, y ello es de particular interés. Aunque en Canadá la espera para los juicios no es tan grave como en otros países, en algunos casos ese retraso puede ser significativo y ocasionar períodos prolongados de prisión preventiva.

²⁶ Ver Trotter, supra en pp. 44-8 para un debate sobre el Informe de la Comisión sobre Racismo Sistémico, como asimismo estudios similares en el Reino Unido.

²⁷ Rebecca Kong, Youth custody and community services in Canada, 2007/2008, Mayo 2009, Estadísticas, Catálogo de Canadá no. 85-002-X, Vol. 29, no. 2.

²⁸ Samuel Perreault, The Incarceration of Aboriginal people in adult correctional services, Julio 2009, Catálogo no. 85-002-X, Vol. 29, no. 3.

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.

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,

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”.

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 alcanzado 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%c3%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 paraguayo 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%.

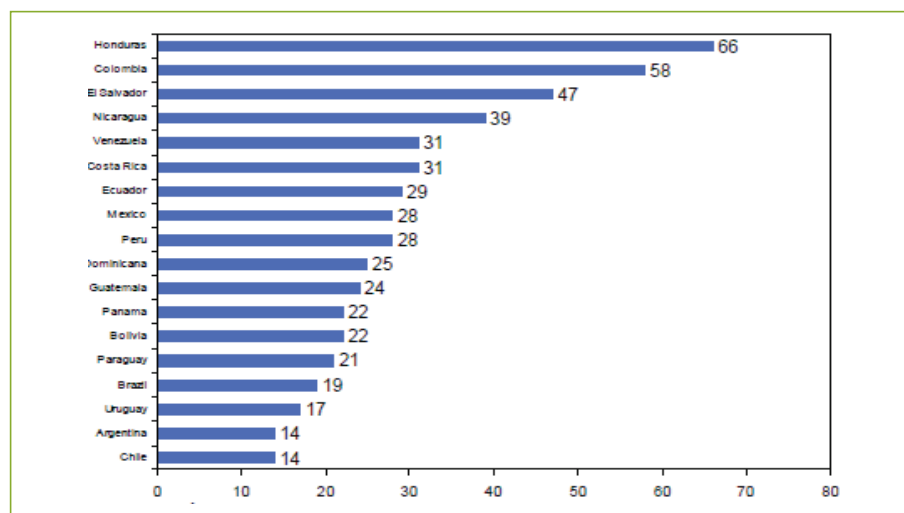
Ciertamente este indicador no distingue en qué materia de competencia de la justicia se tiene confianza, ya sea materia penal, civil o administrativa, pero muestra una opinión general en América Latina de desconfianza, que tiende a mantenerse en el tiempo.

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

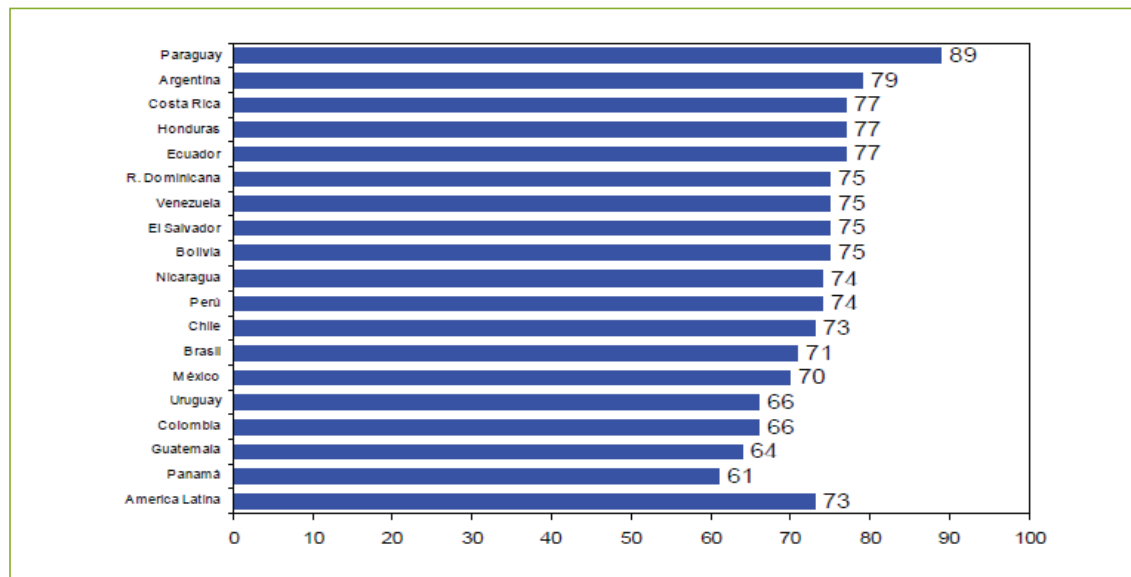
⁴⁶ Latinobarómetro 2008, pp. 24 y 25.

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.

Los costos de la prisión preventiva en Chile

Autores:

Alejandra Ahumada
Diego Farren
Bernardita Williamson

Edición:

Francisca Werth

Santiago de Chile, diciembre 2008

RESUMEN EJECUTIVO

El sistema de justicia criminal chileno ha sufrido importantes cambios durante la última década. Es así como, mediante la Reforma Procesal Penal (que se comenzó a aplicar progresivamente a nivel territorial a partir del año 2000), se pasó de un sistema inquisitivo, escrito y secreto en su etapa investigativa, a uno acusatorio, oral y público.

El nuevo procedimiento penal tiene tres etapas principales: la investigación, la etapa intermedia cuyo fin es la preparación del juicio y la etapa de juicio oral, que es la fase de enjuiciamiento criminal propiamente tal. Si bien durante el proceso rige como principio general que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, teniendo como fundamento las razones establecidas en la ley, pueden adoptarse excepcionalmente una serie de medidas cautelares que tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento. De ellas, la más severa y restrictiva de derechos es la prisión preventiva.

La reforma procesal penal ha generado importantes efectos en la aplicación de las medidas cautelares, en general y en particular, de la prisión preventiva. El efecto principal es que dejan de ser un efecto casi automático del dictado de la antigua resolución llamada auto de procesamiento (que se elimina), pasando a ser medidas excepcionales cuya procedencia y necesidad se deben demostrar en cada paso por el fiscal.

A partir de la entrada en vigencia de la reforma, las cifras demuestran que, si bien en términos absolutos la cantidad de personas cumpliendo prisión preventiva ha aumentado, la proporción de personas que debe cumplir esta medida en relación al total de imputados ha disminuido en los últimos

años. Sin embargo, en marzo del año 2008 entró en vigencia la ley 20.253, denominada “agenda corta”, la cual, entre otras modificaciones, busca ampliar los criterios de aplicación de la prisión preventiva, lo que hace suponer un posible aumento en la utilización de esta medida.

En este contexto, el objetivo del presente estudio fue estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile.

Para realizar la estimación y enfrentar la escasez de información disponible se decidió realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad, lo que puede haber producido sesgos al momento de obtener resultados. Es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, éstos son los que mejor reflejan la realidad chilena, dada la información a que se tuvo acceso. Debido a esto, se recomienda que para futuros estudios, se realice un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando algunos supuestos presentados en este informe, y perfeccionando así la estimación de costos llevada a cabo.

Adicionalmente, existen ciertos costos, como los costos psicológicos de permanecer privado de libertad que no se han podido cuantificar debido a la dificultad de asignarles un valor monetario.

Los resultados obtenidos en la estimación se presentan en la siguiente tabla:

Resumen de los costos promedio directos e indirectos de la prisión preventiva (en pesos y dólares), año 2007

COSTOS		Pesos chilenos	Dólares norteamericanos ¹	Porcentaje
Costos directos	Justicia Criminal	2.781.577.305	5.323.593	5,8%
	Gendarmería	30.609.225.093	58.582.249	63,3%
	Total	33.390.802.398	63.905.842	69,1%
Costos indirectos	Ingresos	4.674.124.272	8.945.692	9,7%
	Visitas	5.524.543.800	10.573.290	11,4%
	Abogados particulares	7.867.342	15.057	0%
	Costo muerte	4.724.130.012	9.041.397	9,8%
	Total	14.930.665.426	28.575.436	30,9%
Costo total		48.321.467.824	92.481.278	100%

Fuente: elaboración propia.

La tabla anterior muestra que el costo total asociado a la prisión preventiva en Chile es de 48.321 millones de pesos, lo que equivale a 92.481 millones de dólares norteamericanos. Este costo se puede dividir en dos grandes categorías: los costos directos, que representan el 69% del total, y los costos indirectos, los cuales son el 31%. Dentro de la primera categoría, el mayor costo lo incurre Gendarmería, institución que debe cumplir con las labores de mantener y vigilar a quienes están en prisión preventiva. En la categoría de costos indirectos, el costo más relevante es el costo en visitas, el cual incluye el costo monetario de cada visita y el costo de oportunidad de quienes realizan la visita.

Por otra parte, para analizar la conveniencia de aplicar o no la prisión preventiva se consideró necesario distinguir los distintos delitos cometidos por los imputados sometidos a prisión preventiva y los distintos perfiles de estas personas. Sin embargo, el presente estudio sólo pudo satisfacer el primer punto debido a la inexistencia de estudios o información pública que permita contar con una caracterización de la población reclusa en Chile.

En definitiva, estimamos que la utilidad de contar con una estimación de costos para la prisión preventiva, es que constituye una herramienta útil para realizar futuros análisis de costo-efectividad de la medida. Ello, teniendo en cuenta que, en comparación con otras medidas o sistemas de supervisión debidamente implementados, pudiesen asegurar los mismos objetivos que la prisión preventiva, pero con una menor restricción de derechos y, eventualmente a menor costo, tanto para el Estado como para las personas.

1. Introducción

El presente estudio es parte de un conjunto de actividades encomendadas por la Open Society Justice Initiative² a Fundación Paz Ciudadana, con el objetivo de estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile³.

El tema tratado en este documento adquiere una especial relevancia considerando el importante aumento de la población penitenciaria en Chile. Sin embargo, se debe notar que, a diferencia de otros países latinoamericanos, Chile ha realizado recientemente una importante reforma a su sistema de justicia criminal, con lo cual en los últimos años ha cambiado radicalmente el enfoque dado al procedimiento penal, a la forma de investigar y de juzgar, y específicamente a la manera en que se

1 El dólar norteamericano en relación al peso chileno considerado aquí es de \$22,5/USD y corresponde al tipo de cambio promedio para el año 2007 (fuente: http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951_455.asp?f=A&s=TC-OBS-MES).

2 La Open Society Justice Initiative es un programa operativo de la Open Society Institute (OSI), que promueve reformas legales en el terreno de la protección de los derechos humanos, y contribuye al desarrollo de capacidades legales para las sociedades abiertas alrededor del mundo. La Justice Initiative combina actividades de litigación, asesorías legales, asistencia técnica, y la difusión de conocimiento sobre avances en las siguientes áreas prioritarias: anticorrupción, igualdad y ciudadanía, libertad de información y de expresión, justicia internacional, y justicia criminal nacional. Sus oficinas se encuentran en Abuja, Budapest, Londres, Nueva York y Washington DC. Más información sobre la Open Society Justice Initiative puede ser encontrada en: <http://www.justiceinitiative.org/>.

3 Inicialmente el objetivo fue realizar un análisis costo-beneficio de la prisión preventiva, pero en razón de la insuficiencia de la información disponible, se optó por estimar los costos directos e indirectos de la misma, en la medida que fuera posible.

aplican las medidas cautelares tales como la prisión preventiva.

El informe está organizado en seis secciones. La primera de ellas se refiere a los cambios que ha tenido el sistema de justicia chileno luego de la entrada en vigencia -en etapas- de la Reforma Procesal Penal, a partir del año 2000. En ella, se describen brevemente las principales modificaciones en relación con las medidas cautelares y, específicamente, con la prisión preventiva.

La segunda sección contextualiza al país en cuanto a cifras de la población penal que van de lo general a lo particular. Así, se presentan datos sobre la población penal en su totalidad, según sistema al cual pertenecen -sistema abierto y cerrado-, según condición procesal -detenidos, procesados, imputados o condenados- y finalmente, se muestra la evolución de la prisión preventiva durante la última década.

La tercera parte de este estudio se refiere a la metodología y consideraciones generales a tener en cuenta en la estimación efectuada. En la cuarta sección se explica brevemente la estimación de costos, especificando cada uno de los supuestos realizados, así como, las fuentes de información utilizadas en ellos.

Luego, en la quinta parte se encuentra una sección que describe algunas consideraciones que se deben tener al momento de analizar los beneficios de la prisión preventiva y, finalmente, se presentan algunas conclusiones de este estudio.

II. La prisión preventiva en Chile

1. Proceso penal y su evolución en Chile

Con el objeto de entregar un contexto de análisis del presente estudio, es necesario, en primer lugar, hacer una breve descripción de la evolución del procedimiento penal en Chile, y las consecuencias que ello ha tenido en el comportamiento de la prisión preventiva como medida cautelar.

Durante la colonia (que en Chile se inicia a fines del siglo XVI), España instauró, al igual que en el resto de la región, un sistema inquisitivo consagrado en “Las Siete Partidas”⁴ que no fue alterado, en lo sustancial, en el período posterior a la independencia (que en caso de Chile fue en 1810, pero que en general se produjo en los países vecinos durante las primeras décadas del siglo XIX). Ni siquiera con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1906 se modifica su estructura, principios e instituciones, aún cuando se trataba de un cuerpo legal completamente nuevo.

4 Las Siete Partidas son un cuerpo normativo dictado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284) con el objeto de dotar al reino de uniformidad jurídica. Constituyó el legado jurídico más importante y de más amplia vigencia en Iberoamérica.

El procedimiento penal que rigió a partir de la entrada en vigencia de dicho Código y durante todo el resto del siglo XX⁵, estuvo caracterizado por la concentración de atribuciones en el juez del crimen⁶. Por otra parte, el procedimiento operaba en forma escrita y por regla general, disponía el secreto sobre los antecedentes y pruebas recabados, incluso respecto del propio acusado. No obstante el procedimiento tuvo reformas que tendieron a reconocer ciertas garantías y limitar algunas atribuciones policiales y judiciales, las modificaciones no lo alteraron en forma relevante.

El procedimiento penal antiguo, se componía básicamente de dos etapas: sumario y plenario. Durante la etapa del sumario se desarrollaba la parte investigativa propiamente tal, dirigida por el propio juez, donde se acumulaba prácticamente la totalidad de los antecedentes. Ese sumario era secreto y desconocido para las partes, quienes sólo tenían acceso a la evidencia cuando éste se declaraba cerrado y se iniciaba la segunda fase, el plenario, con la cual, teóricamente, comenzaba la fase contradictoria y pública del procedimiento⁷.

Sin embargo, durante el sumario tenía lugar la resolución que en la práctica era la más importante del proceso: el auto de procesamiento. Esta resolución se dictaba cuando se verificaban las siguientes condiciones: 1) que estuviera justificada la existencia del delito que se investiga, y 2) que aparecieran presunciones fundadas para estimar que el inculcado había tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor⁸. Con el auto de procesamiento, el imputado adquiría formalmente la calidad de parte en el proceso, aun cuando ello no significaba necesariamente que pudiera acceder al contenido del sumario en ese momento para articular su defensa. Además, y lo más relevante para efectos de este estudio, es que al momento de dictar esta resolución el juez debía decidir si sometía al procesado a prisión preventiva o permanecía en libertad. Si es que estimaba que la libertad del imputado constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, del ofendido o fuese necesaria la privación de libertad para el éxito de las diligencias del sumario⁹. La práctica habitual de los jueces del crimen era dictar automáticamente la prisión preventiva, pudiendo el procesado obtener su libertad únicamente producto de su solicitud expresa.

5 Hasta el año 2000 en que se inicia su derogación paulatina con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal.

6 El juez del crimen es quien investiga, formula los cargos, decide las medidas cautelares aplicables, acusa e incluso cautela las garantías del imputado.

7 Hay que enfatizar que todo el material recopilado en el sumario constituía prueba y no requería necesariamente ser producida en juicio ante las partes y el juez conforme ciertas reglas, para adquirir tal calidad.

8 Artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

9 Artículo 363 del Código de Procedimiento Penal.

De esta forma, una de las principales críticas al sistema se basaba en el hecho de que el auto de procesamiento constituía una sentencia adelantada. La concentración de funciones en la persona del juez, el secreto del sumario, las exigencias de convicción para su dictado y la consecuencia inmediata de la prisión preventiva, tenían como efecto que todas las pruebas disponibles se reunían en la fase del sumario que antecede el auto de procesamiento, y determinaban en su mayor parte los resultados del proceso. Sin considerar siquiera los problemas de principios, de diseño y conceptuales del procedimiento antiguo y sin todavía abordar la discusión acerca de si el plenario fuese o no una etapa genuinamente contradictoria y pública, lo cierto es que esta última fase era de muy escasa relevancia tanto para la investigación como para la defensa del imputado.

Las características del procedimiento penal antiguo que se han expuesto brevemente, explican que durante la vigencia de dicho procedimiento, un alto porcentaje de la población penal se explicaba por efecto de la aplicación de la prisión preventiva. Así es como, en el año 2000, el 48,5% de la población penal en Chile estaba compuesta por personas privadas de libertad que esperaban sentencia¹⁰, cifra que desciende notoriamente hacia 2007 (con siete años de operación del nuevo procedimiento y vigente en todas las regiones de Chile), en que el 22,7% de la población reclusa corresponde a detenidos, procesados o imputados.

El Código Procesal Penal, que sustituyó al antiguo Código de Procedimiento Penal, y que instaura un procedimiento acusatorio y público, regula la prisión preventiva, básicamente sobre los mismos requisitos del anterior para el dictado de auto de procesamiento y prisión preventiva. Estos requisitos se encuentran consagrados en la primera parte del artículo 140 del Código Procesal Penal y se detallan más adelante.

Aunque en el nuevo Código los requisitos de la prisión preventiva sean idénticos a los del antiguo sistema, hay que entender que esto se da en un contexto completamente diferente: con un juez imparcial ante quien el Ministerio Público (organismo antes inexistente y que es el titular de la facultad de perseguir penalmente los delitos en nombre del Estado y dirigir la investigación) debe *formalizar* la investigación: es decir, exponer en primer lugar la seriedad de los cargos determinados que enfrenta el imputado en términos de que el fiscal pueda prever que llevará adelante el juicio con probabilidades ciertas de éxito, y, por otra parte, debe *justificar la necesidad de cautela*, para su ponderación judicial. Todo lo anterior en una audiencia, en presencia del

imputado y su defensa, donde previo a la resolución se abre un debate en que son oídas las partes.

Como puede notarse, no debe tratarse de un juicio anticipado, sino tan sólo de una presentación preliminar de antecedentes, los que no se examinan en detalle, sino que permiten advertir la presencia de un caso que debe ser conocido y fallado en juicio y que además requiere el resguardo de ciertos objetivos precisos y determinados establecidos por la Constitución y la ley. Lo anterior, con el objeto de avanzar al juicio y prepararlo, en lo posible, con la mínima restricción de derechos del imputado.

Por otra parte y como complemento de lo anterior, el nuevo procedimiento, como se explicará en detalle más adelante, introdujo un nuevo catálogo de medidas cautelares personales, inexistente hasta entonces, que permite, diversificar la intensidad de la restricción de los derechos que involucran las medidas cautelares. Éstas, sin embargo, han mostrado una muy baja eficacia, principalmente porque no ha habido una adecuada implementación práctica que permita un resguardo eficaz de los intereses o derechos que se pretenden proteger, por lo que su aplicación es permanentemente cuestionada por la opinión pública.

Con todo, según las cifras de composición de la población penal que ya se han citado y las estadísticas que se presentarán más adelante, se puede advertir que efectivamente el nuevo procedimiento ha satisfecho uno de los propósitos de la Reforma, que justamente tenía relación con la aplicación racional de la prisión preventiva, preservando su característica de medida cautelar y quitándole la connotación de penalización informal.¹¹

2. Descripción del procedimiento penal chileno e instituciones involucradas

Como ya se ha dicho, el sistema penal en Chile ha evolucionado sustancialmente durante la última década. La implementación de la Reforma Procesal Penal a lo largo del país, se hizo en forma gradual, en cinco etapas, debido a razones técnicas y presupuestarias. Respecto a las primeras, el nuevo proceso implicó un gran esfuerzo de reclutamiento y capacitación dado que se hizo necesario llenar un alto número de cargos para nuevos funcionarios judiciales, del Ministerio Público y de la Defensoría, que

11 "...En lo fundamental, este rediseño de las medidas cautelares se basa en la afirmación de la excepcionalidad de las mismas y en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento. En cuanto a lo primero, el proyecto propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia, afirmando que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena." Mensaje del Poder Ejecutivo a la H. Cámara de Diputados con el cual se envía el proyecto de ley que establece el Código Procesal Penal.

10 Álvarez, P.; Maragunic, A. y Herrera, R. (2007), "Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país".

asumirían funciones y roles hasta entonces inexistentes. Por otra parte, en cuanto a la inversión, la entrada en vigencia progresiva permitió asumir el costo de instalación del sistema en distintas etapas.

La nueva normativa introdujo cambios fundamentales al sistema de justicia criminal chileno. Entre sus modificaciones, el nuevo código hizo explícito en su texto el principio de presunción de inocencia, derecho que en Chile tiene rango constitucional por el hecho de estar incorporado en tratados internacionales ratificados por el país y que se encuentran vigentes¹². Este principio se establece en artículo 4° del CPP: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”, es decir, que el estatuto normal del imputado durante el proceso es el pleno goce de sus derechos constitucionales.

El nuevo procedimiento ordinario penal tiene tres etapas principales: la investigación, la etapa intermedia, cuyo fin es la preparación del juicio, y la etapa de juicio oral, que es la fase de enjuiciamiento criminal propiamente tal.

La etapa de investigación está a cargo de los fiscales del Ministerio Público, ejercida por sí mismos o a través de las policías. Esta actividad está, en general, desprovista de formalidad en términos de que no existen plazos obligatorios y se sujeta a los criterios investigativos que la propia institución haya desarrollado. El control de la investigación lo ejerce el juez de garantía, quien debe resolver los conflictos que se generen en esta etapa, particularmente cuando se afecten derechos individuales del imputado.

Durante esta etapa, la investigación debe judicializarse en caso de que el fiscal lo estime necesario o en caso que se requiera la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, recepción anticipada de prueba o resolver sobre medidas cautelares. Esta actuación del fiscal es la formalización de la investigación y en ella se realiza una formulación precisa de cargos.

Concluida la etapa de investigación, se procede al cierre de la investigación y se avanza a la etapa preparatoria del juicio oral. El fiscal debe optar entre formular una acusación o proponer un sobreseimiento en caso que no haya reunido antecedentes suficientes. Si se formula acusación, se otorga el derecho a adherir a ella o formular una acusación particular a quienes tengan derecho a hacerlo. Asimismo se otorga al imputado un plazo para la preparación de su defensa. Concluido este plazo se realiza una audiencia de preparación del juicio oral. En esta audiencia se examina la posibilidad de aplicar salidas alternativas o procedimientos abreviados. Si lo anterior no ocurre, se prepara el juicio oral, en cuyo

caso el resultado de la audiencia preparatoria será la determinación de las acusaciones que serán objeto de éste, las partes, el tribunal competente para conocer el juicio y las pruebas ofrecidas por las partes y que el juez de garantía ha declarado admisibles.

El juicio oral se realiza ante un tribunal colegiado compuesto de tres jueces y en forma continua, lo que significa que ante el tribunal oral deberá desarrollarse íntegramente cada proceso hasta su terminación, aunque ello signifique su prolongación en sesiones sucesivas. Ante el tribunal oral debe producirse la prueba ya ofrecida por las partes (con facultades muy limitadas de introducir nueva evidencia en esta fase).

Una vez examinada la prueba, el tribunal debe oír las conclusiones de las partes, conceder la palabra al acusado, si éste desea hacer uso de ella, y retirarse a deliberar, tras lo cual debe entregar la resolución inmediata en cuanto condena o absuelve. Los fundamentos de la decisión y la fijación de la pena se entregarán luego de un plazo.

El procedimiento ordinario constituye la norma general y supletoria en materia de procedimiento penal, es decir, a estas normas se remiten los procedimientos especiales que contempla el Código Procesal Penal en lo no específicamente regulado. Los procedimientos especiales han sido diseñados para proveer de tramitaciones y sentencias rápidas en casos de complejidad baja, que junto a otras formas de término del proceso alternativas, permiten un funcionamiento eficiente del sistema de justicia. En este último tipo de procedimientos, la sentencia es dictada por el propio juez de garantía.

A continuación se describe brevemente cada una de las instituciones involucradas en el proceso penal chileno:

a. Poder Judicial

El nuevo sistema procesal penal entrega a los tribunales orales en lo penal la función de juzgar, cambiando su estructura orgánica por tribunales colegiados compuestos por tres jueces profesionales. Los miembros de tribunal oyen los antecedentes que expone el Fiscal y la defensa del imputado, para luego resolver y determinar la culpabilidad o inocencia del o los acusados. Hay que precisar, eso sí, que en los procedimientos abreviados, esta función se radica en los propios Jueces de Garantía.

Como ya se adelantó durante la etapa de investigación el control de la instrucción está a cargo del juez de garantía, quien tiene encomendado la protección de los derechos de los intervinientes en el proceso, especialmente las garantías del imputado y decidir sobre la procedencia y aplicación de las medidas cautelares, así como resolver los conflictos suscitados entre las partes durante esta fase del proceso.

¹² Artículo 5° n°2 de la Constitución Política de la República de Chile.

Los recursos o vías de impugnación de las resoluciones que contempla el procedimiento penal son conocidos y resueltos por las cortes de apelaciones y por la Corte Suprema, que son los tribunales superiores del sistema judicial en general, no sólo de la jurisdicción penal.

b. Ministerio Público

Organismo especializado, jerarquizado y autónomo, que concentra la potestad del ejercicio de la persecución penal pública a nombre del Estado. Su función principal es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado. Asimismo, según la ley, le corresponde la adopción de las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. Está conformado por el fiscal nacional, fiscales regionales y fiscales adjuntos.

Dentro de las funciones que competen al Ministerio Público se encuentran las siguientes:

- i.** investigación de los delitos y persecución penal en representación de la comunidad;
- ii.** dirección de la actuación de la policía durante la fase de investigación;
- iii.** presentar la acusación y sostener la acción penal, y
- iv.** adoptar las medidas de protección a víctimas y testigos.

Por su parte, las causas que el Ministerio Público debe investigar pueden ser con o sin imputado conocido.

c. Defensoría Penal Pública

Servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Justicia, cuyo fin es proporcionar defensa penal a los imputados. La Defensoría forma parte de un sistema mixto público privado de prestación de defensa, es decir, el sistema de defensa está compuesto por un conjunto de defensores institucionales y por personas jurídicas o naturales, seleccionadas a través de licitaciones.

En definitiva, el modelo de justicia chileno parte de la base de una separación entre las tareas de investigación y juzgamiento. Para cumplir con esto, el nuevo procedimiento está compuesto, básicamente, por cuatro intervinientes: fiscal, defensor, juez de garantía y tribunal oral en lo penal.

Por otra parte, como institución pública relacionada con el sistema penal, es necesario tener claridad sobre las funciones y atribuciones de otro servicio también asociada a las consecuencias de las acciones penales: la **gendarmería de Chile**. Esta es una institución especializada, dependiente del Ministerio

de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y asistir a las personas que han sido detenidas, sometidas a prisión preventiva, condenadas (tanto a penas privativas de libertad como penas alternativas a la reclusión) o que cumplen medidas de apremio. Además parte de su misión institucional es la contribución a la reinserción social de las personas que se encuentran bajo su custodia. Gendarmería dirige todos los centros penitenciarios del país (tanto cárceles como centros en que se controlan las penas que se cumplen en libertad o con reclusión parcial) sea que éstos sean establecimientos públicos o establecimientos que funcionen bajo el modelo concesionado.

En cuanto los recintos penitenciarios existentes en Chile, tradicionalmente su régimen administrativo era de carácter completamente público. Sin embargo, recientemente, en el año 2002 el gobierno impulsó la participación de privados en la construcción y administración de los mismos a través de un programa de cárceles concesionadas que estableció la construcción de 10 establecimientos penitenciarios los cuales aumentarían la capacidad del sistema en 16.000 plazas. En los establecimientos concesionados, son los privados quienes se encargan de las funciones de diseño, financiamiento y construcción, permitiendo así contar con estándares más modernos. Adicionalmente, la prestación de servicios penitenciarios tales como alimentación, salud, aseo y oferta de programas de reinserción social queda en manos de la concesionaria. Por su parte, las funciones de administración y vigilancia quedan a cargo de Gendarmería.

3. Medidas cautelares en el proceso penal

Durante el curso del proceso y conforme al principio de la presunción de inocencia, el imputado tiene derecho al goce en plenitud de sus derechos constitucionales. Sin embargo, un proceso penal requiere de un espacio de tiempo para su desarrollo, en el que puede surgir la necesidad de limitar el ejercicio de éstos derechos con el objeto de asegurar tanto el adecuado curso del proceso como el cumplimiento de la sentencia, tanto en su aspecto penal como respecto de las consecuencias civiles que imponga. Esta forma de coerción o excepción al estatuto general de los derechos del imputado es lo que conocemos como medidas cautelares.

Las medidas cautelares pueden ser reales o personales. Las reales tienen que ver con las limitaciones de las facultades administración o de disposición del patrimonio del imputado con el objeto de asegurar el resultado de las acciones civiles derivadas del delito o incluso el resultado de las acciones penales cuando la pena esperable para el delito sea de contenido patrimonial.

Por otra parte, existen las medidas cautelares personales que son aquellas restrictivas de la

libertad personal. La más intensa de éstas es la prisión preventiva, sin embargo existe un catálogo de otras medidas cautelares personales de aplicación preferente, cuando el objetivo buscado pueda lograrse con restricciones a la libertad de una menor intensidad. A continuación se presenta la lista de medidas cautelares existentes:

- a. la prohibición de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare;
- b. la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada;
- c. la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine;
- d. la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal;
- e. la prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f. la prohibición de comunicarse con personas determinadas;
- g. la prohibición de aproximarse al ofendido o a la familia.

Estas medidas son acumulables, es decir, puede aplicarse más de una de ellas y deben ser decretadas en audiencia, a petición del fiscal, del querellante o de la víctima. Asimismo los imputados sólo durarán en la medida mientras subsista la necesidad de su aplicación.

Con el nuevo Código Procesal Penal, las medidas cautelares personales (particularmente la prisión preventiva, ya que el resto del catálogo no existía en el antiguo sistema), dejan de ser un efecto casi automático del dictado del auto de procesamiento, el que se elimina, pasando a ser medidas excepcionales cuya procedencia y necesidad se deben demostrar en cada caso por el fiscal.

Las medidas cautelares se deben solicitar posteriormente a la formalización de la investigación, de manera tal que el imputado está enterado de los delitos que se le atribuyen y, en consecuencia, puede hacer valer derecho y garantías. Estas medidas son discutidas en una audiencia, en la que deben estar presentes todos los intervinientes ante un juez de garantía y deben ser invocadas y acreditadas por el fiscal.

4. Regulación de la prisión preventiva

La prisión preventiva es la medida cautelar que compromete en mayor medida la libertad de la persona, por lo que exige especiales resguardos en su regulación legal.

Como se ha dicho, en el sistema judicial antiguo, la prisión preventiva era una consecuencia, casi ineludible del auto de procesamiento. En el nuevo Código Procesal Penal, la forma de aplicar esta medida cambia porque ya no es una consecuencia directa

del dictado de una resolución. Adicionalmente, el nuevo código establece límites a la utilización de la prisión preventiva, en función de un criterio rector denominado principio de proporcionalidad. Éste establece que la aplicación de esta medida debe ser proporcional a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable, es decir, la privación de libertad no puede ser superior a la pena esperable. A esto se suma el carácter netamente excepcional de la prisión preventiva (y de las medidas cautelares, en general) en cuanto a que no es una medida que necesariamente deba adoptarse, sino que sólo debe ordenarse cuando sea funcional y enteramente necesaria para conseguir un fin específico. Relacionado con esto está la provisionalidad, por la cual las medidas cautelares deben ser únicamente mantenidas durante el tiempo que subsistan los motivos que dieron origen a su aplicación.

El principio general consagrado en el artículo 19 número 7 de la Constitución Política, es que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En concordancia con ello, el título primero del libro primero del Código Procesal Penal, referido a los principios básicos, recoge expresamente esta garantía constitucional en su aplicación al proceso penal. Por otra parte, el artículo 139 del Código Procesal referido a la prisión preventiva, señala que “la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”.

Según el artículo 140 del nuevo Código Procesal Penal, los requisitos para decretar la prisión preventiva son:

“Artículo 140: *Requisitos para ordenar la prisión preventiva.* Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a. que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b. que existen antecedentes que permitieran presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor; y
- c. que existen antecedentes calificados que permitieran al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se de a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.”

El Código Procesal Penal además agregaba ciertos criterios para evaluar la necesidad de cautela en las

hipótesis descritas en la última causal: “Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”¹³

No obstante, y producto de un acuerdo de seguridad pública entre el gobierno y la oposición, en marzo de 2008 entró en vigencia la Ley 20.253, llamada comúnmente “agenda corta antidelincuencia”. Entre otras materias esta ley tuvo entre sus objetivos específicos la ampliación de los criterios de aplicación de la prisión preventiva. Es así como en la normativa reproducida se modificaron los citados criterios de evaluación, agregando el siguiente párrafo:

“Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.”

La introducción de estas modificaciones por parte de la Ley 20.253 podrían limitar en forma importante la valoración judicial de los hechos a la hora de decidir sobre la prisión preventiva, y, no obstante ser

una modificación a la ley muy reciente, podría provocar en el futuro cierto crecimiento en el porcentaje de imputados sometidos a prisión preventiva.

Por otra parte, y en lo que tiene relación con la tramitación de esta medida cautelar, la prisión preventiva puede solicitarse verbalmente en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación de juicio oral o en la audiencia de juicio oral. También puede solicitarse en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien esta se haya formalizado, en una audiencia especialmente fijada para este efecto. La presencia del imputado y su defensor es un requisito de validez de la audiencia en que se resuelva la solicitud de prisión preventiva.

Cabe hacer notar que la resolución que ordena o rechaza la prisión preventiva es modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en cualquier estado del procedimiento, para dejar sin efecto la prisión preventiva o para sustituirla por otra medida cautelar personal o por una caución económica cuando ello proceda conforme a la ley. Además, luego de transcurridos seis meses desde que se ha decretado la prisión preventiva, el tribunal necesariamente debe citar a una audiencia con el objetivo de considerar su cesación o prolongación.

En cuanto a los límites temporales de la prisión preventiva, además del principio básico de temporalidad que importa que la prisión preventiva sea efectiva sólo en cuanto subsistan las circunstancias que la motivaron, la ley dispone también que, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que efectivamente se hubiere impuesto existiendo recursos pendiente, el tribunal necesariamente debe citar de oficio a una audiencia para considerar su cese o continuación.

La ley establece además que el imputado debe ser tratado en todo momento como inocente por lo que la prisión preventiva se debe cumplir de manera que no adquiera las características de una pena. Esto tiene algunas implicancias para Gendarmería de Chile, que tiene la obligación de mantener segregadas las personas privadas de libertad por estar sometidas a prisión preventiva, de la población condenada general.

5. Otras formas de privación de libertad sin condena

Además de la prisión preventiva, existen otros dos posibles tipos de privación de libertad sin condena penal: detención y arresto nocturno. La primera se refiere a la privación de libertad anterior a la formalización de cargos. Esta es propia de todas las causas en que se sorprenda en delito flagrante y

13 Artículo 140 del Código Procesal Penal.

de algunas con orden judicial de detención para el sólo efecto de conducir al imputado a presencia del juez. Legalmente, el período durante el cual el detenido debe permanecer en el recinto policial o de detención en principio no puede exceder las veinticuatro horas. Sin embargo, si el fiscal no cuenta con todos los antecedentes necesarios para formalizar la investigación y/o solicitar medidas cautelares que sean necesarias para suceder a la detención, o si el defensor o el imputado no están presentes en la audiencia, el fiscal puede solicitar una ampliación del plazo de la detención para preparar su presentación de hasta 48 horas más (esto se denomina extensión de la detención¹⁴). Por lo tanto, una persona puede estar un máximo de 72 horas privado de libertad en calidad de detenido.

Por su parte, el arresto nocturno es una medida de apremio para personas que adeudan pensión alimenticia, la cual dictan los tribunales de familia y civiles, con el fin de constituirse en una acción coercitiva para lograr el pago de la deuda. Las personas sujetas a esta medida, no son condenados ni detenidos, ni siquiera son imputados por algún delito, sin embargo cumplen esta medida de apremio bajo la custodia de Gendarmería. Respecto de ésta institución, para 2007 el 0,8% y 0,1% de las existencias promedio anual del sistema cerrado y abierto respectivamente (los cuales se explican a continuación), fueron arrestos nocturnos¹⁵. Sin embargo, debido a que la aplicación del arresto nocturno no es propio de la jurisdicción penal sino civil o de familia, esta medida no será considerada en este estudio.

III. La prisión preventiva en cifras

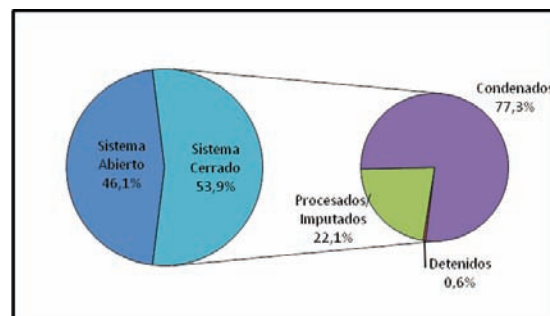
1. Cifras penales generales

En el sistema penitenciario chileno, existen principalmente dos sistemas: el abierto y el cerrado. El primero se encuentra a cargo del cumplimiento de las condenas en el medio libre, es decir, las medidas alternativas a la privación de libertad dictadas por la Ley 18.216, mientras que el sistema cerrado es el que controla a la población con privación de libertad.

Por su parte, existen cuatro condiciones procesales las cuales son: detenidos, procesados, imputados y condenados. Se denomina procesados a la población con causas aún no terminadas que se inician antes de la Reforma Procesal Penal. Los

imputados son quienes esperan condena en el nuevo procedimiento penal. En definitiva, procesados e imputados son las condiciones procesales de quienes cumplen prisión preventiva. Por otra parte, los condenados pueden pertenecer al sistema cerrado o abierto. A continuación se presenta un gráfico en el cual se observa cómo se distribuye la población penal chilena según tipo de sistema y tipo de condición procesal para el año 2007.

Gráfico 1
Población Penal año 2007 por tipo de sistema y condición procesal



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Entre quienes cumplen penas en el sistema cerrado, hay personas que estando condenadas gozan de beneficios de reinserción intrapenitenciarios como la salida controlada al medio libre o la libertad condicional. En algunos casos, también forman parte de este sistema quienes cumplen con el arresto nocturno como medida de apremio por el no pago de pensión alimenticia¹⁶.

Por su parte, las personas que cumplen penas alternativas a la reclusión (correspondientes a la Ley 18.216) dependen del sistema abierto. Las medidas alternativas son tres: remisión condicional de la pena, reclusión nocturna¹⁷ y libertad vigilada.

Las cifras disponibles indican que, durante el año 2007 el total de personas atendidas por Gendarmería fue de 88.001, de las cuales 42.466 se encontraban reclusas (en condición de detenidos, procesados, imputados o condenados), 43.829 estaban cumpliendo medidas alternativas a la reclusión, 1.285 con beneficios intrapenitenciarios y 421 con arresto nocturno. Esta situación se ve reflejada en el siguiente gráfico:

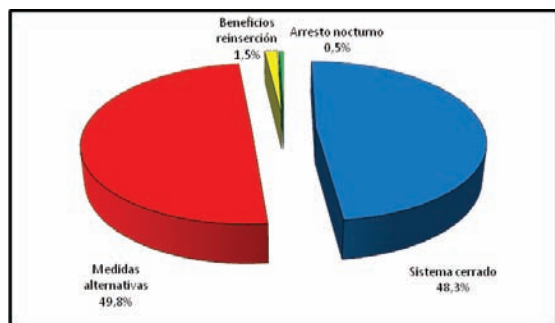
¹⁴ Artículos 131 y 132, Código Procesal Penal, Libro primero, Título V.

¹⁵ Cifra obtenida del "Compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile 2007".

¹⁶ Ver sección II.5, que trata sobre las otras formas de privación de libertad.

¹⁷ Si bien, quienes son condenados a reclusión nocturna dependen del sistema abierto, en general, deben cumplir su condena en los centros privativos de libertad del sistema cerrado.

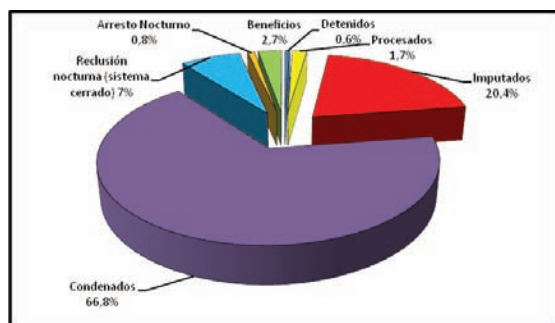
Gráfico 2
Población penal promedio atendida año 2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Por su parte, del total de personas que se encontraban reclusas ese año en los 103 recintos penitenciarios del país, el 66,8% correspondía a condenados¹⁸ y el 22,1% a procesados e imputados, tal como se puede apreciar en el gráfico 3.

Gráfico 3
Población penal perteneciente al sistema cerrado año 2007

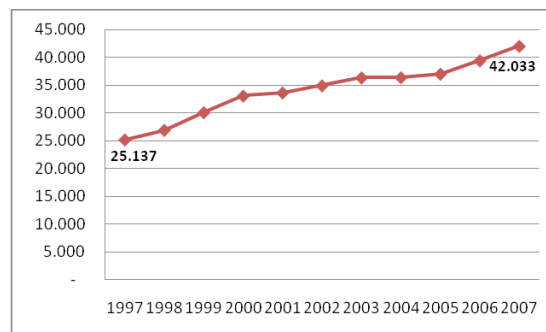


Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Durante la última década la población de personas que se encontraban reclusas aumentó en 67,2%, como se observa en el gráfico a continuación.

¹⁸ Esta cifra incluye a los condenados al sistema cerrado y al semiabierto. El sistema cerrado corresponde a todos aquellos internos privados de libertad que pernoctan en unidades penales. El sistema semiabierto, por su parte, corresponde a los condenados que deben realizar el cumplimiento de su condena en los Centros de Educación y Trabajo.

Gráfico 4
Evolución de la población reclusa para el período 1997-2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería de Chile.

Según cifras internacionales¹⁹, Chile está ubicado en el puesto número 35 del ranking de tasa de reclusos cada 100 mil habitantes, con una tasa de 293 reclusos cada 100 mil habitantes. Por su parte, si se consideran sólo los países sudamericanos, Chile está en el tercer lugar, después de Guayana Francesa y Surinam.

Tabla 1
Tasa de reclusos cada 100 mil habitantes y lugar en el ranking internacional

PAÍS	Tasa	Lugar
Estados Unidos	762	1
Federación Rusa	635	2
Panamá	345	24
Sudáfrica	342	26
Israel	305	32
Chile	293	35
Tailandia	253	45
Brasil	220	53
México	196	60
España	156	82
Argentina	154	84
Inglaterra y Gales	153	85
Perú	144	93
Colombia	138	96
Australia	130	102
China	119	113
Canadá	108	124
Alemania	88	144
Bolivia	82	154

¹⁹ Obtenidas del International Center for Prison Studies, King's College, University of London (on line: 11.11.08).

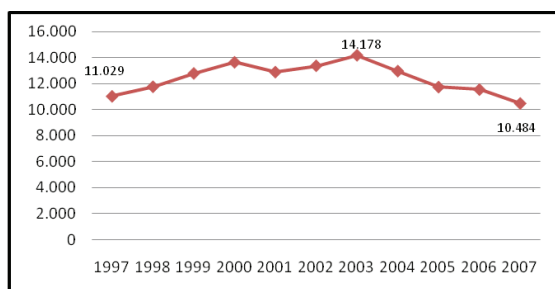
Italia	75	164
Japón	63	177
Andorra	38	196
India	32	203
Congo	22	217

Fuente: International Center for Prison Studies, King's College, University of London (on line: 11 agosto de 2009)

2. Cifras sobre prisión preventiva

A continuación se presenta un gráfico que muestra la evolución de los imputados y procesados durante la última década, según datos proporcionados por Gendarmería:

Gráfico 5
Evolución del número de procesados de imputados durante la última década

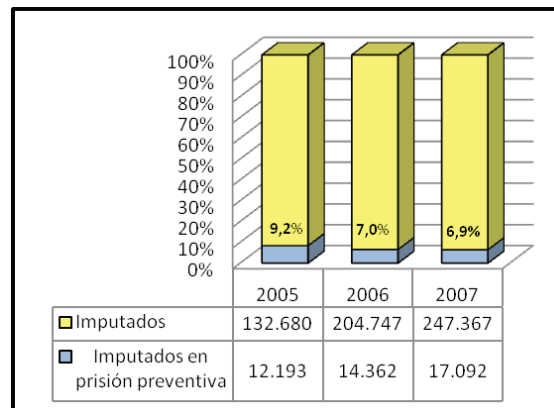


Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería

El gráfico anterior muestra un aumento de la población de procesados e imputados para el período 1997-2000, y luego un descenso entre los años 2003 y 2007. Sin embargo, es difícil aislar esta tendencia de los importantes cambios legales introducidos por la Reforma Procesal Penal, ya que debido a ésta, la población de procesados disminuye, mientras que la figura de los imputados aparece con su entrada en vigencia.

A continuación se analiza la población de imputados para los años 2005, 2006 y 2007 que deben cumplir prisión preventiva, en relación con la población total de imputados.

Gráfico 6
Evolución del número de imputados con prisión preventiva como proporción del total de imputados

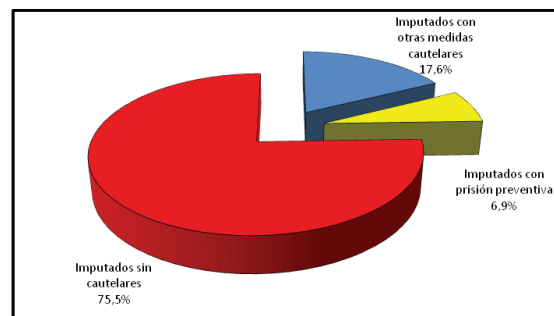


Fuente: elaboración propia en base a datos de la Defensoría

En el gráfico anterior se observa que el número de imputados ha aumentado durante los últimos tres años, lo cual tiene sentido en el contexto de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal. Por su parte, la cantidad de personas que debieron permanecer en prisión preventiva también aumentó. Sin embargo, la aplicación de esta medida como proporción del total de imputados ha disminuido, representando el 9,2% sobre el total de imputados el año 2005 y el 6,9% el año 2007.

A continuación se presenta un gráfico con la distribución de las medidas cautelares aplicadas para el año 2007.

Gráfico 7
Distribución de las medidas cautelares aplicadas a imputados ingresados el año 2007



Fuente: elaboración propia en base a datos de la Defensoría Penal Pública

En definitiva, las cifras de la población penal señalan que alrededor de la mitad de la población pertenece al sistema cerrado; y la otra mitad pertenece al abierto. Adicionalmente, el 77% del total de la población del sistema cerrado son condenados y el 22% corresponden a procesados e imputados. El aumento en la proporción de condenados en los

últimos años se atribuye principalmente a los cambios introducidos por la Reforma Procesal Penal.

En cuanto a la población reclusa, tenemos que ésta se ha incrementado sustancialmente durante la última década, alcanzando una tasa de 293 reclusos cada 100 mil habitantes, ubicando a Chile en el lugar número 35 del ranking mundial.

Finalmente, las cifras sobre la aplicación de medidas cautelares arrojan que del total de ingresados al sistema durante el año 2007, el 25% debió cumplir alguna de estas medidas. Específicamente, en el gráfico 7 se observa que del total de imputados, el número de personas que estuvo en prisión preventiva durante el año 2007 representó el 6,9% de la población penal.

IV. Metodología y consideraciones

El análisis costo-beneficio provee importante información a los actores involucrados sobre la relación existente entre los costos y beneficios alcanzados por una determinada intervención. Si bien este análisis puede ayudar en la toma de decisiones, presenta una importante debilidad debido a que no considera aquellos factores que son importantes pero que no es posible cuantificar monetariamente.

Luego de revisar la literatura referida al análisis costo-beneficio (Lawrence y Mears (2004); Carey y Finigan (2004); Chisholm (2000); DiIulio y Piehl (1995); Cavanagh (1990)); con el objetivo de determinar cuál es la mejor metodología aplicable para el caso específico de la estimación de los costos y beneficios de la prisión preventiva en Chile, se han definido las siguientes etapas:

- Identificar conceptualmente todos los costos y beneficios asociados a la prisión preventiva, sean estos directos o indirectos.
- Estimar los costos, traduciéndolos a unidades monetarias, sólo en aquellos casos en los que se considere factible.
- Estimar los beneficios, en los casos en que sea posible, traduciéndolos a unidades monetarias.
- Comparar la suma de los beneficios monetarios con la suma de los costos monetarios.

Para realizar la estimación antes mencionada se han presentado un conjunto de desafíos que es necesario precisar. El primer desafío que se presenta para identificar y estimar los costos está relacionado con la disponibilidad de información. Por ejemplo, consideramos que sería de gran importancia incluir en nuestro análisis los distintos perfiles de las personas que se encuentran en prisión preventiva, pero Chile no cuenta con tal información.

Un segundo desafío presentado en el estudio se refiere a la importancia de obtener fuentes de información que sean confiables en términos de la validez y calidad de los datos. Se debe considerar que en general, la información disponible en cada

institución ha sido construida con motivaciones y objetivos distintos a los de este estudio.

Los desafíos antes mencionados conducen a que el presente estudio se centre sólo en las dos primeras etapas antes descritas, es decir, en identificar los costos y beneficios y luego, en estimar los costos en la medida de que los antecedentes y datos sean confiables.

Adicionalmente, se debe mencionar que para estimar los costos, en muchos casos es necesario realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad, lo que puede producir sesgos al momento de obtener resultados. Finalmente, se debe considerar que, hay ciertos costos, como por ejemplo los costos psicológicos del encierro o el valor de la vida humana, que no se han podido cuantificar debido a la dificultad de asignarles un valor monetario.

Como recomendación para futuros estudios en relación a este tema, se considera necesario realizar un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando o relajando algunos supuestos propuestos en el presente informe y perfeccionando así la estimación de costos llevada a cabo.

A continuación se presenta una tabla que contiene todos los costos y beneficios identificados que son atribuibles a la prisión preventiva, independientemente que estos sean o no estimables.

1. Identificación conceptual de los costos y beneficios de la prisión preventiva

Tabla 2
Identificación de los costos y beneficios de la prisión preventiva

COSTOS	BENEFICIOS
Costos directos <ul style="list-style-type: none"> - Sistema de Justicia Criminal - Poder Judicial - Ministerio Público - Defensoría Penal Pública - Mantención de detenidos - Gendarmería 	Beneficios directos <ul style="list-style-type: none"> - Evitar el costo asociado a audiencias fallidas (aumento de la probabilidad de llevar a la persona a juicio)
Costos indirectos y sociales <ul style="list-style-type: none"> - Ingresos que deja de recibir el detenido - Visitas de familiares - Abogados particulares - Muerte o enfermedad por estar recluso - Costos psicológicos - Desintegración familiar, deserción escolar, estigmatización, socialización - Impacto macroeconómico en el mercado laboral (disminución de productividad) 	Beneficios indirectos y sociales <ul style="list-style-type: none"> - Evitar la comisión de nuevos delitos durante el desarrollo del proceso asegurando la seguridad de las personas que han sido víctimas del delito juzgado - Evitar potenciales futuras víctimas.

Fuente: elaboración propia.

V. Estimación de los costos de la prisión preventiva

A continuación se presenta la estimación realizada de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile. Finalmente se encuentra un resumen de ambas estimaciones.

1. Costos directos

1.1 Consideraciones generales

Esta sección se centra principalmente en la estimación de los costos directos de la prisión preventiva, incluyendo el gasto de distintas instituciones asociadas a la justicia criminal según la caracterización detallada de delitos y formas de término, y el costo incurrido en la manutención de quienes permanecen reclusos.

En primer lugar, la prisión preventiva influye en los costos de las tres instituciones ligadas al procedimiento penal: el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública. Dependiendo del delito imputado y del tipo de término, una causa con prisión preventiva, en relación a una sin ésta, puede tener distinta duración y puede implicar la realización de un diferente número de audiencias, generando costos desiguales en relación a causas similares.

Por lo tanto, para estimar el costo asignable a la prisión preventiva para estas tres instituciones, se comparan las duraciones de las causas y el número de audiencias, para delitos y términos similares con y sin prisión preventiva. De esta forma, éste se estima como la diferencia de costo para causas similares con y sin prisión preventiva.

En segundo lugar, Gendarmería es la institución que debe incurrir en el gasto asociado a mantener y vigilar a quienes deben cumplir la prisión preventiva. En este caso, la metodología utilizada no es de diferencia entre casos con y sin prisión preventiva. Como se dijo en la sección anterior, para 2007, la proporción de existencias promedio anual que se encontraban en calidad de imputado o procesado para el sistema cerrado, es decir, de quienes cumplían prisión preventiva, fue de 22,1%.

Por su parte, los costos de la detención y extensión de la detención, pertenecen principalmente a Gendarmería (para 2007 el 0,6% de las existencias promedio anual del sistema cerrado de Gendarmería correspondían a detenidos). Este costo también debiera afectar al sistema judicial, en el sentido de agregar un número mayor de audiencias (al menos para los casos con extensión de la detención). A su vez, pueden aumentar los costos de traslados, etc. Sin embargo, dada la escasez de información relativa a los detenidos, se estiman los costos de éstos únicamente para Gendarmería.

Por otra parte, para realizar el cálculo de los costos directos, se considera relevante realizar la estimación analizando los distintos delitos debido a que,

aspectos tales como la duración de la prisión preventiva o bien, la duración del proceso penal difieren sustancialmente según los distintos tipos de delitos. Entonces, se agrupan los delitos en 11 categorías—las cuales se encuentran detalladas en el anexo 1—, para así poder estudiar las principales características de la prisión preventiva para distintos grupos de delitos con características y penas similares.

En definitiva, los costos estimados en esta sección se agrupan en dos grandes categorías: los costos de la justicia criminal (asociados básicamente a las siguientes tres instituciones: Ministerio Público, Poder Judicial y Defensoría Penal Pública), y los costos de la manutención de las personas que deben cumplir prisión preventiva, se encuentran detenidos o con extensión de la detención (atribuibles a Gendarmería de Chile).

1.2 Datos disponibles

En cuanto a las cifras disponibles para estimar los costos directos de la prisión preventiva, se utilizan principalmente datos públicos relativos a los presupuestos de las instituciones involucradas. Además se incluyen cifras oficiales de los diferentes informes anuales de cada institución²⁰, referidas a números de causas atendidas, etc. Finalmente, las distribuciones por delitos e información respecto de las duraciones de causas y prisión preventiva, así como información relativa al número de audiencias, se obtienen de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.²¹ Todas las cifras y datos, aluden a la caracterización del año 2007.

La prisión preventiva es la única forma de privación de libertad para la cual se pudo caracterizar los costos por tipo de delito y término. Los costos asociados a las detenciones, se calculan como totales sin caracterizar delitos.

Respecto de los presupuestos para 2007, se obtuvo de los totales publicados en la Dirección de Presupuesto (DIPRES)²². Las cifras son las que siguen:

20 “Informe Estadístico Año 2007” de la Defensoría Penal Pública, “Boletín Estadístico Anual 2007” del Ministerio Público, “Memoria Anual 2007” del Poder Judicial, “Compendio Estadístico de la Población Atendida por Gendarmería de Chile 2007”.

21 Se utilizan las bases de datos de la Defensoría Penal Pública, debido a que fue la única institución que permitió el acceso a esta información. Si bien lo óptimo habría sido poder acceder también a las demás bases de datos, el universo de casos atendidos por la Defensoría es el que interesa en el costeo de la prisión preventiva. Lo anterior se debe a que todo imputado al que se le dicta una medida cautelar, debe necesariamente tener defensa. Por lo tanto, sólo se excluye del universo de potenciales imputados con prisión preventiva, a quienes utilizan defensor privado. Por otra parte, las bases de datos de la Defensoría, presentan datos relativos a la evolución de las causas (delitos, asignación de prisión preventiva, duración de la causa, número de audiencias, duración de la prisión preventiva, etc.). Sin embargo, no incorporan información relativa a la condena misma (duración, forma de cumplimiento, etc.).

22 La DIPRES (Dirección de presupuesto) es una entidad que depende del Ministerio de Hacienda, cuya misión es velar por

Tabla 3
Presupuesto total 2007 por instituciones²³

INSTITUCIÓN	PRESUPUESTO (miles de \$)
Ministerio Público	80.998.440
Poder Judicial	230.170.277
Defensoría Penal Pública	32.421.678
Gendarmería de Chile	134.892.151

Fuente: Dirección de presupuesto.

Para los fines de estimación de costos asociados a la prisión preventiva, el estudio toma como referencia los datos relativos a los términos d2007 y no a los ingresos²⁴.

En cuanto a nuestro universo de interés, se refiere a causas con y sin prisión preventiva de características similares. Si se considera que para que un imputado pueda cumplir prisión preventiva debe necesariamente ser defendido, se opta por centrar el análisis en las cifras de la Defensoría. De esta forma, de los imputados con probabilidad de prisión preventiva, se excluyen únicamente quienes utilizan defensor privado²⁵.

Si bien el universo podría acotarse aún más, de forma de comparar a quienes cumplen prisión preventiva con quienes no pero que presentan características similares, esto exigiría tener información relativa a perfiles (reincidencia y características de la condena principalmente). Sin embargo, ninguna institución maneja una cifra confiable respecto de reincidencias, y menos incorporada en la información de la causa.

Por lo tanto, nuestro universo son los imputados cuyas causas terminaron en 2007 y fueron atendidos por la Defensoría Penal Pública²⁶. Con-

la eficiente asignación y uso de los recursos públicos, mediante la aplicación de sistemas e instrumentos de gestión financiera, programación y control de gestión.

²³ En el cuadro se excluyen las policías, bajo el supuesto de que para éstas el costo de una detención que deriva en prisión preventiva, es el mismo que el de una detención que no lo hace.

²⁴ La razón de esta decisión, es que para los ingresos la información no siempre es completa, debido a que algunos ingresos de 2007 aún se encuentran en tramitación, etc. En cambio los términos -si bien incluyen causas ingresadas antes de 2007 así como no incluyen causas d2007 que aún no terminan-, incorporan toda la información respecto de número de audiencias y duración de causas. Por lo tanto, la estimación se basa en el supuesto de que los ingresos anteriores al 2007 que son contabilizados, debieran equilibrarse con los ingresos de 2007 que no logran término durante el mismo año.

²⁵ Respecto del uso de defensores privados, ninguna institución maneja una cifra concreta relativa al porcentaje de causas defendidas por privados respecto del total. Sin embargo, se asume que dicha cifra es cercana al 1% según la estimación de jueces y fiscales a quienes se les consultó, es decir, es marginal y por lo que no afecta mayormente a los cálculos de costos directos.

²⁶ Es decir, nos interesa el 100% de la población atendida por la Defensoría; y para el Ministerio Público y el Poder Judicial, se

siderando este universo, el grupo de comparación son los delitos según tipos de términos que presentan prisión preventiva versus las mismas categorías de delitos y tipos de términos que no presentan prisión preventiva.

Lo anterior genera un sesgo que debe explicarse: se asume que la población con igual delito y término pero sin prisión preventiva respecto de la que tiene prisión preventiva, es similar. Es decir, el delito y tipo de término constituye al perfil. Esto es sesgado principalmente en delitos de penas bajas, pues comparar a quienes cumplieron prisión preventiva por hurto con quienes no lo hicieron por este mismo delito, probablemente implica comparar a población reincidente con más de un delito respecto de un grupo que contiene a personas que delinquieron una sola vez. Sin embargo, para los delitos más graves el sesgo es menor, pues entre quienes son imputados por robo con intimidación o por homicidio, por ejemplo, sin importar la asignación o no de prisión preventiva, es esperable encontrar un perfil similar.

1.3 Estimación de los costos del sistema de justicia criminal

a. Desagregación de presupuestos

Luego de identificar conceptualmente nuestro universo de interés, definido como el número de imputados que sus causas terminan en 2007 y la proporción de éstos que debió cumplir prisión preventiva, se presentan algunas dificultades.

En primer lugar, las cifras que manejan las diferentes instituciones, no coinciden (ver detalle en el anexo 2). En efecto, el Ministerio Público contabiliza más causas que el Poder Judicial y la Defensoría, mientras que el Poder Judicial contabiliza más causas que la Defensoría pero menos que el Ministerio Público. Lo anterior se explica porque el Ministerio Público termina numerosas causas sin acudir ni al Poder Judicial, ni a la Defensoría, haciendo uso de sus facultades²⁷. A su vez, numerosas causas las resuelven el Poder Judicial y el Ministerio Público sin acudir a la Defensoría.

Otro problema que se presenta, es que en algunos casos, existen diferentes criterios de

debe considerar sólo aquella proporción de causas que corresponden a la población de la Defensoría, teniendo en cuenta los diferentes costos de las causas.

²⁷ "El Ministerio Público es un organismo autónomo cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la acción punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos". (Artículo 1º, Ley Nº 19.640, Código Procesal Penal).

contabilización, lo que dificulta la toma de decisión respecto de cuál es el universo de interés y qué proporción cumple con los requisitos para pertenecer a la población potencial de la prisión preventiva.

A pesar de los inconvenientes señalados, y luego de analizar cuidadosamente los presupuestos correspondientes a cada institución y las diferencias entre las cifras manejadas por cada una de ellas, se concluye que el presupuesto desagregado, el cual constituye el universo de interés para la estimación realizada en este estudio, es:

- El 100% del presupuesto de la Defensoría, el que corresponde a causas con imputado conocido.
- El del 49,5% del presupuesto total del Ministerio Público, el cual se asocia a las causas con imputado conocido y con participación de la Defensoría Penal Pública.
- El 74,9% del presupuesto del Poder Judicial en lo penal, el que corresponde a causas penales con defensa pública.

Lo anterior se ve reflejado en la siguiente tabla:

Tabla 4
Presupuesto total y desagregado de instituciones, año 2007

INSTITUCIÓN	PRESUPUESTO TOTAL (miles de \$)	PRESUPUESTO CONSIDERADO (miles de \$)
Defensoría Penal Pública	32.421.678	32.421.678
Ministerio Público	80.998.440	40.068.720
Poder Judicial (en lo penal)	73.458.897	55.027.315

Fuente: elaboración propia.

b. Estimación de los costos por delito

Luego de desagregar los presupuestos totales de cada institución, para estimar los costos que representa la prisión preventiva para el sistema de justicia criminal, se incorpora información que permite caracterizar delitos y términos.

En general, para el cálculo de los costos pertenecientes al Ministerio Público, la Defensoría y el Poder Judicial, se consideran las duraciones típicas de las causas y el número típico de audiencias, por tipo de delito y según tipo de término, presentadas en la tabla 5 y 6 respectivamente. Con esta información se calcula la diferencia en el costo de causas (o delitos) similares cuando tienen y no tienen prisión preventiva.

Tabla 5
Medianas de duración (en días) de causas por delitos y formas de términos, según asignación de prisión preventiva para 2007

Asignación de prisión preventiva	DELITOS	Sobreseimiento Definitivo en procedimiento ordinario	Sobreseimiento Temporal en procedimiento ordinario	Salida Alternativa en procedimiento ordinario	Sentencia en Procedimiento Abreviado	Sentencia Juicio Oral	Facultativa de Fiscalía en procedimiento ordinario	Sentencia en procedimiento simplificado	Sobreseimiento Temporal en procedimiento simplificado	Facultativa de Fiscalía en procedimiento simplificado	Sobreseimiento Definitivo en procedimiento simplificado	Salida Alternativa en procedimiento simplificado	Monitorio
		Tiene prisión preventiva	Homicidios	129	476,5	179	219	312	254	114,5	.	370	.
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	84		372	139,5	139	233	147,5	107,5	563	296	.	513	110
Delitos sexuales	102		426	46	219,5	308,5	236,5	196	.	.	.	245	.
Robo en lugar habitado	92		380	287	157,5	221	193	126,5	265,5	105	85	215	105
Delitos ley de drogas	180		271	285	200	284,5	203	196	548,5	239	.	.	250
Robos no violentos	79		402	164,5	127,5	245,5	182	111	324	.	115	207	.

Tiene prisión preventiva	Delitos económicos	124	391	360	211	303	299	161,5	260	216	.	270,5	.
	Otros delitos contra la propiedad	95	243	134	133,5	244	141,5	123,5	264,5	157	204,5	296	.
	Hurtos	61	252	48	169	230	123	55	285	39	147	318	.
	Lesiones	151	358	114,5	142	199	166	103	257,5	216	392,5	280,5	145
	Otros delitos	95,5	369	184	116	263	138,5	88	229	203	165,5	221	123
No tiene prisión preventiva	Homicidios	120	230	160	231	308	207,5	278	.	215	.	250,5	.
	Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	84	233	138,5	146	245	155	108	408,5	203	214	162	97
	Delitos sexuales	49	234	132	228	315	195	168	246	126	15	94	69
	Robo en lugar habitado	82	241	120	157	216	158,5	142	310	224,5	188	150,5	.
	Delitos ley de drogas	112,5	304	47	194	297	174	29	231	28	371	11	81
	Robos no violentos	83	259	19	122,5	258	122	23	254	126	162,5	82,5	104
	Delitos económicos	49,5	188	44	229	313	86	43	265	170,5	134	109	0
	Otros delitos contra la propiedad	85	200	20	150	231	93	63	241	125,5	320	64	50
	Hurtos	122	202	0	141,5	251	36	0	189	70,5	398	7	0
	Lesiones	369	211	0	183	262	58	39	240	47	400	28	0
Otros delitos	128,5	197	0	150	267	49	4	199	50	409	26	0	

Fuente: elaboración propia en base a cifras obtenidas de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

Tabla 6
Medianas del número de audiencias por delitos y formas de términos, según asignación de prisión preventiva para 2007

Asignación de prisión preventiva	DELITOS												
		Sobreseimiento definitivo en procedimiento ordinario	Sobreseimiento temporal en procedimiento ordinario	Salida alternativa en procedimiento ordinario	Sentencia en procedimiento abreviado	Sentencia juicio oral	Facultativa de fiscalía en procedimiento ordinario	Sentencia en procedimiento simplificado	Sobreseimiento temporal en procedimiento simplificado	Facultativa de fiscalía en procedimiento simplificado	Sobreseimiento definitivo en procedimiento simplificado	Salida Alternativa en procedimiento simplificado	Monitorio
Tiene prisión preventiva	Homicidios	6	8	4	7	10	5	5	.	12	.	.	.
	Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	3	7	5	5	7	4	5	3	4	.	8	2
	Delitos sexuales	4	6	2,5	6	9	5	5	.	.	.	10	.
	Robo en lugar habitado	3	9	6	5	7	4,5	4	4,5	7,5	3	5	4
	Delitos ley de drogas	4	6	4	5	8	5	4,5	10	6	.	.	5

Tiene prisión preventiva	Robos no violentos	4	7	5	4	7	4	4	8,5	.	4,5	6	.
	Delitos económicos	9	7	9	6	10	4	5	7,5	6	.	8	.
	Otros delitos contra la propiedad	5	7	4	5	7	5	4	6	4,5	6,5	4	.
	Hurtos	5	4	4	5	7	4	3	5,5	2	4	5,5	.
	Lesiones	4,5	8	4	5	8	4	4	8	7	2	5	5
	Otros delitos	3	7	5	4	8	4	4	4,5	6	6	4,5	3
No tiene prisión preventiva	Homicidios	3	3	4	5	9	3	6	.	3	.	4	.
	Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	3	4	4	4	7	3	3	4,5	4	3	4	2
	Delitos sexuales	2	4	3	5	8	3	4	5,5	5	1	2	1
	Robo en lugar habitado	3	5	3	5	7	3	4	6	4	4	4	.
	Delitos ley de drogas	2	5	2	4	7	3	2	4	1	2	1	2
	Robos no violentos	3	5	2	3	6,5	2	2	4	3	3	3	2
	Delitos económicos	2	3	2	5	7	2	2	4	3	2	3	1
	Otros delitos contra la propiedad	2	3	2	4	7	2	3	4	3	3	3	2
	Hurtos	2	3	1	4	6	1	1	3	2	2	1	1
	Lesiones	2	3	1	4	7	2	2	4	2	2	1	1
Otros delitos	2	3	1	4	7	1	1	3	2	2	1	1	

Fuente: elaboración propia en base a cifras obtenidas de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

Para evaluar los valores típicos del número de audiencias, así como de la duración de causas y la duración de la prisión preventiva, se utiliza la mediana²⁸.

Específicamente, para realizar el cálculo, se procede como sigue: primero se obtienen las frecuencias de los delitos por formas de término según si presentan o no prisión preventiva, para 2007. En segundo lugar, se multiplican las frecuencias por las medianas del número de audiencias, obteniendo una matriz. Luego se divide el presupuesto previamente desagregado por la suma agregada de esa matriz, estimando así el costo de una audiencia. Mediante el mismo procedimiento, pero considerando la información correspondiente a las medianas de duración de causa según tipo de término, se estima el costo de un día causa. La siguiente tabla resume lo obtenido:

*Tabla 7
Costo estimado (en pesos) por audiencia y día causa para el Ministerio Público, Poder Judicial y Defensoría Penal Pública 2007*

Institución	Costo audiencia (en pesos)	Costo día causa (en pesos)
Ministerio Público	81.249	2.653
Poder Judicial	110.961	3.624
Defensoría Penal Pública	65.378	2.135
TOTAL	257.588	8.412

Fuente: elaboración propia.

Considerando la información contenida en el cuadro anterior, y promediando respecto de las formas de término, se procede a estimar la diferencia de los costos por delito para los casos con versus sin prisión preventiva. La siguiente tabla muestra el promedio del costo unitario por persona y por delito de la prisión preventiva correspondiente a las tres instituciones vinculadas a procedimiento de justicia criminal:

²⁸ Se utiliza la mediana y no la media o la moda, debido a que: la media es muy sensible a valores extremos, con lo que entrega valores muy elevados a causa de los casos atípicos o de los errores de digitación. En cambio, la moda entrega valores muy bajos (ya que lo usual es que las duraciones y números de audiencias sean bajas) y además genera muy poca variabilidad entre categorías, es decir, muchos delitos tienden a presentar igual moda. Por su parte, la mediana no genera valores exagerados como la media y, a su vez, permite mayor variabilidad que la moda.

Tabla 8

Costo estimado (en pesos) por delito y por persona de la prisión preventiva por institución asociada a la justicia criminal, 2007

Delitos	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	68.151	115.668	84.694	268.513
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	71.832	121.915	89.254	283.001
Delitos sexuales	2.756	4.678	3.428	10.862
Robo en lugar habitado	61.117	103.730	75.947	240.793
Delitos ley de drogas	130.460	221.421	162.108	513.989
Robos no violentos	72.648	123.301	90.275	286.224
Delitos económicos	86.685	147.125	107.717	341.527
Otros delitos contra la propiedad	78.011	132.404	96.940	307.355
Hurtos	72.678	123.352	90.315	286.344
Lesiones	116.691	198.052	145.004	459.747
Otros delitos	69.084	117.252	85.846	272.183
PROMEDIO COSTO UNITARIO	75.465	128.082	93.775	297.322

Fuente: elaboración propia.

Por último, para estimar el costo global gastado en prisión preventiva para 2007, se multiplican los costos unitarios por delitos, desagregados según forma de término, por las frecuencias

correspondientes. De esta forma se obtiene el costo total por delito para 2007 de la prisión preventiva, presentado en la siguiente tabla:

Tabla 9

Costo total estimado (en pesos) de la prisión preventiva por delito e institución asociada a la justicia criminal, año 2007

Delitos	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	38.374.011	65.129.842	47.686.556	151.190.409
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	71.921.917	122.068.635	89.386.462	283.377.014
Delitos sexuales	38.251.701	64.922.254	47.533.185	150.707.140
Robo en lugar habitado	34.055.011	57.799.469	42.313.427	134.167.906
Delitos ley de drogas	91.465.990	155.239.585	113.660.335	360.365.910
Robos no violentos	151.145.685	256.530.250	187.805.944	595.481.879
Delitos económicos	37.615.882	63.843.118	46.739.343	148.198.343
Otros delitos contra la propiedad	39.243.313	66.605.254	48.761.425	154.609.992
Hurtos	60.520.239	102.717.270	75.199.123	238.436.633
Lesiones	54.286.978	92.137.939	67.456.649	213.881.566
Otros delitos	89.131.495	151.277.390	110.751.629	351.160.513
TOTAL	706.012.222	1.198.271.006	877.294.077	2.781.577.305

Fuente: elaboración propia.

En la tabla anterior se observa que el costo total del sistema de justicia criminal asociado a la prisión preventiva asciende a 2.782 millones de pesos. Por su parte, el mayor costo es incurrido por el Poder Judicial, y específicamente para el delito de robos no violentos. Adicionalmente, el menor costo de la justicia criminal de la prisión preventiva corresponde al delito de robo en lugar habitado, seguido de los delitos económicos y de los delitos sexuales (ver categorías de delitos en anexo 1).

1.4 Estimación de costo de manutención de detenidos

a. Desagregación de presupuestos

Para estimar el costo de la prisión preventiva y la detención para Gendarmería, primero se diferencian las partes de su presupuesto que se orientan al sistema cerrado y al abierto²⁹. Según estadísticas de la unidad de Control Penitenciario de Gendarmería³⁰, se estima que el 97% del presupuesto total de la institución se atribuye al sistema cerrado, mientras que el 3% restante, al sistema abierto. La siguiente tabla muestra los valores del presupuesto de Gendarmería para 2007 por sistemas según los datos anteriormente explicitados:

Tabla 10
Distribución del presupuesto de Gendarmería para 2007 según sistemas

SISTEMA	PRESUPUESTO (en pesos)
Presupuesto Sistema Abierto (3%)	4.046.764.530
Presupuesto Sistema Cerrado (97%)	130.845.386.470
Presupuesto total 2007	134.892.151.000

Fuente: elaboración propia en base a datos de la DIPRES (presupuesto

de Gendarmería 2007) y del presupuesto SIFGE 2006 de Gendarmería.

Por lo tanto, según la tabla anterior, el presupuesto total sobre el que se basa el cálculo del costo de la detención y de la prisión preventiva, es el del sistema cerrado (ya que no hay detenidos, procesados ni imputados en el sistema abierto).

Con el objetivo de reflejar que los costos de los distintos tipos de privaciones de libertad son diferentes, se utilizan ponderadores para asignarles un valor diferente a cada uno de ellos. En efecto, para el sistema cerrado se parte del supuesto que el costo de la población que se encuentra privada de libertad las 24 horas, es diferente al de las personas que son atendidas por este sistema sólo durante parte del día (por ejemplo, la población con reclusión nocturna, arresto nocturno, o con beneficios intrapenitenciarios de salida controladas al medio libre o de libertad condicional).

La tabla que sigue muestra los ponderadores asignados a los diversos tipos de población para el sistema cerrado.

29 Como se mencionó en la sección III del presente informe, la población penal puede ser asignada a dos sistemas: el abierto y el cerrado (también existe el sistema semi-abierto que está compuesto por quienes cumplen su condena en Centros de Educación y Trabajo y, en general, es considerado parte del sistema cerrado). Según la Ley 18.216, al sistema abierto pertenece la población condenada a medidas alternativas a la reclusión (libertad vigilada, reclusión nocturna y remisión condicional de la pena). Al sistema cerrado pertenecen quienes cumplen condena con privación de libertad, así como los detenidos con extensión de detención, y las personas que cumplen prisión preventiva. En teoría debieran ser sólo estos tres tipos de internos los que pertenecen al sistema cerrado, sin embargo, algunos condenados a medidas alternativas cumplen sus condenas en el sistema cerrado. Así por ejemplo, según Gendarmería, el 74% de las personas que están con reclusión nocturna, la cumplen en el sistema cerrado. Adicionalmente, en el año 2007 el 92% de las personas que cumplían la medida de apremio de arresto nocturno, se registraron en el sistema cerrado.

30 A partir del presupuesto SIFGE 2006 de Gendarmería.

Tabla 11

Distribución original y ponderada de población penal del sistema cerrado según condición procesal, promedio año 2007

Condición procesal	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO (en pesos)
Detenidos	266	0,6%	4	0,6%	776.617.119
Procesados	810	1,7%	4	1,8%	2.364.886.715
Imputados	9.674	20,4%	4	21,6%	28.244.338.377
Condenados	31.283	65,9%	4	69,8%	91.334.260.642
Condenados CET	433	0,9%	4	1,0%	1.264.192.528
Reclusión nocturna	3.313	7,0%	2	3,7%	4.836.339.314
Arresto nocturno	387	0,8%	2	0,4%	564.945.160
Salida controlada	715	1,5%	2	0,8%	1.043.761.729
Libertad condicional	570	1,2%	1	0,3%	416.044.885
TOTAL	47.451	100%	-	100%	130.845.386.470

Fuente: elaboración propia en base a datos de la DIPRES (presupuesto de Gendarmería 2007), del presupuesto SIFGE 2006 de Gendarmería y de los datos del compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile 2007.

Como muestra la tabla anterior, se asume que el valor más bajo en el sistema cerrado se paga para la población en libertad condicional. Esto porque dicha población no requiere mayor seguimiento por parte de Gendarmería. Sólo se le exige al condenado presentarse a firmar una vez a la semana.

En cambio para la población con salida controlada al medio libre, así como la con reclusión y arresto nocturno, se asume que el costo es el doble del de la población con libertad condicional y la mitad que el de la población con privación total de libertad. Este supuesto descansa en que para estos casos el uso de la infraestructura carcelaria es sólo por parte del día. En el caso de las reclusiones y arrestos nocturnos, el uso es sólo por 8 horas. Mientras que en las salidas controladas al medio libre aunque depende del tipo de salida, puede llegar a un máximo de 15 horas diarias.

Finalmente, para la población privada de libertad las 24 horas del día, se asume el mayor costo. Éste equivale al doble del costo de quienes cumplen privación parcial de libertad y a cuatro veces el costo de quienes se encuentran en libertad condicional.

Con la información presentada en la tabla anterior, se puede definir el costo de los detenidos y de la prisión preventiva para Gendarmería, como se presenta a continuación:

Tabla 12

Costo total de las privaciones de libertad por tipo para Gendarmería 2007

Tipo de privación de libertad sin condena	COSTO (en pesos)	% sobre el presupuesto total de Gendarmería
Costo prisión preventiva	30.609.225.093	22,7%
Costo detenidos	776.617.119	0,6%
TOTAL	31.385.842.212	23,2%

Fuente: elaboración propia en base a datos de la DIPRES (presupuesto de Gendarmería 2007), del presupuesto SIFGE 2006 de Gendarmería y de los datos del compendio estadístico de la población atendida por Gendarmería de Chile 2007.

b. Estimación de costos por delito

Si bien el costo total anual de la prisión preventiva para Gendarmería ya se encuentra estimado, ahora se procede a desagregarlo para considerar el costo unitario y anual por delitos y tipos de término. Para lograr dicha desagregación, se multiplican las frecuencias de delitos (obtenidas de la información de la Defensoría relativa a delitos terminados 2007) por las medianas de la duración de la prisión preventiva, contenidas en la tabla 13.

Tabla 13
Medianas de duración (en días) de la prisión preventiva por delitos y formas de término, para 2007

DELITOS	Sobreseimiento Definitivo en procedimiento ordinario	Sobreseimiento temporal en procedimiento ordinario	Salida alternativa en procedimiento ordinario	Sentencia en procedimiento abreviado	Sentencia juicio oral	Facultativa de fiscalía en procedimiento ordinario	Sentencia en procedimiento simplificado	Sobreseimiento temporal en procedimiento simplificado	Facultativa de fiscalía en procedimiento simplificado	Sobreseimiento definitivo en procedimiento simplificado	Salida alternativa en procedimiento simplificado	Monitorio
Homicidios	70	66	40	136	253	67	67,5	.	18	.	.	.
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	17	58	20,5	83	178	59	77	70	40	.	109,5	46,5
Delitos sexuales	23	82	17	132	218	59,5	90
Robo en lugar habitado	15	65	56	104,5	161,5	42	85	89	37	15	55	59
Delitos ley de drogas	75,5	117	62,5	124	241	60	72	76	41	.	.	55
Robos no violentos	15	33,5	31	82	110	49,5	54	63	.	13,5	34	.
Delitos económicos	27	27	41	81	172,5	8,5	51,5	21	71	.	48,5	.
Otros delitos contra la propiedad	60	62,5	30	85	138	24	46	47,5	9	35	8	.
Hurtos	11	24,5	31	103	180	71	36	21	39	.	53	.
Lesiones	53	29	29,5	84,5	74	35	47	18	44,5	18	4	87
Otros delitos	33	14	13	66	153	40	28	19,5	28	18	17	8,5

Fuente: elaboración propia en base a cifras obtenidas de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

Luego, con la información anterior, se divide el presupuesto asignado a la prisión preventiva y se obtiene el costo diario de la prisión preventiva para Gendarmería, presentado a continuación:

Finalmente, se utiliza este costo para obtener los costos unitarios y totales por delitos para el año 2007 presentados en la siguiente tabla:

Tabla 14
Costo estimado (en pesos) del día de prisión preventiva para Gendarmería 2007

Institución	Costo día de prisión preventiva
Gendarmería de Chile	16.961

Fuente: elaboración propia.

Tabla 15

Costo estimado promedio (en pesos) por delito por persona y total de la prisión preventiva asociado a Gendarmería para el año 2007

Delitos	Costo por persona	Costo Total
Homicidios	1.521.178	2.328.753.582
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	1.169.529	10.534.406.910
Delitos sexuales	1.505.883	2.216.399.584
Robo en lugar habitado	1.108.110	4.067.101.404
Delitos ley de drogas	1.567.184	6.011.222.278
Robos no violentos	823.450	2.417.394.453
Delitos económicos	931.152	306.948.324
Otros delitos contra la propiedad	840.334	600.562.180
Hurtos	965.921	551.491.341
Lesiones	739.918	632.020.411
Otros delitos	619.072	942.924.627
Costo Total	-	30.609.225.093

Fuente: elaboración propia.

En la tabla anterior se señala que el mayor costo unitario para Gendarmería de la prisión preventiva corresponde a la categoría de delitos compuesta por los delitos contra la ley de drogas, seguida por los delitos de homicidio (en el anexo 1 se encuentran los delitos incluidos en cada categoría).

A continuación se presenta un resumen de los principales costos estimados en la presente sección. Por su parte, en el **anexo 3** se encuentra una tabla que resume brevemente la metodología utilizada para estimar los costos directos.

1.5 Resumen de los costos directos por tipo de delito

La siguiente tabla muestra el promedio del costo unitario por delitos para las cuatro instituciones vinculadas al costo público de la prisión preventiva.

Tabla 16

Costo estimado (en pesos) promedio de la prisión preventiva para delito unitario por institución y total 2007

Delitos	Gendarmería	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	TOTAL
Homicidios	1.521.178	68.151	115.668	84.694	1.789.691
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	1.169.529	71.832	121.915	89.254	1.452.530
Delitos sexuales	1.505.883	2.756	4.678	3.428	1.516.745
Robo en lugar habitado	1.108.110	61.117	103.730	75.947	1.348.903
Delitos ley de drogas	1.567.184	130.460	221.421	162.108	2.081.173
Robos no violentos	823.450	72.648	123.301	90.275	1.109.674
Delitos económicos	931.152	86.685	147.125	107.717	1.272.679

Otros delitos contra la propiedad	840.334	78.011	132.404	96.940	1.147.689
Hurtos	965.921	72.678	123.352	90.315	1.252.266
Lesiones	739.918	116.691	198.052	145.004	1.199.665
Otros delitos	619.072	69.084	117.252	85.846	891.255
PROMEDIO COSTO UNITARIO	1.071.975	75.465	128.082	93.775	1.369.297

Fuente: elaboración propia.

Según la tabla anterior, los delitos que de forma unitaria significan un mayor costo para la prisión preventiva, considerando número típico de audiencia y duración típica de la causa (en relación con los mismos delitos sin prisión preventiva) y duración típica de la prisión preventiva, son los delitos de la ley de drogas³¹.

En general los costos unitarios obtenidos, dependen principalmente de Gendarmería pues es la institución para la que la prisión preventiva significa mayor costo. Por lo tanto, la distribución de los

costos unitarios se determina en gran medida por la duración típica de la prisión preventiva para los delitos. De esta forma se explica que los delitos más caros sean los más graves.

Para estimar el costo global gastado en prisión preventiva para 2007, se multiplican los valores unitarios por delitos, desagregados según forma de término, por la frecuencia correspondiente. De esta forma se obtiene el costo por delitos para 2007 de la prisión preventiva, presentado en la siguiente tabla:

Costo estimado (en pesos) de la prisión preventiva por delito, institución y total 2007

Delitos	Defensoría Penal Pública	Poder Judicial	Ministerio Público	Gendarmería	TOTAL
Homicidios	38.374.011	65.129.842	47.686.556	2.328.753.582	2.479.943.991
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	71.921.917	122.068.635	89.386.462	10.534.406.910	10.817.783.923
Delitos sexuales	38.251.701	64.922.254	47.533.185	2.216.399.584	2.367.106.724
Robo en lugar habitado	34.055.011	57.799.469	42.313.427	4.067.101.404	4.201.269.310
Delitos ley de drogas	91.465.990	155.239.585	113.660.335	6.011.222.278	6.371.588.189
Robos no violentos	151.145.685	256.530.250	187.805.944	2.417.394.453	3.012.876.332
Delitos económicos	37.615.882	63.843.118	46.739.343	306.948.324	455.146.667
Otros delitos contra la propiedad	39.243.313	66.605.254	48.761.425	600.562.180	755.172.173
Hurtos	60.520.239	102.717.270	75.199.123	551.491.341	789.927.974
Lesiones	54.286.978	92.137.939	67.456.649	632.020.411	845.901.977
Otros delitos	89.131.495	151.277.390	110.751.629	942.924.627	1.294.085.140
TOTAL	706.012.222	1.198.271.006	877.294.077	30.609.225.093	33.390.802.398

Fuente: elaboración propia.

³¹ Ver en anexo 1 los delitos incluidos en la categoría de delitos de drogas.

Por lo tanto, el costo público total estimado de la prisión preventiva para 2007, asciende a alrededor de 33.391 millones de pesos. Los delitos por los que se gastó la mayor parte del costo, fueron los robos con violencia, seguidos por los delitos de la ley de drogas y otras formas de robo. Gendarmería es la institución que incurre en el mayor costo. En el caso de las instituciones vinculadas al sistema de justicia criminal, el mayor costo se debe a los delitos de robos no violentos y luego a los delitos de la ley de drogas.

Adicionalmente, la siguiente tabla resume los resultados relativos al costo público de la prisión preventiva para 2007:

Tabla 18
Costo estimado (en pesos) de la prisión preventiva para 2007 por instituciones y total

Institución	Costo
Ministerio Público	877.294.077
Poder Judicial	1.198.271.006
Defensoría Penal Pública	706.012.222
Gendarmería	30.609.225.093
TOTAL	33.390.802.398

Fuente: elaboración propia.

Utilizando la desviación estándar de los costos por delitos se obtiene un rango máximo y mínimo de los costos anteriormente calculados presentados a continuación.

Tabla 19
Costos directos (en pesos) de la prisión preventiva para el año 2007 con rangos

COSTOS DIRECTOS	Pesos chilenos		
	Promedio	Mínimo	Máximo
Justicia Criminal	2.781.577.305	2.641.314.782	2.921.839.829
Gendarmería	30.609.225.093	27.499.534.196	33.718.915.990
Total	33.390.802.398	30.140.848.978	36.640.755.818

Fuente: elaboración propia.

En el cuadro anterior se aprecia que el mayor costo directo asociado a la prisión preventiva para el año 2007 es asumido por Gendarmería.

En definitiva, los costos totales directos de la prisión preventiva y de la detención, para 2007, asociados a la justicia criminal y a la mantención de los reclusos, fueron los que muestra la tabla que sigue.

Tabla 20
Costo público total estimado (en pesos) de la prisión preventiva y la detención para 2007

Tipo	Costo
Detención	776.617.119
Prisión preventiva	33.390.802.398
TOTAL	34.167.419.517

Fuente: elaboración propia.

Con esto, el costo de la prisión preventiva representa alrededor del 98% del costo público total asociado a ambas privaciones de libertad sin condena.

2. Costos indirectos y sociales

2.1 Consideraciones generales

En esta sección se desarrolla la estimación de aquellos costos indirectos asociados a la prisión preventiva. Como se mencionó anteriormente, la información disponible es escasa por lo que no ha sido posible calcular todos los costos.

Para enfrentar la escasez de información se ha decidido realizar importantes supuestos simplificados, y adicionalmente se han establecido, en algunos casos, rangos mínimos y máximos para los valores utilizados en los costos estimados. En este punto es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, éstos son los que mejor reflejan la realidad chilena, dada la información disponible. Sin embargo, se cree necesario realizar en el futuro un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, relajando algunos supuestos acá mencionados y buscando así ir perfeccionando la estimación de costos realizada.

Según la base de datos de la Defensoría, el número de personas que ingresó a prisión preventiva

durante el año 2007 fue de 16.206. Por su parte, según el compendio estadístico de Gendarmería de Chile, la población de imputados y procesados atendida promedio mensual para 2007 fue de 10.484 personas.

Los costos estimados en esta sección son cuatro:

- Ingresos que deja de recibir el recluso
- Costo de visitas de familiares
- Costo de abogados particulares
- Costo de muerte por homicidio por estar recluso

A continuación se describe la información utilizada y el cálculo realizado para cada uno de ellos.

2.2 Ingresos que deja de recibir el recluso

Para calcular el ingreso que dejan de recibir todas aquellas personas que estaban trabajando, se utiliza la información del Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Según datos de esta institución³², el año 2006, la proporción de personas condenadas que tenían trabajo antes de cometer delito fue de 75,4%³³.

En cuanto al sueldo que recibían estas personas antes de estar reclusos, se realizan dos supuestos, que conducen a dos cálculos independientes:

- Que estas personas recibían la el sueldo mínimo, es decir \$159.000 pesos mensuales, con lo cual dejan de ganar diariamente \$5.300 pesos durante el tiempo que deben permanecer en prisión preventiva.
- Que estas personas recibían el equivalente a lo que se denomina “canasta básica”³⁴, es decir \$47.099 pesos mensuales, con lo cual dejan de ganar diariamente \$1.570 pesos durante el tiempo que deben permanecer en prisión preventiva.

Para obtener información más precisa en cuanto a la duración promedio por tipo de delito, se utiliza la información contenida en la **tabla 13** (utilizada en la sección V.1.4) obtenida de la base de datos de la Defensoría.

Con esto se obtienen dos distintas aproximaciones al costo asociado a la pérdida de ingresos para cada categoría de delitos producto de estar en prisión preventiva los cuales se presentan a continuación:

Tabla 21

Costo (en pesos) de ingresos que dejan de recibir las personas que están en prisión preventiva, por tipo de delito, año 2007

Delitos	Costos anuales	
	Supuesto para el ingreso que dejan de recibir:	
	Sueldo mínimo (\$159.000 mensual)	“Canasta Básica” (\$47.099 mensual)
Homicidios	548.684.499	162.531.391
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	2.482.042.679	735.230.995
Delitos sexuales	522.212.442	154.689.835
Robo en lugar habitado	958.261.756	283.856.418
Delitos ley de drogas	1.416.321.809	419.543.024
Robos no violentos	569.569.436	168.717.930
Delitos económicos	72.321.000	21.422.936
Otros delitos contra la propiedad	141.500.226	41.915.215
Hurtos	129.938.501	38.490.399

³² Obtenida en “Justicia: Informe Anual 2006” (pp. 63) y que corresponde a personas que fueron procesadas y sentenciadas condenatoriamente el año 2006.

³³ Según esta fuente, quienes tenían trabajo realizaban las siguientes labores: miembros del poder ejecutivo, profesionales científicos, técnicos y profesionales, empleados de oficina, trabajadores de servicios, agricultores y trabajadores calificados, oficiales, artesanos y operarios, operadores de instalaciones y trabajadores no calificados. El 24,6% restante estaban cesantes, no tenían un oficio o eran estudiantes, se dedicaban a los quehaceres del hogar o eran rentistas, jubilados o pensionados.

³⁴ En Chile, la pobreza se mide a partir de una “línea de pobreza”, que se establece calculando el valor de una canasta básica alimentaria. El contenido de esta canasta se determina mediante encuestas de ingresos y gastos, que proporcionan información sobre los patrones de consumo utilizados para establecer las necesidades mínimas de bienes y servicios de las personas. La medición de la cantidad de personas en situación de pobreza o indigencia la realiza el Ministerio de Planificación (Mideplan) aplicando la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN). Según esta encuesta, para el año 2006, el valor de la línea de pobreza se sitúa en \$47.099 mensuales per cápita en zonas urbanas, monto que representan el valor de la canasta básica.

Lesiones	148.912.193	44.110.789
Otros delitos	222.165.252	65.809.819
Costo Total	7.211.929.793	2.136.318.751

Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior se observa que el ingreso total anual que dejan de recibir todas las personas que deben cumplir prisión preventiva fluctúa entre los \$7.212 millones y los \$2.136 millones de pesos.

2.3 Costo en visitas de familiares

Los familiares de las personas que están en prisión preventiva tienen que asumir un conjunto de costos asociados a las visitas, tales como el gasto en traslado, el costo en que deben incurrir debido a los bienes que le llevan a su familiar y dejar de ganar sueldo durante la visita.

El régimen de visitas en las cárceles chilenas permite hasta 2 visitas a la semana, las cuales duran en promedio entre 2 y 3 horas. El máximo de personas que pueden participar en cada visita son 5. Según Gendarmería, en promedio las visitas mensuales son 4, y en ellas participan aproximadamente 4 personas.

La estimación de los costos asociados a las visitas se divide en dos categorías, las cuales se describen a continuación:

- **Costo por cada visita:**

Según información obtenida de realizado en Gendarmería, los gastos que incurren las familias, fluctúan entre los 5 y 10 mil pesos por visita. Este costo incluye tanto el traslado de la familia al recinto penal como el costo de una canasta promedio de bienes que le llevan al familiar (como alimentos, productos de higiene, revistas, cigarrillos, etc.).

Los resultados de la estimación para ambos tipos de gastos se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 22
Costo (en pesos) por visita para personas en prisión preventiva durante el año 2007

Costo por visita		
Cantidad de visitas promedio al mes	4	4
Costo de cada visita	\$5.000	\$10.000
Personas promedio en prisión preventiva mes	10.484	10.484
Costo nacional mensual	\$ 419.360.000	\$ 209.680.000
Costo nacional anual	\$ 2.516.160.000	\$ 5.032.320.000

Fuente: elaboración propia.

- **Costo de oportunidad de quienes realizan la visita:**

Quienes efectúan la visita tienen un costo de oportunidad asociado a realizar otras actividades durante el tiempo que dura la visita, tales como estar trabajando o realizando actividades recreativas.

Para estimar este costo, según Gendarmería de Chile, las visitas duran en promedio dos horas y media y el tiempo de traslado al recinto de reclusión es en promedio de 1 hora en total. Adicionalmente, se realiza el supuesto de que el costo de oportunidad por hora es igual a la mitad del salario mínimo

por hora es decir, \$663³⁵. Finalmente se considera que asisten en promedio 4 personas a cada visita, y se estiman dos escenarios: el primero supone que sólo una de las personas que visita deja de recibir un sueldo y el segundo escenario se basa en que 2 de ellas dejan de recibir su salario durante la visita. A continuación se presentan los resultados:

³⁵ Este cálculo se realiza suponiendo que el sueldo diario es de \$5.300 y cada día tiene legalmente 8 horas laborales.

Tabla 23

Costo (en pesos) de oportunidad de las personas que visitan a quienes permanecen en prisión preventiva

Costo oportunidad de la visita		
	Supuesto: n° personas con trabajo	
	2	1
Cantidad de personas promedio por visita	4	4
Personas por visita con trabajo	2	1
Duración de la visita (horas)	2,5	2,5
Tiempo de traslado (horas)	1	1
Sueldo diario dejado de percibir	\$ 5.300	\$ 5.300
Sueldo dejado de percibir por hora	\$ 663	\$ 663
Visitas al mes	4	4
Costo por visita al mes	\$ 18.550	\$ 9.275
Personas promedio en prisión preventiva mes	10.484	10.484
Costo nacional mensual	\$ 194.478.200	\$ 97.239.100
Costo nacional anual	\$ 2.333.738.400	\$ 1.166.869.200

Fuente: elaboración propia.

2.4 Costo de abogados particulares

No se cuenta con una cifra exacta respecto de las de personas que paga abogados particulares para su defensa durante el período en el cual debe permanecer en prisión preventiva. Según estimaciones informales, realizadas por personas que participan en el proceso penal, este porcentaje es aproximadamente del 1% de los imputados. Con

esto, la cantidad de personas que estuvo en prisión preventiva durante el año 2007 y contrató abogado particular fue 106.

Por su parte, se realiza el supuesto de que el costo que debe asumir la familia al contratar un abogado particular es equivalente al costo mínimo, máximo y promedio por causa estimado por la Defensoría. A continuación se muestran los datos utilizados.

Tabla 24

Costo (en pesos) de abogados particulares de las personas que permanecen en prisión preventiva, año 2007

	Promedio	Mínimo	Máximo
Costo por causa (en pesos)	\$ 74.291	\$ 40.700	\$ 90.000
Cantidad de personas que contratan defensores particulares	106	106	106
Costo de abogados particulares 2007 (en pesos)	\$ 7.874.846	\$ 4.314.200	\$ 9.540.000

Fuente: elaboración propia.

En definitiva, el costo nacional atribuible a la prisión preventiva de contratar abogados particulares es de \$7.867 mil pesos, en promedio.

2.5 Costo de muerte por homicidio por estar recluso

El siguiente cuadro muestra la cantidad de personas que murieron en las cárceles chilenas debido a riña o agresión para el período 2002-2005.

Tabla 25

Muertes por riña o agresión al interior de las cárceles

Año	Muertes por riña o agresión
2002	17
2003	14
2004	21
2005	24

Fuente: "El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile", Ministerio de Planificación, 2007.

La tasa de homicidio población general chilena corresponde a 0,00006, es decir, 6 homicidios cada 100 mil habitantes³⁶. Por su parte, se estima que la tasa de homicidios para la población en prisión preventiva es de 0,000576501, la cual implica 58 homicidios cada 100 mil habitantes. Si se considera la diferencia entre ambas tasa de homicidios, se obtiene una tasa de 0,000516501 homicidios cada 100 mil habitantes.

Adicionalmente, según un estudio sobre los costos de la delincuencia en Chile³⁷ se tiene que el costo de la vida para el año 2007 fue de \$26.536 millones de pesos, con lo cual el costo de la vida diario es de \$72.700 millones pesos.

Utilizando la información anterior, el costo diario por la probabilidad de ser asesinado en la cárcel es de \$37.550 pesos.

El cálculo realizado del costo de muerte por homicidio por estar en prisión preventiva se resume en la siguiente tabla:

Tabla 26
Estimación del costo de muerte por homicidio por estar en prisión preventiva (en pesos), 2007

Costo de muerte por estar recluido	
Costo diario por probabilidad de ser asesinado	\$ 37.550
Personas promedio en prisión preventiva mes	10.484
Costo promedio mensual	\$ 393.677.501
Costo promedio anual	\$ 4.724.130.012

Fuente: elaboración propia.

La tabla anterior señala que el costo asociado al riesgo de morir producto de un homicidio estando en prisión preventiva es de \$ 4.724 millones de pesos para el año 2007.

2.6 Resumen de los costos indirectos y sociales

A continuación se presenta una tabla resumen de los costos indirectos y sociales estimados en la presente sección. En el **anexo 3** se encuentra una tabla que resume los datos y supuestos utilizados para estimar estos costos.

Tabla 27
Costos indirectos (en pesos) de la prisión preventiva para el año 2007 con rangos

Costos Indirectos			
	Promedio	Mínimo	Máximo
Ingresos	4.674.124.272	2.136.318.751	7.211.929.793
Visitas:	5.524.543.800	3.683.029.200	7.366.058.400
- costo por vista	3.774.240.000	2.516.160.000	5.032.320.000
- costo oportunidad	1.750.303.800	1.166.869.200	2.333.738.400
Abogados particulares	7.867.342	4.314.200	9.540.000
Costo muerte	4.724.130.012	4.724.130.012	4.724.130.012
Total	14.930.665.426	10.547.792.163	19.311.658.205

Fuente: elaboración propia.

³⁶ Información obtenida de: “El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile”, (2007) Ministerio de Planificación.

³⁷ “Los costos de la Delincuencia en Chile 2000-2007” (2008), Libertad y Desarrollo.

3. Resumen de los costos de la prisión preventiva

A continuación, se presentan dos tablas que resumen todos los costos estimados, considerando los valores promedio y los rangos mínimo y máximo para cada valor. La primera de ellas está en pesos chilenos, y la segunda en dólares norteamericanos³⁸.

Tabla 28

Resumen de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva con rangos (en pesos), año 2007

COSTOS		Pesos chilenos		
		Promedio	Mínimo	Máximo
Costos directos	Justicia Criminal:	2.781.577.305	2.641.314.782	2.921.839.829
	- Defensoría	706.012.222	670.410.864	741.613.580
	- Poder Judicial	1.198.271.006	1.137.847.016	1.258.694.996
	- Ministerio Público	877.294.077	833.056.902	921.531.252
	Gendarmería	30.609.225.093	27.499.534.196	33.718.915.990
	Total	33.390.802.398	30.140.848.978	36.640.755.818
Costos indirectos	Ingresos	4.674.124.272	2.136.318.751	7.211.929.793
	Visitas:	5.524.543.800	3.683.029.200	7.366.058.400
	- costo por vista	3.774.240.000	2.516.160.000	5.032.320.000
	- costo oportunidad	1.750.303.800	1.166.869.200	2.333.738.400
	Abogados particulares	7.867.342	4.314.200	9.540.000
	Costo muerte	4.724.130.012	4.724.130.012	4.724.130.012
	Total	14.930.665.426	10.547.792.163	19.311.658.205
Costo total	48.321.467.824	40.688.641.140	55.952.414.024	

Fuente: elaboración propia.

Tabla 29

Resumen de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva con rangos (en dólares norteamericanos), año 2007

COSTOS		Dólares norteamericanos		
		Promedio	Mínimo	Máximo
Costos directos	Justicia Criminal:	5.323.593	5.055.148	5.592.038
	- Defensoría	1.351.220	1.283.083	1.419.356
	- Poder Judicial	2.293.342	2.177.698	2.408.986
	- Ministerio Público	1.679.032	1.594.367	1.763.696
	Gendarmería	58.582.249	52.630.687	64.533.811
	Total	63.905.842	57.685.835	70.125.848

³⁸ El dólar norteamericano en relación al peso chileno considerado aquí es de \$522,5/USD y corresponde al tipo de cambio promedio para el año 2007 (fuente: http://si2.bcentral.cl/Basededatoseconomicos/951_455.asp?f=A&s=TC-OBS-MES)

Costos indirectos	Ingresos	8.945.692	4.088.648	13.802.736
	Visitas:	10.573.290	7.048.860	14.097.719
	- costo por vista	7.223.426	4.815.617	9.631.234
	- costo oportunidad	3.349.864	2.233.242	4.466.485
	Abogados particulares	15.057	8.257	18.258
	Costo muerte	9.041.397	9.041.397	9.041.397
Total		28.575.436	20.187.162	36.960.111
Costo total		92.481.278	77.872.997	107.085.960

Fuente: elaboración propia.

Finalmente, se encuentra una tabla resumen de los costos directos e indirectos estimados para la prisión preventiva en Chile.

*Tabla 30
Resumen de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva (en pesos y dólares), año 2007*

COSTOS		Pesos chilenos	Dólares norteamericanos	Porcentaje
Costos directos	Justicia Criminal:	2.781.577.305	5.323.593	5,8%
	Gendarmería	30.609.225.093	58.582.249	63,3%
	Total	33.390.802.398	63.905.842	69,1%
Costos indirectos	Ingresos	4.674.124.272	8.945.692	9,7%
	Visitas	5.524.543.800	10.573.290	11,4%
	Abogados particulares	7.867.342	15.057	0%
	Costo muerte	4.724.130.012	9.041.397	9,8%
	Total	14.930.665.426	28.575.436	30,9%
Costo total		48.321.467.824	92.481.278	100%

Fuente: elaboración propia.

En la tabla se observa que el mayor costo asociado a la prisión preventiva corresponde a los costos directos, que representan el 69% del total, y específicamente a los costos de mantenimiento del recluso, los cuales representan el 63% del total. Por otra parte, considerando los costos indirectos estimados, el costo más relevante dentro del total es el costo de las visitas, que representa el 11,4% del total y, en segundo lugar el costo asociado a morir en prisión seguido por el costo por la pérdida de ingresos, los cuales representan el 9,8% y 9,7% del total, respectivamente.

VI. Algunas consideraciones de los beneficios de la prisión preventiva

Como se mencionó anteriormente, debido a la escasez de información existente, el presente estudio se limita a estimar sólo los costos de la prisión preventiva y no los beneficios de ésta. A pesar de lo anterior nos parece relevante hacer algunas consideraciones.

Para estimar los beneficios, es relevante considerar, en primer lugar, que con esta medida se asegura la comparecencia del individuo y por lo tanto, que la causa llegue a su fin. Para esto es importante tener en cuenta cuál es la probabilidad de fuga de una persona que debe estar en prisión preventiva en comparación con una que no lo está.

En segundo lugar, sería necesario considerar también en el análisis las tasas de reincidencia de quienes han cometido delito, para así poder estimar el beneficio asociado a todos los delitos que dejan de cometerse mientras dura la prisión preventiva.

En definitiva, al realizar un análisis que permita comparar la prisión preventiva con alguna medida cautelar alternativa se deben tener en consideración cuáles son los efectos que logra cada uno de ellas en la persona que aún no ha sido condenada.

Para tomar una decisión en cuanto a la prisión preventiva es necesario comparar esta medida con alguna medida alternativa que logre los mismos efectos, es decir, evitar la comisión de delitos y a su vez asegurar la comparecencia del imputado mientras dura el proceso. Teniendo esto claro, se deben comparar los costos de cada medida para concluir así cuál de ellas es preferible.

VII. Conclusiones

El sistema de justicia criminal chileno ha sufrido importantes cambios durante la última década. Es así como, mediante la Reforma Procesal Penal se ha pasado de un sistema inquisitivo, escrito y secreto en su etapa investigativa, a uno acusatorio, oral y público.

Importantes efectos de esta reforma se han visto reflejados en las medidas cautelares y específicamente sobre la prisión preventiva. Si bien en términos absolutos la cantidad de personas cumpliendo prisión preventiva ha aumentado desde la implementación de la reforma, la proporción de personas que debe cumplir prisión preventiva en relación al total de imputados ha disminuido en los últimos años.

Sin embargo, en marzo del año 2008 entró en vigencia la ley 20.253, denominada “agenda corta”. Entre sus modificaciones, esta ley busca la ampliación de los criterios de aplicación de la prisión preventiva, lo que hace suponer un futuro aumento en la utilización de esta medida.

El objetivo del presente estudio fue estimar los costos directos e indirectos de la prisión preventiva en Chile. Para enfrentar la escasez de información en la estimación se decidió realizar importantes supuestos simplificadores de la realidad. Sin embargo, es importante mencionar que, si bien algunos de los supuestos utilizados pueden ser debatibles, éstos son los que mejor reflejan la realidad chilena, dada la información disponible.

Dado lo anterior, se recomienda que para futuros estudios en relación a este tema, se debe realizar un análisis de sensibilidad al modelo propuesto, cambiando o relajando algunos supuestos propuestos en el presente informe, y perfeccionando así la estimación de costos llevada a cabo.

Por otra parte, para analizar la conveniencia de aplicar o no la prisión preventiva se deben considerar los distintos delitos, tal como se hizo en el presente estudio, ya que estos tienen características muy diferentes entre sí. Adicionalmente, para

realizar un análisis más exhaustivo, sería conveniente en el futuro tener en consideración los distintos perfiles de las personas. Lo anterior debido a que, si bien, para algunos delitos más graves con perfiles específicos, la prisión preventiva es estrictamente necesaria para asegurar el éxito de la causa o bien, la seguridad de la sociedad, hay otros delitos con distintos perfiles en los que hay que analizar con mayor detenimiento la conveniencia o no de aplicar esta medida.

En definitiva, estimamos que la utilidad de contar con una estimación de costos para la prisión preventiva, es que constituye una herramienta de gran utilidad para realizar futuros análisis de costo efectividad de la medida. Ello, teniendo en cuenta que, en comparación con otras medidas o sistemas de supervisión debidamente implementados, pudiesen asegurar los mismos objetivos que la prisión preventiva, pero con una menor restricción de derechos y, eventualmente a menor costo, tanto para el Estado como para las personas.

VIII. Bibliografía

- Alvarez, P.; Maragunic, A. y Herrera, R. (2007), “Impacto de la Reforma Procesal Penal en la población carcelaria del país”, Revista de estudios criminológicos y penitenciarios N°11, UNICRIM, Gendarmería de Chile.
- Arias, P. y Ríos, G. (2002), “Libertad provisional y prisión preventiva: La experiencia del sistema chileno”, Revista de estudios criminológicos y penitenciarios N°5, UNICRIM, Gendarmería de Chile.
- Arzola, M.E y García, J.F. (2008) “EL costo de la delincuencia en Chile 2000-2007”, Serie de Informe Político N° 106, Libertad y Desarrollo.
- Cavanagh, D. y Kleiman, M. (1990), “A cost benefit analysis of prison cell construction and alternative sanctions”, BOTEC Analysis Corporation.
- Código Procesal Penal.
- Cohen, M. (2000), “Measuring the costs and benefits of crime and justice”. Capítulo en Volumen 4 (pp. 263 – 316), en “Measurement and analysis of crime and justice”, National Institute of Justice.
- Chisholm, J. (2000), “Benefit-cost analysis and crime prevention”, Australian Institute of Criminology.
- Defensoría Penal Pública (2008) “Informe Estadístico Año 2007”. En: <http://www.defensoriapenal.cl/interior/estadisticas/2007/informe-estadistico-anual-2007.pdf> y <http://www.defensoriapenal.cl/interior/estadisticas/2007/anexos-anual-2007.pdf>

- Defensoría Penal Pública, Bases de Datos actualizadas a diciembre 2007.
- DiIulio, J. y Piehl, A. (1995). "Does Prison Pay?" The Brookings Review 13, (winter):20-5.
- Donohue, J. y Siegelman, P. (1998). "Allocating resources among prisons and social programs in the battle against crime." Journal of Legal Studies 27:1-43.
- Duce, M. y Riego, C. (2002), "Introducción al nuevo sistema procesal penal", Volumen 1, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Duce, M. (2008), "La Reforma Procesal Penal en Chile: Logros y desafíos período 2000-2007", Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana N°3, Quito.
- Gendarmería de Chile (2008) "Compendio Estadístico de la Población Atendida por Gendarmería de Chile 2007".
- Instituto Nacional de Estadísticas (2006), "Justicia: Informe Anual 2006", pp. 63, Santiago de Chile.
- Jiménez, G. (2007) "El funcionamiento de la cárcel como exclusión en Chile", Ministerio de Planificación, Gobierno de Chile.
- Lawrence, S. y Mears, D. (2004), "Benefit cost analysis of supermax prisons: critical steps and considerations", Urban Institute, Justice Policy Center, Washington DC.
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico Anual 2007". En: http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/documentos/anuario_estadistico_2007.pdf
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico I Semestre Año 2008". En: http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estad%20C3%ADsticos/boletin_%20I_Semestre_2008.pdf
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2008) "Boletín Estadístico III Trimestre Año 2008 (Enero a Septiembre 2008)". En: http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/Boletines%20Estad%20C3%ADsticos/Boletin_Trimestral_Sept08.pdf
- Olavarría, M. (2005) "Costos económicos del delito en Chile", Universidad de Chile, División de Seguridad Ciudadana, Ministerio del Interior.
- Poder Judicial, Administración de Justicia (2008) "Memoria Anual 2007".
- Chahuán, S. (2002), "Manual del nuevo procedimiento penal", Segunda Edición.
- Vial, L. y Venegas, V. (2008) "Boomerang: seeking to reform pretrial detention practices in Chile", Open Society Justice Initiative, pp. 44.

Sitios web:

- www.defensoriapenal.cl
- www.dipres.cl
- www.gendarmeria.cl
- www.ministeriopublico.cl
- www.poderjudicial.cl

IX. Anexos

Anexo 1: Categorías de delitos utilizadas en la estimación

Tabla 31

Categorías de delitos utilizadas

Categorías de delitos	Delitos específicos
Delitos económicos	Ejercicio Ilegal de la Profesión
	Falsificación de Monedas y Otros (Art. 162 CP) (billetes, acuda al Cód.12031)
	Falsificación O Uso Malicioso De Documentos Públicos
	Falso Testimonio, Perjurio O Denuncia Calumniosa
	Otros Libro II Título IV
	Presentación De Testigos O Documentos Falsos
	Tacha Falsa De Firma Autentica
	Usurpación de Funciones
	Usurpación De Nombre
	Abuso De Firma En Blanco
	Apropiación Indevida (Incluye Depositario Alzado)
	Celebración De Contrato Simulado
	Estafa al Fisco y Otros Organismos Públicos (Art. 470 N°8)
	Estafas Y Otras Defraudaciones
	Falsificación O Uso Malicioso De Documentos Privados
	Giro Doloso De Cheques
	Infracción a la Ley mercado de valores
	Insolvencia Punible (Alzamiento De Bienes)
	Obtención Fraudulenta De Créditos
	Otros Delitos Ley De Cuentas Corrientes Bancarias Y Cheques
	Usura
	Abusos Contra Particulares
	Cohecho
	Exacciones Ilegales (Art. 147, 157 y 241 CP)
	Exacciones Ilegales Cometidas Por Funcionario Público
	Fraudes al Fisco y Organismos del Estado (Art. 239)
	Fraudes Al Fisco Y Organismos Del Estado (Art. 239)
	Infidelidad En La Custodia De Documentos
	Malversación De Caudales Públicos
	Negociación Incompatible
	Nombramientos Ilegales
	Otros Libro II Título V
	Prevaricación
	Prevaricación del abogado.
	Soborno
	Usurpación de Atribuciones de Empleados Públicos

Categorías de delitos	Delitos específicos
Delitos ley de drogas	Asociaciones Ilícitas Ley De Drogas (Art. 16)
	Consumo De Drogas (Art. 41)
	Cultivo/Cosecha Especies Vegetales Productoras Estupef. (Art. 8)
	Desvío Ilícito De Precusores Y Sustancias Esenciales (Art. 3)
	elaboración/Producción Sustancias Sicotrópicas O Drogas (Art. 1 Inc. 1)
	Otras Faltas A La Ley 19.366
	Otros Delitos De La Ley 20.000
	Porte De Drogas (Art. 41)
	Prescripción Indevida De Sustancias, Drogas Estupefacientes O Sicotrópicas (Art. 6)
	Producción Y Tráfico De Precusores (Art. 6)
	Suministro De Hidrocarburos Aromáticos A Menores (Art. 5)
	Suministro Indevido (Art. 7)
	Tráfico de Pequeñas Cantidades (Art. 4)
	Trafico Ilícito De Drogas (Art. 3)
Delitos sexuales	Abuso Sexual
	Abuso Sexual Calificado
	Abuso Sexual De 14 Años A Menor De 18 Años
	Abuso Sexual De Mayor De 14 (Con Circunstancias De Violación)
	Abuso Sexual de Menor de 14 Años
	Abuso Sexual Impropio Mayor de 14 Años
	Abuso Sexual Impropio Menor de 14 Años
	Adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil
	Comercialización material pornográfico infantil
	Estupro
	Incesto
	Obtención de Servicios Sexuales de Menores
	Producción de material pornográfico infantil
	Promover o Facilitar Prostitución de Menores
	Sodomía
	Trata De Personas
	Violación
	Violación con homicidio
	Violación De Mayor De 14 Años
	Violación De Menor de 14 Años
Homicidios	Homicidio
	Homicidio Calificado
	Homicidio En Riña O Pelea
	Infanticidio
	Parricidio
Hurtos	Hurto Agravado (Art. 447 Código Penal)
	Hurto De Hallazgo
	Hurto Simple
	Hurto Simple Por Un Valor De 4 A 40 Utm
	Hurto Simple Por Un Valor De Media A Menos De 4 Utm
	Hurto Simple Por Un Valor Sobre 40 Utm

Categorías de delitos	Delitos específicos
Lesiones	Lesiones Graves
	Lesiones Graves Gravísimas
	Lesiones Leves
	Lesiones Leves 494 N° 5 Código Penal
	Lesiones Menos Graves
	Mutilación
Otros delitos	Cuasidelito De Homicidio
	Cuasidelito De Lesiones
	Otros Libro II Título X
	Amenazas De Atentados Contra Personas Y Propiedades
	Apertura , Registro O Interceptación De Correspondencia
	Delitos Contra Vida Privada (Art. 161 A-B)
	Detenciones Irregulares
	Interceptación de Telecomunicaciones (Art. 36 b Ley Gral. de Telecomunicaciones)
	Secuestro
	Secuestro con Homicidio, Violación o Lesiones
	Sustracción De Menores
	Tormentos A Detenidos
	Tormentos A Detenidos Por Empleado Público
	Violación De Morada
	At. a vehículo motorizado en circulación con objeto contundente u otro semejante (196 h)
	Atentado A Vehíc.Motoriz. En Circul. Con Objeto Contundente U Otro Semejante (196 H Ley 18.29)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol (196 C Inc. 1 Ley 18.290 Del Tránsito)
	Conducción Bajo la Influencia del alcohol (Art. 196 C Ley 18.290 del Tránsito)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Graves (196 C Inc. 3 Ley 18.290)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Graves Gravísimas O Muerte (196c)
	Conducción Bajo La Influencia Del Alcohol Causando Lesiones Menos Graves (196 C)
	Conducción en Estado de Ebriedad con Resultados De Muerte
	Conducción Estado de Ebriedad (Art. 196 E Ley 18.290)
	Conducción Estado de Ebriedad con Resultado de Daños
	Conducción Estado de Ebriedad con Resultado de Lesiones
	Infracción Art. 196 D 1 Ley 18.290 (Tránsito)
	Instalación Indebida de Señales de Tránsito o Barreras (Art. 196 A 1 Ley 18.290)
	Otros Delitos Contra la Ley de Alcoholes
	Otros delitos contra la ley de tránsito
	Acceso Indebido
	Adquisición y Venta Indebida de Cartuchos y Municiones
	Apropiación de Cotizaciones Previsionales y Declaraciones Inexactas (Ley 17.322)
	Delitos Contemplados En La Ley Antimonopolios
Delitos Contenidos En El D.L. 1.094 De Extranjería	
Delitos Contenidos En Leyes De Prenda Especiales	
Delitos Contra La Ley De Bosque Nativo	

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Delitos Contra Ley De Propiedad Industrial
	Delitos Contra Ley De Propiedad Intelectual
	Delitos Informáticos Ley 19.233
	Delitos Que Contempla El Código Tributario
	Demás Delitos Contra La Ley De Propiedad Intelectual
	Falsificación De Billetes (Art. 64 Ley Orgánica Banco Central)
	Infracción L. O. C. Del Banco Central
	Infracción Ley N° 18.892 De Pesca
	Infracción Ordenanza Aduanas (Fraude Y Contrabando)
	Infracciones a la Seguridad Social (DL 3.500 y 869; Leyes 18.020, 18.469, 18.933, 19.728)
	Infracciones Tributarias Contempladas En Otras Leyes
	Lavado De Dinero (Art. 12)
	Lotería, Cass De Juego Y Prestamos Sobre Prenda
	Maltrato Habitual (Violencia Intrafamiliar) (Art. 14)
	Otras infracciones a la ley 19.913
	Otras Infracciones A La Ley Del Banco Central
	Otros Delitos Ley General De Bancos
	Porte Ilegal de Arma de Fuego, Municiones y Otros
	Sabotaje Informático
	Uso Fraudulento de Tarjetas de Crédito y Débito (Ley 20.009 sobre tarjetas de crédito)
	Amenaza con Arma (494 N°4 CP)
	Arrojamiento de Piedras u Otros Objetos (496 N°26 CP)
	Consumo De Bebidas Alcohólicas En La Vía Publica
	Consumo/Porte de Drogas en Lugares Calificados (Art. 51)
	Consumo/Porte de Drogas en Lugares Públicos o Priv. con Previo Concierto (Art. 50)
	Daño Falta (495 N°21 CP)
	Dejar Animales Suelos (496 N°17 CP)
	Desordenes En Espectáculos Públicos (494 N° 1 Código Penal)
	Disensiones Domésticas (495 N°6 CP)
	Ebriedad
	Expendio De Bebidas Alcohólicas
	Expendio de bebidas alcohólicas a menores
	Falta De Respeto A La Autoridad Pública (495 N° 4 Código Penal)
	Hurto Falta (494 bis CP)
	Infracción A La Ley Electoral
	Infracción A Reglamento De Carruajes Públicos O De Particulares (496 N° 14 Código Penal)
	Malversación, Defraudación E Incendio Por Menos De 1 Utm (494 N° 19 Código Penal)
	Ocultación de Identidad (496 N°5 CP)
	Ofensas al Pudor (495 N°5 CP)
	Otras Faltas Código Penal
	Otras Infracciones Contra La Ley De Alcoholes
	Riña Pública (496 N° 10 Código Penal)
Ruidos Molestos (495 N°1 CP)	
Abandono De Cónyuge O De Parientes Enfermos	

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Abandono De Niños
	Aborto Cometido Por Facultativo
	Aborto Consentido
	Aborto Sin Consentimiento
	Amenazas a Carabinero (Art. 417 Cod. Justicia Militar)
	Apoderamiento O Atentado Al Transporte Publico
	Asociación Ilícita Terrorista
	Asociaciones Ilícitas
	Atentado Contra Jefe De Estado O Autoridad Publica
	Atentado Explosivo O Incendiario
	Atentados Y Desacatos Contra La Autoridad
	Auxilio Al Suicidio
	Bigamia
	Calumnia (Acción Privada)
	Caza y Comercialización de Especies Prohibidas (Art. 31 Ley 19.473)
	Colaboración Evasión de Detenidos
	Comercio Clandestino
	Conducción sin la Licencia Debida (Art. 196 D Ley 18.290 del Tránsito)
	Contra Salud Publica
	Crímenes Y Simples Delitos Seguridad Interior Del Estado
	Daños o apropiación Sobre Monumentos Nacionales (Art. 38-38 bis Ley 17.288)
	Delitos Contemplados En Otros Textos Legales
	Delitos Contenidos En La Ley 19.620 De Adopción De Menores
	Desacato (Art. 240 Cód. Procesal Civil)
	Desordenes Públicos
	Difusión De Material Pornográfico (Pornografía)
	Falsa Alarma a Bomberos u Otros (268 bis)
	Falsificación De Obras Protegidas
	Falsificación De Obras Protegidas. Art.79 C.Ley Nº 17.336
	Falsificación De Pasaportes
	Hallazgo De Vehículo
	Incendio
	Incendio
	Incendio Con Resultado De Muerte Y/O Lesiones
	Incendio De Bosques (Art. 476)
	Incendio Solo Con Daños O Sin Peligro De Propagación. Arts 477 y 478
	Inducir A Un Menor A Abandonar El Hogar
	Infracción Art. 196 B Ley 18.290 (Tránsito)
	Infracción Art. 196 C Ley 18.290 (Tránsito)
	Infracción en el Otorgamiento Prestaciones de Isapre (Art. 23 Ley 18.933)
	Infracción Ley 11.564 De Mataderos Clandestinos
	Infracción Normas Inhumaciones Y Exhumaciones
Infracciones a la Ley Orgánica Constitucional Sobre Votaciones Populares y Escrutinios	
Injuria (Acción Privada)	

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos	Injurias Y Calumnias Por Medio De Comunicación Social
	Interrupción de serv. Eléctrico (Art. 134 DFL 1, 1982, Ley Serv. Eléctricos)
	Loteos Irregulares (Art. 138 DFL 458, 1975, Ley Gral. de Urbanismo y Construcción)
	Maltrato Animal
	Maltrato De Obra A Carabinero (Art. 416 Y 416 Bis Cod. Just. Militar)
	Maltrato De Obra A Personal De Investigaciones
	Muertes Y Hallazgo De Cadáver
	Obstrucción a la Investigación
	Obstrucción a la Justicia (Art. 20 Ley 19.970)
	Oponerse A Acción De La Autoridad Pública O Sus Agentes
	Otorgamiento Irregular de Documentos (Art. 196 A Ley 18.290 del Tránsito)
	Otras Faltas Leyes Especiales
	Otras Faltas y Delitos de la Ley 19.733
	Otras Infracciones Al Código Justicia Militar
	Otros Libro II Título VIII
	Otros Delitos Contemplados En La Ley 17.798
	Otros Delitos Contra La Ley De Propiedad Intelectual
	Otros Delitos Contra Ley De Propiedad Industrial
	Otros Delitos Ley Orgánica De Investigaciones
	Otros Estragos
	Otros Hechos
	Otros Ley 18.314
	Otros Libro II Título VI
	Otros Libro II Título VII
	Otros Libros II Título III
	Porte de Arma Cortante o Punzante (288 bis)
	Presunta Desgracia
	Quebrantamiento
	Reconocimiento Malicioso de Posesión Regular (Art. 9 Decreto Ley 2.695)
	Rotura De Sellos
	Tala, Destrucción o Incendio de Arboles o Arbustos (Art. 21 Dcto.4363, 1931, Ley de Bosques)
	Tenencia Ilegal de Arma de fuego, Municiones y Otros
	Ultraje Público a las Buenas Costumbres
	Ultraje Publico A Las Buenas Costumbres Por Medios De Comunicación Social
	Uso Ilícito del Fuego (Art. 18 y 22 DS 4363 Ley de Bosques)
	Usurpación De Propiedad, Descubrimiento O Producción
	Usurpación De Estado Civil
	Utilización Sin Autorización De Obras De Dominio Ajeno Art. 79 A Ley N° 17.336
	Venta Ilícita De Obras Protegidas
	Venta Ilícita De Obras Protegidas. Art. 80 B Ley N° 17.336
Violación De Secretos De Fabrica (Acción Privada)	
Violencia en los Estadios (Art. 6 Ley 19.327)	

Categorías de delitos	Delitos específicos
Otros delitos contra la propiedad	Abigeato
	Apropiación De Cables De Tendido Eléctrico O De Comunicaciones
	Daños Calificados
	Daños Simples
	Destrucción O Alteración De Deslindes
	Extorsión
	Infracción Artículo 454
	Invasión De Derechos Ajenos (Art. 459 Código Penal)
	Otros Libro II Título IX
	Portar Elementos Conocidamente Destinados A Cometer Delito De Robo
	Receptación
	Usurpación De Aguas
	Usurpación No Violenta (Art. 458 Código Penal)
	Usurpación Violenta
Robo con intimidación, violencia y/o consecuencias humanas	Robo Con Castración, Mutilación O Lesiones Graves Gravísimas
	Robo Con Homicidio
	Robo Con Retención De Víctimas O Con Lesiones Graves
	Robo Con Violación
	Robo Con Intimidación
	Robo Con Violencia
Robo en lugar habitado	Robo En Lugar Habitado O Destinado A La Habitación
Robos no violentos	Robo En Bienes Nacionales De Uso Publico
	Robo De Vehículo Motorizado
	Robo En Lugar No Habitado
	Robo Por Sorpresa

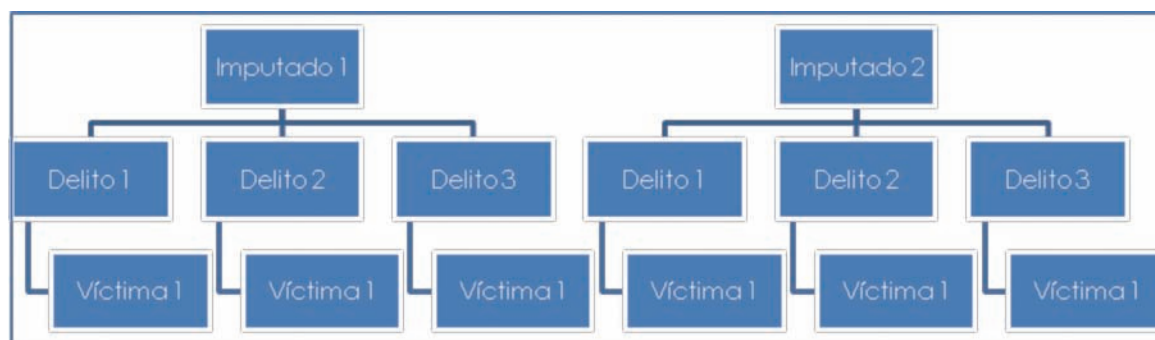
Anexo 2: Desagregación detallada de presupuestos de la justicia criminal

Cifras de delitos del Ministerio Público versus de la Defensoría

El Ministerio Público contabiliza casos, delitos y relaciones. Los casos son similares a las denuncias y causas, es decir, muchas personas pueden pertenecer a un mismo caso. Mientras que los delitos presentan la dificultad que una persona con una causa y dos delitos, se contabiliza dos veces. A su

vez, dos personas en una causa con un mismo delito, se contabilizan una vez. Finalmente, las relaciones incluyen a imputados, delitos y víctimas. Es decir, una causa con dos imputados, tres delitos y una víctima, genera 6 relaciones. La siguiente figura ejemplifica lo anterior:

Figura 1
Ejemplo de relaciones a partir de causas, delitos y víctimas



Fuente: elaboración propia

En definitiva, las relaciones sobrevaloran a los imputados, mientras que los casos los subvaloran. En cambio, los delitos presentan ambos sesgos (sub y sobrevaloración). Por lo tanto, para las comparaciones entre el Ministerio Público y la Defensoría, se utilizan cifras referidas a delitos. De esta forma se asume que las sub y sobre valoraciones, tenderán a equilibrarse.

La tabla que sigue, muestra la comparación de delitos terminados 2007 contabilizados por el Ministerio Público y la Defensoría. Según las cifras expuestas, el 24,6% de los delitos contabilizados por las fiscalías, representan delitos de nuestro universo de interés. Es decir, delitos para imputados con presencia de defensor público y, por lo tanto, población potencial de la prisión preventiva.

Tabla 32
Comparación entre el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública del número de delitos terminados 2007

Institución	Delitos terminados 2007
Ministerio Público	1.109.939
Defensoría Penal Pública	273.0842

Fuente: "informe estadístico año 2007 Defensoría Penal Pública" y "boletín estadístico año 2007 Ministerio Público"

Las diferencias expuestas en la tabla anterior, cobran sentido si se considera que según el Ministerio Público, cerca del 50% de los delitos que atienden las fiscalías, son sin imputado conocido³⁹. Es decir, quedarían alrededor de 550 mil delitos con imputado conocido y, por lo tanto, con posibilidad de prisión preventiva. Sin embargo, sigue habiendo una amplia diferencia pues la defensoría contabiliza 273.084 términos de delitos 2007. La diferencia respecto del Ministerio Público, se debiera explicar por los términos sin necesidad de defensa⁴⁰ y por el uso de defensores privados.

En definitiva, el 24,6% de los delitos terminados en la contabilización del Ministerio Público, corresponden a nuestro universo de interés. Con esta proporción calculada, sería posible asumir que el mismo porcentaje del presupuesto general del Ministerio Público corresponde a nuestro universo.

³⁹ Para obtener esta cifra se recurre a los boletines estadísticos del primer y tercer trimestre de 2008 del Ministerio Público debido a que en los boletines anteriores no se incluía la comparación de cifras con y sin imputado conocido.

⁴⁰ De los términos para imputados conocidos, según el boletín estadístico del Ministerio Público para el tercer trimestre del 2008, el 45% no requiere necesariamente la presencia de defensa. Estos términos son: facultad para no investigar, archivo provisional, principio de oportunidad, incompetencia, anulación administrativa, agrupación a otro caso, otras causales de término, otras causales de suspensión.

Sin embargo, se estaría asumiendo que una causa sin imputado conocido y otra con imputado conocido pero que no requiere audiencias, cuestan lo mismo que una causa con numerosas audiencias y probablemente de mayor complejidad.

Por lo tanto, se debe ponderar el peso de los delitos de nuestro universo de interés (de causas con defensa) respecto de los demás delitos. Dada la escasez de información, no fue posible considerar la duración de la causa como factor ponderador⁴¹. La cifra que se pudo incluir, es el número “típico”⁴² de audiencias para la población de las bases de datos de la Defensoría.

Para incluir el número típico de audiencias en los delitos contabilizados por la defensoría y considerar el dato en la ponderación, se hace el siguiente supuesto: todos los demás delitos (aquellos sin participación de la Defensoría) no requieren audiencias. Es decir, el valor típico del número de audiencias de los delitos con defensores, que para 2007 fue de 2⁴³, se contrasta con 0 (ya que el grupo de delitos sin defensor no tiene audiencias). De esta forma, se asume un peso de 1 para los delitos sin defensa y de 3 para los delitos contabilizados por la Defensoría. La siguiente tabla resume lo anterior.

Tabla 33

Distribución original y ponderada de los tipos de delitos terminados en 2007 contabilizados por el Ministerio Público

Tipos de delitos	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO
Delitos sin defensa pública	836.855	75,4%	1	50,5%	40.929.719.581
Delitos con defensa pública	273.084	24,6%	3	49,5%	40.068.720.419
TOTAL	1.109.939	100%	-	100%	80.998.440.000

Fuente: elaboración propia en base a datos de la DIPRES (presupuesto del Ministerio Público 2007), los boletines estadísticos del Ministerio Público d2007 y 2008, el informe estadístico de la Defensoría Penal Pública para 2007 y el análisis de las bases de datos de delitos terminados en 2007 de la Defensoría Penal Pública.

En definitiva, el porcentaje del presupuesto total del Ministerio Público que se considera para el universo de interés (causas con participación de la Defensoría Penal Pública), es del 49,5% lo que equivale a \$40.068.720.419.

- **Cifras de causas del Poder Judicial versus de la Defensoría**

En el caso del Poder Judicial, primero se debe extraer del presupuesto general la parte correspondiente a los tribunales procesales penales.⁴⁴ Dicha cifra no se encuentra explícita en la memoria anual de la institución para 2007 ni en el presupuesto de la DIPRES. Sin embargo fue posible conseguirla a través del contacto directo con el Poder Judicial. El presupuesto de los tribunales relativos a lo penal para 2007 fue de \$73.458.897.000 y como se mostró al comienzo, el presupuesto general del Poder Judicial, asciende a \$230.170.277.000. Por lo tanto,

el 31,9% del presupuesto general del Poder Judicial, corresponde a los tribunales en lo penal.

Respecto de la cuantificación del servicio del Poder Judicial, éste contabiliza únicamente “causas”. Por lo tanto, el contraste debe hacerse sobre las causas respecto de la Defensoría y no sobre los delitos como se mostró en relación al Ministerio Público. La tabla que sigue presenta la comparación:

41 Se tiene la duración de las causas según las cifras de la Defensoría, es decir, para las causas con imputado conocido y participación de la Defensoría. Para las causas que no acceden a la Defensoría, es decir, las sin imputado conocido, no se pudo obtener información relativa a la duración.

42 Como valor típico, tanto para el número de audiencias como para las duraciones de las causas y prisiones preventivas, se utiliza la mediana y no la media ni la moda por las razones explicadas en el informe.

43 Cifra calculada a partir del análisis de las bases de datos de la Defensoría Penal Pública.

44 Al Poder Judicial, pertenecen los tribunales civiles, laborales, de menores, de familia, de cobranza, del crimen y procesales penales. Los dos últimos son los referidos a causas penales. Los tribunales del crimen son anteriores a la Reforma procesal penal, mientras que los tribunales procesales penales, son los implementados con la reforma.

Tabla 34
Comparación entre el Poder Judicial y la Defensoría Penal Pública del número de causas terminadas en 2007

Institución	Causas terminados 2007
Poder Judicial	495.0283
Defensoría Penal Pública	246.9144

Fuente: Bases de datos de la Defensoría Penal Pública y "memoria anual 2007" del Poder Judicial

Por lo tanto, las causas contabilizadas por la Defensoría equivalen al 49,9% de las causas que registra el Poder Judicial. Las diferencias en este caso, debieran explicarse por las causas que resuelve el

Poder Judicial con el Ministerio Público sin recurrir a la Defensoría y por las causas con defensor privado.

Nuevamente se hace necesario ponderar las causas con y sin participación de la Defensoría, considerando que es esperable que los costos de las causas que implican audiencias debieran ser mayores que los de las que resuelve el Poder Judicial con el Ministerio Público. Siguiendo la lógica expuesta y reiterando la ausencia de información respecto de las causas ajenas a la Defensoría, se opta por el mismo supuesto que para el Ministerio Público: las causas sin participación de la defensa no presentan audiencias, mientras que las causas en las que sí participa la Defensoría, presentan un número típico de 2 audiencias. La siguiente tabla muestra lo anterior:

Tabla 35
Distribución original y ponderada de los tipos de causas terminadas en 2007 contabilizadas por el Poder Judicial

Tipos de causas	Frecuencia 2007	% Original	Peso	% Ponderado	COSTO
Causas sin defensa pública	248.114	50,1%	1	25,1%	18.431.582.324
Causas con defensa pública	246.914	49,9%	3	74,9%	55.027.314.676
TOTAL	495.028	100%	-	100%	73.458.897.000

Fuente: elaboración propia en base a datos de la DIPRES (presupuesto del Poder Judicial 2007), la memoria anual 2007 del Poder Judicial y el análisis de las bases de datos de delitos terminados 2007 de la Defensoría Penal Pública.

Por lo tanto, se asume que el 74,9% del presupuesto del Poder Judicial en lo penal se asigna a nuestro universo de interés, es decir, a causas con defensa pública.

Anexo 3: Resumen de la estimación de los costos directos e indirectos de la prisión preventiva

Tabla 36

Resumen con la estimación de los costos directos de la prisión preventiva

Institución	Lógica de costos	Presupuesto de análisis	Supuestos	Datos
Ministerio Público	Diferencia de costos con v/s sin prisión preventiva	Presupuesto asignable a causas con fiscal y defensor público (49,5%)	- Costo de causas con defensor público, es el triple del costo de las demás causas	- Causas terminadas en 2007 - Medianas de duración de causas por delitos y forma de término en 2007 - Medianas de número de audiencias por delitos y forma de término en 2007
Poder Judicial	Diferencia de costos con v/s sin prisión preventiva	Presupuesto asignable a causas de tribunales procesales penales con participación de defensor público (23,9%)	- Costo de causas con defensor público, es el triple del costo de las demás causas	- Causas terminadas en 2007 - Medianas de duración de causas por delitos y forma de término en 2007 - Medianas de número de audiencias por delitos y forma de término en 2007
Defensoría Penal Pública	Diferencia de costos con v/s sin prisión preventiva	Total del presupuesto (100%)	-	- Causas terminadas en 2007 - Medianas de duración de causas por delitos y forma de término en 2007 - Medianas de número de audiencias por delitos y forma de término en 2007
Gendarmería de Chile	Porción de presupuesto asignable a existencias de imputados y procesados	- Presupuesto del sistema cerrado, equivale al 97% del presupuesto total - Presupuesto asignable a existencias de imputados y procesados (22,7%)	- Costo de población privada de libertad, equivale al doble del costo de población con privación parcial de libertad (reclusión y arresto nocturno y salida controlada al medio libre) - Costo de población privada de libertad, equivale a cuatro veces el costo de población con libertad condicional	- Existencias contabilizadas para 2007 - Medianas de duración de prisión preventiva por delitos y forma de término en 2007

Tabla 37 Resumen con la estimación de los costos indirectos de la prisión preventiva

Costos indirectos		Supuestos y datos utilizados
Ingresos dejados de recibir		<ul style="list-style-type: none"> - Sueldo mínimo: \$159.000 - Canasta básica: \$47.099 - % población que estaba trabajando (INE) - Medianas de duración de prisión preventiva por delitos y forma de término en 2007 - Frecuencia de personas por delitos y forma de término en 2007
Costo de visitas de familiares	Costo por cada visita	<ul style="list-style-type: none"> - Existencias mensuales en prisión preventiva - 4 visitas mensuales - Gasto por cada visita: \$5.000 y \$10.000
	Costo de oportunidad	<ul style="list-style-type: none"> - Existencias mensuales en prisión preventiva - 4 visitas mensuales - 4 personas por visita - Personas por visita con trabajo: 1 y 2 - Duración de la visita: 2,5 horas - Tiempo de traslado: 1 hora - Sueldo diario por hora dejado de recibir: sueldo mínimo por hora: \$633 (8 horas laborales diarias)
Costo de abogados particulares		<ul style="list-style-type: none"> - Existencias mensuales en prisión preventiva - Cantidad de personas que contratan abogados particulares: 1% de los imputados
Costo de muerte por homicidio		<ul style="list-style-type: none"> - Existencias mensuales en prisión preventiva - Tasa de homicidio población chilena general - Tasa de homicidio para población en prisión preventiva - Costo de la vida para el año 2007

Los Regímenes Recursivos en los Sistemas Procesales Penales Acusatorios en las Américas

Estudio Preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹

Versión completa en web de *Sistemas Judiciales* o

AQUÍ

1. Introducción:

Este documento contiene un resumen ejecutivo del informe preparado en agosto de 2009 por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante CEJA) a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). El objetivo del informe ha sido el describir, tanto desde un punto de vista de diseño normativo-teórico como de funcionamiento práctico a nivel jurisprudencial, el régimen de sistemas recursivos o vías de impugnación de las sentencias definitivas penales existentes en los sistemas procesales penales que cuentan con modelos de carácter acusatorio-oral en las Américas. Para estos efectos fueron seleccionados seis casos de estudio.²

Más allá del debate teórico acerca de los elementos que configuran a un sistema acusatorio, entendemos para los efectos de este trabajo que se está en presencia de dicho modelo procesal cuando éste se estructura sobre la base de considerar como **etapa central de su desarrollo al juicio oral, público y contradictorio**.

Antes de entrar al análisis de los sistemas recursivos, nos ha parecido indispensable revisar algunas ideas previas que fijan el marco en el cual

deben entenderse y estudiarse los diversos sistemas recursivos regulados en las Américas.

Una primera idea pasa por constatar que, de acuerdo a legislación y jurisprudencia internacionales, el juicio oral es el elemento central del debido proceso en cualquier sistema procesal moderno. Esto significa que, al menos en el contexto cultural moderno en el que esas garantías se han desarrollado, resulta imposible imaginar cada uno de los derechos específicos consagrados en los instrumentos internacionales³, sin referirlos a la idea de una audiencia oral y pública, desarrollada ante un tribunal imparcial por medio de un debate en el que participan el acusador y el acusado, en el cual se formulan cargos, se ejerce el derecho a defensa y se rinde la prueba, en base a todo lo cual el tribunal puede fundar su decisión.

Por lo tanto, no cualquier forma de decidir un caso penal -por más que se la designe como "juicio"⁴- va a satisfacer necesariamente las exigencias del debido proceso. Debe cumplirse con ciertos mínimos que si no están presentes ponen en cuestionamiento la vigencia del debido proceso. Por lo mismo, un sistema recursivo debe ser consistente con estas exigencias.

¹ Estudio realizado por Cristián Riego, Mauricio Duce y Claudio Fuentes del CEJA, quienes además se desempeñan como académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. El capítulo sobre el sistema canadiense ha sido redactado por Marc Rosemberg Juez de la Corte de Apelaciones de la Provincia de Ontario en Canadá.

² Los casos de estudio seleccionados en acuerdo con la CIDH fueron: Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica y las provincias de Buenos Aires y Chubut, ambas de Argentina.

³ Como por ejemplo, el Derecho a ser oído, a presentar prueba, interrogar a los testigos de la contraria y a provocar su comparecencia, el derecho a ser asistido por traductor o interprete, el derecho a contar con un letrado, etc.

⁴ El procesalismo tradicional ha usado la expresión juicio como sinónimo de procedimiento o como sentencia. Ninguna de ambas nociones se adecua a la lógica del juicio como garantía del debido proceso en la medida en que no sean producto de una audiencia de las características descritas.

Una segunda idea que es necesario tener presente se refiere a la relación entre el recurso de apelación y los sistemas inquisitivos. En los sistemas inquisitivos los órganos inferiores, encargados de conducir el proceso, registran de manera sistemática y detallada sus tareas y los resultados de sus averiguaciones en el expediente escrito. Luego, cuando deben tomar decisiones, lo hacen sobre la base de la lectura de las actas que han incluido en el expediente. Los superiores jerárquicos, por su parte, pueden por medio de la lectura del mismo expediente revisar lo actuado por el órgano inferior y, si lo consideran necesario, también corregir lo que este ha decidido. Como se observa, en los sistemas inquisitivos los recursos son más una herramienta de control jerárquico que una garantía en favor del condenado. En este esquema, el recurso paradigmático es el de apelación, mecanismo que en muchos países del continente ha tenido una expresión muy amplia. Por medio de la apelación, el órgano superior asume la capacidad de revisar lo obrado por el inferior sin quedar limitado, en los casos más extremos, ni siquiera por el contenido del reclamo de las partes que motivó la elevación. Se trata de un medio de impugnación coherente con la lógica política y la dinámica de desarrollo propia de los sistemas inquisitivos escritos.

Finalmente, la tercera idea que debe tenerse presente se refiere a la relación existente entre el juicio oral y los recursos. El gran problema para las legislaciones nacionales consiste en cómo articular el derecho a un juicio oral, por una parte y, por la otra, establecer un sistema de revisión que permita corregir una condena errónea. La consecuencia que cabe extraer a partir de las dos garantías fundamentales en juego es la necesidad de abandonar el sistema de la apelación amplia, conocido también como de la doble instancia. La existencia de un juicio oral público y contradictorio supone que los principales controles de que el sistema dispone son los que se dan precisamente al interior del juicio como producto de la intervención simultánea de todos los actores. De este modo, los fiscales -que son quienes encarnan el poder persecutorio estatal- son controlados en su actuación fundamentalmente por los jueces, defensores y viceversa. Finalmente, todos son sometidos a un intenso control por medio de su exposición pública en una audiencia oral en la que cualquier ciudadano puede participar como público. Todo este sistema de controles tiene un efecto fundamental respecto de la prueba, la que se rinde en el debate de la audiencia y bajo el mismo método de control. En alguna medida importante, el propósito y sentido del debido proceso es precisamente establecer este entorno de control horizontal que legitime las decisiones judiciales y que ofrezca garantías mínimas a las partes.

El problema radica en que todo este complejo sistema de interacciones no es compatible con un amplio control vertical como el que supone la

apelación. Si con posterioridad al juicio las decisiones pueden ser revisadas y modificadas por un tribunal superior que no asistió a la audiencia, entonces todo el sentido del debate se desvirtúa porque las partes y cualquier interesado entienden claramente que lo central no es lo que ocurre en el juicio, ni la prueba presentada en él, sino que las actas del mismo y su posterior lectura por el tribunal serán la base de la decisión que ha de resolver el caso. En el escenario de un sistema de doble instancia clásico, los incentivos para las partes no están puestos en su participación en el debate del juicio sino en la posibilidad de influir sobre las cortes que van a leer las actas (por lo que lo relevante ya no es lo que el juez escuche o perciba, si no que aquello que las actas registren).

Con todo, la configuración de los sistemas procesales penales y los regímenes recursivos es algo que, respetando los mínimos exigidos por el debido proceso, queda dentro del margen de apreciación de los Estados. Por lo tanto, esto no significa que no exista posibilidad alguna de tener un sistema de revisión amplia para los países, pero si se quiere un sistema de doble instancia que respete el debido proceso, ello obliga a que en la segunda instancia exista una audiencia en la que se pueda producir prueba que le permita al tribunal contar con la misma base de información que tuvo el tribunal de instancia como consecuencia del juicio oral. En otras palabras, esto supone un sistema en que la apelación suponga la repetición completa del juicio cada vez que se recurriera de la decisión. Además, se requiere que dicha audiencia cuente con las mismas garantías del debido proceso que el juicio oral contempla.

Estas tres ideas centrales dan cuenta de los diferentes conflictos que rodean el tema en cuestión y que representan los límites en las soluciones que cada país puede dar al momento de articular el derecho al juicio oral y el derecho al recurso. Veremos en los países objeto de estudio cómo estos han articulado esta relación.

2. Análisis comparado de las legislaciones nacionales: resultados

2.1. Elementos comunes a las legislaciones revisadas

Nuestra investigación nos permite constatar que en materia de vías de impugnación de la sentencia condenatoria existe bastante dispersión en términos de los mecanismos concretos que se regulan en cada país. En los casos examinados no existe un recurso que sea exactamente idéntico a otro. Esto se puede apreciar incluso en los nombres que tienen en donde se presenta una enorme diversidad: apelación (Canadá y Colombia, aún con alcances y

contenidos radicalmente diversos), casación (Costa Rica y provincia de Buenos Aires), nulidad (Chile), e impugnación ordinaria y extraordinaria (provincia de Chubut). No obstante esta diversidad de arreglos normativos y prácticas jurisprudenciales que hemos podido presentar en los seis casos de estudio, nos parece que resulta posible identificar algunas tendencias generales comunes a todos ellos, que se pueden agrupar en cuatro elementos que explicamos en lo que sigue. Hay que considerar que se trata de tendencias que se presentan con distintos niveles de intensidad en los diversos casos objeto de estudio. Con todo, nos parece que ellas marcan un cierto estilo u orientación de las legislaciones revisadas y por eso las consignamos ya que forman una suerte de columna vertebral de los sistemas acusatorios examinados.

a) Alejamiento del modelo de apelación tradicional

El examen de las diversas legislaciones entrega como tendencia general un alejamiento de la mayoría de ellas del modelo tradicional de la doble instancia.⁵ En efecto, la tendencia en las legislaciones analizadas es la de operar sobre la base de modelos de revisión que intentan ser respetuosos o consistentes con la oralidad de los juicios, básicamente por medio de limitar la posibilidad de nuevo pronunciamiento del tribunal revisor de los hechos sin que se realice un nuevo juicio. Este es el caso claro del recurso de nulidad contemplado en el nuevo CPP Chileno, el recurso de casación previsto en la provincia de Buenos Aires, el *Appeal Review* de Canadá y la casación prevista en Costa Rica.

No obstante, dentro de ese contexto, también nos parece posible constatar que la mayoría de los sistemas examinados muestran una orientación a ampliar las posibilidades de revisión respecto del ámbito que tradicionalmente establecía la casación histórica. En especial, dicha ampliación se produce en aquellas hipótesis en las que se alega por parte de la persona condenada el haberse cometido en su contra un error grave. En dichas hipótesis se permite un examen más amplio del tribunal revisor⁶.

En general, el problema que se intenta resolver parece ser cómo recoger la posibilidad de revisar un fallo respecto del que se predica un error grave en la apreciación de los hechos pero en el que las hipótesis más tradicionales limitadas a la errónea aplicación de la ley no se configuran con claridad. Esto es, situaciones como la condena de un inocente, o la condena sin pruebas o con pruebas de muy baja confiabilidad, pero en las que no resulta fácil identificar una situación de clara vulneración de un precepto legal por parte del juzgador.

En las legislaciones revisadas es posible constatar la existencia de hipótesis de revisión más amplias de las clásicas estrictamente apegadas a las causales tradicionales de la casación. Al mismo tiempo esas legislaciones procuran mantener vigente al juicio oral como método de juzgamiento, evitando en todos los casos la posibilidad de que el tribunal superior pueda dictar un fallo de reemplazo que suponga una nueva valoración de la prueba sin haber tenido acceso directo a la misma.

b) Existencia de filtros de admisibilidad: carga de reclamo oportuno, carga de presentar el recurso y carga de argumentación específica.

También es posible constatar que todos los modelos revisados operan sobre la base de establecer algunos filtros en la admisibilidad de los casos que conoce. Así, una primera exigencia dice relación con que la persona afectada por el fallo desfavorable está obligada a presentar un recurso. Esto implica que, por lo general, no existen sistemas de revisión automática en donde se produzca una supervisión de la sentencia sin que una persona afectada por la misma reclame por la existencia de algún vicio o perjuicio en su contra.⁷

A lo anterior, se exige que el recurrente, en su recurso, satisfaga algunos requisitos formales básicos, como por ejemplo que presente su reclamo dentro de un cierto plazo.

Sumado a esto, los sistemas objeto de estudio coinciden en exigir que el recurrente deba invocar causales específicas para justificar su pretensión de revisión, las que pueden ser más o menos amplias

5 La excepción a esta tendencia está constituida por la apelación prevista en el nuevo CPP de Colombia.

6 Un ejemplo es el sistema canadiense. Este permite, con algunas restricciones, que el condenado presente un recurso y éste sea concedido por la Corte de Apelaciones cuando el fallo sea considerado no razonable o no tenga apoyo en la evidencia producida en juicio (art. 686 (1) a (i) del *Criminal Code*) o cuando se establezca bajo cualquier causal que se ha producido con la sentencia un *miscarriage of justice* (un atentado o error grave en contra de la justicia) (art. 686 (1) a (iii) del *Criminal Code*).

7 La única excepción respecto de este punto está constituida por la regulación contenida en el artículo 377 del CPP de la provincia de Chubut. En efecto, dicha disposición establece la consulta ante el Superior Tribunal de Justicia (revisión automática) tratándose de sentencias condenatorias que impongan penas privativas de libertad superiores a los 10 años. Como puede apreciarse, se trata de una situación bastante limitada ya que sólo es procedente en sentencias condenatorias (es decir a favor del condenado) y en la medida en que la pena impuesta sea de privación de libertad a un monto bastante alto. En consecuencia, se trata de una situación bastante excepcional no sólo en comparación con el resto de las legislaciones examinadas sino que tratándose de la realidad de la propia Chubut.

dependiendo de cada caso. La exigencia, además, supone que el recurrente debe hacer un esfuerzo argumentativo básico para justificar o sustentar la causal que ha invocado (vgr. Chile y Colombia).

Asimismo, en ninguno de los casos se contempla un sistema de revisión general en que, a propósito de un recurso presentado por el afectado, se habilite al órgano revisor a hacerse cargo de oficio de todos los errores que potencialmente pueda contener el fallo recurrido. Como puede apreciarse, la identificación de las causales específicas que hace el recurrente al interponer su recurso tiende, por regla general, a fijar el ámbito de competencia en el que el tribunal revisor se pronunciará.

En conjunto con las exigencias anteriores, en la mayoría de las legislaciones se requiere que cuando el fundamento del recurso esté constituido por un hecho acontecido durante el desarrollo del procedimiento, este haya sido objeto de reclamo oportuno en el momento en que haya tenido lugar (por ejemplo los artículos 376 del CPP de la provincia de Chubut, artículo 377 del CPP de Chile y artículos 448 n° 1 y 449 del CPP de la provincia de Buenos Aires). La lógica detrás de esta exigencia tiene que ver con establecer incentivos a las partes para que los vicios o defectos que se producen en el desarrollo de un proceso y que puedan afectar la legitimidad del resultado de un caso sean resueltos tan pronto ellos se produzcan. En la contracara, por vía de la preparación del recurso se pretende evitar que las partes guarden algunas “cartas debajo de la manga” para intentar invalidar un caso si es que no quedan conformes con la sentencia.

c) Efectos de la admisión de fondo: restricción a la facultad de dictar sentencia de reemplazo

La tendencia general de los sistemas estudiados es que el principal efecto de la admisión del recurso es la anulación del juicio y el reenvío del caso a un tribunal no inhabilitado, es decir, conformado por jueces distintos, para la realización de un nuevo juicio. Además, en todos ellos se establece la posibilidad de que el tribunal revisor dicte una sentencia de reemplazo al acoger el recurso, situación que se limita o restringe a algunas hipótesis bastante específicas. En general, la posibilidad de dictar sentencia de reemplazo en el evento de acogerse un recurso está limitada a casos en los que la discrepancia entre la decisión original del tribunal de instancia y la del tribunal revisor se dé en materia de la correcta aplicación del derecho al caso. En cambio, cuando la diferencia se presenta a nivel de apreciación de hechos o valoración de la prueba presentada en el juicio, el efecto normal de la admisión de fondo de un recurso será la de anulación del juicio y la sentencia original y su posterior reenvío a un tribunal no inhabilitado para la realización de

una nueva audiencia en la que se presente de nuevo la prueba producida en el juicio original.⁸

d) Avance en concepción del recurso como un derecho del imputado

En primer lugar, las diversas legislaciones estudiadas han avanzado en darle un mayor espacio a utilizar las vías de impugnación al condenado. En algunos casos esto se hace permitiendo que sólo el condenado pueda recurrir en contra de una sentencia condenatoria (vgr. Canadá), en otros limitando las facultades o hipótesis en las que el Ministerio Público o la víctima (querellante) puedan impugnar las sentencias definitivas (vgr. Chubut). La completa bilateralidad del procedimiento es una cuestión que tiende a atenuarse como regla común en los sistemas examinados.

En los países que mantienen una estructura aparentemente bilateral de los recursos, la revisión detallada de las causales de procedencia permite sostener que varias de ellas sólo son procedentes en favor del imputado, por ejemplo en aquellos códigos en donde se han incorporado causales asociadas a la posibilidad de revisar condenas injustas.

En su oportunidad señalamos que la regla general era que los tribunales superiores estaban limitados a las causales invocadas en forma explícita y específica por la parte agraviada. La excepción a dicha situación estaba en casos en que se tratase de vicios que afectaban garantías fundamentales de manera clara (vgr. Chile). Como se puede apreciar, al tratarse de violaciones de derechos fundamentales, normalmente se trata de situaciones en beneficio del condenado.

2.2. Estrategias para ampliar parámetros de revisión

En ese contexto, nos ha parecido útil en esta sección identificar cuáles son las principales estrategias adoptadas en las legislaciones analizadas para establecer sistemas recursivos más abiertos en favor del condenado.

a) Fórmulas orientadas a disminuir la posibilidad de la declaración de inadmisibilidad por razones formales

Como mencionamos en la sección anterior, en la actualidad todas las legislaciones examinadas mantienen algunos requisitos de admisibilidad básicos de los recursos. La regla general, como vimos,

.....
⁸ Nuevamente la excepción a esta lógica está constituida por el caso colombiano en donde la práctica indica que la sentencia de reemplazo opera como el efecto general al concederse los recursos de apelaciones.

es que dichos requisitos están asociados a lo que se considera exigencias mínimas. La tendencia detectada ha sido la de limitar las exigencias formales en la interposición de los recursos de manera de facilitar el acceso a las personas perjudicadas por la sentencia recurrida, privilegiando así que los recursos sean resueltos en el fondo y no en etapa de admisibilidad de los mismos. Este es el caso claro de Chile y Costa Rica.

b) Fórmulas orientadas a ampliar las hipótesis de reclamo y revisión

En los países en estudio se ha podido constatar una tendencia general a salir del esquema restringido de causales de procedencia y contemplar un sistema mucho más abierto. Esto se refleja en dos áreas. En primer lugar, existe una tendencia a abandonar normas de procedencia del recurso que contienen listados taxativos de vicios o errores que dan lugar al recurso, reemplazándolas por normas que establecen causales genéricas de amplitud muy significativa. Ejemplos de esto son el recurso de nulidad previsto en la legislación chilena y la apelación canadiense que operan sobre la base de causales genéricas tales como “infracción sustancial de garantías” o “*miscarriages of justice*”.

Una segunda área que da cuenta de este cambio es la tendencia en las legislaciones revisadas de ampliar el ámbito de revisión incluyendo la infracción de disposiciones constitucionales (por ejemplo la provincia de Chubut), de doctrinas jurisprudenciales (casación de la provincia de Buenos Aires) e incluso las normas contenidas en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (recurso de nulidad en Chile).

c) Arreglos orientados a adelantar las causales de revisión

Una tercera vía de ampliación de los recursos tiene que ver con el hecho de que varias de las legislaciones revisadas han incluido como hipótesis de procedencia causales que son típicamente las que dan lugar a la revisión de una sentencia ya ejecutoriada, es decir, casos en los que sucede un hecho o se toma conocimiento de un antecedente no disponible al momento del juicio original en el que se da cuenta de la inocencia del condenado o de un error judicial grave que debe dar lugar a la anulación de la sentencia condenatoria. Todo esto sin perjuicio de mantenerse el recurso de revisión como una opción posible una vez ejecutoriada el fallo condenatorio original (vgr. provincia de Buenos Aires, artículo 449 en relación al 467 del CPP).

d) Existencia y ampliación del recurso de revisión

Otra fórmula destinada a ampliar la posibilidad de revisar un fallo condenatorio en los países estudiados tiene que ver con la existencia de un mecanismo complementario a las vías de impugnación tradicionales como lo es el recurso de revisión. Con la excepción de Canadá, país que contempla una posibilidad administrativa de revisión, el resto de los países estudiados establece un recurso autónomo (recurso de revisión) que permite dejar sin efecto a un fallo condenatorio ya ejecutoriado cuando sucede o se descubre un hecho o se toma conocimiento de un antecedente no disponible al momento del juicio original en el que se da cuenta de la inocencia del condenado o de un error judicial grave.

Con todo, nos interesa destacar una tendencia de las legislaciones actuales a abrir las causales de su procedencia. En sus formatos más tradicionales las hipótesis de procedencia de la revisión solían referirse a circunstancias extremadamente específicas, como por ejemplo, el que el condenado por un homicidio pudiera demostrar que la supuesta víctima estaba viva. En la actualidad es posible apreciar que las causales legales no sólo se limitan a ese tipo de situaciones específicas, sino que contemplan también una causal genérica de procedencia que permite cubrir varias hipótesis no contempladas en causales más cerradas.

2.3. Conclusiones

En este trabajo hemos podido observar cómo los sistemas recursivos establecidos en seis países diferentes presentan una enorme diversidad, incluso en aquellos casos en que se presentan con nombres comunes. En buena medida, esto es producto de que en todos los países de la región ha existido una evolución muy importante de sus sistemas procesales. En consecuencia, incluso para los países que partieron de una misma base, como por ejemplo la casación tradicional, las regulaciones actuales reflejan muchos cambios y hacen imposible hacer juicios acerca de esos recursos sólo por su nombre o el punto de partida en el cual se fundan.

Nos parece claro que la evolución experimentada por las legislaciones estudiadas en materia recursiva se ha orientado en la dirección de permitir que los recursos contra las sentencias condenatorias sean lo más abiertos y amplios posible, intentando compatibilizar dicha apertura y amplitud con las exigencias que impone la instauración de un modelo acusatorio oral respetuoso del debido proceso.

Es a partir de estas consideraciones que podemos decir que en realidad la mayor o menor amplitud de las posibilidades de control que se plantean en la casación u otros recursos previstos en las

legislaciones estudiadas no pueden ser analizadas de manera abstracta, porque es necesario examinar cuál es la naturaleza del reclamo específico y luego, cuál ha sido la actitud del tribunal frente a ese reclamo. Es decir, para poder establecer si en una situación determinada se ha vulnerado el derecho a recurrir, es necesario establecer con toda claridad cuál es la imputación que el recurrente formula en contra de la condena; luego es necesario verificar si esta imputación -aun en el caso de ser verdaderas suficientemente grave en términos de requerir la revocación del fallo y, finalmente, es necesario determinar si es que la imputación planteada puede o no ser analizada en el marco de revisión establecido en el recurso admitido por la legislación local. Si la respuesta a todas estas cuestiones es positiva y, aun así, el tribunal que conoce del recurso no se pronunció sobre su contenido, entonces estamos frente a un problema de práctica y no a uno de diseño legal. En cambio, si es que la imputación planteada, siendo grave, no puede ser conocida en el marco del recurso entonces sí existe un problema de diseño legal. Pero aún en este caso una posible solución no está en establecer necesariamente un recurso amplio del tipo de la apelación tradicional sino que es posible ampliar las causales de la casación, que como hemos visto pueden llegar incluso a las cuestiones de hecho, o pensar en modelos recursivos más novedosos como ocurre en varios ejemplos analizados en este estudio.

Como puede observarse, una solución general y abstracta que se pronuncie respecto de una mayor amplitud en la revisión de un fallo de un juicio oral no es una cuestión inocua; por el contrario, es necesaria la existencia de un equilibrio muy delicado entre el derecho al juicio oral que toda persona tiene y el derecho a recurrir de dicha sentencia. Para ello se requiere análisis de los sistemas procesales penales concretos y ver en cada caso si la configuración existente es capaz de resguardar el equilibrio mencionado para la efectiva vigencia de ambas garantías.

Estas ideas quedan claras si echamos una mirada a un aspecto que ha sido largo objeto de debate en la región respecto del recurso de casación tradicional. Un típico problema o debilidad que tenían los sistemas tradicionales de casación en América Latina se producía cuando el recurrente planteaba que la sentencia debe ser anulada como producto de un error del tribunal al apreciar la prueba, típicamente cuando el tribunal daba por probados ciertos hechos relevantes respecto de los cuales la parte recurrente sostenía que la prueba no era suficientemente convincente o no existió del todo. En este tipo de situaciones, se señalaba que la casación presentaba limitaciones estructurales para resolver.

Este tipo de apreciaciones se basaba en un error ya que en un sistema de control por la vía de la

casación, incluso en sus versiones tradicionales, no estaba excluido el control del tribunal superior sobre asuntos como los planteados. La doctrina desde antaño sostenía en forma bastante consensuada dicha posibilidad de control.⁹ Si bien en principio la casación en su versión más tradicional estaba restringida a la revisión de los aspectos jurídicos de un fallo, el control sobre el respeto de varias de las regulaciones legales referidas al juicio y la sentencia admitían la posibilidad de un control importante sobre el modo en que el juzgador daba por establecidos los hechos de la condena. Por ejemplo, si la parte condenada considera que la condena había sido errónea por una incorrecta apreciación de la prueba, podía invocar la violación de las reglas que la gobernaban o aquellas que regulaban la fundamentación de la sentencia y que exigían que esta fuera consistente con la lógica. También se podía invocar una violación al estándar probatorio que exigía un cierto nivel de convicción, o directamente una violación a la presunción de inocencia que obligaba al acusador a probar su caso.

Más allá de estas posibilidades, lo que hemos visto en este trabajo es que incluso en aquellos países que mantienen un recurso estructurado a partir de este modelo recursivo, la casación tradicional ha sido superada y ha evolucionado de manera de ampliarse en forma significativa. Por cierto esto ha ocurrido en forma mucho más evidente tratándose de las legislaciones procesales penales que abandonaron la casación como vía de impugnación (vgr. Chile, provincia de Chubut), pero también en aquellas que la han reformulado (vgr. Costa Rica y provincia de Buenos Aires) manteniendo su nombre y contenido general.

.....

9 En relación a este tema la doctrina es amplia. Véanse como ejemplos: Enrique Bacigalupo, *La Impugnación de los Hechos Probados en el Recurso de Casación Penal*, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 1994, págs. 55 a 71; Alberto Binder, Op. Cit. págs. 289 y 292; Fernando De la Rúa, *La Casación Penal*, Depalma, Argentina, 1994, págs. 3, 38 y ss.; Enrique Paillas, *El Recurso de Casación*, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1999, págs. 139 y ss.; Daniel Pastor, *La Nueva Imagen de la Casación Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, págs. 134 a 146.

La prisión preventiva en América Latina

Para tener un panorama respecto de la aplicación de la prisión preventiva en América Latina, Sistemas Judiciales realizó una serie de preguntas a distintos operadores de justicia en [Argentina](#), [Bolivia](#), [Chile](#) y [Ecuador](#).

1. ¿Cómo está funcionando la prisión preventiva en su país? ¿Cuáles son los 3 principales problemas o temas esenciales que requieren de mayor atención en este tema?
2. ¿Cuáles son los obstáculos que ve en la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva? ¿Qué recomendaciones plantearía para superarlos?
3. Desde su rol ¿percibe que existen presiones para la utilización de la prisión preventiva? ¿De qué sectores cree que provienen?

ARGENTINA

Entrevistas realizadas por Santiago Martínez y Elena Godoy

Andrés Harfuch, defensor general del partido de San Martín, provincia de Buenos Aires, Argentina.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Bueno, no sé si se podría decir de toda la Argentina porque la verdad que la Argentina, las distintas provincias, son distintos sistemas legales, bastantes avanzados algunos de ellos. Y para mí un sistema procesal o penal avanzado es aquel en el cual la prisión preventiva es lo que debe ser: un recurso de *ultima ratio* y de muy corta duración. Lamentablemente donde yo estoy, que es la provincia de Buenos Aires, es casi como si fuera un gran país, incluso más grande que los países latinoamericanos, la prisión preventiva es pena anticipada, tiene una duración grosera. Es una pena anticipada. Se la usa para castigar, para anticipar los fines del proceso penal, los fines del sistema penal y es así como se la utiliza. A pesar de que ha habido grandes esfuerzos por moderarla, algunos de ellos exitosos, como ha sido el tema de la flagranza, que permitió acortar

los tiempos del proceso penal para que no excedan los 90 días por lo que la prisión preventiva carece de cualquier problema de duración constitucional.

2.

Hay varios factores. Para mí la gran sustitución a la prisión preventiva es el tiempo. Por más que inventemos pulseras electrónicas, medidas afirmadoras de la actuación como pueden ser los arrestos domiciliarios, que también tienen sus problemas, habría que hacer una investigación de campo a los presos que tienen pulseras electrónicas por ejemplo para ver qué opinan. Es un sistema de control muy fuerte y no les permite moverse en un radio de más de cincuenta metros; por supuesto siempre es mejor que estar en una prisión. Pero también es verdad que hay presos con pulseras electrónicas que están así lo que dura la prisión preventiva, que en la provincia de Buenos Aires puede durar siete u ocho años hasta que obtenga la sentencia firme. Entonces, yo creo que el verdadero antídoto contra la prisión preventiva es reducir los tiempos o castigarlos como se hace en Estados Unidos donde después de una determinada cantidad de días si no se ha logrado llevar a juicio, la prisión preventiva debe desaparecer. Entonces creo que ese es el gran correctivo. Mientras tanto todo lo demás serán cuestiones que implican un reordenamiento de los sistemas administrativos. El sistema de pulseras es bastante caro, tiene problemas de provisión, hay listas de espera, sumado a que ahora hay un gran temor entre los

jueces a administrarla por problemas de reincidencia, etc. Todas esas son trabas pero no atacan el problema fundamental que es que los Estados han tenido que recurrir a este sistema de prisión preventiva por la sencilla razón de que no pueden acortar los tiempos de los procesos. Como no pueden tener a la gente tanto tiempo encerrada sin condena entonces buscan una solución de atenuación. En realidad se olvidan de atacar el problema de fondo que es la duración del proceso penal.

Después está la cuestión de orden cultural. Una de las cuestiones del sistema inquisitivo es que parte de la idea de que el acusado debe estar preso desde el mismo momento de la imputación y después se pone en marcha el mecanismo para liberarlo, cuando debería ser al revés. El imputado, por definición debería estar libre, y en casos absolutamente excepcionales y muy graves, se lo puede privar preventivamente de la libertad por un muy corto tiempo.

El proceso penal tendría que ser, primero, oral y público -hablo de la fase que es la aplicación de la prisión preventiva que es de preparación penal por sobre todas las cosas-. Debería ser absolutamente oral y pública y con límites muy precisos en los tiempos. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires se decidió que los juicios de flagrancia tengan una duración en la investigación preparatoria de veinte días y a partir de allí otros sesenta hasta ir a un juicio oral. No veo por qué razón no puede aplicarse eso al resto del universo de los delitos. Fue una división puramente contextual. Con lo cual allí sí creo que la prisión preventiva perdería su sentido como castigo anticipado. Por supuesto que es común que en determinados distritos y localidades es usual que un acusado por robo con arma esté detenido desde el principio de la imputación, por el tema de la pena en expectativa. Eso debería cambiar inmediatamente y sólo reservarse para casos gravísimos, siempre y cuando lo amerite. Pero creo que debería ser un proceso absolutamente oral, público, con la presencia indiscutida del imputado ahí, la asistencia del bloque conforme y, por supuesto, en el caso de llegar a juicio oral, la participación ciudadana. Los defensores tienen que aprender a hacer pesar lo que significa para el conteo final de la pena que la persona haya estado en prisión preventiva quizás años sin certeza de si lo iban a absolver o a condenar.

3.

Yo creo que en muchos lugares es cultural. He estado en lugares donde miembros del Poder Judicial, absolutamente bien intencionados, toman como algo totalmente natural que el imputado esté encerrado desde el principio. Lo que pasa es que esto obedeció a sistemas muy regresivos de justicia imperantes en nuestro país desde hace más de 120 años y esto lleva naturalmente a este tipo de

concepción. Estados Unidos, que es un país de altísima instrucción, realmente se ha asegurado de que se cumpla el principio de libertad durante el proceso. Entonces, esa es otra cosa, el imputado por delitos gravísimos acude en libertad al procedimiento. En Argentina, el gran problema es cultural dentro del Poder Judicial, a lo que se le suma la exacerbación de los medios masivos de comunicación que creen que con la prisión preventiva se combate el delito, lo cual es una verdadera ilusión, porque no es así. Entonces sumamos un cocktail que es difícil de desmontar. Pero lo primero que creo es que se debe trabajar fuertemente sobre los cambios de los sistemas de justicia y eso no rápidamente, sino lentamente, va a llegar a otras consideraciones culturales del sistema judicial.

Martín Zacchino, fiscal general de la provincia de Chubut, República Argentina.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Yo podría hacer una comparación o una explicación de que en mi país, de acuerdo al régimen federal, cada uno de los Estados federados, cada una de las provincias, tiene su propia ley procesal que regula la prisión preventiva de distintas maneras. En términos generales no ha sido utilizada la prisión preventiva a nivel nacional con la finalidad que la propia Constitución Nacional indica. Es decir que podríamos decir que la prisión preventiva ha sido una suerte de anticipo de pena, fundamentalmente, con todas las reglas que han dificultado los trámites excarcelatorios por ejemplo, para combatir flagelos tales como la inseguridad. No es la misma realidad que se vive en la provincia de Chubut donde, desde el 31 de octubre de 2006, rige un Código Procesal Penal de neto corte acusatorio donde la prisión preventiva se ha encarrilado o ha tomado la forma que el legislador constituyente ha pretendido para esta figura. Por lo tanto, haciendo este balance, la prisión preventiva en Argentina no es el instituto que goce de mayor legitimidad constitucional con la salvedad de algunos Estados provinciales tales como el caso de la provincia de Chubut.

Los temas centrales que requieren mayor atención: primero, saber cuál es la finalidad que el órgano acusador pretende para este instituto, me refiero al fiscal y, fundamentalmente, a la homologación jurídica de esta pretensión; y un segundo factor importante o factor de riesgo a tener en cuenta es la no utilización de la prisión preventiva como una herramienta de los legisladores, del Poder Legislativo de cada uno de los países, para resolver problemas que son atinentes a otros problemas de otros

Poderes. Me refiero concretamente: el Ministerio Público Fiscal, o el órgano residente debe hacer su análisis de la utilización de la prisión preventiva fundamentalmente en dos supuestos: cuando su investigación corra alguna dificultad, se vea entorpecida o frustrada por el imputado en libertad, que puede inducir a testigos, o que pueda hacer desaparecer pruebas importantes. Creo que ese es el único aspecto en el que el fiscal puede requerir la prisión preventiva. Y el otro, también relevante, es el peligro de fuga del sospechoso fundamentalmente cuando se dan situaciones de falta de arraigo o una amenaza de pena muy importante que haga presumir que va a eludir la acción de la justicia. Yo creo que hay un tercer ingrediente que debe tener en cuenta el fiscal a la hora de petitionar estas medidas cautelares que es la posibilidad concreta que tenga el Estado de realizar la ley penal, es decir que efectivamente el poder punitivo del Estado tenga un destinatario, que pueda asegurarse ese destinatario y, en algunos casos, eso se logra sólo a través de la prisión preventiva.

2.

Por empezar, ninguna medida alternativa o moderadora de los efectos de la prisión preventiva, tienen sentido si no tenemos como plafón o base un procedimiento ágil y acotado en el tiempo. Porque si no, no sólo pierde el efecto la medida cautelar sino que es muy fácil vulnerarla por parte del imputado, inclusive involuntariamente porque las restricciones alternativas a la prisión preventiva muchas veces son gravosas de todos modos. Una prisión domiciliaria, por ejemplo, es una medida gravosa; las fianzas son otra opción y son económicamente importantes. Esto no tiene por qué ser dilatado en el tiempo. Este es el principal problema que debería resolverse para echar mano a las medidas sustitutivas. Por lo tanto hablamos de un proceso ágil que debe llegar a ser definido principalmente en juicio en un tiempo muy acotado, entre unos pocos meses, pese al delito que el fiscal está investigando. Otros inconvenientes son, por ejemplo, aquellos que se refieren a la aplicación de la prisión preventiva cuando no existe, en el Estado en que se trate, lugares de alojamiento recomendados constitucionalmente para albergar a estas personas que están esperando un proceso, un juicio, privados de su libertad. Y esto muchas veces no se suple sencillamente con las medidas sustitutivas o algunas medidas alternativas. Porque hay casos de suma peligrosidad, de algunos sospechosos que no ameritan la prisión preventiva por aquellas otras causales que mencioné, peligro de entorpecimiento o peligro de fuga, y que implica una vigilancia por parte del Estado un poco más estricta pese a no estar esperando su juicio encarcelado. Y en muchos lugares del país no existen fuerzas de seguridad entrenadas especialmente para custodiar o vigilar a estas

personas que en libertad están esperando su juicio. Este es un problema importante porque su burlan muy fácilmente algunas restricciones impuestas por el juez.

Las recomendaciones, bueno, son recomendaciones importantes. Fundamentalmente a nivel legislativo. Creo que el fiscal debiera contar con alguna herramienta un poco más eficiente de discrecionalidad al momento de escoger los casos que va presentar en juicio. Este poder discrecional del fiscal debiera ser adecuadamente controlado por la contraparte, inclusive en muchos casos también judicialmente. Lo que nos va a llevar a un número de supuestos del proceso penal mucho más acotados para tener que aplicar una prisión preventiva, y esa discrecionalidad del fiscal tendría que tener relación con todas las etapas previas del proceso donde las soluciones empiezan a ser una respuesta adecuada por otros carriles que no sean necesariamente el proceso penal. Y al no hablar del proceso penal no tendríamos que estar hablando de prisión preventiva. Eso por un lado. Por otro, creo que las personas privadas de su libertad en prisión preventiva deberían responder a un porcentaje 80/20, es decir un 20% de detenidos con prisión preventiva contra 80% de condenados, como son las cifras de Chubut. Esto se logra a través de procesos más ágiles, obviamente organizados, donde la prisión preventiva, para el caso de dictarse, tenga una escasa duración -en muchos casos de pocos días o algunos meses- lo cual bajaría mucho el efecto nocivo que esta medida conlleva. Y por otro lado, para el caso de ser necesaria, las personas privadas de su libertad tendrían que estar destinadas a lugares de alojamiento especiales que no tengan una referencia de identidad con lo que entendemos es un establecimiento carcelario o una alcaldía, sino simplemente un establecimiento con una adecuada custodia pero para personas que son inocentes hasta que un fiscal demuestre lo contrario en un tribunal.

No concibo otra manera que un proceso penal que oralice las etapas previas al juicio. Creo que a mayor discrecionalidad del fiscal y con la meta de un juicio llevado a cabo en poco tiempo, indefectiblemente tenemos que empezar a pensar en un proceso de investigación totalmente desinformalizado donde los datos más importantes o relevantes que usa el fiscal, y eventualmente el juez, para resolver una cuestión, estén soportados en un medio que no sea el papel o un expediente. Obviamente todas las etapas previas deben ser oralizadas porque no sólo la oralidad hace a la agilidad del sistema sino que la propia oralidad nos lleva a los operadores, y así es en la experiencia de mi provincia, a resolver en audiencias que están fijadas a un solo efecto muchas otras cuestiones que no estaban pensadas y que las tornan en audiencias multipropósito. Esto implica que tal vez en tres o cuatro jornadas de audiencia,

llevadas a cabo en muy poco tiempo, podamos lograr la resolución final del caso con los elementos colectados con el fiscal, compartidos con el defensor y homologados por un juez. Cuando hablo de agilidad me refiero a un desacartonamiento del proceso penal que nos lleve a poder correr la carrera justa contra el tiempo y que no sea en desmedro de la investigación y mucho menos de una persona que espera la realización de ese juicio en muchos casos privada de su libertad.

3.

Presiones siempre van a existir. En mi caso en particular percibimos fundamentalmente desde el sector policial y desde los Poderes públicos, es decir, fundamentalmente desde el Poder Ejecutivo. Esto se lo atribuyo no a la bondad ni a la maldad de las personas sino a un resabio, una costumbre muy arraigada en nuestra sociedad que vislumbra el trabajo policial preparatorio, el que detiene una persona en flagrancia, como un logro de toda la comunidad, un juicio sin juicio -virtud esta que muy pocos jueces tienen-. Es un juicio prácticamente popular sobre una situación que en realidad todavía nadie conoce. Cuando el fiscal ahonda en estas circunstancias de hecho que han sido llevadas para su análisis y determina que en realidad lo que parecía tan grave no lo era, obviamente no por su sola percepción sino basado en un análisis casuístico, mediante la evidencia colectada, evidentemente esta forma de compartir este conocimiento es muy difícil cuando la comunidad no se entera qué es lo que en realidad ha pasado.

Una forma interesante de paliar esta situación la hemos verificado a través de la publicidad de las audiencias donde el fiscal, pública y oralmente, da a conocer todos estos pormenores, y la sociedad y también los otros Poderes del Estado empiezan a interpretar y comprender cuál es el rol y la razón de ser de la decisión del fiscal. Pero fundamentalmente esta decisión debe conocerla de primera mano, y en lo posible de la propia boca del fiscal, la víctima del caso, cualquiera que sea, para que comprenda y en muchos casos acompañe la decisión del fiscal que estratégicamente va a pretender para su caso, la solución mas favorable.

Y por último, otro factor grande de presión está dado por los medios masivos de comunicación que no sólo hacen de los hechos policiales episodios de mera información sino que también hay un lucro empresarial en torno a todas estas cuestiones que suscitan tanto interés en la comunidad. Creo que el Poder Judicial, y fundamentalmente el Ministerio Público Fiscal, debiera realizar una estrategia comunicacional con una fuerte inversión de recursos en este sector, no sólo económicos sino también de profesionales de la comunicación, que sean los encargados de hacer los nexos necesarios con los medios periodísticos para no

sólo informar a la comunidad dentro de la marcha que la gestión del Ministerio Público sino también para morigerar de algún modo este efecto nocivo que es el que en definitiva termina siendo una presión para el fiscal a la hora de solicitar una medida tan grave como lo es la prisión preventiva.

Alberto Funes Palacios, juez de garantías, Concordia, provincia de Entre Ríos, Argentina.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

En Entre Ríos, previo a la sanción de la reforma, nosotros teníamos un Superior Tribunal que ha estado en la vanguardia en muchos aspectos respecto de prisión preventiva, en donde se planteaba la idea de la prisión preventiva cuando no había ninguna otra alternativa de medidas de coerción. La prisión preventiva debía ser la *ultima ratio* y como *ultima ratio* debía el juez, en el análisis, excluir todas las posibilidades de aplicar institutos morigeradores. Esto era ya previo a la implementación del Código. Luego pasó algo que entiendo como muy importante: los operadores del sistema, que son los actores principales como los fiscales y los defensores, y sobre todo en Concordia que trabajamos con defensa pública, limitaron, incluso temporalmente, los pedidos de prisión preventiva. En la actualidad se está realizando así. Los fiscales están pidiendo prisión preventiva por tiempos limitados. La máxima que hemos puesto es por tres meses. Hemos puesto prisión preventiva por ejemplo por dos meses, veinte días. Y a esta altura de la aplicación del Código ya hemos encontrado en situación de revisión de la prisión preventiva ya dictadas. Eso nos ha llevado, obviamente en esta nueva aplicación, a exigirle al fiscal una refundamentación de la prisión preventiva para mantenerse en el caso de que el fiscal la pidiera, sobre todo en base a los elementos probatorios y en base a los elementos que habían puesto como argumentativos para solicitar el pedido de prisión preventiva. Por eso lo que puedo decir es que en la actualidad, por ejemplo, en el nuevo sistema, en la jurisdicción hay alrededor de 14 personas con prisión preventiva, todas con fechas ciertas y varias de las que estaban con prisión preventiva ya vencida fueron convertidas o sustituidas por medidas de coerción como prisión domiciliaria o muchas veces nos ha bastado con el cambio de domicilio de la persona de lugar de residencia o impedir acercamiento al lugar donde ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta las particularidades de que se trata de una ciudad pequeña y donde por ahí la presencia de la persona que está implicada en la comisión de un hecho puede significar una medida intimidatoria para los testigos.

Yo diría que el primer tema sería el aspecto de que aún es muy poco el tiempo que llevamos de cambio de sistema. Así que el primer aspecto que pondría sería la capacitación para el destierro de esa mentalidad inquisitiva que queda en el operador. O sea, dar el giro hacia un sistema estricto de corte acusatorio como es la pretensión, sobre todo de los operadores, incluso el Superior Tribunal a través de las acordadas que ha realizado las cuales han profundizado la reforma del Código al ordenar a los operadores la revisada de audiencias contradictorias. En primer lugar, esto, y agregaría una recapacitación, todavía más profunda de todos los operadores, incluyéndome.

Y el segundo aspecto es que necesitamos también poder expandir los institutos morigeradores y sistemas de control más adecuados. Lo que estamos aplicando en la actualidad es exclusivamente la presencia de la persona que ha sido imputada ante el Ministerio Público Fiscal y entiendo que necesitamos algunos otros elementos como informes de asistentes sociales o agentes que puedan controlar el cumplimiento de las normas de coerción que se imponen.

El otro aspecto fundamental es algo con lo que estamos por empezar que, si bien se viene haciendo, no con la profundidad con la que se va a hacer ahora, que es el control de los lugares de alojamiento y detención. Considero fundamentales las condiciones de salubridad, de espacio y dignidad, siempre y cuando entendamos que no se está cumpliendo una pena y, aunque así fuera, los lugares tienen que ser dignos, sino se estarían violando los Derechos Humanos, en los casos que no queda otro remedio que la persona quede en prisión.

2.

Nosotros creíamos que iba a ser un inconveniente el público en general. Y personalmente fui el primero de los dos jueces de garantías que comenzó a permitir el ingreso de la prensa en las audiencias y en audiencias que eran sustitutivas y en las que se imponían medidas de coerción, incluso en aquellas en las que se denegaban prisiones preventivas a pedido del fiscal, y no hemos tenido una respuesta adversa en una ciudad que tiene conflictos de delictuosidad. Creo que ha sido importante el nivel de simplicidad y sencillez para la comprensión de las resoluciones por el público en general. Entiendo que hay casos y casos, pero por ejemplo, hay una causa en la cual no hice lugar a una prisión preventiva sino que fue un homicidio donde se resolvió sacar a la persona del barrio, como medida de coerción, obligarlo a presentarse ante la fiscalía y no mantener contacto con los testigos y esta medida sustitutiva, perfectamente interpretada por los medios, creería que fue suficientemente fundada también, eso ayudó bastante y no hubo cuestionamientos públicos.

Y como propuesta creo que tenemos que bajar tanto los operadores como todos los que tenemos alguna vinculación con el sistema penal en difundir y hacer más simple la comprensión de este sistema para que justamente no existan equívocos y la gente comience a comprender el sentido de que recién una persona tiene una condena a través de una sentencia firme. Y que impera en nuestro país, y sobre todo en nuestra jurisdicción, irrestrictamente el principio de inocencia.

3.

Presiones directas los jueces no recibimos. Pero sí entiendo que existen presiones sociales. Hace poco yo participaba de unas jornadas donde se hablaba de los medios, y entiendo que la mayor presión viene de los medios y las situaciones graves de inseguridad que tiene Buenos Aires. Entonces la realidad como se publica y la visión del sistema penal desde lo que publican los comunicadores sociales obviamente genera un efecto en otras jurisdicciones que no tienen los mismos inconvenientes pero similares, y la gente cree que vive con la misma situación de inseguridad o de no tener respuestas como en Buenos Aires. Creo que ese es uno de los inconvenientes de la prisión preventiva. Aparte existe, entiendo, por parte de los operadores de comunicación social, la creencia de que todo se soluciona con más gente detenida y todos sabemos científicamente que esa no es la respuesta. En nuestra jurisdicción, pequeñas pero con importantes niveles de delictuosidad -no se olviden que nosotros estamos a la veda de la ruta 14, con muchos inconvenientes para la seguridad que trae las vinculaciones de esta ruta-, entiendo que lo que nos ha pasado a nosotros con nuestros operadores no ha sido lo mismo que ha pasado a nivel nacional. Hemos encontrado eco en comunicar cómo funciona el sistema y poder ver que los operadores incluso han publicado las resoluciones hasta completas en los medios. Lo que tiene una finalidad bastante pedagógica y sirve para la gente, para que comprenda la que pasa. No ha habido inconvenientes con la población civil. Sí existen reclamos sociales sobre condenas, como en todos lados, pero digamos, creo que la presión la sienten más los fiscales en el sentido de la premura en la tramitación de las causas y los resultados en cuanto a la agilidad de llevar ante el tribunal que dicta sentencia a las personas que ellos consideran culpables de un hecho y obtener sanciones ejemplares, pero eso va a depender de la agilidad y en la agilidad que podamos mostrar en este nuevo sistema y que depende tanto de la actividad y lo proactivo del fiscal. Bueno, creo que ahí es de donde viene la presión. Pero vuelvo a algo que siempre les digo a los fiscales, capaz por los años de experiencia que tengo. Decía yo: “no amen la prisión preventiva”, porque cuando tenemos una persona detenida existe mucha presión para el averiguador para tener

que obtener resultados y eso a veces genera efectos negativos. A veces, desde la faz del investigador, le permite mayor lucidez y menos presiones para lograr resultados más eficientes. Entonces, por eso yo también, aun desde el punto de vista del averiguador, me pongo en la postura de que la prisión preventiva tiene que ser cuando no tengamos ninguna otra alternativa posible.

BOLIVIA

Entrevistas realizadas por Enrique MacLean Soruco

Freddy Guzmán, ex director del Servicio Nacional de Defensa Pública de Santa Cruz, Bolivia.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Yo creo que, primero, partimos de un concepto errado. Porque en Santa Cruz no se llama una audiencia de imputación formal. La llaman audiencia cautelar, como si ese fuese el propósito principal. Los jueces no hacen una distinción, o creo que no la tienen clara, de lo que es la imputación y lo que es la aplicación de medidas cautelares. El tribunal constitucional ha establecido que previamente a cualquier aplicación de medidas cautelares es necesario hacer la imputación. Y la imputación se trata de hechos. Y las medidas cautelares son medidas asegurativas para la presencia del imputado dentro del proceso.

Los jueces, a mi entender, más que hacer un análisis objetivo de la evidencia que podría haber presentado el fiscal y levantada en la etapa preliminar de la investigación se emite un padrenuestro que es popular entre todos y trabaja sobre plantillas, haciendo la de Poncio Pilatos haciendo que sus resoluciones sean revisadas por las salas y sean las salas las que tomen la decisión final sobre el caso.

Los jueces, más que hacer un análisis objetivo de la evidencia, como decía antes, simplemente repiten ya algo preestablecido para ellos. En consecuencia creo que con la aplicación de la ley tan legalistas porque los jueces, los abogados y fiscales vamos a las audiencias y repetimos siempre lo mismo. No hay una constante en esta determinación. No se hace un análisis personalizado de cada uno de los imputados. Por ejemplo, se acusa a un mendigo, y si se dice que no tiene domicilio, no tiene familia y en consecuencia, por aplicación de la ley hay que detenerlo preventivamente, por un supuesto peligro de fuga, cuando la condición misma en la que se encuentra no le daría la posibilidad al imputado

de darse a la fuga, por no tener las condiciones de darse a la fuga. Entonces son hechos que no se valoran, y en algunos casos el juez es muy subjetivo.

2.

Durante la experiencia en el Servicio Nacional de Defensa Pública, los mayores obstáculos que hemos tenido nosotros como defensores públicos han sido que los jueces hacen el trabajo de fiscales. Si mandaron detenida preventivamente a una persona porque no acreditó un domicilio y luego nosotros acreditamos el domicilio, el juez hace una serie de observaciones al punto, a la coma, al destino del certificado domiciliario, por decir. El otro obstáculo para esto es que el delito en todo lo que es violación, asesinato, sustancias controladas, o sea cualquiera de elementos de transporte o tráfico de manera subjetiva ya es un impedimento para poder acceder a las medidas sustitutivas de la detención preventiva. Yo creo que lo que les está faltando a los jueces es ser mucho más objetivos. La medida sustitutiva no lo está liberando a la responsabilidad penal y simplemente parece que es una manito al Estado, o a la incapacidad del Estado de detener a una persona. Se tiene el paradigma de que van a huir. Parece que existe el paradigma de que todos los que son acusados por delito, se dan a la fuga, cuando en realidad eso no es cierto. No hay estadísticas de cuántas personas se han dado a la fuga. Hay muchas personas, por ejemplo, con sentencias condenatorias, declaradas en la misma corte, y no pasa nada. Creo que el Estado no está funcionando en ese aspecto. Ellos se ensañan más con los pobres que con los ricos. Se ensañan más con los débiles que con los fuertes. Se ensañan con los delitos menos graves que con los más graves.

Lo que más atora es que los jueces quieren hacer el trabajo de fiscales, y tienen un conjunto de elementos subjetivos para evitar que las personas salgan con la aplicación de medidas sustitutivas, entre ellas por ejemplo, el delito o la persona misma. Porque hay algunos que rápidamente acceden a este tipo de beneficios y otros no, y el juez a veces no hace un análisis cabal de lo que se puede presentar como para poder acceder a la medida sustitutiva.

El esfuerzo que hace el Instituto de la Judicatura, no ha llegado a un alto porcentaje de todos los jueces designados; no conozco uno solo del Instituto que esté ocupando una vocalía, porque los cambios no se dan solo del estudio, y la aplicación de la ley, sino también de tener una nueva mentalidad. Creo los jueces confunden la aplicación de medidas sustitutivas con una sentencia absolutoria, y los fiscales tienen que controlar que se cumplan las medidas sustitutivas a la detención preventiva, parece que parten del paradigma de que todo el que está libre es para huir de Bolivia, y tratan de evitar que salga libre la persona.

Yo creo que lo que necesitamos es un cambio en el Poder Judicial. Analicemos la situación de quiénes están actualmente. Hemos cambiado un Código, y no hemos cambiado a los operadores del Código; son los mismos. Son la gente que ha sido educada con un sistema inquisitorio. Es necesario un cambio de personas. La gente joven que quiere cambiar no tiene oportunidad de acceso.

Debe haber un cambio no solo de la mentalidad de los jueces sino también de los jueces mismos. Cambió el sistema, pero no cambiaron los jueces. Hay muchos jueces, por lo menos aquí en Santa Cruz, que están casi 20 años como jueces instructores y no han subido más, y hay vocales que se han quedado como vocales, y la gente joven con voluntad de cambio no ha podido participar.

3.

La presión principal que viene es de la prensa. El juez antes de dar explicaciones a la prensa, lo que hace es mejor mandar al imputado detenido preventivamente. A veces los grupos sociales, por ejemplo en casos de violación a menores, se organizan, van a la corte, hay manifestaciones y no dejan al juez trabajar objetivamente en base a lo que le pueda presentar el fiscal. Y los fiscales no hacen su trabajo porque saben que tienen esa ventaja para poder obtener esa detención preventiva. Es una especie de círculo vicioso que hay que corregir, primero educando a la prensa, porque cuando uno escucha o ve la prensa, hay una confusión de terminología, y segundo creo que la gente, los ciudadanos, tienen que entender que el sistema no está pensado para delincuentes, sino para gente inocente que puede ser enviada a Palmasola o a un centro de detención sin que realmente concurran los elementos. Hay que hacerles entender que el nuevo sistema protege a los buenos ciudadanos

Milton Mendoza, presidente de la Asociación de Fiscales, Bolivia.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Creo que no está muy bien porque se ha desnaturalizado la esencia de la detención preventiva. Primero, ver las estadísticas, o sea, el principal problema o cuestionamiento para el cambio de sistema, fue que había muchos detenidos preventivos y pocos condenados, lo que hacía que el sistema de justicia no aseguraba una conclusión del proceso penal, en realidad del conflicto penal. En la actualidad, pese al transcurrir de este tiempo y de este avance en la práctica del nuevo sistema procesal penal, las estadísticas siguen reflejando lo mismo: muchos detenidos preventivos, y pocos detenidos con condena. Un principal fenómeno que debemos destacar.

En segundo lugar, todavía los operadores de justicia, policías, fiscales y jueces, siguen entendiendo la detención preventiva como una necesidad para resolver el conflicto penal, sin olvidarse de que esa es una necesidad excepcional, no es una regla. Pero lamentablemente se ha desnaturalizado aquello y la detención preventiva sigue siendo parte de la solución del conflicto penal. Desde un punto de vista de la extorsión para resolver el conflicto penal o desde el punto de vista de satisfacer la necesidad o ansia de justicia que tiene la ciudadanía, entonces está la detención preventiva, sin importar las condiciones o requisitos que pudieran concurrir para esa decisión.

Y en tercer lugar creemos que si bien el legislador no ha tomado algunos aspectos que deberían introducirse como requisitos para la detención preventiva, por ejemplo la flagrancia o los procesos sumarios después de flagrancia que resuelvan el conflicto penal, lo que está pasando es un tema indiscriminado de detenidos preventivos no por la flagrancia, sino por la gravedad del hecho, lo que también es un aspecto que desnaturaliza el instituto de la medida cautelar de la detención preventiva

2.

El principal obstáculo creo yo es que no se utilizan las medidas sustitutivas. Yo creo que hay también un ligero abuso, porque las medidas sustitutivas tendrían que ir a asegurar la presencia del procesado o asegurar que este no influya o no tenga ningún tipo de contacto con el hecho que se está investigando o los medios de prueba, como pueden ser testigos, etc., pero si usted se fija, la soluciones que se adoptan, son diametralmente opuestas al caso que se investiga, o al cuestionamiento que se hace. Por ejemplo, no hay prohibición de acercarse a una persona, pero sí hay medidas como las fianzas económicas, cuando probablemente la víctima en el caso hipotético de una agresión sexual lo que tema es la influencia de su agresor con respecto a la víctima. Entonces no son muy pensadas, son más mecánicas.

La capacitación no fue suficiente, o sea, actuamos muy mecánicamente y si hay que poner una medida sustitutiva, agarramos tres o cuatro incisos del artículo 240 para que estas puedan ser efectuadas, pero tienen que ser más razonadas, deben asegurar que el procesado no pueda obstaculizar la investigación, no va a huir y lo vamos a tener presente en el proceso judicial

3.

Por supuesto que existen presiones y la principal es que los órganos de la justicia no han logrado la independencia necesaria. Y se logra independencia, con buenos resultados. O sea, una persona o una institución solvente que satisface la necesidad

del usuario va a tener total solvencia de decidir lo que cree que es correcto, y el contexto, el resto, va a tener que obedecer porque tiene autoridad, tiene un respeto natural a las decisiones que se toman, lo que no tiene el órgano de justicia. Por lo tanto las presiones pueden venir de distinto orden, desde la presión social, o sea, hay indignación de la falta de un resultado de justicia, por lo tanto un hecho puede servir para que la ciudadanía presione al operador de justicia, y este tenga, olvidándose de presupuestos, derechos y garantías, que asumir una posición, por un lado, una posición política, aquello que se dijo de judicialización de la política, que en algunos casos puede ser cierto y existen mecanismos de presión, y en Bolivia el sistema judicial ha sido siempre vulnerable a presiones por la falta de resultados y la falta de madurez en sus operadores.

Wilder Castillo, fiscal en Sucre, Bolivia.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando aquí

1.

Me parece que los tres principales problemas que se tienen con la detención preventiva son: primero, el hacinamiento que existe en las cárceles. Si vamos al fondo del problema, no existe espacio suficiente para tanto detenido preventivamente en las cárceles.

Segundo, los detenidos preventivamente están en las mismas celdas y en los mismos ambientes que los presos que tienen condena por delitos mayores o cualquier tipo de delito. Esto hace que los detenidos preventivamente ya estén cumpliendo condena anticipadamente pese a que se presume su inocencia, obviamente. Pero es uno de los mayores problemas con que está en este momento la prisión preventiva.

Respecto con la procedencia o no de la detención preventiva estamos chocando con un problema respecto del Código de Procedimiento Penal y es lo que establece, por ejemplo, para nosotros los fiscales. Es más difícil hacer detener preventivamente a una persona en vistas de lo que establece el Código que es que el domicilio se tiene que conocer en cualquier parte del país y el trabajo también. Entonces ¿qué pasa si hay una persona que viene de Cochabamba aquí a Sucre y comete un delito? Nos es más difícil detenerla preventivamente en vistas que demuestra que tiene domicilio y familia en Cochabamba. Entonces eso evita que haya una prisión preventiva. Pero además, eso perjudica a la víctima quien considera que el sistema no funciona. Pese a que hayan sido detenidos o aprehendidos en flagrancia, no se puede hacer una detención preventiva, no es procedente en vistas de que tiene domicilio y trabaja en otro lugar.

Uno de los requisitos es el del domicilio y del trabajo que es con lo que más chocamos. Pero también

chocamos con el hecho de que nos es imposible debido a la capacidad que tiene la policía de poder verificar los datos de la persona que es aprehendida y posiblemente vaya a ser detenida preventivamente. Es así que nos traen supuestos domicilios que no existen o que no tienen número. Entonces dice: barrio tal, villa tal, sin número y obviamente que el juez les cree porque está en la obligación de hacerlo mientras no se demuestre lo contrario. Sin embargo por la falta de gente que tiene la policía no se puede hacer la verificación de esos domicilios y por ende nos atan de manos.

Yo creo que esos son los puntos con los que más chocamos nosotros. No veo mayor inconveniente excepto el hacinamiento. Es tremendo.

Lo que pasa es que la detención preventiva se ha tomado hoy en día no como la excepción, sino que se ha tornado la regla. Pero, ¿por qué? Porque el sistema de las medidas sustitutivas ha resultado ser ineficiente, porque no cumple el objetivo para el que fue creado en vistas de que no se puede controlar el cumplimiento de las medidas sustitutivas. Esto da lugar a que se aplique como norma la presión preventiva y como excepción las medidas sustitutivas. De esta manera se desvirtúa el principio por el cual se fueron creadas estas medidas cautelares. Ese es un problema que se tiene en este momento. Se han invertido las cosas. Tanto por la inexistencia o ineficacia del control y segundo por el control social. Las personas quieren ver al aprehendido adentro, sea como sea. No les interesa si es un día o medio día, pero quieren verlo adentro porque ven que el sistema no está funcionando. No está funcionando para hacer justicia. Entonces la persona considera que la detención preventiva es parte de una sanción y por ende quieren ver a esa persona sancionada. A ellos no les interesa si el fin de que esa persona se someta al proceso se pueda cumplir por otros medios, porque dicen que los otros medios no son efectivos; no hay una prisión domiciliaria, por ejemplo, que sea controlada, no hay un arraigo controlado. Se ve en las mismas autoridades que siendo autoridades salen del país estando arraigadas. Eso hace que la gente no crea en las medidas sustitutivas y exijan una detención preventiva a la cual terminan accediendo los jueces por presión social.

2.

Hay una presión social, además no hay recursos para poder controlar medios que hagan eficiente la sustitución. Por eso la gente quiere a toda cosa una detención preventiva y los jueces prefieren no hacer problemas y determinar la prisión preventiva.

Como estrategia creo que lo mejor es mejorar la aplicación de las medidas sustitutivas, hacerlas más eficientes. Ahora, eso es muy grande porque necesitas muchos medios: personal policial, pasa por el problema económico del país que no se puede exigir

a una persona que vive en una villa que tenga una casa totalmente definida de dos pisos o totalmente delimitada que impida que él se escape porque sabes que en las villas las paredes son bajas, si es que existen, entonces la gente tiene la mejor forma de escaparse y no cumplir con las medidas. No tenemos personal policial para este control y además los medios en nuestras fronteras para el arraigo tampoco son eficientes. Entonces es muy difícil creo cambiar esta situación y hacer que se apliquen más las medidas sustitutivas que la prisión preventiva. Eso es un problema que no pasa sólo por el cambio de normas o la buena voluntad, lo que se necesita es mucho dinero para hacerlas eficientes e implementar todas las medidas de control que sean necesarias. Yo no lo veo como tan fácil como un cambio de normas, de ley y listo. No es así.

3.

La mayor presión que yo tengo acá en el trabajo como fiscal es la presión social y de las víctimas, lo que pasa es que las víctimas creen que la única forma de llegar a una solución es la prisión preventiva porque les sirve para presionar al imputado. Esa es una forma de presionar. El mayor problema que tengo es la presión social, más que cualquier otro tipo de presión, porque en Sucre por lo menos no la hay. No he tenido presión política, de la fiscal del distrito y ni de las autoridades de la fiscalía. Es una presión social y de la víctima. Cuando son casos de connotación social es la sociedad, y cuando es individual, poco más se vienen a la oficina a quedarse todo el día esperando que le demos una solución. Y ellos creen que parte de esa solución es la prisión preventiva. La víctima lo que quiere es ver a la persona adentro. Y a través de eso como presión, empezar a solucionar el problema. Caso contrario el imputado no quiere solucionar el problema porque se ve afuera. Entonces se está utilizando la prisión preventiva para eso, para presionar al imputado a llegar a una solución y una reparación del daño. Pero el problema más grande es ese, la presión social y de la víctima que ve que el sistema no funciona.

William Alave, vocal de la Sala Penal Tercera de la Corte Superior de La Paz, Bolivia.

Escuchar audio en la sección [Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales](#) www.sistemasjudiciales.org o [clickeando aquí](#)

1.

La prisión preventiva se va adecuando en base a lo que establece nuestra normativa procedimental en función al artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. Dispone cualquier juez cautelar una detención preventiva cuando existen elementos en

este caso de obstaculización, de fuga, añadidos a una presunción de culpabilidad. Valorados estos elementos el juez determina la disposición de estar dentro de un recinto penitenciario que pertenezca al departamento. Y ahí se estaría procediendo a una prisión preventiva.

Esta detención preventiva tiene una problemática en Bolivia muy particular porque de acuerdo a las estadísticas que se han ido dando, antes de la aplicación del sistema oral existía un 70% de prisión preventiva con el anterior Código, enteramente inquisitivo y escritural. En el ámbito actual pues se está dando ese mismo fenómeno, el cual se trasluce en varias situaciones. Por un lado en una problemática institucional sobre el personal de jueces cautelares porque no abastecen a todo el conglomerado de la ciudadanía, exclusivamente en La Paz. En otro ámbito, los problemas con los que cuenta el Ministerio Público es que constantemente va cambiando de fiscales y esto hace que los mismos no puedan culminar adecuadamente en el tiempo que establece la norma un proceso. Y eso se trasluce en una detención preventiva. Esa es la problemática que quizás se está dando y lastimosamente lo que está generando es que muchos presos en aplicación a un artículo que nos establece que no pueden ser detenidos más de 18 meses sin sentencia o 24 meses sin haber concluido el proceso, pues tengan que salir. Incluso el Tribunal Constitucional ha puesto modulado, de una manera muy errónea, que antes del transcurso de este tiempo se deban realizar una serie de valoraciones en relación a los riesgos procesales que sirvieron de base para una detención. Entonces se volvió todo un problema porque en realidad la ciudadanía va reclamando este tipo de situaciones que las autoridades en algún momento realizan en función de lo que la norma establece. Y estos aspectos han generado que se dé este tipo de reacciones por parte del Tribunal Constitucional, que se pretenda modificar la norma sin analizar en el fondo cuál es la verdadera realidad del problema. Y en este caso personalmente considero que el problema radica fundamentalmente en el personal que deba existir ante el Poder Judicial, en la exigencia que se deba hacer al Ministerio Público de concluir sus procesos de una manera eficiente, adecuada y también en la aplicación de algunas salidas alternativas las cuales darían el filtro necesario para que pues ese 70% de presos sin condena pueda disminuirse.

2.

Debo señalar un aspecto importante, la sustitución a la detención preventiva. El Código nos establece, en el artículo 239, y sus incisos numerales, una serie de situaciones. El número 1 nos señala que deban existir, por parte en este caso del detenido preventivamente, nuevos elementos que hagan

o desaparecer la situación que sirvió de base para la detención preventiva, o que deba transcurrir un tiempo necesario. En este ámbito en relación al numeral tres, la ley nos establece un aspecto muy importante que quizás no lo hemos sabido los abogados analizar y madurar. Esto se refiere en función a ciertos aspectos cuando uno dice que la ley procede en circunstancias determinadas y los abogados no hemos podido utilizar esas determinadas circunstancias que hagan variar una prisión preventiva. Y en este sentido el pensamiento de los abogados constituye un obstáculo fundamental porque creemos que primero todo lo penalizamos ejerciendo una manera de coacción frente a un querellante o un querellado o un sujeto activo.

Por otro lado, tampoco damos la viabilidad necesaria para generar mecanismos de solución, la aplicación de criterios de oportunidad. Esa situación hace que el abogado juegue un papel importante en la solución del conflicto. En muchos casos el abogado prefiere ir a juicio y no ver las salidas alternativas, o no ver la finalidad que en todo caso la víctima pretende, que en muchos casos el es resarcimiento de los daños que se les ha causado como consecuencia de un delito.

Otra problemática que se está dando a nivel de aplicación es una sentencia complementaria que es la ECA 05/2006, la cual ha emitido el tribunal constitucional en contravención a lo que señala el artículo 239 numerales 2 y 3 porque existe en esos numerales la situación que con el cumplimiento del término de los 18 o 24 meses el imputado, en este caso detenido preventivamente, puede salir en libertad sin el único requisito que sería el cumplimiento de los plazos. Y en este caso el tribunal constitucional lo que ha hecho es sustraerlo porque obliga la autoridad a que tenga nuevamente que analizar más allá de los cumplimientos de los plazos, los riesgos procesales que sirvieron de base para la prisión preventiva. Es decir que el numeral 1 del artículo 239 se traslada nuevamente a los numerales 2 y 3 y no existe una diferenciación. Eso ha generado una serie de situaciones que incluso han llevado al tribunal constitucional a modular de una manera incorrecta, creo.

¿Cuáles son los mecanismos de solución? Creo que debemos ver primero a nivel macro una política criminal de Estado. Nuestro Estado lastimosamente no tiene una política criminal la cual pueda establecer mecanismos de, como en algún momento aprendimos en los cursos de CEJA, de *jus punible* en determinados delitos. Es decir calificar en algún momento dónde se halla la problemática en determinadas ciudades, en qué delitos incide y, en ese tipo de delito, generar políticas con las cuales podamos realizar una especie de prevención de estos hechos. Y ese trabajo tiene que ser coordinado entre el Ministerio Público, la policía, el Poder Judicial.

Estos deben, de manera integral, generar una búsqueda de seguridad ciudadana para así evitar que la ciudadanía desconfíe y califique a las medidas cautelares como medidas que lleguen a beneficiar a los imputados o detenidos preventivamente. Tenemos que reestructurar el Ministerio Público a través de los mecanismos de soluciones tempranas a conflictos, de especialidad en determinados casos, políticas criminales en función a determinados hechos, y lo mismo, que el juez, dentro del ámbito del Poder Judicial, tiene que saber cualificar y establecer determinados hechos. Hay muchos casos que por presión se detiene preventivamente y lastimosamente esos procesos generan que exista un alto índice de detenidos preventivamente. El Poder Judicial tiene que buscar mecanismos para que los jueces puedan ejercer un verdadero control hacia los fiscales sobre la aplicación de los plazos procesales porque vemos que hay detenidos preventivamente porque no existe un verdadero control de los plazos de los fiscales y en este caso si apretamos los mecanismos vamos a disminuir en un porcentaje los detenidos preventivamente.

Si aplicamos salidas alternativas al conflicto vamos a buscar medidas que vayan a sustituir la prisión preventiva de alguna manera. Y buscar políticas criminales, no para endurecer penas sino para generar una política criminal que nos lleve a la aplicación y a la legitimidad del Estado frente a la sociedad en el ámbito de la administración de justicia.

3.

Yo puedo establecer dos tipos de presión. Existe una presión mediática que incluso los medios de comunicación en determinados casos generan una especie de opinión en la ciudadanía para que la autoridad deba ejercitar alguna cuestión más allá de la objetividad o imparcialidad que deba tener. Esa es una presión que ejercen a través de los medios de comunicación mediáticamente. Otro tipo de presión, y es un fenómeno que se ha venido dando, son las presiones sociales. Lastimosamente en ciudades como del alto o provincias cercanas a Cochabamba, pues se conforman grupos sociales los cuales van presionando y esa es la famosa problemática que se da en relación a los alcaides. Hay muchos alcaides que por presión política están dentro de la cárcel y no se genera una verdadera investigación sobre el principio de inocencia. Hay casos en los que no debería existir una detención preventiva. Sin embargo lo que la sociedad, todos los grupos sociales, hacen, es presionar al juez para que esa persona sea detenida con la amenaza de que ellos van a hacer justicia por mano propia. Incluso acá han llegado a deslegitimar, desvirtuar la esencia de la justicia comunitaria porque en muchos casos señalan que se va a aplicar justicia con el juez y con el imputado

como sinónimo de linchamiento, situación que no es la esencia de una justicia comunitaria. Esos aspectos son una especie de presión que realizan en el juzgador y lastimosamente generan una serie de falta por parte del juzgador de una percepción sin ningún tipo de presión.

Margot Pérez, jueza de La Paz, Bolivia.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

En relación a la detención preventiva, el procedimiento, la Ley 1970 es clara. O sea, yo no veo modificación alguna que se pueda hacer o ajuste en cuanto a la norma, pero sí en cuanto a la conducta de los operadores de justicia, tanto los de investigación como los que están dentro del Poder Judicial, porque esta detención preventiva no tiene un límite en la etapa preparatoria. Si bien el límite lo pone el art. 233 numerales 1 y 2, al desvirtuar uno, ellos podrían acceder a la libertad, pero no lo hacen así.

Y otro obstáculo que se está presentando es el problema de las recusaciones, porque ni bien se presenta la cesación y sabe el abogado de la parte querellante que va a salir ese ciudadano, plantean violentamente la cesación.

Y otro problema es los abogados defensores, no la defensa pública, sino los defensores privados, que aquellos que si no les pagan, no hacen bien el trabajo que les encomiendan los internos que ya están con detenciones preventivas.

Ese es el problema y hoy por hoy con el cambio político que estamos viviendo, la detención parece ser un medio para dar satisfacción a la sociedad, pero a una sociedad que no es en general, sino una parte nomás de esta sociedad. Entonces esa regla que decía que la regla es libertad y la excepción es la detención preventiva, se está convirtiendo en que la libertad es la excepción y la regla, la detención. Y eso es lo que están proclamando hoy en este cambio político, que dice que a consecuencia del CPP, estamos viendo la inseguridad ciudadana. Que porque los jueces dan mucha libertad y los fiscales también, se está produciendo este problema de la inseguridad.

2.

No es tan obstáculo, sino es más la cultura que tenemos. Nuestra jurisprudencia constitucional de manera clara establece que cuando en medidas cautelares demos sustitutivas, la libertad debe ser efectiva. Yo he sido juez en la ciudad de El Alto y hoy soy en La Paz. En El Alto les dábamos libertad conforme decía la jurisprudencia: hoy se llevaba la medida cautelar, hoy firmaba el mandamiento de libertad, y religiosamente al día siguiente venían

a cumplir sus medidas sustitutivas. Ya no esperaban 72 horas, cumplían y nunca más podíamos revocar.

Hoy en día aquí en la ciudad se les dan medidas sustitutivas, se les da la libertad y no vuelven a cumplir. O es desinformación de los abogados. Se les da el plazo de 72 horas, pasan, piden revocatoria, y el procedimiento dice inclusive de oficio. Entonces las partes solicitan la revocatoria, nosotros revocamos y los recluimos, cuando les hemos dado la primera oportunidad de que ellos puedan acceder a esta medida sustitutiva. O sea es más obstáculo de poder entender que esa medida debe ser cumplida y que es prudente que se defiendan en libertad a que estén detenidos, ese es el problema que tenemos; en el cumplimiento nada más.

Un obstáculo digamos para que el operador le dé, no, no hay problema. Incluso en muchas causas, en delitos graves y en delitos que existen los dos elementos del 233, el 1 y el 2, tanto el fiscal como los jueces acordamos en darles medidas sustitutivas para que atiendan su proceso, pero no cumplen. Ese es el problema que tienen.

Es más de responsabilidad de los abogados de la defensa privada, no de la pública, y entre otras cosas, haciendo una observación de lo que pasaba en El Alto, que supuestamente es gente de más baja cultura que en la ciudad de La Paz, no había este tipo de problema. O sea, de volverles a revocar su medida sustitutiva y detenerlos, pero aquí en La Paz sí. Entonces ¿qué he visto yo y varios jueces como inconveniente que vulneramos la jurisprudencia? Se cumplen las 72 horas y solo les damos libertad cuando cumplen. Cumplen a la hora, a las dos, a las 24, a las 72 y les damos libertad, pero qué estamos haciendo: estamos vulnerando el derecho que digamos la jurisprudencia de manera clara ha definido: que tendríamos que darles libertad una vez determinada la medida sustitutiva. Ese es el único detalle que yo he visto.

Ahora, en mis resoluciones, de manera clara yo digo que me estoy apartando de la jurisprudencia, a los efectos de que este ciudadano pueda estar en libertad, pero lo digo de manera clara porque hay algunos abogados que reclaman y dicen que la jurisprudencia dice que tengo que darle ahora la libertad, pero les aclaro que si cumplen esto, al minuto les doy a libertad; ese es el detalle, pero este apartamiento no lo hago con las embarazadas, con madres lactantes, ancianos. Les doy violentamente la libertad en medidas sustitutivas.

3.

Particularmente no he sido yo presionada de manera personal, pero hay un detalle: es una presión moral. En varios procesos que me ha tocado desarrollar, por el Estado, donde el Estado es parte querellante, en varias situaciones he dado

Entrevistas realizadas por Ricardo Lillo

Leonardo Moreno, defensor público, Chile.
 Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

A mí me parece que la prisión preventiva, conforme al diseño del modelo de proceso penal que tenemos, es decir un modelo adversarial donde se reconocen y debieran garantizarse los derechos y garantías individuales, no está funcionando bien. Me parece que es un sistema en que crecientemente ha ido avanzando a la aplicación cada vez más frecuente de la prisión preventiva pese a que el propio Código declara que es una medida de carácter excepcional de *ultima ratio*, pero en la práctica es una medida de común aplicación.

El primer tema es la automatización para resolver las medidas cautelares. Las últimas modificaciones legales, particularmente la agenda corta, al Código, lo que han tratado de hacer es limitar la facultad de ponderación del tribunal; es decir, por la vía de criterios legales, establecer cuándo debe aplicarse la prisión preventiva limitando la facultad del juez de ponderar caso a caso y eso claramente es contrario a la presunción de inocencia y a la regla de la excepcionalidad de la aplicación de la prisión preventiva. Esto es evidente por ejemplo en el caso de cómo se regla y conjura en Chile lo que se denomina el peligro a la seguridad de la sociedad, donde se han ido incorporando una serie de criterios legales que prácticamente obligan a que un juez, frente a una de esas hipótesis, tenga necesariamente en el caso particular, que darle la prisión preventiva.

Segundo, me parece que a consecuencia de esto es que cada vez está más limitada la aplicación del principio de proporcionalidad. Esto se explica, por ejemplo, en los casos de robo por sorpresa, en que por la naturaleza del hecho, y su connotación social, conllevan naturalmente a prisión preventiva en circunstancias que son delitos que debieran normalmente tener otra medida cautelar. Eso también se expresa, más gravemente incluso, en la Defensoría General Pública donde ha sido señalada en el hecho de que se ha ido incrementando el porcentaje de personas que en definitiva son absueltas dentro del proceso penal pero han sido privadas de libertad durante el proceso. Es así como en nuestro país, en el año 2008, un 23% de las personas absueltas estuvieron privadas de libertad en prisión preventiva. Y finalmente, probablemente el campo más complejo de la perspectiva de los derechos y las garantías individuales es la situación de los adolescentes. Porque en el caso de los adolescentes también se está

yo medidas sustitutivas, y hasta inclusive libertad provisional, libertad pura y simple, porque no ameritaba darles detención preventiva. ¿Qué he ganado con todo eso? Prevaricato. Sin razón, pero se ha iniciado un prevaricato, y gracias a ese prevaricato que ha iniciado el Estado me han apartado de esas causas, diciendo que ellos tienen un proceso conmigo. Entonces el Código es bien claro, por los procesos que tengas posteriores no puedes apartarte, pero aun así me han apartado. En mi persona, cuando me ha tocado desarrollar estas, pero la presión actual es fuerte en los casos donde el Estado está involucrado, no como parte imputada, sino como parte querellante. Esos son casos graves.

Ahora, la sociedad con o sin razón, aquí en La Paz y también en El Alto, con esto del control social, ellos vienen a defender, ni siquiera piensan un momento y dicen que ese señor que violó, que es lo que pasó ahora, un ciudadano que violó a una menor de edad, había cualquier cantidad de gente, que parecía que venían contra él, pero venían a favor de él: querían que se le dé libertad. Y no tenemos seguridad. En el territorio boliviano los jueces son como cualquier persona, no hay seguridad para los jueces, para la familia, ni siquiera en los ascensores. Entonces en cualquier momento puede ser agredido, mal interpretadas sus resoluciones, y más aun cuando el Ministerio Público, la policía y los jueces no hablan un solo idioma. Podría ser que los defensores sí, en la defensa, pero estas tres agencias no hablan el mismo idioma. La policía sigue desmarcándose del control del Ministerio Público y siempre le echan la culpa al fiscal que da la libertad; y los fiscales dicen que los jueces dan la libertad. Si nos pusiésemos, no de acuerdo, sino si hiciéramos un solo camino yo pienso que estaríamos en frente de la sociedad directamente, porque nuestro pensamiento y opiniones serían únicos para cada uno de estos tipos y tendríamos un cuerpo para defendernos contra esta sociedad. Pero hoy por hoy no podemos defendernos porque estamos solos y no hay defensa para el juez, ni siquiera por el Consejo de la Judicatura. El Consejo de la Judicatura, hasta hace unos cinco años, verificaba si era acto jurisdiccional, administrativo o falta disciplinaria. Hoy por hoy todo entra por régimen disciplinario, y los jueces por no tener problemas andan haciendo cosas que no deben hacer. Ese es el problema. Se van por el camino fácil: detienen y no tienen problemas; detención sin razón.

dando que frente al mismo ilícito es más fácil, curiosamente, que quede internado provisoriamente o en prisión preventiva el adolescente que un adulto en la misma circunstancia cuando la penalidad de la legislación adolescente es mucho más baja. Por lo que el principio de proporcionalidad se aplica con mucho menos rigor.

2.

A mí me parece fundamentalmente en dos ámbitos. Uno que uno podría calificar de técnico y otro que tiene que ver con lo mediático. Partiendo por lo mediático tiene que ver con que no hay una formación o información suficiente en la comunidad para entender que las medidas cautelares no son solo la prisión preventiva, que hay otra forma de asegurar la comparecencia o la presencia de una persona en un juicio y por lo tanto no es necesario que cada vez que estemos en un proceso penal una persona tenga que quedar privada de la libertad. Y hay una demanda creciente de la ciudadanía que ante cualquier tipo de delito, cualquiera sea la gravedad del mismo, la persona quede privada de libertad. Y en segundo lugar, hay un tema de carácter técnico que yo creo que tiene una deficiencia que manifiesta el sistema que es la falta de control de todo este mecanismo, es decir se han establecido en el Código otros medios distintos de cautelar a los imputados pero no ha tenido un desarrollo suficiente el control de los mismos. No hay mecanismos de control, no se han destinado los recursos económicos suficientes para que las fiscalías puedan controlar que efectivamente esas otras medidas sí se estén cumpliendo. Y la reacción del sistema en vez de ser proporcional a estos recursos y propender al control, ha sido incrementar el uso de la prisión preventiva.

A mí me parece que hay que adoptarlo como una política pública en materia de justicia el tema de proporcionar los recursos suficientes para el control de estas medidas que generar un mecanismo distinto. En ese sentido es una novedad y una aproximación que me parece adecuada, el uso de GPS o estos mecanismos de control individual de las personas que se hayan sujetos a una medida cautelar. Sí nos parece que tiene que ser reglamentado legalmente. No nos parece, como ocurre hasta hoy, que sea una iniciativa particular de una o dos fiscalías y que además la forma en que se reglamente esto sea un contrato privado entre una fiscalía y una empresa privada. Obviamente estamos hablando de información relevante, de datos que pueden afectar la dignidad de las personas, por lo tanto nos parece que esto debería estar reglamentado en el ámbito legal.

3.

A mí me parece que claramente hay presiones. Uno podría distinguir probablemente tres planos.

Uno es el legislativo, es decir, la agenda corta anti-delincuencia. La última gran modificación al Código significó un impulso muy potente al uso de la prisión preventiva en Chile. Tanto es así que si usted compara marzo de 2007 a marzo de 2008, cuando no existía la agenda corta y marzo de 2008 a marzo de 2009, el uso de la prisión preventiva se ha incrementado en la sola Región Metropolitana en un 13%. Es decir, aquí tenemos un impacto muy fuerte de una legislación en el uso de la prisión preventiva.

En segundo lugar tenemos un problema mediático, es decir, los medios de comunicación han encontrado en la reforma procesal penal una fuente inagotable de noticias y lo que hacen es generar una sensación, un imaginario de inseguridad y de falta de operación del sistema particularmente por el desconocimiento del mismo. Los periodistas tampoco entienden que puede haber otras medidas distintas a la prisión preventiva. Cada vez que alguien comete un delito y queda sometido a otra medida cautelar la noticia no es si es así, sino que la persona quedó libre. Y la comunidad entonces genera la idea de que de la puerta giratoria, de que efectivamente a las personas no se las asegura.

Por otro lado tenemos un problema político. El tema de la delincuencia es un tema que profusamente se está transformando en el tema más mediático desde la perspectiva electoral y eso ha llegado a que los políticos en general tomen el tema de la delincuencia sin ningún sentido técnico sino con un sentido claramente electoral y gran parte de sus propuestas entonces obedecen a medidas claramente populistas pero que no tienen que ver con el sentido natural de las medidas cautelares y obviamente en ese sentido populista lo que hacen ellos es propender el uso de estas medidas de mayor control, de mayores penas, y por lo tanto operan como un modelo de difusión negativo de todo lo que es el sentido de distribución penal en Chile.

Fernando Guzmán, juez de garantías, Chile

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Bueno, yo creo que para partir habría que reconocer que hay algunos avances en Chile en los últimos años respecto de esta materia. Primero, dado que los imputados son juzgados en plazos más breves que el antiguo sistema inquisitivo, se ha reducido el porcentaje de personas que están en prisión preventiva en relación con el total de los presos. Hoy día efectivamente hay más condenados que personas que están en prisión preventiva. Y el segundo avance es que se han construido

nuevos complejos penitenciarios por lo que las condiciones de encierro de los afortunados que están en esos nuevos recintos han mejorado sustancialmente. Pero la verdad es que los retrocesos son mucho más profundos y ahí es donde están los tres problemas centrales que visualizo. El primero es la mayor cantidad de personas que están en prisión preventiva. Al número de adultos en prisión preventiva que se han mantenido estable los últimos diez años aproximadamente en torno a las 12 mil personas, a partir del año 2007 hay que agregar a los adolescentes entre 14 y 18 años que ya son aproximadamente mil en internación provisoria. Por lo tanto si bien se ha reducido el nivel de prisión preventiva en relación con el total de la población penal, esto no quiere decir que se haya bajado la utilización de dicha medida cautelar personal. Muy por el contrario, previo a los procesos, lo que tenemos entonces es que son muchos más los imputados que sufren privaciones de libertad durante el proceso y esto es consistente con las cifras que uno analiza respecto del aumento de las tasas de encarcelamiento. Es decir, ha habido un 150% de aumento de la población penal tanto de personas que están en prisión preventiva, como de las que están condenadas desde que se recuperó la democracia. Empezamos con 22 mil presos y hoy en día tenemos en 56 mil si es que a los 54.500 le sumamos los mil jóvenes en internación provisoria y las 550 o 600 personas de jóvenes que están cumpliendo condena en régimen cerrado. Por lo tanto, lo que uno tiene es que es muy raro que un condenado a una pena privativa efectiva de libertad no haya esperado el juicio en prisión preventiva.

Primer problema, mayor cantidad de personas efectivamente que pasan por la prisión preventiva. Segundo, uno se pregunta por qué. Yo diría que las causas del incremento de la prisión preventiva nos llevan al segundo problema: la principal causa que son las modificaciones legales centrales que se sufrieron al Código Procesal Penal. La primera es que se introdujo el concepto de la periodicidad para la seguridad de la sociedad desvinculado al peligro de fuga como factor de la necesidad de cautela, porque en un principio más bien estaba la peligrosidad vinculada al peligro de fuga, según uno podía hacer la interpretación de acuerdo de los tratados de Derechos Humanos. Y también de acuerdo a cómo esta tratada sistemáticamente la prisión preventiva en el Código Procesal Penal. Entonces lo primero que tenemos es que amplió la prisión preventiva a casos de peligro de reincidencia, peligro de reiteración, independientemente de no estar en riesgo la finalidad del procedimiento. Esa es la primera modificación que es bastante importante y pasa inadvertida, pero la más sustancial de todas. Porque después viene la agenda corta porque los co-legisladores estimaron

que la primera no había dado el resultado que esperaron, y entonces lo que hicieron fue establecer una verdadera presunción de derecho sobre la evaluación del peligro para la seguridad de la sociedad asociada a la de la pena.

Por tanto lo que hicieron fue reducir la discrecionalidad judicial. Esta quedó solamente al nivel del supuesto material, de la acreditación del delito y la participación del inculpaado siempre y cuando estemos frente a una imputación del Ministerio Público que se refiere a un crimen, esto es, a un ilícito penal que tiene asignada una pena abstracta superior a 5 años de presidio, incluso con total prescindencia del grado de desarrollo del ilícito, del nivel de participación del inculpaado y las circunstancias modificatorias de su responsabilidad penal. Están diciendo que si estamos frente a una imputación de un crimen por la sola gravedad de la pena tiene que considerarse que la libertad del sujeto constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y por lo tanto al juez no le está permitido hacer un análisis sobre la real necesidad de cautela porque ella se presume. Por lo tanto queda reducido el análisis a supuestos materiales. Luego si el Ministerio Público puede acreditar el ilícito y la participación del imputado, cualquiera sea el grado de desarrollo del ilícito, cualquiera sea la circunstancia atenuante o el nivel de participación, el juez tiene obligatoriamente que decretar la prisión preventiva no obstante está en peligro la finalidad del peligro. Entonces, ¿cuál ha sido la consecuencia de esto? Nos ha llevado al siguiente panorama: acabamos de sacar las estadísticas dentro del Poder Judicial respecto de las solicitudes de prisión preventiva durante los años 2000 y 2009. O sea, desde la vigencia de la reforma procesal penal que se verificaron todas las solicitudes de prisión preventiva, ya sean efectuadas por el Ministerio Público o por particulares en todas las regiones del país. Del cien por ciento de las solicitudes del Ministerio Público y de los querellantes particulares, los jueces de garantía concedieron el 90% de las prisiones preventivas solicitadas. De ese 10% que no se concedieron, 8% no fueron apeladas por el querellante ni el Ministerio Público, por lo tanto podemos presumir que estaban más o menos conformes con la decisión del juez de garantía porque saben que tienen bastante éxito en las apelaciones, y por lo tanto probablemente hayan solicitado la prisión preventiva con el techo pasado. Entonces, se conformaron. Solamente 2% se apeló. De ese 2%, 1% fue revocado por las Cortes de Apelaciones del país. El otro 1% se confirmó. Por lo tanto el nivel de respuesta de las resoluciones en su conjunto, me refiero de los tribunales, respecto de las solicitudes de prisión preventiva, ascienden a un 99%. Sin comentarios. Es decir, solamente hay 1% donde tenemos discrepancias con el Ministerio Público y con el querellante particular. Entonces la labor

de los jueces de garantía hoy día es resolver sobre las medidas cautelares personales; solamente están rechazando un 1% de las peticiones del Ministerio Público y los querellantes. Me pregunto cómo será respecto de las intervenciones telefónicas. Donde tácitamente no hay controles, o cualquier otra medida intrusiva. Entonces yo diría que algo anda mal en el sistema si se declara la prisión preventiva en el 99% de los casos en que el Ministerio Público insiste en ello. No creo que el Ministerio Público chileno sea tan razonable como para que pidan las prisiones preventivas que son necesarias.

Y el tercer problema es lo que anda mal en relación con la utilización de forma masiva de la prisión preventiva. Yo diría que hay dos cuestiones: una es que hay un número muy significativo de casos en que las personas en prisión preventiva reciben el incentivo de la libertad mediante la modalidad de una medida alternativa de cumplimiento de la pena si acepta los hechos en un procedimiento abreviado. El primer problema es que tenemos una gran cantidad de personas en prisión preventiva y a buena parte de ellos se le ofrece un procedimiento abreviado y por lo tanto tienen un tremendo incentivo de aceptar los hechos si es que la promesa es que quedarán en libertad. Y por lo tanto, no quiero exagerar comparando esto con la tortura, pero la verdad es que es mucho más fácil persuadir a un imputado que está privado de la libertad que si confiesa se le va a conceder la libertad de inmediato. El segundo tema, no menor, es que entre un 25% y 30% de los adultos en prisión preventiva son absueltos en juicio o condenados a penas que no se cumplirán privadas de libertad. Descontando las libertades que se concedieron en procedimientos abreviados, las libertades cuando el Ministerio Público decide no continuar con el procedimiento y descontando, también, cuando el tribunal otorga el sobreseimiento definitivo. O sea, solamente estamos contando los casos que llevó de la prisión preventiva a juicio, y de esos entre 25% y 30% son absueltos, o condenados en la medida de cumplimiento alternativa. Y por lo tanto no debieron haber estado en prisión preventiva, o un porcentaje significativo no debiera haberlo estado. Y esto, en el caso de los menores de 18 se torna mucho más dramático porque aumentan a un 80%. Y después nos quejamos de la falta de inserción social. O sea, qué posibilidad tenemos de reinsertarlos si los mantenemos privados de libertad todo este tiempo, especialmente a los menores de edad. Y lo paradójico, por el otro lado de la vereda, es que sólo entre el 3 y el 5% de los juicios se caen -o sea no pueden efectuarse- por la no concurrencia de los imputados en libertad durante el proceso. Es decir que se concedió probablemente una medida cautelar menos intensa que la prisión preventiva. Mientras solamente un 3 a un 5% de los que están en libertad no llegan

a juicio, entre un 25 y un 30% de los que sí llegan porque están privados de libertad, después salen en libertad. Es un absurdo. Algo anda mal en el sistema. Esos son los tres factores que yo visualizo como problemáticos.

2.

Yo creo que la mayor traba es la edad. Las modificaciones que surgieron en el Código Penal fueron muy severas y requieren urgentemente modificaciones orientadas a devolverle a la prisión preventiva el carácter de medida excepcional. Ahora, ampliar la categoría de medidas personales menos intensas es una opción. Por ejemplo, los brazaletes electrónicos van en la dirección correcta. Siempre y cuando se usen en personas con tendencia a ejercer violencia doméstica o atentar contra la libertad sexual de terceros, que si no fuera por esta alternativa estarían en prisión preventiva. Definitivamente no para los casos en que se ha visto en este país. O sea, utilizarlo en estafa. No menor es la necesidad que la judicatura de garantías cumpla su rol, y por lo tanto racionalice la utilización de prisión preventiva en los casos que la ley lo permite. Sabemos que tenemos restricciones legales muy severas. Porque hoy más que controladores de la instrucción los jueces parecen certificadores. Las cifras así lo avalan. Y tercero, nunca está de más crear un servicio, interno o externo, al servicio de los free trials de Estados Unidos, tendientes a entregar a los jueces de garantía información veraz sobre la circunstancia de arraigo social del imputado, y del cumplimiento de las medidas cautelares en libertad durante el proceso, comprobando de esa forma la falta de necesidad de prisión preventiva para asegurar la comparecencia futura del imputado al juicio o una eventual ejecución de la pena.

3.

La condición de la República para asegurarle a la ciudadanía la independencia y la imparcialidad de los jueces en la resolución de sus controversias contempla la inamovilidad de estos hasta los 75 años. Por lo tanto, invocar presiones para justificar la utilización en exceso de la prisión preventiva a mí me parece que es una exageración. O sea, qué temor te puede producir una que otra opinión del subsecretario del Interior de turno, del ministro de Justicia, o de la Mujer, o algún parlamentario conservador que utiliza algún caso particular distorsionado para consolidar su pase electoral.

Es cierto: hoy, como lo decíamos, existen severas restricciones legales para rechazar la prisión preventiva. Pero seamos francos, aun antes de la contrarreforma la prisión preventiva como herramienta de pena anticipada estaba muy extendida. Y hay que reconocer entonces que por razones ideológicas buena parte de la judicatura se siente muy cómoda en el actual escenario. Esa es la verdad. En cambio

yo diría que para los sectores más bien marginales, de corte liberal o progresista de la judicatura, que asumen el rol contra mayoritario de los jueces de garantía, hay claramente un diseño institucional deficiente que nada favorece a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tenemos una estructura jerárquica del tipo horizontal muy parecida a las fuerzas armadas, cuya cúspide concentra las funciones jurisdiccionales y de gobierno judicial. Y que más bien es proclive a las sanciones disciplinarias, a los coscorrones, a las llamadas de atención, a las observaciones y a bajar las calificaciones de ciertos jueces. Pero la verdad es que con el cargo asegurado, heroísmo en esto no hay. No hay ninguna excusa valedera para no cumplir el mandato constitucional y legal al que se comprometieron los jueces mediante respectivos juramentos o promesas.

Yo diría que el problema surge con aquellos jueces que aspiran al ascenso. Allí son fértiles las presiones internas. Va de la mano del interés o de la verdadera obsesión corporativa de la Poder Judicial de mejorar su imagen pública. Permeable entonces, o por ende, a la posiciones asumidas por el mainstream de los medios de comunicación masiva, y de ciertas fiscalías que tienen la costumbre de litigar a través de la prensa. Por lo tanto, yo diría que mientras se aspire al ascenso, y este dependa de quién revisa tus resoluciones, las tentaciones de resolver en determinado sentido, en este caso acoger o rechazar la prisión preventiva, subsistirá. En ese sentido, si se favorece o no la prisión preventiva dependerá del momento histórico. Ayer estaba de moda la impunidad de los agentes estatales que violaban los Derechos Humanos. Hoy está de moda la represión de los infractores de la propiedad ajena que provienen de sectores sociales vulnerables. Mañana quién sabe. Pero efectivamente, si bien hay sectores de la sociedad externos al Poder Judicial que de alguna u otra forma llaman a ciertos jueces a juzgar de forma no imparcial, con una judicatura que esté estructurada de una manera mucho más horizontal, no permitirá ante aquellas presiones que se materialicen. Pero mientras tengamos una judicatura en cuya cúspide tiene las funciones de gobierno y jurisdiccionales juntas, siempre van a existir ciertos incentivos para que los jueces adopten las decisiones que desean los superiores jerárquicos en la medida que eso le significará progreso en su carrera de funcionarios.

Vinko Fodic, fiscal del Ministerio Público, Santiago, Chile.

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Hoy en día la prisión preventiva implica que sea decretada por un juez que es distinto de la persona que hace la investigación, en este caso el fiscal del Ministerio Público. Y por lo tanto, una primera diferencia con el sistema antiguo es que la prisión preventiva no es la consecuencia obligatoria de lo que era el procesamiento sino que es una decisión razonada, fundamentada que dicta un tercero imparcial en base a las pruebas que se le presentan. Por lo tanto, hay una garantía para el imputado en cuanto que la persona que está decretando o no la prisión preventiva es un tercero imparcial no contaminado con la investigación misma. Por lo tanto lo que yo he podido ver como actor de sistema es que la prisión preventiva se decreta cuando efectivamente corresponde que se decrete.

Yo decía que funciona bien en el sentido en que es decretada con las reglas standard legales, por resoluciones fundadas y por terceros que no participan en la investigación. Pero me parece que los problemas que merecen mayor atención se refieren al sistema carcelario. Hoy en día hay cárceles que están en muy malas condiciones donde los reos están en la mayoría de ellas hacinados, y donde no hay políticas ni planes de rehabilitación. Cuando uno visita las cárceles o conversa con los alcaides de ellas, es muy difícil encontrar una cárcel que esté con su población adecuada. Lo usual, y yo he trabajado en varias ciudades del país, no solo en Santiago, lo usual es que las cárceles tienen capacidad para x cantidad de personas y en realidad existe el doble o triple de esa capacidad. Salvo contadas excepciones, la regla general es que las cárceles estén superpobladas, o sea que haya más gente que la capacidad real. Y por ende, el hacinamiento trae problemas de convivencia, de lesiones, etc. Es muy común que los alcaides digan lo siguiente y que es cierto: “en la cárcel, producto del hacinamiento, de la superpoblación, se cometen todos los delitos del Código Penal salvo el manejo en estado de ebriedad... porque no se puede manejar”. No hay programas de rehabilitación, por lo tanto hay gente que no tiene nada que hacer, entonces hay lesiones, robos, hurtos, homicidios, violaciones, hay tráfico de drogas, consumo de alcohol, sobornos a gendarmes. Es decir, se cometen todos los delitos del Código Penal. Entonces creo que el gran problema que hay que atacar es el de la superpoblación, del hacinamiento y la no existencia de planes o programas de rehabilitación y reinserción social.

2.

Creo que el gran problema que existe es que no hay organismos, salvo excepciones, que puedan hacer seguimiento efectivo a las cautelares distintas de la prisión preventiva. Y por lo tanto, que al haber un seguimiento efectivo pueda haber un control real sobre esa medida cautelar. Si uno lee el catálogo del artículo 155 del Código Procesal Penal, hay ciertas medidas cautelares que podríamos denominar clásicas, pro ejemplo ir a firmar un registro cada cierto tiempo, ya sea al Ministerio Público o al tribunal, pero que se traduce en que la persona va, firma un registro y se va. Esa es la cautelar clásica del sistema antiguo que operaba cuando existía una libertad bajo fianza. Esa también existe ahora, pero si uno ve el 155 hay otras cautelares mucho más interesantes y mucho más útiles, teóricamente, como el arresto domiciliario, o arresto domiciliario parcial, la prohibición de acercarse a lugares o de salir de lugares, o la prohibición de juntarse con ciertas personas. Medidas que serían muy interesantes en violencia intrafamiliar, en amenazas, en una serie de delitos como los sexuales o delitos violentos. El problema es que no hay cómo ni quién las controle y pueda advertir a las autoridades, al Ministerio Público o al tribunal, que la persona está o no cumpliendo. Por lo tanto, al final, si bien se pueden decretar, terminan siendo bastante inoperantes. Hay un caso paradigmático, en el cual, en un caso por amenazas donde se decretó como medida cautelar no acercarse al domicilio de la ex cónyuge. Bueno, la persona se acercó al domicilio de la ex cónyuge, incumplió la cautelar, nadie tuvo idea, subió al departamento, discutió, agarró al hijo de siete años y lo tiró por la ventana, y el niño falleció. Entonces desde el punto de vista teórico el caso estuvo perfectamente tramitado. Se formalizó la investigación, se le formularon cargos y el juez decretó con carácter de obligatoria una medida cautelar muy importante que era la prohibición de acercarse. Hasta ahí todo perfecto, pero como nadie la controla, la persona se acercó veinte veces a la casa hasta que la vez veintiuna discutió y pasó lo que he referido.

Creo que hay varias vías como recomendación. Una por ejemplo, sería crear cuerpos públicos, policiales o no, que hagan seguimiento y controlen estas medidas cautelares. También se puede ocupar la tecnología, y específicamente me refiero al brazalete electrónico. Hoy en día en la Fiscalía Oriente, estamos en un plan de utilizar brazalete electrónico, lo que implica un pequeño dispositivo que va usualmente a la altura del tobillo y que, a través de un GPS, permite al operador saber exactamente el lugar donde la persona está caminando. Por el contrario, también es posible programar esto para que la persona no pueda acercarse a determinado barrio o a una determinada comuna o determinar

en el mapa, cuatro o cinco cuadras, por ejemplo el domicilio de la víctima, donde la persona no pueda llegar y si se acerca el brazalete empieza a sonar una alarma como la de los autos y por lo tanto alerta a vecinos, a la víctima y al operador el cual se puede comunicar con la unidad más cercana.

Hay medidas que se pueden implementar, y nosotros lo estamos haciendo de manera piloto, pero tienen un costo muy alto. Pero cuando se masifican, el costo baja. Por lo tanto si esto se usara habitualmente, habría más empresas que empezarían a competir y los costos bajarían.

3.

Yo diría que la gran presión viene dada por lo que se denomina el cuarto poder, es decir, por la prensa, por los medios de comunicación social que cada vez más ejercen un control de los actos de los entes públicos más intenso. Y hoy en día la publicidad del nuevo sistema que le permite a la prensa estar en la sala de audiencia escuchando al fiscal, al defensor y al juez, ha permitido que por lo tanto la prensa ejerza un rol mucho más fuerte y creo yo que, en ciertos casos que son mediáticos, hay presión sin duda de la prensa y en muchos casos afecta a los jueces para decretar la prisión preventiva.

ECUADOR

Entrevistas realizadas por Cristóbal Machuca

Blanca León, defensora pública en la provincia del Azuay, Ecuador

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Para responder a la pregunta de cómo está funcionando la prisión preventiva en mi país, es necesario partir de un análisis de lo que establece la Constitución política y el Código de Procedimiento Penal en cuanto a ese tema, y conforme a estas dos normativas, la prisión preventiva funciona de la siguiente manera: primero debe tomarse en cuenta a la Constitución política, por su supremacía, y en el artículo 77 numeral 1 se establece que la prisión preventiva se aplica excepcionalmente para garantizar la comparecencia del procesado en el proceso y asegurar el cumplimiento de una pena, mientras que conforme al art. 159 del CPP dice que en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva y procederá en los casos en que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueran suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se debe también tener en cuenta que uno de los principios que rigen a la fiscalía, por decirlo así, es que se debe llevar adelante un proceso penal con mínima intervención penal. Sin embargo, los fiscales, en la mayoría de los casos, solicitan la aplicación de la prisión preventiva con la sola mención de que se requiere de la intermediación del procesado al proceso y para asegurar el cumplimiento de la pena y nada más. Sin presentar evidencia referente a que sea cierto que hay razones suficientes y demostradas con evidencias de que sea necesario privar de la libertad al procesado, o dicho de otra forma, que el procesado no comparecerá al proceso, como dice el art. 167 del CPP, no presenta los indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado. Y obviamente la defensa y como defensores públicos, hemos contradicho esta mera enunciación que hace la fiscalía y hemos pedido que se actúe conforme al art. 167 numerales 1 al 5 y en muchos casos nos han dado la razón, pero en muchos otros, al juez le ha bastado con solo tener un parte policial para dictar la prisión preventiva.

En resumen, en el Ecuador la prisión preventiva debe surgir o procede por orden escrita del juez competente; esto asimismo por orden constitucional expresa. Procede en los casos por el tiempo y con las formalidades establecidas por la ley, pero parece existir una contradicción con el CPP, que dice en el art. 160 punto 1: el juez de garantías penales decidirá en audiencia oral dictar la prisión preventiva, y la comunicación de la resolución será oral a los sujetos procesados; se redactará un extracto de la audiencia y será suscrita por el secretario.

Esto ha llevado a plantear algunas apelaciones ante las salas especializadas en lo penal, y por estas contradicciones entre la Constitución y el CPP, la sala de la corte provincial, ha resuelto que no es válida esa sola decisión en forma oral de dictar la prisión preventiva, sino que se debe proceder mediante orden escrita del juez competente que reúna los requisitos establecidos en el art. 167 del CPP, pues son problemas legislativos.

Si seguimos nosotros ganando las apelaciones, a nosotros nos conviene que exista esta contradicción. Pero ya como abogada y ciudadana, preocupa esta situación ya que estando en plena vigencia de la oralidad que se exija una orden escrita, cuando el juez también en forma oral lo motivó y expuso sus razones en dictar la prisión preventiva, es preocupante.

Asimismo, como regla general, dictar una prisión preventiva es la excepción. Y dictar una medida alternativa es la regla. Asimismo, otro problema que se presenta es que a la hora de dictar la prisión preventiva, según la Constitución que es una norma suprema, es que el juez puede o no dictarla; es decir, es facultativo. Mientras que en el CPP es restrictivo. Según el CPP el juez está obligado, por

decirlo así, a no dictar la prisión preventiva. Sin embargo, la Constitución lo contradice.

Los temas que requieren mayor atención: se debe resolver el tema de lo facultativo y lo restrictivo, que lleva estas confusiones al juez y a los operadores de justicia. Asimismo, llegar a acuerdos referentes a que si está vigente la oralidad, por ejemplo en casos de delitos flagrantes, la prisión preventiva se dicte en forma oral por la plena vigencia de la oralidad. Y si se encuentra ya motivada y fundamentada, que no se requiera de orden escrita para trasladar al procesado a un centro carcelario sino que baste el acta sentada por el secretario para ser suficiente, la misma para que el procesado permanezca en un centro de rehabilitación social.

Agrego otro problema: el problema de los plazos de la duración de la prisión preventiva. Debería establecerse en las audiencias, que para discutir la prisión preventiva, se debe discutir también la duración de la prisión. No puede ser que se esté en los plazos constitucionales y cuando falta un mes o unos días para que caduque, el juez se encuentre en apuros de fijar audiencia para que no caduque la prisión preventiva. Antes no le importa. En algunos casos los procesados han sido inocentes y duran seis meses y en los casos de delitos sancionados con prisión de un año y en los delitos sancionados con reclusión al resultar inocente un procesado y estar cumpliendo una pena de seis meses o un año según el caso. Considero que por la existencia de principios como de celeridad o eficacia, también deben establecerse plazos discutidos en la audiencia de prisión preventiva, porque conforme al art. 171 del CPP literal b inciso 4, la prisión preventiva durará un plazo fijado por el juez para el cierre de la investigación, y el juez puede derogar la orden de prisión preventiva si se exceden los plazos. Tenemos la forma de aplicarla, pero no se ha estado discutiendo en sus tiempos de duración de la prisión preventiva, solamente rigiéndonos en los plazos constitucionales.

Otro problema que he detectado es que en algunos casos el propio imputado retarda, evade o evita, impide su juzgamiento, orientado a provocar la caducidad de la prisión preventiva, y este ha sido el caso de Guayaquil. Hay una ley interpretativa que lo soluciona y es el art. 169, que dice que si se retarda el juzgamiento por equis motivos, no provocará la caducidad de la prisión preventiva.

También existe el caso de la privación de libertad a mujeres embarazadas. Según el Código, en el art. 171, literal b inciso 5 dice que las mujeres embarazadas privadas de libertad que no pueden beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto. Ni en Cuenca, ni en lo que conozco del resto del país, existen estos centros adecuados a este efecto. Las mujeres embarazadas cumplen la prisión preventiva, esta

medida cautelar en el centro carcelario con las demás sentenciadas y con los otros que se encuentran privados de libertad.

2.

Los obstáculos que se ven en la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Se debe partir aquí de los principios de la excepción y la regla. En nuestro país se lo conoce como medidas alternativas y es facultativo del juez dictar o no las medidas alternativas a la prisión preventiva. El obstáculo se encuentra en el art. 160, que si bien enumera y se pone en primer orden las medidas alternativas, dentro de las medidas de carácter personal, en el último inciso se ubica la prisión preventiva, sin embargo se ha percibido por parte de la defensa, que la excepción es aplicar medidas alternativas y la regla, aplicar prisión preventiva. Así es la percepción que tengo como defensora: que a pesar de que el CPP establece la restricción de aplicar prisión preventiva, se la tiene como regla.

El problema es también de que el dictar o no las medidas alternativas es facultativo del juez. El juez puede o no ordenar medidas cautelares alternativas, que se contradicen con la restricción establecida en el CPP que también lleva a contradicción. Entonces no concuerda lo restrictivo con lo facultativo, y creemos que se debe aplicar lo más favorable al procesado.

Más allá de todas estas contradicciones que existen tanto en la Constitución como en el CPP, consideramos que estas deben ser consideradas en primer orden, y la prisión preventiva como de *ultima ratio*. Sin embargo hemos presenciado casos en que particularmente cuando el juez es temporal, se dicta la prisión preventiva sin considerar las medidas alternativas.

Y por último, el problema que se presenta es que hay demasiada reincidencia en nuestra ciudad. Ante esto, los jueces ya no dictan las medidas alternativas: por la reincidencia.

Aquí surge una pregunta con referencia a los defensores. ¿Las defensas deben seguir defendiéndolos, o dejar que se les dicte la prisión preventiva? Ahí obviamente estará en juego la ética del profesional. Las recomendaciones que podría hacerles de que en el caso de los jueces temporales, ahora que ellos van a ocupar el puesto de juez penal temporal, se dé la capacitación suficiente para que no se den estos casos. Y ante la reincidencia, todavía ni los operadores de justicia ni la defensa han encontrado una recomendación adecuada a fin de que se dicte a favor de equis medidas alternativas en los casos de reincidencia, porque muchas veces se aprovechan de la medida alternativa y siguen delinquiriendo.

3.

Como defensora pública percibo que existen presiones para la utilización de la prisión preventiva, y provienen de algunos sectores, por ejemplo de los sectores políticos. Los movimientos políticos contrarios en la actualidad al movimiento oficialista, presionan y pregonan que la caducidad de la prisión preventiva da lugar al aumento de la delincuencia. Dicen sin ninguna reserva y generalizan, que los delincuentes deben estar encerrados, sin hacer distinciones en que el supuesto “delincuente”, puede merecer una medida alternativa. Son cerrados y contrarios a estas medidas y ven al derecho penal como un derecho penal del enemigo, y se congracian así con sus adeptos políticos. Dicen además que la seguridad ciudadana se ve afectada como si fuera una gran solución para ellos dictar la prisión preventiva sin saber que esto también cuesta al Estado.

Para ellos la única solución es encerrar a los procesados. Se ha planteado alguna vez inclusive la cadena perpetua y en algunos casos la pena de muerte, que no comparto como defensora. En este país, sin que se interprete mal mi posición, no soy contraria ni seguidora del partido social cristiano, ni de este Movimiento Madera de Guerrero, pero se ven en las noticias y los periódicos, cómo presionan para que se amplíe en estos días el tiempo de caducidad de la prisión preventiva, y están presionando a que se vuelvan a fijar las detenciones firmes, violando así la Constitución, tratados internacionales, principios universales del derecho yendo en contra de los procesados.

También he visto que existe la presión de los funcionarios superiores a la fiscalía. Presionan para que se dicte en contra del procesado la prisión preventiva, y se han visto casos en que los superiores apelan en casos que se hayan dictado medidas sustitutivas; entonces son ellos quienes presionan para que se dicte la prisión preventiva.

Otro sector que también presiona es la policía. Ellos cuando presentan un detenido, y obviamente un juez califica la flagrancia, si está legalmente detenido, si es que hay elementos suficientes, le dicta la prisión preventiva, y en caso contrario lo pone en libertad. La policía al ver esto, dice que cuánto les cuesta capturar a un delincuente, y sin embargo después un juez inmediatamente lo pone en libertad; y eso hace que se levante la ciudadanía a reclamar contra la libertad de los detenidos sin darse cuenta de que no elaboraron bien un parte policial, no detuvieron en delito flagrante, o no existen elementos suficientes para dictarle una prisión preventiva.

Y también por último, es la misma ciudadanía por esta famosa seguridad ciudadana, a veces con la propia equivocación de los fiscales y operadores de justicia que no argumentan bien una prisión

preventiva en la cual sale un procesado. Sin embargo, la ciudadanía está presionando para decir de algún modo que el “delincuente” esté encerrado y permanezca en un centro carcelario y no sea acreedor de estas medidas sustitutivas, y están de acuerdo en que se dicte la prisión preventiva.

Mateo Ríos Cordero, fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Medio Ambiente del Azuay, Ecuador

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales www.sistemasjudiciales.org o clickeando [aquí](#)

1.

Es necesario referirnos a la Constitución del año 2008 y las reformas del CPP de marzo de 2009. Por fin dan término a los resabios del caduco sistema procesal escrito inquisitivo, y se instaura por completo –recordemos que en 1998 ya estuvo vigente el sistema oral, pero teníamos algunos resabios- un sistema acusatorio oral, siendo el núcleo principal, en efecto, las audiencias. Esto basado en principios de contradicción, celeridad e igualdad de las partes. Este nuevo sistema permite que el justiciable, la defensoría pública, la defensoría técnica, la fiscalía por supuesto autónoma, tengan una obligación jurídica: respetar y hacer respetar el debido proceso; por supuesto porque esto está sometido a un control judicial. La Constitución, las reformas referidas, nos han traído ciertas situaciones no innovadoras -recordemos que sancionas alternativas a la prisión preventiva y sanciones sustitutivas las tenemos en Europa hace más de un siglo-. Se introduce, por fin en conformidad con el art. 77 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, la excepcionalidad de la prisión preventiva.

Qué pasaba antes de la reforma de 2008, qué pasaba en 1998: el juez sentenciaba, el juez administrando justicia, el juez practicando prueba, lo que el común de los mortales llama “juez y parte”, es decir, qué fácil que era que se dicte una prisión preventiva. Por lo tanto, abarrotadas las cárceles de nuestro país, encarcelamientos injustos, y ya en 1998 afortunadamente el legislador puso límites a esto: caducidad de la prisión preventiva. Recordemos qué pasaba en 1998: personas detenidas en el país con una medida cautelar, con una medida de seguridad, más de un año, dos años, incluso tres. Un abuso excesivo de la prisión preventiva. Llegamos a 1998, un sistema ya oral, no completo, pero ya en los comienzos de las bases fundamentales para lo que estamos viviendo actualmente con la Constitución de 2008: garantías, asoma la figura del juez de garantías penales. Se independiza de la Procuraduría General de Estado la Fiscalía General

y empieza a cumplir su rol protagónico en defensa de los intereses públicos y ahora en defensa también de la víctima. Netamente los investigadores, quienes proponemos enjuiciamiento penal, de esta forma llegamos a un gran alivio. Ya no teníamos exceso de prisión preventiva, había un doble control por parte de fiscalía y por parte de los jueces.

Se asomó la figura preponderante de la Fiscalía General del Estado. Por lo tanto significó una disminución considerable que dicten prisión preventiva, se desintoxicaron en cierta forma los centros de rehabilitación social del país.

Llegamos a 2008: en esencia, un puro sistema oral, así lo queremos entender, la pureza de este sistema oral basado en los principios de contradicción y celeridad, y uno de los más importantes: la oralidad de la igualdad de las partes para poder exponer ante un juez de garantías penales. Constitución de 2008: por fin ingresamos ya a la excepcionalidad de la prisión preventiva. Están reconocidas las medidas cautelares, las medidas de seguridad.

Por qué surgen esas medidas: se establecen en el sistema procesal como mecanismo de seguridad. Estos están dirigidos a los individuos procesados, que por su peligrosidad no puedan garantizar el cumplimiento de la pena, la indemnización de daños y perjuicios. Es así que por fin con la reforma del 24 de marzo del año 2009, en registro número 555, le concede la facultad exclusiva al fiscal para solicitar las medidas cautelares. Antes si no había una petición de la fiscalía, estaba abierta la oportunidad incluso al juez de garantías penales extendiendo sus competencias, de dictar una prisión preventiva. Una de las novedades que encontramos con las reformas, insisto, es que solo la fiscalía puede solicitar las medidas cautelares. Además, tiene la posibilidad de solicitar medidas alternativas y medidas sustitutivas. Se hace una diferencia entre ambas. Las alternativas las tenemos reguladas en art. 5. Cuáles son: importantísimo, porque ahí está como una de las medidas la prisión preventiva. Las medidas cautelares personales: 1- la obligación de abstenerse a concurrir a determinados lugares; 2- la obligación de abstenerse a acercarse a determinadas personas; 3- la sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales o quien este designare; 4- la prohibición de ausentarse del país; 5- suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeñan cuando ello desempeñe algún influjo sobre las víctimas o testigos; 6- ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo físico o psíquico a las víctimas; 7- ordenar la provisión de que el procesado por sí mismo o a través de personas realice actos de persecución o intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de la familia; 8- reintegrar al domicilio a la víctima o testigo, disponiendo la salida simultánea del

procesado; 9- privar al procesado de la custodia de la víctima o menor de edad en caso de ser necesario, nombrar una persona idónea; 10- la obligación de presentarse periódicamente al juez de garantías penales; esta es una de las medidas más utilizadas en el sistema. Actualmente la están utilizando con frecuencia los señores jueces de garantías penales y es la que está solicitando el Ministerio Público en debate con la Defensoría Pública. También una de las medidas que más ha solicitado la Defensoría Pública Nacional y el defensor privado, otra de las medidas del arresto domiciliario, que puede ser con supervisión o vigilancia policial. Importantísimo: antes el arresto domiciliario solo estaba entregado para que lo cumpla la policía nacional; ahora lo puede cumplir bajo ciertas condiciones que imponga el juez. Incluso lo podrían cumplir los centros de detención provisional, o personal de estos centros.

Como otra de las medidas tenemos la detención, y en la medida número 3, asoma la prisión preventiva. Antes la teníamos de una forma independiente. La prisión preventiva asoma ahora dentro de las medidas cautelares enumeradas en el art. 160, importantísimo por supuesto. De ahí nace la excepcionalidad del art. 77. Cuándo la prisión preventiva: cuando no se justifique ninguna de las anteriores. Importantísimo en poder precisar que no tiene efecto autónomo la prisión preventiva como lo tenía anteriormente. Insisto, la tenemos dentro de las medidas cautelares

Esto demuestra en efecto cómo está estructurada nuestra Constitución, a la mano con nuestro CPP, es coherente con la realidad social que estamos viviendo en Latinoamérica y en el mundo entero: cárceles abarrotadas con personas cumpliendo medida cautelar de prisión preventiva. La prisión preventiva baja hasta el momento que se dicte en efecto una sentencia condenatoria, por lo tanto las personas que se encuentren con medida cautelar cumpliendo su prisión preventiva en los centros de rehabilitación social están por supuesto en un estado de inocencia. Ponemos reparos en la realidad: dónde se está cumpliendo la medida cautelar. La medida cautelar de prisión preventiva se está cumpliendo en los centros de rehabilitación social del país, que tienen como característica principal la rehabilitación de un culpable, no de alguien que esté cumpliendo la medida cautelar. Por lo tanto encontramos ya uno de los principales problemas que requieren mayor atención: dividir, como así lo dicen las reglas internacionales de tratamiento de reclusos, a quienes se encuentran con prisión preventiva -por lo tanto en estado de inocencia-, de quienes se encuentran sentenciados. A quién rehabilita el sistema penitenciario: al culpable, no al inocente. Estadísticas a diciembre de 2008, nos daban en efecto que a nivel de país había aproximadamente 15 mil internos en los centros de rehabilitación. La

mitad de ellos, con medida cautelar, y la otra mitad con sentencia. El exceso que tenemos en los centros de rehabilitación social del país, es precisamente porque las medidas cautelares, siguen ordenando los jueces de garantías penales que sean cumplidas en los centros de rehabilitación social. Acaso olvidamos el debido proceso o solo estamos limitando hasta el momento en que se dicte la prisión preventiva, que les llenamos de garantías a la justicia y nos estamos olvidando del debido proceso, y en verdad lo que se debe exigir de centros de rehabilitación dignos no solo aquí sino a nivel de América Latina. El fracaso del sistema penitenciario, ha sido sentido por el exceso de detenidos con prisión preventiva en dichos centros.

Otro de los problemas que podemos encontrar dentro de esta dinámica de las actuaciones, es que creemos que desde la propia regulación del art. 161 agregado, habla de una audiencia de calificación de flagrancias. Delito flagrante, el que se comete en presencia de una o más personas, hablando en popular, a quien es detenido “con las manos en la masa”. De forma inmediata en cumplimiento del pacto de San José de Costa Rica, de la Constitución, y de las reformas introducidas, esta persona es llevada de forma inmediata a un juez de garantías penales para que haga un control judicial. Este control está dentro de los límites establecidos; no se sobrepasarán las 24 horas desde el momento de detención, en que esta persona sea llevada ante un juez de garantías penales. Primer inconveniente: tenemos al parecer lo que establece el mencionado artículo: dos audiencias o dos comparencias del justiciable y del procesado de la prisión preventiva, el primer momento que es detenido es llevado ante el juez, que califica la flagrancia del hecho delictivo y dispone que la policía realice el parte policial. Posteriormente, se tendría que convocar nuevamente a otro a diligencia, a otra comparencia en la cual esté presente el Ministerio Público para dar inicio a la instrucción fiscal. Iniciada esta, en la actualidad lo estamos llevando en un solo acto, comparece el detenido ante el juez y también está en presencia de la fiscalía, pero si nos vamos al rigor de la ley, serían dos comparencias del procesado, en lo cual indiscutiblemente, existen muchos reparos al respecto: traslado del detenido y todos los inconvenientes con el asunto del personal asignado para la custodia del detenido.

De una u otra forma llegamos ya a la audiencia, si se tiene la calificación por parte del juez de garantías penales, la calificación de la flagrancia delictiva, estamos hablando de que el Ministerio Público tiene el primer requisito para iniciar la instrucción fiscal, esa calificación de la flagrancia del hecho delictivo; en un segundo momento, luego de la calificación y la intervención de la fiscalía, el fiscal en la aplicación estricta al orden interno, tendrá que solicitar de ser el caso, previo examinar el tipo de

delito, la eventualidad de una pena alta, un peligro de fuga, situaciones que puedan afectar si es que esta persona está libre, el normal desenvolvimiento del proceso por ocultación de pruebas, incluso observar también por parte de la fiscalía, el arraigo de esta persona por medio de justificativo de trabajo o residencia, podrá solicitar el Ministerio Público una prisión preventiva, la cual por supuesto la obliga a una motivación, a una fundamentación. En caso de no tener esa fundamentación, debería a lo mejor, no ser conocida por el señor juez.

Aquí hay un segundo inconveniente: la presencia de la Defensoría Pública Nacional, la defensa técnica en el momento de la audiencia -estamos hablando de que una persona ha sido detenida en la madrugada, la comparecencia la está haciendo en el juzgado en horas de la mañana-, no ha habido tiempo suficiente o necesario, para que la Defensoría Pública pueda acreditar el arraigo. Recordemos que en fines de semana en horas de la noche, no tenemos acceso a documentos clave como la registraduría de la propiedad, para ver si el ciudadano tiene un bien inmueble registrado a su nombre, no tenemos acceso a información de la municipalidad u otro organismo para acceder a esa información por parte de la Defensoría Pública y poder acreditar si esa persona tiene una casa, un número de teléfono asignado, un medidor de agua, un medidor de luz asignados, lo cual podríamos solventar y de esta forma solicitar por parte de la defensoría técnica una medida alternativa a la privación de la libertad.

2.

Entendido que en nuestra legislación ecuatoriana tenemos medidas alternativas y sustitutivas. Las alternativas son las que enumeramos hace un momento, que en efecto se encuentran en el art. 160. Una de ellas utilizada con frecuencia: la obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales. Dentro de estas medidas también se encuentra la prisión preventiva: le otorga el CPP al juez una lista de medidas alternativas y excepcionalmente tomará una de ellas que es la prisión preventiva. Esta es la alternatividad que tenemos de las medidas. Tomar el juez una de ellas, no le obliga sino siempre a que pueda el juez optar por otra medida. Incluso nuestra Constitución dentro del art. 77 manifiesta que el juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva. Ahí está imponiéndole una vez más la excepcionalidad ya que tiene por supuesto otras medidas cautelares. Y esas en definitiva, son las alternativas. Por supuesto que en el art. 171 encontramos la sustitución de la prisión preventiva. El primer obstáculo para la sustitución de la prisión preventiva la trae la propia ley. No se podrá sustituir en los delitos contra la administración pública, entendidos estos

como peculado, cohecho o enriquecimiento ilícito, que puedan afectar o hayan afectado el normal desenvolvimiento del Estado ecuatoriano, los delitos de muerte de una o más personas, de violación, e incluso le pone dentro también los delitos de última data que tenemos en nuestra legislación, los delitos de odio.

¿Cuándo puede ser sustituida? Cuando la persona procesada sea mayor de 60 años, una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso, hasta 90 días después del parto. Aquí en efecto estamos observando la sustitución de la prisión preventiva. Antes de las reformas, simplemente teníamos esta aplicación de sustitución de medidas de prisión preventiva. La lista indudablemente ha crecido y esto por supuesto va a significar en la aplicación de las medidas alternativas y sustitutivas, que baje el número de personas detenidas en los centros de rehabilitación del país.

Recomendaciones a plantearse: en efecto, las que habíamos ya enumerado hace un momento: una defensoría técnica, una Defensoría Pública Nacional, que vaya de la mano con la Fiscalía General del Estado; somos los actores principales del proceso oral del proceso indudablemente de igualdad de condiciones. Hacer un trabajo respetando por supuesto las diferentes situaciones de todas las instituciones involucradas, pero de forma de hacer un trabajo coordinado.

¿Qué es lo que está fallando en el sistema? A lo mejor que la propia defensoría técnica, la Defensoría Pública Nacional o la defensoría particular no puede acreditar ciertos elementos importantes para que el juez pueda tener la posibilidad de tomar cualquiera de las medidas alternativas, entendiéndose que por supuesto las sustitutivas están involucradas dentro de ciertos límites exclusivamente impuestos.

Sería necesario a lo mejor un acceso inmediato a cierta información que maneja el municipio, de la registraduría de la propiedad, acceso inmediato a otra información personal que va a ser de mucha valía para que el juez finalmente pueda tomar una decisión. Recordemos que lo único que está haciendo este rato a lo mejor la Defensoría Pública, es manifestarlo y los señores jueces están exigiendo que se acredite.

Tenemos otros casos los cuales por la pena eventual a la cual va a ser sometido el sujeto en caso de llegarse a una sentencia, implicaría de una u otra manera que se va a tomar una sanción alternativa. Pero tenemos en otros casos que sí sería importante, imprescindible, contar con información personal del sujeto. Hablemos incluso hasta de antecedentes penales de la función judicial o de los antecedentes anteriores en la policía, si bien el pasado judicial no será tomado en consideración, pero creo que sería importante tener acceso a esa información a la

propia Defensoría Pública, porque si estamos frente a una persona que ha delinquirido anteriormente, y se le ha impuesto una pena de reclusión, estamos hablando de delitos mayores, y a lo mejor no sería susceptible ya de que se le pueda dictar una medida alternativa a la prisión preventiva.

Podemos preocuparnos por supuesto de llenar de garantías al procesado, de dar sanciones alternativas a la privación de libertad pero en prisión preventiva, pero no nos hemos preocupado en nuestra legislación, o a lo mejor vendrá de la mano de las reformas que se están preparando, una reforma al Código de Ejecución de Penas, necesaria por supuesto. Hay ciertos delitos en que podemos tener gente sentenciada un año, recordando que los beneficios carcelarios son prelibertad: dos quintas partes de la pena; libertad controlada: tres quintas partes de la pena; y finalmente la media pena. Hay delitos en los cuales sí podemos aplicar sanciones alternativas a la privación de libertad, como ya las hemos aplicado en la prisión preventiva: arresto de fin de semana, arresto domiciliario, que se presente periódicamente ante quien va a ser el que ejecute la pena, la creación -aunque ya está en la ley orgánica, afortunadamente aparece ahora con las reformas, por eso es importante- del juez de ejecución de penas, importantísimo dentro del sistema: no podemos por un lado permitir el exceso de la prisión preventiva, y por otro lado también estamos en la obligación de descongestionar los centros de rehabilitación social, pero no es para alarmarse. Se va a descongestionar con gente que pide sentencias menores y ya ha tenido una permanencia prudente en centros de rehabilitación. Insistir en la división no solo de internos o personas que se encuentran con prisión preventiva, por lo tanto en estado de inocencia, sino ya en los propios centros de rehabilitación, la división de internos de mediana, mínima y máxima peligrosidad.

3.

Desde el rol que realizo como fiscal dentro de la institución en el diario proceso que hemos tenido de acudir a los juzgados, estar permanentemente con la policía nacional, estar en los delitos flagrantes, no existe, no hemos podido percibir aquí en la ciudad de Cuenca ni en el resto de los cantones de la provincia del Azuay, ningún tipo de presiones para la utilización de la prisión preventiva. Por el contrario, se ha fomentado, y por supuesto lo impone la Constitución del Estado, esta nueva necesidad de dictar menos prisiones preventivas. Si nos referimos una vez más a la historia, el juez antes de las reformas de 1998 dictaba la prisión preventiva y abusaba de ella. Luego de 1998 teníamos pocas restricciones; solo teníamos la sustitución a la prisión preventiva. Finalmente en 2008, tenemos medidas alternativas y medidas sustitutivas a la prisión preventiva, lo que denota el avance que en esta materia ha tenido la legislación ecuatoriana y por supuesto las repetidas felicitaciones a los organismos interesados en esto. Se necesita, una vez más, una fiscalía autónoma, una Defensoría Pública Nacional técnica, con mayor número de defensores públicos para de esta forma poder solicitarle a ese juez de garantías penales que utilice las medidas alternativas y sustitutivas, que preferentemente dentro de los parámetros y condiciones que expresa la ley, se lo está dando aquí en la ciudad de Cuenca y también en la provincia del Azuay.

El cambio de modelo de la justicia en Paraguay

Dra. María Victoria Rivas

Directora ejecutiva del Centro de Estudios Judiciales del Paraguay (CEJ)
vrivas@cej.org.py / www.cej.org.py

Escuchar audio en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales o clickeando

AQUÍ

Ver video en la sección Multimedia de la Web de Sistemas Judiciales o clickeando

AQUÍ

Luego de las elecciones generales del 20 de abril de 2008, que le dieron la victoria a Fernando Lugo, se inició una campaña mediática con respecto a uno de los principales argumentos que había formado parte esencial de su campaña proselitista: la renuncia o destitución de los nueve ministros de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. De hecho, en la propuesta de su candidatura surgió de una masiva manifestación ciudadana que encabezó en contra la Corte Suprema de Justicia, por una acción considerada anticonstitucional.

De este modo, se planteaba la renovación en la justicia como un cambio de hombres y mujeres en los puestos de autoridad en el sistema judicial.

Partiendo del análisis jurídico político nacional, el Centro de Estudios Judiciales buscó insertar un tema que hasta el momento no figuraba en la agenda pública: el cambio de modelo de justicia, que se inicia con la publicación de 10 temas para una reforma judicial profunda en Paraguay (bastamente difundida por los medios).

En este contexto, el equipo técnico del Centro del Estudios Judiciales desarrolló un anteproyecto de Código de Organización Judicial como una propuesta para llevar al debate la normativa para un cambio de modelo judicial. El mismo se puso a disposición de la clase política y la ciudadanía como una propuesta normativa para avanzar en la necesaria reforma integral del Poder Judicial. Paralelamente se inicia un proceso de modernización y especialización del Ministerio de Justicia, cuyo modelo de funcionamiento se encuentra alejado del moderno Ministerio de Justicia de la región.

El anteproyecto de Código de Organización Judicial fue presentado durante la segunda Jornada

de Derecho Judicial “Gobierno judicial”, el 24 de septiembre de 2009, y actualmente está en manos de las autoridades del Paraguay, para un gran proceso de discusión y de consulta popular.

En esta entrevista, la doctora María Victoria Rivas, directora ejecutiva del Centro de Estudios Judiciales (CEJ), conversa con el ministro de Justicia y Trabajo, Dr. Humberto Blasco, sobre este y otros puntos relacionados a la reforma del sistema judicial en Paraguay.

Dra. Rivas: El presidente de la República, Fernando Lugo, había tomado como bandera de su campaña política la renovación del Poder Judicial, haciéndose eco de la gran inquietud ciudadana sobre el mal funcionamiento de la justicia. ¿Cómo va este proceso de renovación del Poder Judicial que se ha prometido en las campañas electorales?

Dr. Blasco: Efectivamente, nosotros creemos que la renovación del Poder Judicial no debería limitarse al cambio de personas, en este caso como cumplimiento de mandatos constitucionales de integrantes de la Corte Suprema de Justicia, sino que principalmente pasa por un cambio en la estructura orgánica que haga que el Poder Judicial sea un poder especializado en la resolución de conflictos, de litigios y no distraiga sus recursos humanos ni sus recursos financieros en la atención de asuntos no contenciosos o en cuestiones simplemente administrativas que deberían salir de la órbita del Poder Judicial, para volverlo así mucho más especializado y también para permitir que en su dimensión

más pequeña pueda ser más ágil, pueda facilitar el acceso a la justicia de todos los paraguayos. Creemos entonces que la renovación del Poder Judicial tiene que pasar por ambas dimensiones. Se está estudiando la posibilidad de una reforma orgánica. Estamos recogiendo el valioso material que produjo el CEJ (Centro de Estudios Judiciales del Paraguay), en cuanto a la propuesta de reforma del Código de Organización Judicial, con mucho interés. Desde luego, el anteproyecto del Código de Organización Judicial, tiene ya el parecer favorable y la adhesión absoluta del Ministerio de Justicia y Trabajo y está en la esfera de la Presidencia de la República para enriquecer este proyecto, o tal vez adherirse íntegramente al mismo con el fin de presentarlo al Poder Legislativo.

Amén de ello, la agenda 2010 va a implicar el abordaje también de las vacancias generadas como consecuencia del cumplimiento de mandatos constitucionales, por lo cual también se va a incidir en la Corte Suprema de Justicia, para poder provocar desde ahí las reformas que se esperan.

Dra. Rivas: Hoy se publicó una encuesta de opinión con relación a los dos Poderes de Estado, Poder Judicial y Poder Legislativo, y de vuelta la ciudadanía desaprueba totalmente la gestión del Poder Judicial. ¿Preocupa al Ejecutivo esta poca percepción de utilidad que tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial?

Dr. Blasco: Sí, porque la percepción que tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial no es más que el indicador de las dificultades que tiene la ciudadanía para acceder el servicio de justicia, que es un servicio elemental que tiene que prestar cualquier estado democrático. Muchas de las gestiones o acciones de gobierno pueden ser puestas en entredicho en cuanto a la esfera de competencia, privada o pública, pero una de las cuestiones que no pueden dudarse que sea de competencia pública es el servicio de justicia. Y en esta encuesta se expone, se expresa la percepción de la ciudadanía en cuanto a la dificultad de acceder al servicio de justicia. Ello también se ratifica con los índices alarmantes de procesos no concluidos en el área penal, en el área penitenciaria, donde más del 70% de los privados de libertad se encuentran procesados y apenas el 30% de condenados, lo cual demuestra una importante demora en el servicio justicia, solamente en el área penal, sin entrar a tallar otros fueros y especialidades del Poder Judicial. Y esto repercute también en cuanto a la imagen del país. Es muy difícil que inversores extranjeros e incluso locales puedan tener confianza

en radicar sus capitales y abrir en consecuencia grandes oportunidades de empleo, si es que no existe una justicia confiable. La justicia finalmente es la instancia donde van a recurrir los inversores en hipótesis de conflicto, de litigio. Y si no encuentran un Poder Judicial confiable, especializado, que facilite el acceso a la justicia, van a elegir otros destinos para la radicación de sus capitales. Es decir, nos perjudica en todas las esferas, tanto interna como internacionalmente. Y también contribuye decididamente al alto nivel de impunidad que la demora en el servicio de justicia implica, lo que contribuye a esta percepción de “país corrupto”. Entonces, las consecuencias de tener un Poder Judicial desacreditado, afecta a todas las dimensiones de la República y desde luego preocupa al Ejecutivo.

Dra. Rivas: El presidente de la República dio un paso histórico al no dar su acuerdo constitucional al Dr. Agustín Lovera Cañete, elegido por el Senado para integrar la Corte Suprema de Justicia. ¿Podríamos pensar que con esta acción el presidente rechaza la cultura política instalada del cuoteo político en donde los partidos tradicionales continúan con la vieja práctica de que por derecho le corresponden cupos en la Corte Suprema de Justicia?

Dr. Blasco: Básicamente, el Poder Ejecutivo busca instalar un proceso que permita garantizar a la ciudadanía el acceso de los más capaces, de los más idóneos, pero sobre todo, de aquellas personas que marquen equidistancia de facturas políticas que tengan que pagarse. Entonces, el mensaje que se envió desde el Ejecutivo fue buscar de algún modo garantizar la independencia del Poder Judicial, prescindiendo de los padrinazgos partidarios, de las presiones partidarias, y lógicamente, de la subordinación a los partidos que puedan surgir como consecuencia de una compensación por el acuerdo político recibido. En nuestro sistema constitucional, hace imposible prescindir de la participación de un cuerpo político como es el Congreso Nacional. Sin embargo se tiene que hacer el mayor esfuerzo para que los ministros y agentes públicos que cuenten con el acuerdo del Congreso Nacional sean lo más independientes posible de las directivas partidarias. Y eso es posible. Se ha demostrado con el directorio del Banco Central del Paraguay -la banca matriz-, que se ha integrado de una manera ecuaníme, sin que se visualice la intervención de las injerencias partidarias en su conducción. Entonces podemos aspirar también a una justicia que se pueda conformar con los mismos niveles de consensos y que pueda limitar, de algún modo, las injerencias partidarias.

Dra. Rivas: Parecería ser entonces que se va a recurrir a los méritos y a los antecedentes personales de los candidatos, antes que a su afiliación partidaria, dejando de lado esa práctica nefasta de los concursos formales y no reales dentro del Consejo de la Magistratura.

Dr. Blasco: Desde el Ejecutivo, esa es la línea. Pretende apoyarse en la meritocracia antes que en la trayectoria partidaria de los candidatos, de manera de limitar o, si fuera posible, impedir la injerencia de los partidos políticos en la conducción de tan alto cuerpo, como es la Corte Suprema de Justicia, y evitar así también el pago de favores que puedan exigirse al apoyarse a un candidato que responda a una línea partidaria. Por eso se busca apoyarse más bien en la meritocracia, que en los méritos partidarios.

Dra. Rivas: Además de la intervención directa de los partidos políticos, a través de los cupos partidarios, en la designación de ministros de la Corte Suprema de Justicia, ¿cuál es otro aspecto que preocupa al Ejecutivo con relación a la independencia del Poder Judicial?

Dr. Blasco: La independencia de Poder Judicial también pasa por un mejoramiento de los mecanismos de selección de los magistrados. En ese sentido es, sin duda, importante la función que cumple el Consejo de la Magistratura, que con la Constitución Nacional de 1992 buscó una integración plural, tuvo la intención de evitar las injerencias partidarias, y crear un cuerpo que sea un poco aséptico a las presiones provenientes de los partidos políticos, de manera que se pudiera asegurar una instancia de selección imparcial. Lamentablemente, las buenas intenciones no trascendieron y este cuerpo no cumplió la alta misión que ha previsto la Constitución Nacional. Sin ninguna duda, se ha evidenciado nuevamente la injerencia partidaria en el cuerpo colegiado. Amén de ello se han visualizado mecanismos deficitarios de selección de magistrados. Desde luego, si no se parte de la meritocracia va a ser así. Muchos jueces fueron separados de los cargos por actos de corrupción o por mal desempeño de sus funciones, lo cual evidencia que el proceso de selección no es óptimo. También se ha evidenciado la presencia de agentes judiciales de baja calificación académica, en perjuicio de otros que con altas calificaciones e incluso con cursos de post grado han sido relegados en su aspiración de formar parte de la magistratura. Estas evidencias demuestran que lastimosamente sigue teniendo preeminencia la injerencia partidaria en este estamento que es tan importante transformar. Pero para ello,

tendríamos que entrar a una instancia constitucional, que nos permita corregir los errores que en estos años de aplicación de la Constitución de 1992 se han evidenciado.

Dra. Rivas: Usted ha mencionado claramente la falta de independencia en la designación de los ministros de la Corte Suprema, la influencia directa de los partidos políticos en el Consejo de la Magistratura, la ineficiencia del Poder Judicial en la resolución de conflictos que se traduce en una alta insatisfacción ciudadana del sistema de justicia. Todo esto nos señala que el Ejecutivo tiene un conocimiento bastante acabado de los problemas del sistema judicial. ¿Esto habla de la posibilidad de la existencia de una hoja de ruta para avanzar en el mejoramiento sustancial del sistema judicial?

Dr. Blasco: Sí, existe una hoja de ruta que parte del orden que hemos anunciado: una intención de profesionalizar el Poder Judicial, de volverlo más especializado en la atención de litigios y de conflictos. Tomamos como base de análisis el valioso aporte doctrinario e intelectual del Centro de Estudios Judiciales, que lo estamos estudiando con mucho interés. Luego también, como hemos señalado, el deber constitucional de completar las vacancias producidas por el fenecimiento de mandatos constitucionales, y también, por supuesto, la reforma o enmienda constitucional, es materia incluida en la reforma del Consejo de la Magistratura, de manera a establecer mecanismos de selección más idóneos y que nos permita acceder a todos los paraguayos a una justicia independiente, imparcial, eficiente y que facilite su servicio a todos los ciudadanos, sin distinción alguna.

Dra. Rivas: En los gobiernos anteriores, el Ministerio de Justicia ha estado ausente en todas las políticas judiciales, se lo ha limitado exclusivamente al sistema penitenciario. ¿Cómo se ubica el Ministerio de Justicia de este gobierno en todo este proceso de cambio que está viviendo el país, sobre todo en las reformas judiciales?

Dr. Blasco: Queremos ser impulsores. Estamos promoviendo, dentro del Poder Ejecutivo, el análisis del anteproyecto del Código de Organización Judicial, de manera que podamos en breve tiempo trasladarlo al Poder Legislativo e iniciar una discusión que ya en otros países se ha superado en cuanto al campo de competencia administrativa del Poder Judicial. El Poder Judicial ya no se puede abocar a la administración de los registros públicos, de las sindicaturas de quiebras y de otras instituciones

administrativas. El Poder Judicial debe especializarse en la resolución de conflictos, de litigios, y en ello debe concentrar todo su esfuerzo económico y todos sus recursos humanos, dejando de lado otras actividades administrativas para instituciones especializadas. Hay que tener en cuenta que esta distracción que el Poder Judicial ha tenido en cuanto a la atención de los litigios y a la resolución de los litigios le ha causado también una importante alteración en su prestigio, ya que la mayor cantidad de actos de corrupción o actos cuestionados por la ciudadanía más bien partieron de esas esferas administrativas que de la atención de las contiendas, así que queremos que el año próximo se instale este debate y se discuta profundamente en el Parlamento, y que podamos comprender de una vez por todas que un Poder Judicial, en su verdadera dimensión, en una dimensión más pequeña pero altamente especializada, va a ser de gran utilidad para toda la República.

Dra. Rivas: Desde su creación, pasando por todos los gobiernos, la cartera de Justicia y Trabajo ha pasado inadvertida en las políticas públicas, siendo Paraguay uno de los pocos países que engloba en una sola cartera dos temas fundamentales para la sociedad moderna, que son justicia y trabajo. ¿Hay planes que indiquen que se podrían separar las dos carteras?

Dr. Blasco: Justamente el Poder Ejecutivo se encuentra abocado en hacer un análisis de la situación orgánica del Estado paraguayo en su conjunto. Lo que se quiere es un abordaje de conjunto, de toda la estructura orgánica del Poder Ejecutivo, porque se entiende que el abordaje sectorial o por ministerio podría causar impactos en otros ministerios. Se busca hacer un análisis en conjunto, ver la conveniencia, debilidades o fortalezas, de una posible especialización de cada una de las carteras. De hecho, el Ministerio de Justicia y Trabajo está de acuerdo con que tiene que especializarse tanto en la cartera de justicia como de trabajo, pero esto se va a discutir en un foro mucho más amplio, que va a incluir también la participación del Poder Legislativo. Sí estamos interesados en carteras especializadas, y creo que esa es la tendencia no solamente local sino también mundial. Como bien lo señalaste, para muchos resulta una curiosidad que se hayan reunido dos carteras tan diferentes, y esto es un poco herencia de décadas atrás, que merece ser revisada y actualizada acorde con las mejores prácticas que se visualizan en la región. La actualización y reestructuración del Viceministerio de Justicia que se realizó con la valiosa cooperación del Centro

de Estudios Judiciales y que concluyó con la promulgación del Decreto N° 1.730, que reorganiza el Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, apunta a la modernización de esta cartera del Estado.

Dra. Rivas: En ese sentido, en este mundo globalizado y de intercambio de experiencias y cooperación para el mejoramiento del sistema judicial y el combate a la delincuencia, ¿Cómo se ubica el Ministerio de Justicia en este contexto regional?

Dr. Blasco: Felizmente tenemos una cooperación muy fluida en el área Mercosur. También tenemos una relación muy buena con el área de Ministerios de Justicia de Iberoamérica, pero es mucho más ágil y más expeditiva la que se genera en la subregión Mercosur. Tenemos un intercambio muy frecuente con los Ministros de Justicia del Mercosur, estamos asociados, trabajando juntamente y tenemos una intención de cooperación muy manifiesta y muy estrecha. De hecho, la actualización del tema orgánico del Viceministerio de Justicia que se realizó con la valiosa cooperación del Centro de Estudios Judiciales y la cooperación también argentina. Hemos tomado como ejemplo el Ministerio de Justicia argentino, que es un ministerio que cumple a cabalidad la función y la misión que se podría aspirar de un Ministerio de Justicia. Hemos adaptado, a los requerimientos locales, el modelo argentino, que es muy valioso. Y es muy valiosa la cooperación interregional que se genera en este ámbito.

Dra. Rivas: De manera que el Poder Ejecutivo pretende avanzar tanto en reforma legislativa como en reformas orgánicas para fortalecer el funcionamiento del sistema judicial y del Ministerio de Justicia en particular...

Dr. Blasco: Sí, queremos avanzar en ambos frentes. El año que viene va a ser un año de agenda muy cargada, tanto la reforma legislativa como la reforma orgánica, organizacional, van a ser encaradas simultáneamente de manera a modernizar la institución en el menor plazo posible y también facilitar el acceso a la justicia, que es una aspiración de todos los paraguayos y que es una materia pendiente todavía del Estado paraguayo. Queremos hacerlo de manera paralela. Contamos con una comprensión uniforme dentro del Poder Ejecutivo y ahora queremos ampliar esta discusión e involucrar al Poder Legislativo para que la comprensión sea expandida en ese ámbito y las discusiones no se dilaten en demasía sobre las necesidades de estas reformas

que, como dijimos, no se limita al cambio de personas. Las personas pueden ir y venir. Queremos afectar la estructura, lo que supone un cambio más permanente y más profundo en el Poder Judicial.

Dra. Rivas: considerando los grandes obstáculos que tiene el presidente Lugo para lograr consenso en el Parlamento, ¿cómo ve al país para el año 2010 con relación a los grandes planes de mejoramiento en el ámbito judicial?

Dr. Blasco: Confiamos en que las reformas pueden iniciarse a partir del próximo año, una reforma más profunda del Poder Judicial, y que al final del mandato vamos a contar con un Poder Judicial mucho más ágil, mucho más especializado en la resolución de conflictos, y

paralelamente, vamos a contar con una institución que se encargue de las oficinas administrativas o registrales saliendo de la órbita del Poder Judicial, limitando las funciones del Poder Judicial a lo exclusivamente jurisdiccional. Asimismo, estamos confiados en que el Ministerio de Justicia se constituya en un ministerio especializado dispuesto a prestar un servicio mucho más útil a la ciudadanía, facilitando el acceso a la justicia. Y del mismo modo, no perdemos la esperanza en que una enmienda o una reforma constitucional logre afectar el funcionamiento del Consejo de la Magistratura ofreciendo un modelo de selección y de acceso a la magistratura, a la carrera judicial, que nos garantice a todos los ciudadanos la independencia, la eficiencia y la eficacia de los ciudadanos elegidos para tan altas funciones.

Desafíos y perspectivas para la Defensoría Pública en el Ecuador

Ernesto Pazmiño Granizo

Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, profesor universitario, abogado penalista, actual Director de la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal.
ernesto.pazmi@hotmail.com

“En este lugar maldito no se sanciona el delito, se castiga la pobreza”.

Grafiti en la Penitenciaría.

Sumario

1. Introducción. 2. Sin defensa pública se limita el acceso a la justicia. 3. Necesidad de institucionalizar la defensa pública en el Ecuador. 4. La defensa pública y su papel estratégico. 5. Consagración constitucional y legal de la defensoría pública penal y del derecho a la defensa. 6. Principales desafíos para adoptar un “modelo institucional” de la defensoría pública en el Ecuador: 6.1. La persistencia de modelos burocráticos de defensa pública. 6.2. El papel de la defensa pública dentro del sistema de justicia penal. 6.3. La defensa pública como un “servicio público”. 6.4. Prestar un servicio de calidad. 6.5. El problema de la prisión preventiva y los “presos sin sentencia”. 6.6. La gratuidad del servicio. 6.7. Las relaciones entre la Defensoría Pública y el mercado privado de servicios legales. 6.8. El servicio de Defensoría Pública es para todas las materias e instancias. 6.9. Orientación de la defensa a los intereses del defendido. 6.10. El derecho a un defensor de confianza. 6.11. La Defensoría Pública incide en el funcionamiento de la justicia penal. 6.12. Actuar en igualdad de armas con la fiscalía. 6.13. Un servicio basado en los estándares de calidad y eficiencia y evaluaciones permanentes. 6.14. Orientación, asistencia y asesoría jurídica en todas las materias. Reflexiones finales.

1. Introducción

En días anteriores, como feliz coincidencia, entró en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial que crea por primera vez en el Ecuador la Defensoría Pública y la incorpora como un órgano autónomo de la Función Judicial en condiciones similares a la Fiscalía General del Estado, y también entraron en vigencia las reformas al Código de Procedimiento Penal que contempla cambios sustanciales al proceso penal al regular y exigir el procedimiento oral para todo tipo de diligencias y actuaciones judiciales; establecer procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario tales como los acuerdos de reparación, la suspensión condicional del procedimiento, la desestimación, el archivo provisional y definitivo, la aplicación del principio de oportunidad en la actuación del fiscal y el procedimiento simplificado; incorporar una serie de medidas cautelares de carácter personal alternativas a la prisión preventiva que se convierte en la última razón del sistema para ordenarla. Las reformas fortalecen definitivamente el *modelo adversarial*, como un sistema *garantista* de los derechos de las partes, abandonando algunas disposiciones y prácticas del viejo sistema inquisitorial que aún se mantenían.

En nuestro país, sin embargo, no puede existir ninguna discusión seria sobre el respeto de las garantías o el significado final del *garantismo* si no se considera como un tema de vital importancia la implementación, funciones y el desarrollo de la Defensoría Pública.

Es urgente superar previamente la concepción tradicional que indica que la defensa pública es

subsidiaria del sistema de justicia, construido sobre la base del defensor privado o de confianza, para reflexionar sobre una visión realista asentada en el principio de que el sistema de defensa gira necesariamente alrededor de la Defensoría Pública oficial.

El proceso de reforma del sistema de justicia, especialmente de la justicia penal, que se viene implementando en América Latina en los últimos años ha significado un cambio profundo y de gran magnitud para la defensa pública. Las reformas al sistema procesal penal para incorporar uno de corte adversarial, conllevan el desafío de crear sistemas de defensa pública fuertes, independientes, autónomos, capaces de asegurar efectivamente el ejercicio de esta garantía a todos los ciudadanos, especialmente a los más pobres, y sea coherente con las exigencias de la ampliación del acceso a la justicia y permita la modernización del funcionamiento de los servicios judiciales.

La nueva dinámica instalada a través de los cambios procesales, el fortalecimiento del Ministerio Público, hoy Fiscalía General, y las expectativas sociales que tanto se preocupan por revertir la impunidad y generar condiciones de seguridad, así como evitar el tradicional abuso de poder por parte de las instituciones policiales y judiciales, van generado un clima propicio para la implementación técnica y adecuada de la Defensoría Pública en el Ecuador. Hoy estamos viviendo un régimen de “transición”, hasta octubre de 2010, para estructurar la base técnica sobre la cual se instalará la nueva institución.

En este trabajo no nos cansaremos de repetir que, para que se instale un verdadero proceso acusatorio, no sólo debemos contar con una Fiscalía o Ministerio Público sólido, que conozca e impulse las mejores estrategias de acusación, sino que es imperioso construir una defensa pública consistente, que pueda hacerse cargo de plantarse firmemente frente a los fiscales como genuinos interlocutores, para desplegar ante los jueces, imparciales y garantistas, el litigio. Es más, y no exagero al afirmarlo, el sistema adversarial no puede funcionar si no existe una defensa pública técnicamente fortalecida.

No obstante, como nos advierte Silvina Ramírez del INECIP, esta emergencia de la defensa pública como un nuevo actor del sistema de justicia penal también ha puesto en el tapete nuevos problemas y nuevos desafíos. Adecuar los servicios de defensa pública a los contenidos en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Europea sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debe ser más que una expresión de voluntad,

dice. Existe la voluntad política de modernizar la justicia penal y eso nos tranquiliza y obliga a redoblar esfuerzos para culminar con esta tarea.

Sólo un gobierno democrático, sensible ante los problemas de las grandes mayorías empobrecidas, pudo haber realizado tanto esfuerzo para en tan poco tiempo crear la Defensoría Pública como una institución con elevada fortaleza. Diremos claramente que para consolidar un Estado de Derecho, es imprescindible generar las condiciones para que existan instituciones de defensa pública sólidas. Se dice que uno de los segmentos del sistema de justicia a través del cual puede hacerse una evaluación para evaluar hasta dónde se presta atención a los sectores más desprotegidos sea el de la defensa pública. Así, Eugenio Raúl Zaffaroni expresa:

“...puede afirmarse que el indicador del grado de realización del Estado de Derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan... el Estado de Derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública -que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente despojados- tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva”¹

Hasta que no se tenga claro cuál es el modelo de defensa pública que puede satisfacer en mayor medida las necesidades de un procedimiento equitativo, que haga de la igualdad de las partes su basamento, poco se habrá avanzado en la lucha librada contra el sistema inquisitivo y el fortalecimiento del sistema acusatorio o adversarial.

2. Sin defensa pública se limita el acceso a la justicia

Quiero recordar lo que Bennet H. Brummer, defensor público de Florida, decía en una conferencia. Manifestaba que los defensores públicos, en cualquier jurisdicción y lugar que trabajen, tienen mucho en común especialmente en los propósitos del trabajo. Insistía: “La policía siempre será la policía, los jueces siempre serán los jueces, los fiscales siempre serán los fiscales y los defensores públicos siempre seremos los defensores públicos. Generalmente, somos tratados como los hijos ilegítimos

¹ Zaffaroni, Raúl, en “Introducción” de *Pena y Estado*, Revista N° 5, Ediciones del Instituto INECIP, Buenos Aires, 2002, p. 20

de la reunión familiar. Al principio de un juicio sería realista esperar que el juez pregunte: “Señor defensor, está usted listo?” Y luego de tener una respuesta afirmativa, preguntar: “Señor fiscal, estamos listos?”². Si en Miami existe ese temor, en América Latina ha sido permanente el criterio de considerar al defensor público la parte más débil de la relación procesal y la “cenicienta de la familia judicial”. Ello, a más de lo que en el siguiente punto expresaremos, explica la poca importancia que en el Ecuador se dio a la creación de un sistema de defensa pública. Sin embargo por ventura las cosas van cambiando y el defensor, ahora como lo concibe nuestra Constitución, debe estar siempre motivado para lograr y alcanzar, en su gestión, honor y dignidad para los propios defensores, para sus clientes, para sus oficinas, para su institución pública y para todo el sistema de justicia.

La reforma procesal penal, con la vigencia del Código de Procedimiento Penal en el año 2001 y las amplias reformas a ese código recientemente aprobadas que fortalecen el sistema acusatorio o adversarial, constituye un cambio radical del sistema de justicia criminal en el Ecuador y es uno de los esfuerzos más significativos por mejorar la justicia penal y, sobre todo, por acercarla a las personas, especialmente a los más pobres. En Ecuador la mayoría de personas imputadas por delitos son pobres; la principal clientela de nuestras cárceles provienen de los barrios marginados; pobreza es sinónimo de injusticia ya que aquellos que no pueden pagar un abogado quedaban a merced del Estado y esto se evidencia en el alto porcentaje de presos sin sentencia que existen pese a que están detenidos cuatro, ocho y hasta diez años; el preso está preso más por pobre que por delincuente y esta marginalidad tiene consecuencias gravosas tanto para los afectados como para el Estado y la propia sociedad. Los elevados índices de pobreza en un país, obligan a establecer adecuados sistemas de defensa pública como un factor indispensable para el éxito de modelos orales o adversariales contruidos básicamente en torno a los principios de presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad, no de caridad.

Lamentablemente en el Ecuador la reforma procesal no vino acompañada de la necesidad de crear un adecuado sistema de defensa pública. Nunca existió una defensa institucionalizada; se designaron 32 defensores públicos dependientes de la Función Judicial para todo el país, pero sin

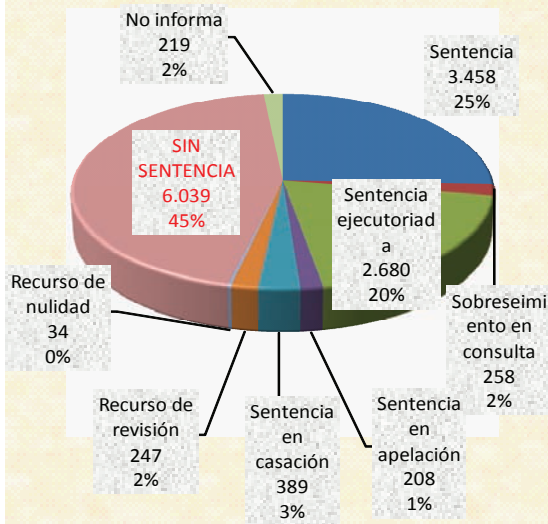
ninguna organización, trabajan sin apoyo ni respaldo institucional, sin estándares de calidad ni capacitación, no hay seguimiento de su gestión ni especialización por materias. El panorama ciertamente era bastante desolador. Al no existir defensa pública en el Ecuador, el Estado no estaba garantizando a los ciudadanos el acceso a la justicia, en especial a los de menos recursos y, por lo tanto, se venía violando uno de sus Derechos Humanos fundamentales. Este grave problema se evidencia cuando para agosto de 2007, mes en el que inicia sus actividades la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal por decisión del presidente de la República, la Dirección Nacional de Rehabilitación Social reportaba más de 18.000 personas privadas de la libertad a nivel nacional, de las cuales el 69 % no tenían sentencia y el 60% no tenían abogado. En el censo penitenciario realizado en mayo de 2008³ por el Ministerio de Justicia a través de la Unidad de Defensoría Pública Penal, se estableció que existían 13.532 personas privadas de la libertad en los Centros de Rehabilitación Social del país, de las cuales el 47% es decir 6.390 no tenían abogado defensor y el 45%, es decir 6.039 aún no tenían sentencia. Las cifras disminuyeron por la participación de un “batallón” de defensores de la Unidad Transitoria que inició un agresivo programa de defensa penal gratuita a favor de los presos pobres.

Vemos que existe un excesivo número de presos en situación de prisión preventiva, en espera de que su caso sea resuelto, viviendo en condiciones de hacinamiento extremo y expuestos a un ambiente que no favorece su reincorporación social y genera presiones para conductas peligrosas y antisociales. Esta situación se debe fundamentalmente a la alta proporción de imputados que, por sus condiciones de extrema pobreza, no contaban con la ayuda de un defensor que impulse su proceso de manera continua, eficaz y oportuna, además de una lenta administración de justicia penal.

2 Brummer, Bennett H., en *Defensa Pública*, Revista de la Defensa Pública de Costa Rica, octubre de 2003. Memoria del Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. Tema: Un modelo norteamericano: la perspectiva de Miami, pág. 13.

3 Censo social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, informe final, junio del 2008.

Por sentencia - Censo 2008



TIENEN ABOGADO

	Nro.	%
Ninguno / No informa	6.390	47
Abg. particular pagado	4.979	37
ABOGADO PUBLICO	1.724	13
Abg. particular gratuito	224	2
Abg. CRS	94	1
Otro, cual	69	1
Abg. de fundación	52	0
	13.532	100

- Dificil acceso a la justicia (a Octubre del 2007, 70% no tenían sentencia.).
- La justicia cuesta.
- Necesidad de una Defensa Pública (es una deuda que hoy se está pagando).

La imposibilidad de acceso a la justicia por no tener dinero para contratar un abogado, era, entonces, la causa fundamental para el hacinamiento en las cárceles y para que se mantenga el elevado número de “presos sin sentencia”, lo que evidenciaba un fracaso total de la administración de justicia penal y de la calidad de la prisión preventiva. La situación se agrava y complica aún más si consideramos tres elementos adicionales: (i) El sistema de represión penal-policial, con el justificativo de punir las conductas relativas a los delitos a la propiedad y seguridad ciudadana, impone políticas para garantizar la seguridad de los propietarios y comerciantes⁴; (ii) El encierro se convierte en un factor de criminalidad. Las penitenciarías son el lugar de destino de las clases marginales. Los detenidos son representantes exclusivamente de los sectores empobrecidos, del analfabetismo y la desocupación. El sistema penitenciario ecuatoriano aún es primitivo y no cumple los fines rehabilitadores de la pena. No hay políticas de rehabilitación; las cárceles son modernos campos de concentración y centros avanzados del crimen, creados como reacción social para “estigmatizar” al delincuente. El sistema penitenciario, en nuestro país, sigue siendo el instrumento

clásico de represión. En palabras de advertencia el Dr. Ernesto Albán Gómez decía: “Ciertamente el problema penitenciario ha llegado en el Ecuador a una situación límite. Están puestas las condiciones para que, de aquí en adelante, en cualquier momento, pueda producirse un estallido, una tragedia. Y todos tendremos, por acción u omisión, alguna responsabilidad en su génesis”⁵; y (iii) Los procesos de criminalización primaria son otra causa que genera indefensión y por ende sobrepoblación carcelaria. Aunque aquí no interviene la Función Judicial, sí interviene otra función que participa en el proceso de dominación y que garantiza los intereses de los poderosos: la Función Legislativa. La reacción social comienza con la “creación” de delitos penales. Un análisis de los procesos de criminalización evidencia que son las clases empobrecidas y marginadas a las que van dirigidas las normas penales. La criminalidad convencional traducida de manera especial en delitos contra la propiedad como: hurtos, robos, estafas, etc., se mantienen inalterables en el Código Penal y aumentan la creación de tipos penales de conductas que no merecen tratamiento punitivo y, al contrario, no se criminaliza, pese a la exigencia de la sociedad, varios tipos de conducta

4 Ávila Linzan, Luis, en *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Edición de Ramiro Ávila Santamaría, tomo 1 de la Serie Justicia y Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 186.

5 Albán Gómez, Ernesto, en la introducción al libro *Prisiones: Estado de la cuestión*, de Santiago Arguello, editorial El Conejo, Quito, 1991, pág. 13.

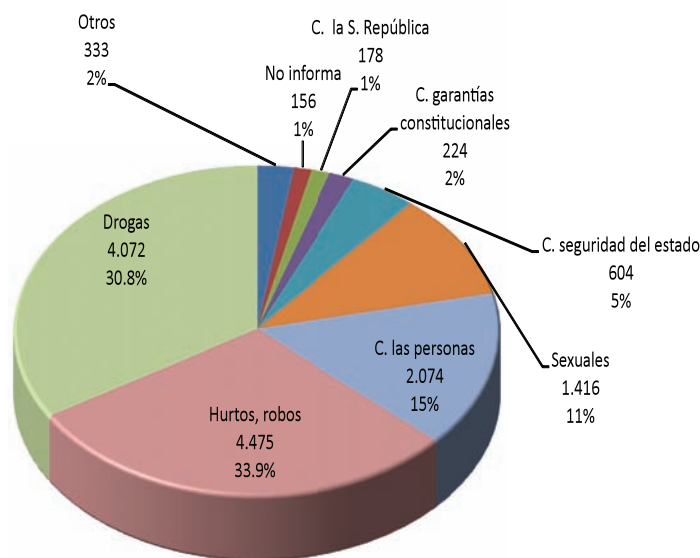
propios de la delincuencia económica, corporativa, financiera como los fraudes a los trabajadores, los fraudes colectivos con las medicinas, alimentos, las evasiones tributarias como la subfacturación y sobrefacturación, etc.; y no se lo hace porque la “represión legislativa” obedecía a un criterio político que refleja las exigencias y los intereses de los grupos sociales y económicos que forman parte de una cultura dominante. ¿Son detenidos y sentenciados los contrabandistas o quienes no pagan sus impuestos? Claro que no. Bien decía Zambrano Pasquel, a quien seguiremos bastante en este punto, que **“para reafirmar el principio de igualdad ante la ley, deberían criminalizarse los delitos de los poderosos”**.⁶

La Ley de Drogas, ejemplo de dependencia cultural pues se nos impuso desde los intereses norteamericanos y se lo aprobó como vino redactada desde afuera, es la evidencia que nuestro sistema penal responde a intereses externos poderosos y esta ley es la causa fundamental del hacinamiento

o sobrepoblación en las cárceles. Antes el mayor número de internos correspondía a los delitos contra la propiedad; sin embargo desde la aprobación de aquella oprobiosa ley que debe ser derogada inmediatamente, las cárceles están llenas de pequeños tenedores de droga y consumidores, caen las “mulas” y se les condena a 16 años pero los dueños de la droga siguen formando parte de las oligarquías locales; el 34 por ciento de los detenidos son por droga.

En el siguiente cuadro⁷ podemos apreciar que el 63% de la población penitenciaria está acusada por delitos contra la propiedad –hurto y robo– y por el delito de drogas, lo que evidencia que las personas cometen delitos que les generan algún beneficio económico -delinquen por necesidad, por hambre-; pero no aparecen personas detenidas por delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, contrabando. Lamentablemente esta realidad nos lleva a concluir que existe una legislación y una justicia que criminaliza la pobreza y deja sin castigo a los “poderosos”. Cruel realidad.

Personas privadas de la libertad por tipo de delito (2009)



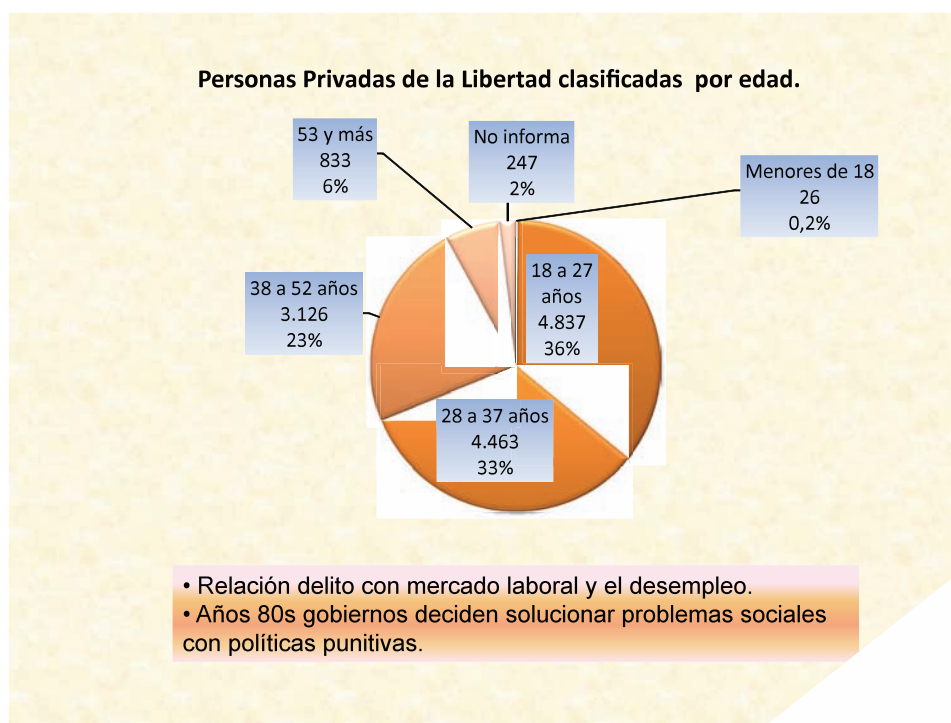
- Consecuencia política antidrogas y penas elevadas
- Mayor frecuencia de delitos que generan beneficios económicos (hurtos, robos, drogas -mulas) las personas delinquen para poder subsistir(63%)
- Es mínima la cantidad de presos por peculado
- Disminución de delitos violentos (contra las personas)
- Existe una relación pobreza – delincuencia – privación de la libertad: los internos están presos más por pobres que por delincuentes

6 Zambrano Pasquel, Alfonso, *Temas de Derecho Penal y Criminología*, 1988, sin editorial, en el prólogo de Rosa del Olmo, pág. 4.

7 Censo social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, cuadro elaborado en base al informe final, junio de 2008.

Por lo anterior afirmo, sin temor a equivocarme y a riesgo de provocar reacciones de quienes defienden el statu quo, que el sistema penal es el instrumento coercitivo que a través del Estado utiliza la clase dominante para la preservación del orden social y económico. Sobre esto William Chambliss, en su estudio *Economía Política del Crimen*, afirma: "...la aplicación de la ley en el capitalismo no tiene por finalidad reducir el delito, imponer la moralidad pública, sino que hay una organización para administrar el delito colaborando con los grupos más criminales y se aplica la ley contra aquellos cuyos delitos constituyen una amenaza mínima a la sociedad".

El análisis de las personas privadas de la libertad, según la edad, que consta en el censo penitenciario antes referido, es indicativo de lo anteriormente dicho. Vemos que el 69% de los internos están en el rango de 18 a 37 años de edad, es decir que es la población económicamente activa la que se encuentra en las cárceles lo que evidencia una relación directa entre delito y desempleo, consecuencia de las políticas neoliberales y de la decisión adoptada por gobiernos oligárquicos de solucionar los conflictos sociales, producidos por los elevados índices de pobreza, mediante políticas punitivas.



Por lo expuesto, bien se ha dicho que “el derecho al patrocinio letrado en el proceso penal es de cumplimiento obligatorio e irrenunciable porque abarca el cumplimiento de todos los demás derechos y garantías tanto procesales, como los referidos a la correcta aplicación de la ley sustantiva y de los principios de política criminal vigentes en el país. Más aún, la participación de un defensor técnico determina el verdadero acceso a la justicia en condiciones de igualdad, cuando este es un luchador incansable en pro de la aplicación plena de los principios constitucionales y la normativa internacional de los Derechos Humanos en cada una de sus actuaciones.”⁸

3. Necesidad de institucionalizar la defensa pública en el Ecuador

Ecuador, de manera particular, y Latinoamérica, como bloque, se encuentran en la encrucijada de definir esquemas propios que le permitan alcanzar adecuados modelos de justicia para una sociedad fragmentada por conflictos, principalmente de carácter ideológico, político y económico que han hecho difíciles los acuerdos para vivir en paz en un mundo regido por el Derecho. Las políticas neoliberales implementadas en las últimas décadas casi en todos los países de Latinoamérica, han profundizado la pobreza, la exclusión, la desigualdad, la discriminación, la desocupación, la disolución familiar, la inequidad en educación y salud, la corrupción, entre otros grandes problemas éticos del

⁸ Fundación Esquel, *Modelo Integral de Defensa Penal*, con el apoyo de CHECCHI y USAID, editorial Fraga, 2005, pág. 16.

continente. Esto empuja a la marginalidad a una población que se encuentra en constante crecimiento demográfico; esta marginalidad se proyecta en la menor capacidad social de respuesta que hace más difícil incorporar a la gran población de jóvenes en los sectores de producción que los habiliten tanto para alcanzar elementales niveles de educación como para conseguir mínimos ingresos para subsistir. Esto le llevó a afirmar a Amartya Sen, que “La economía moderna ha sido sustancialmente empobrecida por la creciente brecha entre economía y ética”.⁹

Ello trae conflictos sociales que generan inseguridad y la producción de delitos previamente tipificados en los catálogos punibles por comisiones legislativas para garantizar a ultranza, como ya dijimos, la propiedad y la riqueza acumulada. Nunca debemos olvidar que la redacción de los códigos penales, reitero, siempre ha estado a cargo de pequeñas élites o minorías que formaban parte de las oligarquías locales, alejadas totalmente de los sectores empobrecidos de la población; y que siempre ha operado un poder punitivo dedicado casi exclusivamente al control social de masas miserables. Es necesario ir hacia un derecho penal mínimo que tipifique conductas aberrantes y elimine del catálogo de delitos decenas de conductas que pueden regularse en el ámbito civil y que no deben ser objeto de persecución penal por la mínima alarma social que producen.

En la implementación de una justicia que criminalice la pobreza y defienda la propiedad, la riqueza y el comercio, no tiene cabida la conformación de una institución pública que con dineros del Estado garantice el acceso a la justicia y defienda a los imputados de un delito que, para las clases dominantes, ponen en peligro inclusive el sistema económico del que medran. Para ellos el encierro, ojalá de por vida, es el mejor instrumento de dominación contra los pobres. Por ello se explica que, pese a lo dicho en el punto anterior, el Ecuador era el único país de la región que no contaba con una defensa pública institucionalizada y estaba muy alejado de los servicios que brindan otros países.

No debo dejar de decir que en la mayoría de países de América Latina, salvo contadas excepciones, los gobiernos se empeñan en fortalecer los juzgados penales y fiscalías para que tengan éxito en el “combate al delito” en representación de la “sociedad” que exige seguridad, pero descuidan la creación de una defensa penal pública fuerte, con

recursos similares al Ministerio Público que brinde un servicio oportuno y de calidad; la mayoría de defensorías públicas no gozan de autonomía, están subordinadas generalmente al Ejecutivo o a la propia Función Judicial; trabajan sin apoyo financiero suficiente, sin un modelo de organización moderno que garantice eficiencia.

Como en Latinoamérica soplan vientos de cambio y poco a poco los gobiernos oligárquicos son desplazados del poder dando paso a propuestas políticas renovadas que piensan en el bienestar colectivo, confiamos en que se implementarán adecuados modelos de justicia en los cuales la defensa pública tenga el espacio preponderante que le corresponde en similitud de armas con los otros órganos del Poder Judicial. Las mentes tradicionales deben entender que el delito no se combate con el derecho penal sino con políticas públicas que conlleven a una verdadera justicia social. Es urgente organizar sistemas de justicia que resistan las embestidas de fuertes sectores, poderosos económicamente, que no abandonan criterios vengativos o todavía asumen posiciones interesadas que atan a los países al pasado e impiden conformar sistemas de justicia que sean una garantía de respeto a los postulados constitucionales democráticos. Esto se debe a que estaban acostumbrados a arrastrar a los aparatos jurisdiccionales y al Ministerio Público a adoptar actitudes alejadas de la justicia, equidad e igualdad. Estos sectores, hoy van perdiendo espacio y las instituciones de justicia se están consolidando como organismos independientes, autónomos, respetuosos de los Derechos Humanos, de los Tratados Internacionales y de la Constitución.

País	Defensores públicos	No defensores P. X c/ 100.000 habitantes
Costa Rica	223	5,73
El Salvador	278	4,26
Guatemala	471	3,92
Honduras	233	3,30
Chile	192	2,1
Paraguay	96	1,7
Bolivia	68	0,80
Ecuador	32	0,26

Frente al triste panorama planteado en el punto anterior, el gobierno actual mediante Decreto Ejecutivo No. 563 de fecha 17 de agosto de 2007, creó la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal para atender de manera emergente a esos miles de presos que por no tener defensa aún no tienen sentencia e ir construyendo los cambios constitucionales y legales necesarios para crear la

⁹ Sen, Amartya, *La agenda ética pendiente de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2005, pág. 35.

defensa pública y sentando las bases técnicas de lo que sería una futura institución que brinde este servicio. Esta Unidad es ahora la encargada de garantizar el derecho de los más pobres a tener una defensa jurídica, técnica, oportuna y de calidad. Esta era una deuda pendiente con la sociedad que este gobierno la está pagando.

La inviolabilidad del derecho de defensa es la fundamental garantía con que cuenta el ciudadano ya que es el único que, a la vez, permite que las demás garantías y derechos del acusado, como el juicio previo, la seguridad jurídica, el principio de inocencia, la tipicidad, el debido proceso, el derecho a guardar silencio, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, tengan vigencia concreta dentro del proceso penal. Observamos pues, que el derecho a defenderse es un complejo que integra una serie de garantías que lo conocemos como *el derecho a un juicio justo*. “Pero la defensa no sólo comprende o integra esas garantías, sino que además permite volverlas operativas mediante su ejercicio efectivo o el reclamo oportuno ante su incumplimiento”¹⁰. La consolidación de la democracia y del Estado de Derecho requiere la creación de instituciones que logren el fortalecimiento de los mecanismos que garanticen el respeto cotidiano de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El papel de la Defensa Penal Pública en un modelo adversarial, es garantizar el acceso a la defensa de toda persona que ha sido acusada por el Estado. Es importante diferenciar de la tradicional “defensa de pobres”; en primer lugar el ciudadano tenga o no recursos, al estar en juego su libertad, tiene derecho a que se le otorgue el servicio de defensoría gratuita, aspecto que difiere de la tradicional visión. En segundo lugar, por la naturaleza del proceso penal, es un servicio distinto al general otorgado para todas las áreas, la necesidad de alcanzar calidad y especializar el servicio, ha llevado a que en el derecho comparado exista una fuerte tendencia a limitar este servicio gratuito universal a la materia penal, como en el caso chileno.

Es verdad que se reconoce el derecho del Estado a castigar a quienes cometen un delito, pero ese derecho, sin embargo, no es absoluto ni puede ser ejercido de manera arbitraria. Un detenido se enfrenta solo ante la maquinaria investigativa y punitiva del Estado expresado inicialmente en la actuación de la policía y la fiscalía; pero ese mismo Estado tiene la obligación de no dejar desprovisto de protección a ese

individuo de manera que no se vea imposibilitado de defenderse. Por esta razón, como una limitación en el ejercicio del *ius puniendi*, el Estado garantiza el acceso a la justicia de todo ciudadano proveyéndole de un defensor público gratuito si por sus condiciones económicas, sociales o culturales no puede procurarse un abogado que defienda sus derechos y le asegure las garantías del debido proceso.

Sobre esto el profesor de derecho procesal penal Raúl Tavolari nos dice:

“El nivel de acceso a la justicia se ve reflejado en la creación de un ente especializado de persecución criminal que debe velar por los intereses de la comunidad... El acceso también se expresa en la creación de una Defensoría Penal Pública que entrega asesoría jurídica gratuita y de calidad a los imputados que carecen de medios para proveerse de una defensa técnica por sí mismos. El financiamiento de esta defensa es aportada por el Estado y ha permitido elevar considerablemente los estándares de calidad en la prestación de servicios de asistencia judicial en materia penal, motivando a los abogados privados a postular a los llamados que la Defensoría periódicamente hará a la comunidad jurídica a través de concursos públicos”.¹¹

Dadas las distorsiones que la ausencia de una institución de defensa pública ha causado en nuestro país, resulta de interés marcar una diferenciación clara con ciertos “modelos de defensor” que se han forjado fruto de la violación más sistemática de los derechos fundamentales que ha cometido nuestro país.

En primer lugar, debe realizarse una clara distinción entre el servicio público que debe ofertar esta institución y la tradicional visión caritativa y voluntarista que ha primado en buena parte de instituciones de la sociedad civil que, ante la ausencia de un servicio público, han debido de alguna manera llenar este vacío. Es importante destacar que la institución ofrece un servicio público y como tal debe estar sometido a los más exigentes niveles de calidad; en este sentido no es admisible una labor conformista ni tolerante con niveles de ineficiencia, en especial porque en este caso el valor en juego es la libertad personal, con todos los costos individuales, familiares y sociales que ello conlleva.

En segundo lugar también se debe dejar explícita la distorsión existente en buena parte del servicio residual que ha ofrecido el Estado. De cierta manera

¹⁰ Binder, Alberto y otros, redactores, *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, con CEJA y PNUD, 2005, pág. 20.

¹¹ Tavolari Oliveros, Raúl, prólogo al libro *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2005, pág. 3.

se ha forjado un papel que puede etiquetarse como “legalizador del proceso”; el sistema inquisitivo donde el juzgador concentraba en la práctica todos los papeles -investigar, resolver y proteger los derechos del acusado-, generalizó una convicción donde el defensor era una figura accesoria a la Función Judicial, cuyo fin básico era legitimar actuaciones y permitir el desarrollo del proceso, esta cosmovisión explica, por ejemplo, por qué la tendencia de que los defensores formen parte de la Función Judicial. Un sistema acusatorio que se basa en la confrontación de dos partes, debe garantizar instituciones profundamente comprometidas con su misión, así como la Fiscalía General debe realizar de manera técnica la labor de ejercer la persecución penal, la defensa pública tiene un compromiso con los intereses del defendido y debe poner toda su capacidad técnica en esta labor.

Actualmente se ha dado importancia prioritaria a la institucionalización de la Defensoría Pública y, con la vigencia de la nueva Constitución, su existencia se eleva a categoría de institución reconocida, por primera vez, por la Constitución política y amplía su cobertura a todas las materias incorporando a los más pobres a los servicios que brinda el Estado.

Ahora ya no queda ninguna duda de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado de Derecho.

Por lo anterior es necesario resaltar lo que el profesor Alberto Binder nos enseña cuando afirma: “El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa de forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal”.¹²

4. La defensa pública y su papel estratégico

El punto anterior abre una perspectiva de análisis importante. Es relevante tener en cuenta que el ejercicio de una defensa eficaz no sólo pasa por poner un abogado al frente de cada fiscal y garantizar

que todo imputado tenga asesoría jurídica en cada etapa del proceso; así como el Ministerio Público es más que la suma de los fiscales, la Defensa Pública como institución tiene una labor que cumplir dentro del sector justicia que supera en mucho el litigar casos concretos.

Dado el período de implantación de un nuevo modelo procesal penal y una cultura jurídica marcada por la inexistencia real de una defensoría, en este momento histórico el reto mayor de la defensoría consiste en lograr un peso específico dentro del sector justicia y en general de la sociedad ecuatoriana y en base a esta posición, iniciar a transitar por un camino de logros estratégicamente planificados. El fin de esta visión es el detectar prácticas sistemáticas que violentan los derechos fundamentales de los defendidos e iniciar en base a distintas herramientas, la consecución de logros progresivos que tiendan a mejorar la posición de los imputados como un todo. Esta finalidad representa la necesidad de utilizar todas las herramientas disponibles al fin de conseguir los objetivos previamente fijados.

Dentro de este escenario, resulta de interés al menos mencionar ciertos instrumentos que la defensa pública dispone: en primer lugar, se podría usar la representatividad política de la institución para generar espacios de diálogo, donde se analicen problemas especialmente serios que deslegitiman el funcionamiento institucional y llegar a acuerdos mínimos que permitan que el sistema de justicia penal vaya funcionando adecuadamente. La participación del defensor público general en el Consejo Consultivo del Consejo de la Judicatura es una buena oportunidad para esta finalidad. Hay problemas que no requieren reformas legales para superarlos, sólo hace falta diálogo sincero y voluntad para aceptar los inconvenientes si queremos una mejor justicia penal. La idea consiste en utilizar el acervo de legitimidad que otorga el desmontar prácticas impropias arraigadas por décadas en nuestro sistema penal. El ambiente de diálogo generado hace que se vea a esta herramienta como la más fructífera en este momento, porque hoy en día entre los actores del sector justicia se ha evidenciado un sincero interés por mejorar la administración de justicia y avanzar en un régimen de garantías.

En caso de ser necesario se podrán utilizar herramientas destinadas a reforzar aquellas posturas donde no existen acuerdos. La defensa pública en razón de su mandato institucional y de la opción que ha adoptado para funcionar –contratación de servicios de centros legales-, tiene ventajas comparativas relevantes, si maneja con legitimidad los temas a discutirse, no sería difícil que estructure una alianza sólida capaz de otorgar fortaleza a las posturas adoptadas

¹² Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2001, pág. 151.

La última alternativa a citarse guarda relación con el *litigio estratégico*. Esta labor, en lo básico, consiste en centrar toda la fortaleza institucional en casos seleccionados estratégicamente para servir de precedentes y, de ser necesario, explotar alternativas procesales poco ortodoxas para alcanzar fallos emblemáticos; se hace referencia a vías tales como el litigio ante tribunales internacionales o incluso presentación de quejas o denuncias por delitos como prevaricato, corrupción, torturas, violaciones de Derechos Humanos. La idea es obligar a los actores a revisar sus prácticas y romper ciertos nudos problemáticos instaurados que de manera generalizada vulneran los derechos fundamentales.

Para terminar, basta anotar que estas posibilidades, no hacen más que relevar la responsabilidad que hoy se tiene, en un momento en que la institución está estructurándose. La responsabilidad es grande, porque conocido es que mucho del futuro de las instituciones se juega en el perfil que consigue crear el conjunto humano que lo conforma en esta atapa inicial. Por ello es que se valoran sobre manera elementos tales como liderazgo, formación del personal, creación de esquemas funcionales acordes al servicio, revisión permanente de las estructuras funcionales, producción de cifras que permitan medir la calidad del servicio, entre otros factores.

Buenos sistemas de defensa pública en países con elevados índices de pobreza y exclusión, como el Ecuador a consecuencia de la larga noche neoliberal, es una condición indispensable para el éxito de sistemas procesales penales contruidos precisamente sobre la presunción de inocencia y el derecho a una defensa efectiva y de calidad. Pero para tenerlos no basta simplemente con brindar el servicio y asegurar su cobertura y alcanzar un presupuesto adecuado. Lo indispensable y necesario es organizar el servicio de defensoría pública de forma eficiente, estableciendo perfiles claros para los defensores, colocando estándares de calidad de la defensa, indicadores de gestión, procesos de evaluación constante del trabajo de los defensores, diseñando una arquitectura institucional que establezca un sistema de gestión por procesos.

5. Consagración constitucional y legal de la Defensoría Pública y del derecho a la defensa

La Constitución vigente, aprobada por el pueblo ecuatoriano en referéndum, por primera vez regula la creación de la Defensoría Pública, por lo tanto ahora es una institución pública reconocida por la Constitución y establece que, conjuntamente con la Fiscalía General del Estado, son órganos autónomos de la Función Judicial. Francamente debo decir que

el reconocimiento e institucionalización de la defensa pública es uno de los avances más significativos en nuestro país, en el ámbito de la justicia, en los últimos 50 años. Varios intentos se realizaron en el Ecuador para contar con una ley orgánica que diseñe y regule el funcionamiento de la Defensoría Pública; las mentes retrógradas e inquisitivas imperantes en nuestro país se unían para impedir este empeño. En el año 2004 la Fundación Esquel conjuntamente con otras organizaciones de la sociedad civil realizaron un gran esfuerzo para preparar un proyecto de ley de la Defensoría Pública penal; en esos días cumplía funciones de diputado en el Congreso Nacional y apoyé decididamente la propuesta liderando el debate en el pleno del Congreso y preparando los informes para el primer y segundo debate. Luego de una tenaz lucha contra las posiciones tradicionales, logramos que el Congreso apruebe la ley pero lamentablemente fue vetada de manera total por el presidente de la República Alfredo Palacio que sucumbió ante las presiones de quienes no les convenía, por intereses particulares, que la defensa pública funcione en nuestro país y todo el esfuerzo y las buenas intenciones quedaron trucas.

El actual gobierno priorizó, como política, la necesidad de institucionalizar el sistema de defensa pública como un mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia y a la defensa de los sectores menos favorecidos económicamente, y se determinó la necesidad de incorporarla como disposición constitucional para asegurar su posterior implementación. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conjuntamente con la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal, presentaron a la Asamblea Constituyente el texto relacionado con la Defensoría Pública, participamos en varias reuniones y debates de la respectiva comisión y finalmente nuestra propuesta fue incorporada en los artículos 191, 192 y 193 de la Constitución.

El artículo 191 de la Constitución dispone:

“La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el *patrocinio y asesoría jurídica* de los derechos de las personas, en *todas las materias e instancias.*

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma *desconcentrada* con *autonomía administrativa, económica y financiera*; estará representada por la Defensora

Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.” (énfasis nuestro)

Adicionalmente la Constitución, en varias disposiciones del capítulo octavo que regula los “Derechos de protección”, reconoce de manera amplia el derecho al acceso a la justicia y el derecho de toda persona a la defensa.

Así, el artículo 75 dispone: “Toda persona tiene derecho al *acceso gratuito a la justicia* y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; *en ningún caso quedará en indefensión*. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

El artículo 76 que regula el derecho al *debido proceso*, en el numeral 7 dice: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

Adicionalmente el numeral 7 del artículo 77 que establece las garantías básicas dentro del proceso penal en el que hubiere una persona privada de la libertad, dispone:

“ 7.- El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimiento formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
- b) Acogerse al silencio.
- c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.”

De esta manera la Constitución elevó a la categoría de “garantía constitucional” el derecho a la defensa, incorporando en sus normas las disposiciones que sobre este derecho establecen los **tratados internacionales** como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan lo que denominan “garantías mínimas” dentro del proceso.

El reconocimiento del derecho a la defensa como garantía constitucional y el establecimiento de la Defensoría Pública como una institución reconocida y regulada por la Constitución para hacer efectivo ese derecho, a mi juicio, constituye una de las mayores conquistas en el plano jurídico de que tenga memoria la historia ecuatoriana en la última etapa democrática. Otras Constituciones ya reconocían este derecho, sin embargo era letra muerta e inaplicable porque no se establecía el mecanismo para hacer efectivo ese derecho.

Como la actual es una Constitución garantista, si bien por un lado reconoce el derecho al acceso a la justicia y a la defensa, por otro lado establece los mecanismos para hacer efectivos esos derechos, en este caso, exigiendo la creación de la institución

pública que garantizará ese derecho de las personas a acceder a la justicia y a tener una defensa pública oportuna, técnica y de calidad.

Se afirma que la defensa, como derecho, se encuentra en el plano del derecho natural, traspasa los lindes del derecho positivo y procesal positivo, les da sentido y los orienta, de manera tal que es justamente el elemento que permite distinguir entre un genuino derecho procesal y un derecho adjetivo o meramente formalista.

La falta de servicios eficaces y continuos de la defensa pública, genera un permanente *estado de indefensión institucionalizado*, eso es lo que sucedía en el Ecuador en un supuesto Estado democrático y de derecho. Los gobiernos anteriores nunca se preocuparon por evitar el estado de indefensión al que estaban sometidos los ecuatorianos al no contar con una Defensoría Pública que efectivice el derecho de defensa y de acceso a la justicia. La defensa, como hemos dicho, no constituye un principio por sí misma, sino que a través de ella se garantizan los demás principios básicos que estructuran el propio sistema procesal penal. Protege todo atributo de la persona o los derechos que le corresponden, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión judicial.

Como consecuencia de lo anterior y para viabilizar las disposiciones constitucionales, la Comisión legislativa y de Fiscalización aprobó el **Código Orgánico de la Función Judicial** en el cual se incorporó toda la normativa que regula la Defensoría Pública; en efecto en el Capítulo II del Título V que regula los órganos autónomos de la Función Judicial, hace efectiva y desarrolla el mandato constitucional e incorpora lo que sería la “ley orgánica de la Defensoría Pública” que fue preparada por la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal e incorporada en su totalidad en este capítulo, creando esta institución como parte del “sistema de justicia” y establece en los artículos 285 y 286 su naturaleza jurídica, funciones y competencias. Así:

“Art. 285.- NATURALEZA JURÍDICA.- La Defensoría Pública es un organismo *autónomo* de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.

Art. 286.- FUNCIONES DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA.- A la Defensoría Pública le corresponde:

- 1) La prestación *gratuita* y oportuna de servicios de *orientación, asistencia, asesoría y representación judicial*, conforme lo previsto en este Código, a las personas que no puedan contar con ellos en razón de su *situación económica* o social;
- 2) Garantizar el *derecho a una defensa* de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente;

3) La prestación de la *defensa penal* a las personas que carezcan de abogada o abogado, a petición de parte interesada o por designación del tribunal, jueza o juez competente;

4) Instruir a la persona acusada, imputada o presunta infractora sobre su derecho a elegir una defensa privada. En los demás casos, los servicios se prestarán cuando, conforme a lo establecido en el reglamento respectivo, se constate que la *situación económica o social* de quien lo solicita justifica la intervención de la Defensoría Pública.

5) Garantizar que las personas que tengan a su cargo la defensa Pública brinden orientación, asistencia, asesoría y representación judicial a las personas cuyos casos se les haya asignado, intervengan en las diligencias administrativas o judiciales y velen por el respeto a los derechos de las personas a las que patrocine. *En todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida.*

6) Garantizar la *defensa pública especializada* para las mujeres, niños, niñas, y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas;

7) Garantizar la libertad de *escoger la defensa de la persona interesada* y solicitar, de ser necesario, una nueva designación a la Defensoría Pública.

8) Contratar profesionales en derecho particulares para la atención de asuntos que requieran patrocinio especializado, aplicando para el efecto el régimen especial previsto por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el procedimiento que se establezca en el reglamento que dicte el Defensor Público General;

9) Autorizar y supervisar el *funcionamiento de los servicios jurídicos* prestados en beneficio de personas de escasos recursos económicos o grupos que requieran atención prioritaria por parte de personas o instituciones distintas de la Defensoría Pública;

10) Establecer los *estándares de calidad* y normas de funcionamiento para la prestación de servicios de defensa pública por personas o instituciones distintas de la Defensoría Pública y realizar evaluaciones periódicas de los mismos. Las observaciones que haga la Defensoría Pública son de cumplimiento obligatorio.

11) Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Defensoría Pública; y,
12) Las demás determinadas en la Constitución y la Ley.”

En estos dos artículos se establecen las atribuciones, modelo de servicio, desafíos y más características de los que debe ser el servicio de defensoría pública en el Ecuador. Por ahora resaltemos que se determina la implementación de un servicio público, gratuito, de calidad, en todas las materias e instancias, desafíos que luego analizaremos.

El derecho a la defensa tiene diversas manifestaciones concretas dentro del derecho, en particular del derecho procesal como: el derecho de conocer

los cargos e imputaciones que le hacen al sindicado; oportunidad para efectuar descargos; presentar prueba; confrontar la prueba desde el primer momento que se le imputa un delito; el patrocinio y asesoría legal gratuita; el derecho a audiencia; impugnación de las decisiones judiciales, etc. En íntima relación con lo dicho es que se han desarrollado las garantías del *debido proceso*, en donde la defensa y los defensores públicos juegan el papel más importante y decisivo.

El derecho natural de la defensa es un derivado del derecho de acceso a la justicia, con la finalidad de evitar el estado de indefensión en que se halla o se podría lamentablemente encontrar cualquier persona ante una imputación. Consideramos que la indefensión es la negación al resguardo del derecho fundamental de la defensa y se origina en la imposibilidad de una persona para hacer valer sus derechos fundamentales en el procedimiento penal, en relación con la actuación de la pretensión punitiva. Esta situación es extensiva a las otras áreas y materias del derecho.

No me cansaré de decir que la intervención de un defensor público contribuye a la transparencia del proceso, provoca mayor debate, genera juicios más técnicos y oportunos, disminuye la posibilidad de error judicial, y permite construir y consolidar una sociedad más justa y democrática donde la justicia, al generar un verdadero acceso, se hace más creíble.

Finalmente el **Código de Procedimiento Penal** garantiza también el derecho a la defensa del imputado cuando dispone:

“Art.11.- Inviolabilidad de la defensa.- La defensa del imputado es inviolable. El imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Art.12.- Información de los derechos del imputado.- Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución Política de la República y este Código le reconocen. El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez debe designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración. El juez o tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En este caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.”

6. Principales desafíos para adoptar un “modelo institucional” de la Defensoría Pública en el Ecuador

Expresaremos algunos problemas y los desafíos principales que debe enfrentar la Defensa Pública en su proceso de formación:

6.1. La persistencia de modelos burocratizados de defensa pública

Cuando no se desarrollan modelos de trabajo dentro de la defensa pública se manifiestan altos niveles de burocratización. Defensores sin vocación que no trabajan en equipo, que no sienten que pertenecen a una misma organización, que “no se ponen la camiseta”, que piensan su trabajo más como un paso dentro de su carrera judicial que como un servicio específico con su propia carrera, lealtad al sistema judicial, a la búsqueda de la verdad, antes que a su cliente, falta de políticas de desarrollo organizacional e institucional, etc. Este modelo de organización, que debemos atacar y terminar completamente, es la función que cumplía la defensa pública dentro de los sistemas de tipo inquisitorial en la cual el defensor era fundamentalmente un auxiliar de la justicia. En algunos casos, los defensores oficiales han copiado el modelo de organización jerárquica y piramidal de los jueces, propios de un sistema inquisitivo, que tiene por objetivo sujetarla a contribuir al esclarecimiento de la verdad real, con la consecuencia necesaria -para cumplir dicho objetivo- que los imputados confiesen, lo que distorsiona el derecho de defensa.

Frente a las defensas burocratizadas y los defensores más preocupados por defender sus cargos, su estabilidad y sus rutinas que por mejorar permanentemente el sistema, hay que oponerle un nuevo modelo de defensa pública orientado a la lealtad a su cliente, al interés superior del imputado, como más adelante veremos, con una organización moderna, basada en estructuras orgánicas sólidas, con capacidad crítica frente al sistema judicial, preparada para utilizar al máximo los recursos que el sistema judicial pone a su disposición y que asuma la carrera judicial como una carrera en sí misma que reclama especialización y tiempo.

6.2. El papel de la defensa pública dentro del sistema de justicia penal

La Constitución reconoce a la Defensoría Pública como un órgano autónomo de la Función Judicial; además, el defensor público general forma parte del Consejo Consultivo del Consejo de la Judicatura. Por lo tanto debemos plantearnos seriamente el reto y el problema de la defensa pública

ahora como una nueva institución y un nuevo actor dentro del sistema de justicia, especialmente de la justicia penal. Ello implica tareas claves y fundamentales para la defensa pública como: la denuncia de torturas, violaciones de Derechos Humanos dentro del sistema, la recolección de datos sobre malas prácticas, las propuestas legislativas de cambios normativos, la observación permanente sobre el funcionamiento del sistema procesal, la presentación pública de los abusos de poder, el análisis de la calidad de la prisión preventiva como medida cautelar, la utilización de procedimientos especiales y alternativos al proceso penal ordinario, la calidad de las resoluciones, etc., son sólo algunas de las tareas que le impone a la nueva Defensoría Pública. Ello implica también un nuevo tipo de conducción y niveles dirigenciales y políticos preocupados por la eficacia de esta tarea, por la protección de los defensores que se exponen por estas razones y con capacidad de dialogar con otros actores del sistema judicial y del sistema político.

Sin embargo, lo que ahora le es exigible a la defensa también lo es para el resto de los segmentos judiciales. Porque, nuevamente, estamos pensando en un diseño que equipare las funciones de quienes deben acusar y quienes deben defender. Pero es notorio que los sistemas judiciales no se han preocupado por contar con elementos empíricos que den cuenta de su actuación, y que permitan hacer las correcciones pertinentes para mejorar sus modos de trabajo. La Defensoría Pública debe apartarse de cumplir roles estereotipados, convirtiéndose en aquellos que pueden diseñar una verdadera estrategia de defensa, exigiéndoles -a la manera de los abogados privados- realizar una defensa técnica impecable que requiere no sólo de remozar sus formas de trabajo, sino también de conocimiento jurídico, actualización permanente, y un verdadero compromiso -vínculo de confianza- con el defendido.

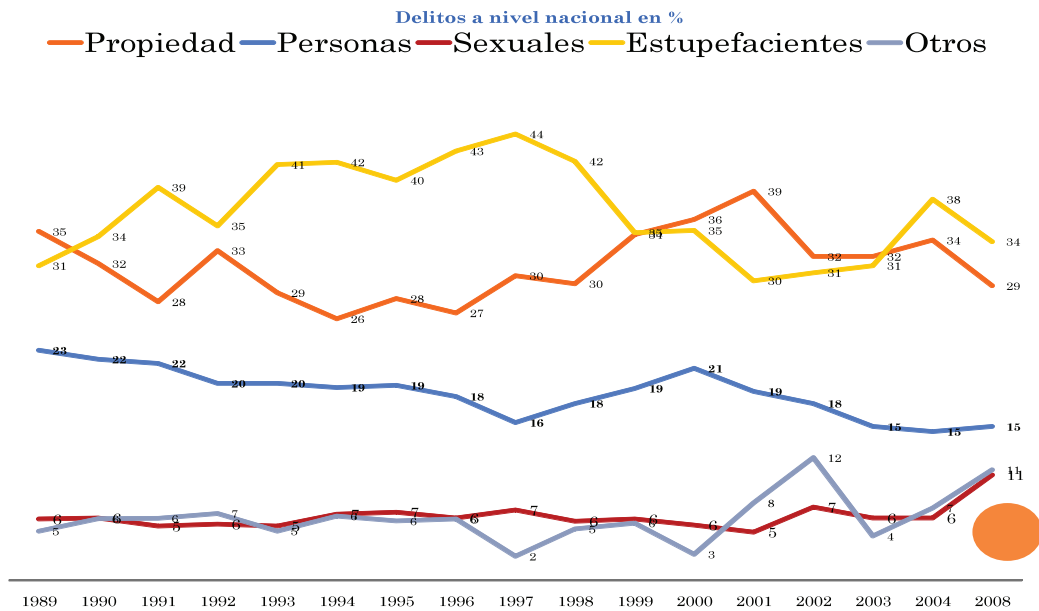
Debemos implementar el servicio de defensa pública en un contexto donde los ciudadanos, a causa de las políticas neoliberales e inhumanas que los gobiernos de derecha aplicaron, conforman hogares con precariedades alimenticias, necesidades básicas elementales insatisfechas, progenitores generalmente alcohólicos, elevado consumo de drogas, una mediocre o ninguna educación, incapacidad de los maestros, la grave situación nutricional con la que concurren los niños a la escuela, lo cual sumado a la elevada deserción escolar provoca en nuestras sociedades el aumento de la delincuencia a la cual son empujados estos ciudadanos desde sus primeros años de vida.

Otro factor que debemos tener en cuenta es la migración del campo a la ciudad y hacia otros países. Se conforman tugurios en las periferias urbanas donde las personas carecen de lo necesario para sobrevivir con algo de dignidad; se producen rupturas familiares que generan la proliferación de pandillas juveniles. Todo esto explica también el aumento de la criminalidad en nuestras sociedades que se pretende combatir únicamente con represión y con las leyes penales.

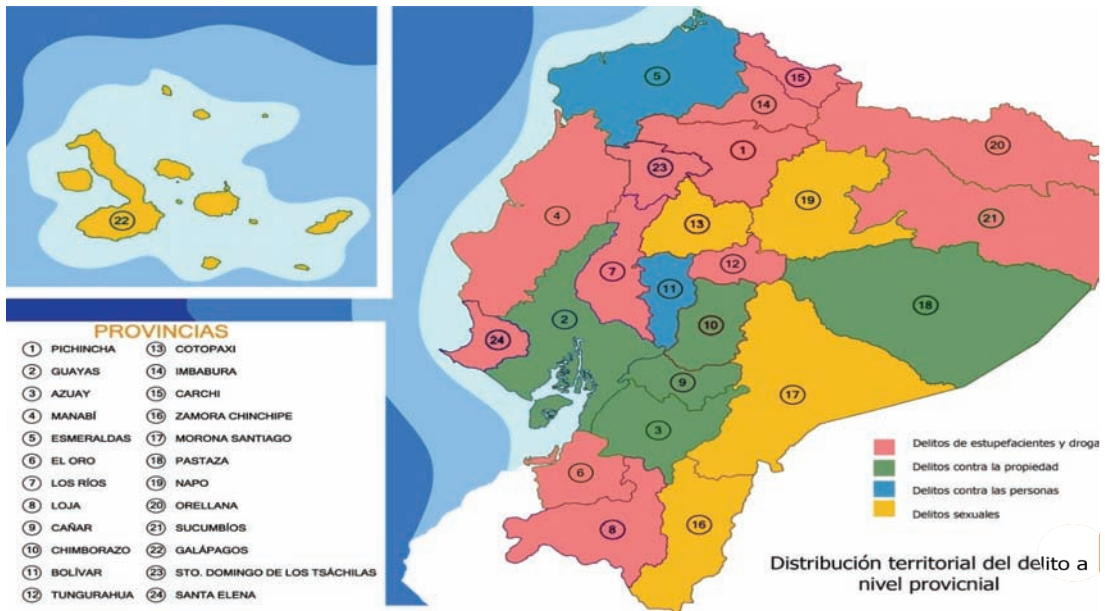
Estos son, precisamente, los clientes de la Defensoría Pública. La mayoría de esos clientes son acusados por delitos contra la propiedad que, a pesar de lo que se afirma que hay un incremento de ellos, tienen una curva descendente en su producción. Cosa similar ocurre con los delitos violentos, es decir aquellos contra las personas, que también manifiestan una tendencia a disminuir, por eso no es aventurado afirmar que sólo existe una percepción ciudadana del incremento del delito porque en realidad la tendencia es a disminuir o a mantenerse en niveles similares. De lo que sí existe un incremento es de los delitos sexuales. En los siguientes gráficos¹³ ilustramos el tipo y tendencia del delito y la ubicación geográfica del mismo en el Ecuador.

¹³ Censo social-demográfico penitenciario, realizado por la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, cuadro elaborado en base al informe final, junio de 2008.

TIPO Y TENDENCIA DEL DELITO



UBICACIÓN GEOGRÁFICA DEL DELITO



6.3 La Defensoría Pública como un "servicio público"

El modelo que debe implementarse en el Ecuador es el de un servicio estatal, público, gratuito conformado por profesionales abogados que asumen el cargo de defensores públicos y que son empleados públicos que perciben un sueldo del Estado y

están sujetos a una carrera defensorial; el beneficiado puede escoger el abogado de su confianza. Sobre el contenido se incluye el derecho a los servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial en todas las materias y todas las instancias. El derecho es para todas las personas, lo que incluye a ecuatorianos y extranjeros, especialmente en materia penal. La Constitución y el Código Orgánico

al establecer las exigencias que deberá afrontar el nuevo sistema de defensa pública determinan que el servicio debe ser prestado por un organismo público llamado Defensoría Pública, que se convierte en un nuevo órgano autónomo de la Función Judicial, que también debe administrar el sistema y controlar la adecuación de prestación de la defensa por todos los defensores públicos, que son abogados de planta con nombramiento y calidad de funcionarios públicos. Claro que el Código establece también la posibilidad de contratar profesionales o instituciones especializados cuando las necesidades lo requieran para brindar servicios que exijan esa experticia, como en el caso de asuntos de niñez y adolescencia o violencia familiar. El desafío es establecer e implementar ese organismo público.

Que sea un servicio público significa básicamente que se ha constituido como un organismo que forma parte de la administración pública, en este caso de la administración pública del Poder Judicial, encargado de satisfacer una necesidad pública. Esta necesidad es la prestación de defensa jurídica a las personas que carecen de abogado dentro de un proceso judicial o necesitan el consejo u orientación jurídica de un abogado, que al beneficiar a un gran número de personas, de acuerdo a la ley y a la Constitución, ha sido elevada actualmente al rango de un derecho constitucional y de una necesidad pública que debe ser satisfecha por el Estado, para lo cual debe destinar fondos públicos.

Esta es la necesidad pública que debe satisfacer y que constituye su razón de ser.

El carácter de servicio público de la Defensoría Pública, determina una serie de características esenciales, algunas de las cuales son especificadas en la misma ley, mientras que otras hay que desprenderles de reglas generales aplicables a esta clase de órganos estatales, como aquellas de ser un organismo autónomo, que prestará un servicio público desconcentrado funcionalmente, con autonomía administrativa y financiera; no actúa con la personalidad jurídica general del Estado, como lo hacen los servicios pertenecientes a la administración central, sino que cuenta con personalidad jurídica propia. Su representante judicial y extrajudicial, por lo tanto, es el defensor público general, quien actuando según la ley podrá adquirir las obligaciones y ejercer los derechos que le corresponden.¹⁴

No obstante, el propio Código Orgánico señala que se trata de un servicio desconcentrado, que en

este caso deberá ser de carácter territorial¹⁵, lo que significa que se delegan funciones en empleados, dependencias u organismos situados a lo largo del país. La manifestación más importante de esta desconcentración son las oficinas territoriales con competencias en regiones, provincias, cantones o distritos metropolitanos, compuestas no sólo por los defensores locales sino también por unidades administrativas.

Como consecuencia de su carácter de servicio público autónomo, la misma Constitución y el Código Orgánico establecen que también cuenta con patrimonio propio al gozar de autonomía financiera y económica; es decir, puede adquirir y administrar sus propios bienes, actuando a través de su representante legal.

La consecuencia más importante de haberle otorgado autonomía total a la Defensoría Pública es que está en similares condiciones de los otros órganos de la Función Judicial y no está sometida a la supervigilancia de ninguna autoridad o institución.

Sólo el tiempo y la capacidad de implementar adecuadamente la institución nos podrá decir si estas manifestaciones son suficientes o deberán introducirse las modificaciones normativas, en el nivel que corresponda, para que este organismo pueda satisfacer efectivamente la garantía de la defensa en los términos que exigen la Constitución y los Tratados Internacionales.

6.4. Prestar un servicio de calidad

El artículo 191 de la Constitución exige que la Defensoría Pública preste un “servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito en el patrocinio...”, el Código Orgánico “garantiza el derecho a una defensa de calidad”. La calidad y eficiencia en la prestación del servicio de defensa pública es, entonces, una exigencia constitucional.

Las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal aprobadas por la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en las que se recoge gran parte de la propuesta enviada desde la Unidad de Gestión de la Defensoría Pública Penal, modifica totalmente el sistema de juzgamiento criminal en el Ecuador y se produce un tránsito definitivo al sistema adversarial al oralizar todo el procedimiento mediante la implantación de audiencias públicas orales y contradictorias previas a toda decisión que el juez tome y que afecte derechos de las partes. Esto tiene la indiscutible ventaja de generar para los sujetos procesales un espacio más efectivo e

14 Código Orgánico de la Función Judicial, art. 288

15 Código Orgánico, art. 291

inmediato para presentar sus solicitudes, actuar su prueba, y al juez para dictar con conocimiento directo de causa sus decisiones.

La defensa, como garantía de intervención en el proceso, tiene dos modalidades: (i) la *autodefensa o defensa material* que es la que realiza directamente la parte demandada, por voluntad o iniciativa propia, o por interrogatorios de autoridad competente, ofrece explicaciones del hecho, aporta pruebas, contradice otras, participa activamente en audiencias. El derecho de defensa material no es una obligación, es un derecho personal. (ii) la que se realiza a través de un defensor que debe ser un profesional abogado, que da lugar a la llamada *defensa técnica* cuya importancia es creciente en todo tipo de procedimientos y materias, especialmente en los de carácter penal. El defensor asesora, patrocina y representa al enjuiciado.

Ahora bien, debemos estar claros que los sistemas adversariales plantean mayores exigencias, sobre la necesidad de contar con una defensa técnica y de calidad, que aquellas que existían en el anterior juzgamiento escrito, inquisitivo, secreto y con investigación de carácter judicial, pues ese sistema tradicional, escrito y sin publicidad, es ampliamente tolerante con la mediocridad, debido a que permite espacios para suplir el desconocimiento por parte de todos los actores; no contiene estímulos para que el juez y las partes sientan comprometido su prestigio por actuaciones mediocres, debido a la poca visibilidad que tienen las actuaciones escritas. “El papel no se sonroja” decimos quienes desde siempre hemos venido impulsando la implementación completa del sistema adversarial y la eliminación definitiva de todo resquicio del sistema inquisitivo escrito.

Sólo los abogados mudos, los que tienen terror a la palabra, se oponían a la implementación del sistema adversarial; muchas voces se alzaron en su contra y hasta ahora reniegan del sistema oral que se basa en audiencias públicas y orales

Como consecuencia, el sistema oral es mucho más exigente con la calidad profesional de todos los actores pues, en un sistema acusatorio o adversarial, tanto la defensa como la fiscalía deben adelantar una investigación. Es verdad que la investigación de la fiscalía es mucho más intensa y profunda que aquella que realiza la defensa, pero el abogado defensor debe siempre disponer de las destrezas para recopilar su propia información del caso, si es que quiere tener éxito en su gestión para desvirtuar la hipótesis que la fiscalía le mostrará al tribunal. Por esto es que el Código de Procedimiento Penal exige la presencia personal del abogado defensor en las audiencias.

Por lo dicho, la principal destreza que debe reunir un abogado en un sistema adversarial oral, indudablemente, es su habilidad para litigar. Para brindar una defensa pública de calidad debemos insistir en programas agresivos de capacitación en estas herramientas técnicas que exige un sistema oral. La argumentación oral es una herramienta técnica, muy alejada de las capacidades histriónicas de ciertos abogados, cuyas destrezas se transmiten y se aprenden a través de la capacitación permanente y del responsable trabajo profesional por parte de los abogados en la preparación de sus casos. El defensor debe estar en capacidad de transmitir al tribunal o juez los intereses relevantes del imputado y demostrar su “teoría del caso” preparado con anterioridad y sacarle el máximo provecho durante las audiencias orales, contrarrestando las estrategias y acciones de la Fiscalía General. Las destrezas en litigación oral deben ser parte fundamental del entrenamiento de los defensores públicos. Lamentablemente nuestras universidades no se han preocupado de preparar a los futuros abogados en estrategias y destrezas de litigación oral y el Estado se ve en la obligación de suplir semejante deficiencia.

Para garantizar un servicio de calidad es indispensable establecer el perfil técnico del defensor público, indicadores de gestión, estándares mínimos de calidad de la defensa para poder medir si la asistencia del defensor otorgó un valor agregado en la tramitación del proceso. Muchos factores deben considerarse y tenerse en cuenta para garantizar la calidad del servicio público de defensa, entre los que se cuentan mantener cargas de trabajo racionales para los defensores, otorgarles de los instrumentos informáticos y técnicos adecuados, capacitación técnica permanente, consagración de buenas prácticas de defensa, establecimiento de mecanismos de monitoreo, seguimiento y evaluación constante.

La defensa técnica, entonces, es la que realiza un abogado defensor en el patrocinio de un juicio representando al ciudadano encausado. El defensor está dentro del proceso, en un juicio penal, para hacer valer la presunción de inocencia, para insistir en el carácter subsidiario y excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, para exigir la objetividad e imparcialidad de los jueces, para pelear por un juicio justo, para que se respeten las garantías del debido proceso; en todos estos casos el defensor público debe actuar con capacidad, conocimiento y determinación para hacer valer los derechos y garantías reconocidos por la legislación. La defensa técnica es un trabajo intelectual dirigido a aplicar los conocimientos, destrezas y herramientas para ayudar a la parte más débil dentro del proceso.

6.5. El problema de la prisión preventiva y los “presos sin sentencia”

Los presos, ahora llamados personas privadas de la libertad, son la principal clientela de la defensa penal pública. Es necesario hablar de ellos, las razones por las cuales las cárceles están llenas de ellos y los mecanismos para superar los graves problemas que causa el abuso de la prisión preventiva por parte de jueces y fiscales. Una de las principales causas que provoca desconfianza en la administración de justicia penal y genera la sobrepoblación carcelaria, es la penalidad pre-sentencia que somete a prolongados períodos de detención preventiva a las personas procesadas, violándose sus elementales Derechos Humanos. La elevada cifra de presos sin sentencia que esto genera provoca, además, el fracaso de cualquier política de rehabilitación que se pretenda incorporar, por su imposibilidad de ejecución.

El uso arbitrario de fiscales y jueces de la prisión preventiva debe definitivamente ser cortado, usando para ello a la pena y al derecho penal como protector y no como torturador, como habilitador y no como represivo. La prisión preventiva en el Ecuador es el problema práctico más grande y bochornoso de nuestro sistema penal, por la forma arbitraria en que lo manejan los jueces y tribunales en los casos concretos. No se quiere entender que la prisión preventiva es una medida de carácter excepcional y únicamente en casos extraordinarios debe echarse mano de ella como recurso último, como dice el artículo 77 de la Constitución. En un Estado democrático la regla es la libertad, su privación es un caso de excepción. Y sólo por motivos muy graves puede permitirse el régimen de excepción.

La calidad de la prisión preventiva deja mucho que desear en el Ecuador. En la gestión de la defensa penal que hemos realizado, hemos detectado que únicamente un 12.3% de las personas por nosotros defendidas y que soportan prisión preventiva han recibido sentencia condenatoria, los demás, es decir el 88% han recuperado su libertad por otras decisiones judiciales como: sentencia absolutoria, revocatoria de la prisión, caducidad, sobreseimiento, dictamen abstentivo del fiscal, extinción de la acción, fianza, entre otras. Lo más grave de estos datos es observar que el 24% de los procesados recupera su libertad por sentencia absolutoria o sobreseimiento, luego de varios años de detención preventiva, evidenciando el rotundo fracaso en la aplicación de esta medida cautelar. Esto demuestra que ni el fiscal ni el juez penal observaron los requisitos básicos para que se emita una medida cautelar de prisión preventiva. Esto no debe continuar y estamos proponiendo a los operadores de justicia penal llegar a acuerdos mínimos que revierta esta

tendencia de liberalidad en ordenar prisiones. Es necesario mejorar el servicio de justicia penal dotificando la prisión preventiva ya que los jueces de garantías penitenciarias tienen una sobrecarga de procesos con personas privadas de la libertad que les impide cumplir con los plazos que establece el Código de Procedimiento Penal para culminar normalmente un juicio penal. Buscaremos incorporar una justicia penal que sea básicamente respetuosa de los Derechos Humanos. Los datos del cuadro siguiente se refieren únicamente a las causas atendidas por la Defensoría Pública.

Defensoría Pública Resoluciones por motivo de cierre

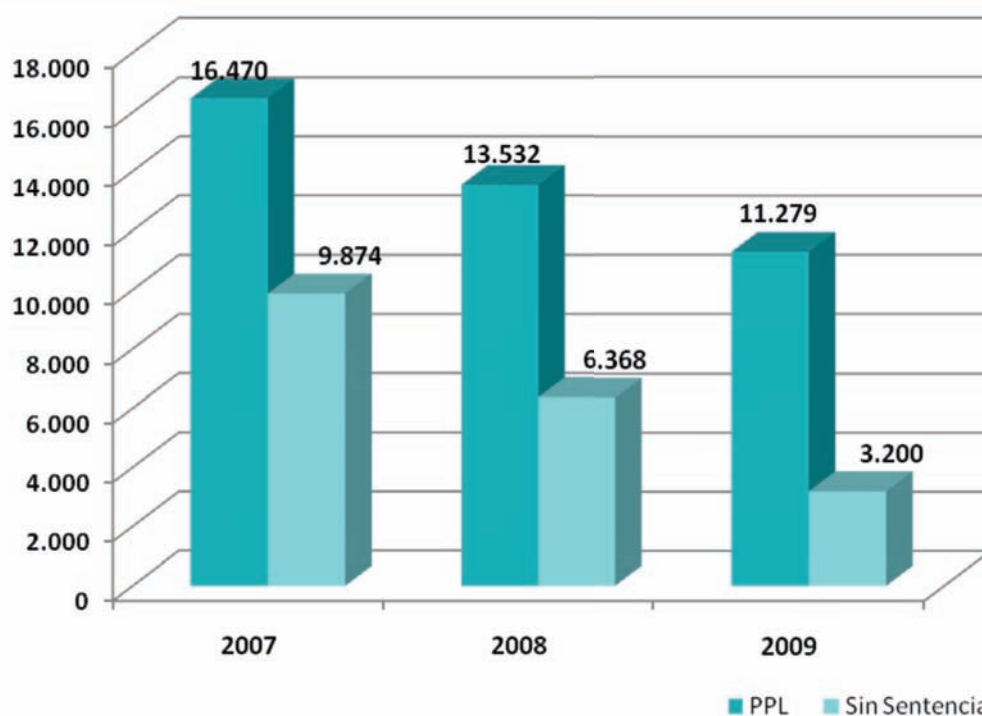
Caducidad de la prisión preventiva	38,3
Sentencia condenatoria	12,3
Autos de sobreseimiento	15,8
Caución	5,9
Revocatoria de prisión preventiva	5,3
Auto de prescripción de la acción	3,4
Sentencia absolutoria	8,3
Auto de extinción de la acción	2,1
Sustitución de prisión preventiva	2,1
Sentencia de procedimiento abreviado	1,7
Auto de conversión de la acción	0,9
Habeas corpus	0,9
Auto de resolución de nulidad	0,9
Inhibición de conocimiento	0,6
Caducidad del internamiento preventivo	0,5
Dictamen abstentivo del fiscal	0,4
Auto de inicio de instrucción fiscal sin prisión	0,3
Muerte del imputado	0,13
Declaración de imputabilidad	0,03
Total	100

Esto nos obliga a decir que mejor que crear leyes, es crear escuelas de formación de jueces. Con malas leyes un buen juez puede salvar los principios de la justicia; y, a la inversa, una ley perfecta en manos de un mal juez, producirá resultados inicuos. Bien se ha dicho que más vale un juez con un centímetro de pulcritud que con un kilómetro de conocimientos.

No es el caso de pocas personas, el problema tiene matices de escándalo; a septiembre de 2007, mes que inició su trabajo la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal, el 60% de las personas privadas de la libertad de las cárceles del país no tenían sentencia, a mayo de 2008 ya con el trabajo y la gestión de la defensoría pública penal,

además de otros factores, la cifra disminuyó al 47% y a diciembre del mismo año existían aproximadamente el 28% de presos que aún no tenían

sentencia, pero cumpliendo una orden de prisión preventiva permaneciendo años encerrados como se expresa en el siguiente gráfico.



La aprobación del Código Orgánico de la Función Judicial y las reformas aprobadas al Código de Procedimiento Penal presentadas desde la Presidencia de la República, ayudarán mucho en el empeño de modernizar la administración de justicia penal, agilizar el procedimiento penal y disminuir el porcentaje de presos sin sentencia. Debemos buscar un control social alternativo que sea, básicamente, respetuoso de los Derechos Humanos. “El drama carcelario es un espejo del drama humano”, sentenciaba Alessandro Baratta.

Estamos convencidos ahora de que la privación de la libertad no es el mecanismo adecuado, ni el único, para evitar el aumento de la criminalidad y para castigar a quien ha violado una norma penal. La prisión, como pena por infringir la ley, está diseñada para castigar, para hacer daño, creando una violencia mayor que la que suponen terminar quienes lo utilizan, porque genera estigmatización y pérdida de la dignidad en quien es sometido al sistema. Lo inmediato es arbitrar las medidas que tiendan a desinstitucionalizar la prisión preventiva como un medio de control social. La racionalidad de la prisión preventiva debe ser regulada, las reformas al Código de Procedimiento Penal incorporan 12 medidas cautelares de carácter personal alternativas a la prisión preventiva que debe ordenarse

únicamente cuando las 12 alternativas no puedan garantizar la presencia del imputado en el juicio. La cárcel es fundamentalmente desocializadora y provoca agudos procesos de *despersonalización*. La cárcel no acaba ni nunca acabará con la delincuencia *mientras no agotemos el empeño de acabar con las condiciones de injusticia en la sociedad*. La cárcel, enténdase, no resocializa. *La pena de encierro es sólo y únicamente castigo y, además, un castigo inútil porque conlleva generalmente a la reincidencia*. Está demostrado que quienes no reinciden después de la prisión es porque tampoco hubieran reincidido sin ella; igualmente que muchos que no habrían reincidido *lo hacen sólo por haber estado en prisión*. La cárcel debe mantenerse exclusivamente para delitos graves y atroces que conmocionan a la sociedad y que exigen tratamientos prolongados a sus actores; para la delincuencia organizada, para los fraudes colectivos, para los banqueros corruptos que tanta pobreza, miseria y muerte provocaron. Para ellos sí, no para el ladrón de gallinas. Por ello trabajamos con mucho empeño para que se apruebe el indulto a favor de las mulas del narcotráfico.

Los motivos que explican esta situación de constante utilización de la prisión preventiva o la perdurabilidad de un alto índice de población carcelaria bajo el régimen o situación procesal de

prisión preventiva son de diversa índole y diferentes en cada país. Algunos de ellos se refieren a cuestiones de diseño normativo, como por ejemplo, la existencia de delitos no excarcelables. En otros casos se vinculan con cuestiones de operatividad del sistema, por ejemplo, un escaso control judicial de los fundamentos y antecedentes del fiscal para solicitarla o la posibilidad de que en las audiencias realizadas en la etapa de instrucción no se asegure la presencia del defensor. De otra parte, también se explica por cuestiones de tradición y cultura inquisitiva que perviven en los sistemas reformados, entre otras múltiples razones que es posible identificar.

Los criminólogos modernos coinciden en afirmar que la pena de prisión está en crisis y los graves problemas que presenta no tienen solución. Corresponde recurrir a otro tipo de sanciones transformándola en la última ratio del sistema como manda la Constitución. La pena de prisión debe ser excepcional. El brasileño Heleno Claudio Bragoso, decía:

“Todo esfuerzo debe estar dirigido a disminuir la población carcelaria, liberando a los presos no peligrosos y ampliando la posibilidad de liberación de los demás, concediéndoles incentivos para disminuir sus penas. La prisión es inútil para la víctima y para la sociedad. El gravísimo problema de la criminalidad no se resuelve con el derecho penal. El crimen es un fenómeno socio-político que deriva de los problemas estructurales de la sociedad. La prisión como solución punitiva, también refleja esos problemas. Ella da fuerza real y simbólica a la desigualdad social, escandalosa en los países del Tercer Mundo”.¹⁶

Las prisiones no durarán mucho tiempo pues la corriente abolicionista, a la que me sumo con entusiasmo, toma terreno; sin embargo quiero decir frontalmente que la falacia del discurso “resocializador” es fácilmente observable con sólo una mirada a la prisión. El engañar y decir que en las cárceles se rehabilita y que la pena sirve para resocializar, es una propuesta cruel, sangrienta y absurda, principalmente si tenemos en cuenta que la mayor parte de la clientela penal en Ecuador y América Latina proviene de los sectores marginados, miserables, despaupeizados (guasmos, favelas, tugurios) y hacia los cuales, hipotéticamente, se les debe reincorporar. Este gobierno, que es el único que se ha preocupado de dar solución a la terrible situación del sistema penitenciario, viene realizando esfuerzos denodados para superar semejante bochorno que viola Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad.

Considero además que resocializar no tiene ningún sentido por dos razones: porque la sociedad exterior no es ningún modelo ético a seguir: por las políticas aplicadas por los gobiernos neoliberales se ahonda el desempleo, la falta de oportunidades, la riqueza se concentró en menos manos y se socializó la pobreza y la miseria, la sociedad es cada vez más criminalizante; y, segundo, el delincuente común no es, como pretenden hacernos creer “un desadaptado” pues, al contrario, lo que hace es justamente adaptarse y acomodarse a los valores subterráneos del sistema, como nos enseña científicamente Lolita Aniyar de Castro.

La duración de los procesos penales más allá de los plazos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, es otro de los factores que provoca la existencia de presos sin sentencia. Es verdad que faltan tribunales penales porque los existentes no abastecen la demanda; sin embargo hay evidencias que la falta de gestión adecuada de ciertos juzgadores acumula los juicios sin despacho oportuno. No es posible aceptar el elevado número de audiencias de juzgamiento que terminan siendo fallidas, muchas veces por una inadecuada gestión administrativa que en otras judicaturas como las de Cuenca y Loja han sido superadas. Muchos jueces aún no terminan de entender que nos encontramos en un sistema procesal penal de corte adversarial o acusatorio y no dejan de “abrazar” el expediente como fuente única de sus resoluciones. Es urgente un cambio cultural en este sentido.

6.6. La gratuidad del servicio

La Constitución y el Código Orgánico exigen que el servicio de defensa pública sea totalmente gratuita y no admite cobro por ningún concepto. Esto se explica porque la defensa técnica se concreta en el derecho de la parte “...que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.” Como dispone el artículo 191 de la Constitución; es decir el servicio debe estar orientado a los que no tienen recursos económicos, lo que se traduce en el *derecho a la asistencia judicial gratuita o a un defensor gratuito*. Ya hemos dicho que en nuestro caso se ha de entender por defensa pública, especialmente en el área penal, a la defensa letrada o técnica que debe proporcionar el Estado al imputado o acusado cuando en el transcurso del proceso penal, por cualquier motivo se encuentra sin abogado de confianza.

En cambio, la asistencia jurídica gratuita, que establece la Constitución, tiene un alcance mucho más amplio, pues no se limita a la defensa en el proceso penal o de otra materia ni tampoco a una sola de

16 Heleno Claudio Bragoso, *El derecho de los presos*, Depalma, 1981, pág. 123.

sus partes. Y es que entre la defensa pública y la asistencia gratuita existe una naturaleza jurídica muy distinta, en efecto, ya se ha dicho, la primera es en rigor un mecanismo para proveer de defensa letrada o técnica al sujeto más débil de la relación procesal y su fundamento no es otro que evitar que pueda llevarse a cabo un proceso sin que la parte pueda realizar debidamente sus alegaciones, presentar prueba en beneficio de sus intereses, condición indispensable para que pueda tener lugar un juicio justo y se respeten las garantías del debido proceso; mientras que la asesoría jurídica o la asistencia jurídica gratuita es un mecanismo para proporcionar eso, es decir asistencia jurídica, que es un concepto mucho más amplio ya que incluye asesoría extrajudicial, orientación legal y toda clase de consejos legales, que puede también comprender, aunque no se agota en ella, defensa letrada y su fundamento se encuentra en el deber de asistencia social que corresponde al Estado. Por ello es necesario garantizar que el defensor público sea un abogado de confianza del cliente. Es decir que el abogado que se pague por el Estado, sea el elegido por la persona que carece de recursos.

6.7. Las relaciones entre la Defensoría Pública y el mercado privado de servicios legales

La Defensoría Pública no puede ser indiferente al desarrollo de la calidad y cantidad de los servicios legales, adicionales a la pública, disponibles para los sectores de menores recursos, porque esto generaría una demanda creciente y de imposible cumplimiento para la defensa oficial. Actualmente existe en el país una fuerte crisis en el mercado de servicios legales que repercute sobre las tareas que debe suplir la defensa pública. Una creciente cantidad de abogados, una creciente cantidad de escuelas de Derecho, las crecientes dificultades en ejercer de un modo rentable la abogacía -en especial por los jóvenes profesionales- y la creciente falta de asesoramiento adecuado para los sectores más vulnerables que deben interactuar en una sociedad cada vez más compleja, son indicativos de la gravedad y la profundidad del modo del ejercicio de la abogacía en nuestros países. La Defensoría Pública en el Ecuador no puede quedar indiferente y como mera espectadora de este fenómeno porque entonces, o se sobrecarga de trabajo de un modo endémico -con grave perjuicio para la calidad de sus servicios- o se desentiende realmente del problema en términos de realidad social y no meramente institucional.

Consecuentes con esta realidad y luego de un interesante debate, de decidió incluir en el Código Orgánico de la Función Judicial, con demasiado acierto, disposiciones que permitan que otros organismos de la sociedad civil, además de las

universidades, generen servicios de defensa a favor de los sectores más empobrecidos adicionalmente al servicio público oficial; y, para que el servicio sea de calidad y eficiente, se manda que la Defensoría Pública autorice el funcionamiento de estos consultorios jurídicos gratuitos y establezca estándares de calidad y mecanismos de evaluación para garantizar esa calidad; en efecto se dispone:

“Art. 292.- Servicios de defensa y asesoría jurídica gratuita.- Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas de las Universidades legalmente reconocidas e inscritas ante el organismo público técnico de acreditación y aseguramiento de la calidad de las instituciones de educación superior, organizarán y mantendrán servicios de patrocinio, defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos de atención prioritaria, para lo cual organizarán Consultorios Jurídicos Gratuitos, de conformidad con lo que dispone el artículo 193 de la Constitución de la República.

Las facultades de jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas que no cumplan con esta obligación no podrán funcionar.

Art. 293.- Registro de los consultorios jurídicos gratuitos.- Las Facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas de las Universidades legalmente establecidas, los organismos seccionales, las organizaciones comunitarias y de base y las asociaciones o fundaciones sin finalidad de lucro legalmente constituidas, para alcanzar la autorización del funcionamiento de los Consultorios Jurídicos Gratuitos a su cargo, comunicarán a la Defensoría Pública, el listado de los profesionales del Derecho que lo integran, su organización y funcionamiento que establezcan para brindar patrocinio en causa y asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos, y grupos de atención prioritaria. La Defensoría Pública evaluará la documentación presentada y autorizará el funcionamiento de los Consultorios Jurídicos Gratuitos; al efecto, expedirá un certificado que tendrá validez anual.

Art. 294.- Evaluación de los Consultorios Jurídicos Gratuitos.- Los Consultorios Jurídicos Gratuitos a cargo de las Facultades de Jurisprudencia, Derecho o Ciencias Jurídicas, organismos seccionales, organizaciones comunitarias y de base y asociaciones o fundaciones sin finalidad de lucro, serán evaluados en forma permanente por la Defensoría Pública, la cual analizará la calidad de la defensa y los servicios prestados. De encontrarse graves anomalías en su funcionamiento, se comunicará a la entidad responsable concediéndole un plazo razonable que las subsanen; en caso de no hacerlo, se prohibirá su funcionamiento.”

Vemos que estas disposiciones establecen un novedoso y necesario esquema de relación entre la Defensoría Pública y las universidades, asociaciones profesionales, organizaciones de la sociedad

civil, que presten servicios de defensa social para asumir en común este grave problema social. Lo importante es encontrar un modelo adecuado y atendiendo las condiciones propias de nuestra sociedad; es difícil llegar a un consenso sobre el mejor mecanismo, mucho más aún cuando por lo general las diferentes posturas son tratadas despectivamente, atacándolas en un caso por “privatista”, y en otros por “burocráticos”. No obstante, está claro que el nudo de la discusión debe ser la eficiencia del servicio. Si no es posible garantizar que cada uno de los imputados contará con una defensa técnica impecable, mal podremos discutir cuál es el modelo más conveniente. Y en muchas ocasiones el eje de la discusión se distorsiona.

Sin embargo, es obvio que es urgente encontrar una vía de salida a la sobrecarga de trabajo que existirá en la Defensoría Pública cuando amplíe su cobertura a todas las materias e instancias, como dispone la Constitución. Caso contrario, nos encontraremos nuevamente frente a tensiones tantas veces no resueltas. Donde contamos con un diseño institucional en lo teórico pero sin llegada a la realidad y sin posibilidad de que las carencias sean solventadas. En definitiva, sostenemos la importancia de llevar adelante la integración de recursos disponibles en una sociedad. Desde esta perspectiva, fortalecer la Defensa Pública Oficial es uno de los componentes a tener en cuenta pero siempre partiendo de la premisa que existen, en la comunidad, una serie de variables que pueden coadyuvar a brindar un servicio de defensa digno que satisfaga las demandas.

6.8. El servicio de defensoría pública es para todas las materias e instancias

Así lo dispone el inciso segundo del artículo 191 de la Constitución y la Disposición Transitoria Décima establece que debe darse prioridad a la defensa penal, la defensa de la niñez y adolescencia y los asuntos laborales. El numeral 6 del artículo 286 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que le corresponde a la Defensoría Pública garantizar la defensa pública especializada para las mujeres, niños, niñas y adolescentes, víctimas de violencia, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas indígenas.

El reto es inmenso. El consejo que recibimos de los defensores públicos de otros países fue que fortalezcamos la prestación del servicio en el área penal ya que ampliar desde un inicio a otras materias podía llevar al fracaso del sistema de defensa pública. Mucho se debatió el tema. Una investigación realizada por el Ministerio de Justicia sobre el nivel de demanda de defensa en otras materias

como niñez y adolescencia, violencia intrafamiliar y laboral, arrojaron cifras ciertamente preocupantes sobre el excesivo número de causas que se tramitan en las judicaturas del país con relación a dichas materias; así: en temas de niñez y adolescencia *existen 88.838 causas* en todo el país; por violencia intrafamiliar *existen 76.023 causas* en el país; en asuntos laborales *existen 21.574 causas* en todo el país.

Ante esta realidad y al considerar de que miles de madres de familia o trabajadores, por sus condiciones de pobreza, no pueden presentar una acción judicial, se decidió que el servicio de Defensoría Pública que se crearía, atenderá en todas las materias e instancias y que, en un período de transición de dos años, la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública continúe brindando el servicio de defensa penal, fortalezca su gestión en esta área y, según los recursos económicos y humanos que disponga, vaya ampliando su servicio de manera progresiva a otras materias y fortalezca su estructura técnica sobre cuya base se organizará la Defensoría Pública. El elevado nivel de demanda de defensa en las materias referidas obliga a establecer una planificación técnica adecuada para afrontar semejante reto. Esta es una de las tareas de la Unidad Transitoria de Gestión de la Defensoría Pública Penal.

Debemos decir que en estos 18 meses de gestión de la Unidad Transitoria se han alcanzado importantes logros que justifican, adicionalmente, la institucionalización de la defensa pública. Se ha logrado cubrir alrededor de un 95% la demanda de defensa en materia penal, actualmente casi no existe una sola persona privada de la libertad en el Ecuador que no cuente con el patrocinio de un defensor público. El número elevado de casos resueltos ha permitido disminuir sustancialmente el porcentaje de “presos sin sentencia” y hemos contribuido a disminuir la sobrepoblación carcelaria. Más de 15.000 personas pobres se han incorporado a los servicios que brinda el Estado cuando sus causas son gestionadas por los defensores públicos de la Unidad; de ellas, casi 6.000 causas han sido resueltas por diversos motivos. Esto demuestra que el estado de indefensión en el que se encontraban los ecuatorianos era realmente alarmante. En los siguientes cuadros y gráficos resumimos la gestión realizada con la finalidad de evidenciar la necesidad de emprender acciones emergentes para institucionalizar definitivamente en el Ecuador la Defensoría Pública.

CAUSAS GESTIONADAS Y ASESORADAS POR LA UNIDAD DE DEFENSORÍA PÚBLICA	
PERIODO 01-Diciembre-07 a 25-Noviembre-09	
1. Causas asignadas a centros legales.	7250
2. Causas patrocinadas por defensores públicos de planta (75 a nivel nacional)	3505
3. Asistencia a audiencias orales por defensores de planta	9526
4. Indultos gestionados por abogados UTGDPP Quito y Provincias	1618
5. Prelibertades, deportaciones y otros	228
Subtotal	22127
CAUSAS GESTIONADAS DE OFICIO Y ASESORÍAS LEGALES	
6. Causas asignadas de oficio por defensores de planta	4350
7. Asesorías (acompañamiento versiones -primera declaración en el proceso- y atención al cliente)	2652
Subtotal	7002
TOTAL CAUSAS GESTIONADAS POR LA UNIDAD	29129
CAUSAS RESUELTAS POR LA UNIDAD DE DEFENSORÍA PÚBLICA	
PERÍODO 01-Diciembre- 07 a 25-Noviembre-09	
1. Juicios resueltos	5969
2. Libertades en audiencias orales (flagrancia e investigación)	3679
3. Libertades por indultos	1153
TOTAL CAUSAS RESUELTAS POR LA UNIDAD	10801

En el mes de octubre de este año no existen más del 15% de personas privadas de la libertad que aún no tengan sentencia y con eso hemos solucionado el requerimiento de defensa penal y podemos iniciar el plan de implementación de la Defensoría Pública ampliando su cobertura a otras materias; desde enero de 2010 iniciaremos con niñez y adolescencia en el área de alimentos, para luego, hacerlo a materia laboral y en agosto de 2010 a violencia intrafamiliar y las demás materias que se requieran.

El Código Orgánico establece que para ampliar la cobertura a otras materias puede contratarse temporalmente con organizaciones especializadas que trabajan en estas áreas. En razón de que este cuerpo legal concede a la Defensoría Pública la potestad para acreditar y evaluar a los servicios de defensa y asesoría jurídica gratuita que organizan las universidades del país y las organizaciones de la sociedad civil, creo que es una buena oportunidad de diseñar con ellos un sistema adecuado y técnico para que, inicialmente, esos centros jurídicos brinden a la ciudadanía pobre el servicio de defensoría en otras materias y que el área penal sea asumida exclusivamente por la Unidad Transitoria y la futura Defensoría Pública. Con los egresados

de derecho que deben realizar las prácticas pre profesionales puede organizarse programas de servicio comunitario que permita, sobre todo en los sectores rurales, comunidades y barrios pobres, el acceso a patrocinio y asesoría legal especializada y capacitada, que eleve el respeto a los Derechos Humanos y derechos ciudadanos y al ejercicio efectivo de los mecanismos jurídicos.

Adicionalmente no debemos olvidar que los cambios sociales han puesto sobre el tapete nuevos temas y nuevos sectores sociales con preocupaciones distintas que tradicionalmente no han sido de la preocupación principal de las defensas públicas. Los casos de defensa del consumidor, las estrategias de acciones colectivas, los discapacitados, el tema de las poblaciones indígenas, el problema en general de las poblaciones migrantes, las nuevas exigencias de las minorías, las nuevas formas de violencia, la defensa del medio ambiente, los recursos constitucionales por violación de garantías fundamentales, etc., plantean nuevos problemas y nuevas tensiones, que sumadas a la necesidad de no abandonar los temas principales y tradicionales de la defensa pública, obligan a pensar nuevas formas de asignación de recursos y modelos organizacionales, así como una redefinición del perfil tradicional del defensor.

El servicio de defensa no debe concentrarse en las grandes ciudades, sino que debe asumir la obligación de desplegarse territorialmente, dotando de recursos a las zonas rurales muchas veces olvidadas por el Estado y abandonadas a su propia suerte. El Código Orgánico exige que el servicio debe prestarse desconcentradamente mediante oficinas con competencia en regiones, provincias, cantones y distritos metropolitanos. En síntesis, los problemas reseñados precedentemente nos muestran no sólo los grandes desafíos a los que debe enfrentarse la defensa pública sino la importancia y la necesidad de construir un modelo institucional que responda a estos desafíos.

La complejidad de problemas que giran alrededor de la defensa pública y la magnitud de las tareas que tiene por delante nos impone superar las visiones moralistas o burocráticas que podrán ser tranquilizadoras para quienes en lo individual ejercen sus cargos con responsabilidad pero que son notoriamente insuficientes para construir nuevos sistemas de defensa pública que verdaderamente sean fundamentos de una política eficaz de protección de los Derechos Humanos fundamentales.

Para poder responder a este reto es necesario asumir desafíos de gestión que permitan implementar un diseño orgánico institucional moderno, que establezca una estructura técnica por procesos

y con una verdadera especialización por materias. Insistimos que el servicio tiene que ser de calidad no de caridad. El concentrar en una misma institución pública el servicio de defensa pública para todas las materias e instancias es un caso único en América Latina, con excepción de Paraguay que conoce materia laboral y civil, y debemos responder con capacidad y organización a semejante compromiso, voluntad política existe, debemos programar con suficiente orientación y con información de línea base claras, un proceso técnico de implementación de la Defensoría Pública y ser un ejemplo de gestión y organización en América Latina.

6.9. Orientación de la defensa a los intereses del defendido

El artículo 286 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece las funciones de la Defensoría Pública, en el numeral 5 dice: “Garantizar que las personas que tengan a su cargo la defensa pública... velen por el respeto a los derechos de las personas a las que patrocinan. *En todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida.*” (énfasis nuestro).

Con esta disposición se pretende solucionar un problema bastante debatido al momento de organizar un sistema de defensa pública. Los defensores de los modelos inquisitoriales han defendido el principio de que debe propenderse por un ejercicio subordinado de la defensa a los intereses de la justicia. Esta idea genera un modelo de defensor convencido que su lealtad principal está con la búsqueda de la verdad y con la justicia y no con su defendido. El defensor es percibido, y así él se considera, como un funcionario judicial y no como un abogado litigante aunque sea pagado del Estado. Nosotros coincidimos con aquellos que defienden el principio de que para el defensor no existe otro interés superior que no sea el interés concreto de su defendido.

En el diseño del servicio de la Defensoría Pública debemos incorporar un modelo que supere el tradicional criterio de un ejercicio meramente formal de la defensa según el cual el defensor debe preocuparse exclusivamente por cumplir con los trámites y hacer “acto de presencia” en las diligencias y audiencias para asegurar la marcha del proceso, pero no tienen una teoría del caso, no se esfuerzan por introducir pruebas, no extreman la atención y defensa de su defendido, no agilizan la causa ni interponen los recursos respectivos ante las decisiones judiciales prestándose para cumplir el triste papel de “auxiliares de la justicia” empujando a sus defendidos a que se declaren culpables, si cometieron el ilícito, bajo el errado criterio de que la verdad y la justicia deben imponerse. Conozco varios casos en los que el

defensor ni siquiera conoce, durante todo el juicio, a su defendido o le entrevista unos minutos antes de una audiencia; creen que no deben esforzarse demasiado ya que “como es gratis, qué más quieren”. Esta detestable práctica generó un defensor público débil objetivamente, sin responsabilidades claras, y por lo tanto poco dispuesto a hacerse respetar por los otros actores del sistema.

Para evitar semejante despropósito es necesario implementar un marco institucional que contemple una arquitectura organizacional por procesos, con modelos de gestión definidos y con una estructura orgánica que le otorgue elevada fortaleza al servicio de defensa pública, con fuertes mecanismos de control de la gestión de los defensores y de la calidad de la defensa técnica, con estándares de calidad definidos, todo para que conlleve a brindar un servicio que preserve, de manera prioritaria, el principio de respeto absoluto al interés superior del defendido y se proteja el trabajo del defensor público. Es indispensable además, para superar este inconveniente, crear una carrera dentro de la defensa pública que garantice su estabilidad y estabilización y evitar que los defensores prefieran ser jueces o fiscales.

Adicionalmente debemos decir que, en un sistema adversarial, al imputado se le considera como un sujeto de derechos al cual el defensor debe representarlo y no sustituir, contrariamente a lo que sucede en los modelos inquisitivos en los cuales el imputado es únicamente un sujeto de investigación donde la defensa del imputado suele sustituirlo a este como tal.

El desafío que tenemos, al ser la defensa un servicio público, consiste en tratar al usuario como el centro de preocupación, bajo parámetros de eficiencia y calidad y superar el tradicional criterio de que a quien se debe satisfacer es al Estado que es el que financia el servicio. Si bien es cierto que esta vieja cultura de la defensa pública está desapareciendo en casi todos los países, en el Ecuador todavía existen jueces, fiscales y defensores que mantienen la visión y la idea de auxilio a la justicia y no al imputado.

Respetar el interés del defendido implica, entre otras cosas, un mayor contacto y cercanía con el defendido y una preocupación que se manifiesta en la atención por el grado de satisfacción que él tenga respecto del servicio que se le presta. En este punto no debemos soslayar las dificultades prácticas que pueden presentarse el momento de la elección del defensor de confianza por parte del imputado, así como la generación de todos los mecanismos que conlleven a provocar una relación estable, transparente y fluida entre defensores e imputados, lo que se genera desde la primera entrevista, pero de todos modos debe ser

un principio general de la organización que marque las líneas de su desarrollo posterior.

“La orientación al interés del imputado como principio rector de la organización no impide que la defensa pública pueda llevar adelante acciones institucionales que tienen una relación directa con los intereses de sus defendidos aunque excedan el caso o apunten a condiciones estructurales, tales como la denuncia de torturas, condiciones carcelarias u otros intereses que afectan a las condiciones generales vinculadas a la gran mayoría de los defendidos. De todos modos, en ningún caso se podría sacrificar la eficacia de una defensa particular por una acción de tipo institucional por más loable que ella sea porque nunca se debe olvidar que el objetivo central de la institución es defender imputados concretos y no realizar acciones institucionales”.¹⁷

6.10. El derecho a un defensor de confianza

Hemos dicho que si bien se reconoce el derecho que tiene el Estado a castigar a quienes cometen un delito, ese derecho no puede ser absoluto ni arbitrario. Un detenido se enfrenta solo ante la maquinaria investigativa y punitiva del Estado y ante la amenaza concreta de sufrir una pena de encierro y verse sometido a la angustia de soportar un proceso penal. “La historia de la persecución penal ha sido pródiga en arbitrariedades e injusticias y por tal razón se fue consolidando el lugar del derecho a defenderse ante toda imputación de un delito como uno de los derechos fundamentales en defensa de la libertad de todos los ciudadanos. La larga lucha por la consolidación de este derecho se materializa hoy en las fórmulas normativas que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Políticas de todos los países de la región adoptan sin excepción. Ya no quedan dudas de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado de Derecho.”¹⁸

La Convención Americana de Derechos Humanos regula en la letra d) del artículo 8.2 el derecho a defenderse personalmente, como la garantía que se denomina intangibilidad de la estrategia de defensa, y el derecho general a ser asistido por un defensor de la propia elección del imputado, lo que comúnmente se denomina el derecho a un defensor de confianza. Por su lado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 letra d) establece que la persona tiene derecho a ser asistida por un defensor de su confianza, a ser informada, si no

tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

En concordancia con estas disposiciones de los indicados instrumentos internacionales, nuestra Constitución al establecer las garantías del debido proceso, dispone: “En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público...”.¹⁹

Vemos pues, que el derecho a contar con un defensor de confianza es *un Derecho Humano fundamental* y constituye una garantía inherente al Estado de Derecho y, como ya dijimos, no solo una garantía constitucional, sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La presencia de una defensa técnica real disminuye el margen de error en las intervenciones judiciales, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del juez.

Al derecho a la defensa técnica le cabe un papel fundamental en tanto motor de todas las restantes garantías del juicio justo. El progresivo desarrollo del derecho a lo largo del tiempo hace que se trate de una disciplina compleja, llena de tecnicismos y especificidades que obligan a manejar herramientas técnicas para efectuar una adecuada defensa, que podrían convertir en letra muerta a las garantías procesales de no existir una intervención letrada capaz de hacerlas valer en beneficio de los imputados. Se afirma que la exigencia de que la defensa sea prestada por un letrado se relaciona con la efectividad de la misma, pues solo podrá realizarse una defensa en igualdad de medios frente al Ministerio Público, si esta se presta con calidad técnica, necesariamente por un especialista en el área. La presencia de la defensa letrada permite ejercer adecuada y técnicamente la defensa en el proceso, no solo por la representación de este en actos procesales concretos, sino para definir una estrategia conjuntamente con el imputado para afrontar adecuadamente el proceso.

6.11. La Defensoría Pública incide en el funcionamiento de la justicia penal

La defensoría pública juega un papel fundamental en el funcionamiento global de la justicia penal. Hemos dicho que en los modelos inquisitoriales

¹⁷ Binder, Alberto y otros, *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*, publicación del PNUD y CEJA, pág. 32.

¹⁸ Binder, Alberto y otros, *Op. Cit.*, pág. 19.

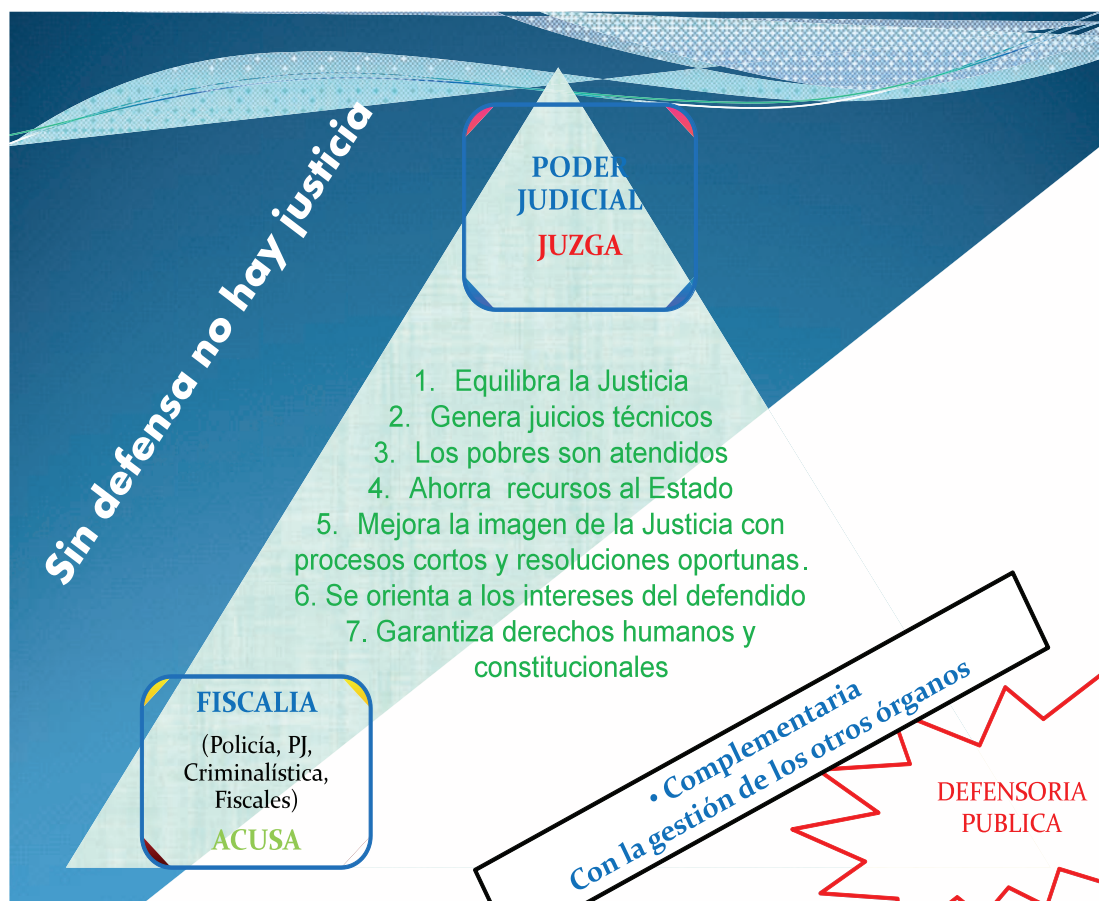
¹⁹ Artículo 76 numeral 7 letra g) de la Constitución.

recae en la actividad unilateral del juez, para encontrar la verdad, el resultado del juicio penal y la defensa pública cumple el papel de auxiliar del juez en su tarea de encontrar la justicia del caso. En los modelos adversariales se deja que cada una de las partes, fiscal y defensor, presenten su versión del caso, produzcan y contradigan pruebas y debatan ante un juez imparcial, garantista, que no representa a ninguno de los intereses en juego. Aquí, si queremos hacer una representación gráfica, podemos afirmar que la justicia es como un triángulo: en el ángulo superior está el juez imparcial que sanciona el delito; en el ángulo inferior está el fiscal que, representando el interés de la sociedad, acusa el delito y, en el otro ángulo está la defensa que vela por el respeto a las garantías del debido proceso y representa el interés del acusado. En otras materias, que no sea la penal, también procede esta representación.

En estos modelos la participación de la defensa pública es indispensable para que el sistema funcione adecuadamente pues, mientras mejor representado está el interés del imputado mejor funciona la justicia penal.

La intervención de una defensa técnica y especializada, equilibra la justicia al permitir que el acusado intervenga en igualdad de armas con el fiscal, genera juicios más técnicos porque eleva la calidad del debate, mejora la imagen de la justicia al lograr juicios más cortos y resoluciones más justas y oportunas, brinda un servicio a favor de los más pobres y representa a la parte más débil de la relación procesal, garantiza que se respeten los derechos fundamentales del acusado y se observen las garantías del debido proceso. En fin la defensa incide enormemente en el adecuado funcionamiento de la justicia penal; por esta razón no debemos cansarnos en insistir que en el Ecuador *la defensoría pública debe desarrollarse y fortalecerse para defender el interés concreto del defendido como tarea central fundamental y excluyente de toda otra.*

Por ello compartimos el criterio que expresa que “en el contexto real de la gran mayoría de los países de la región, *el problema principal consiste en lograr que los Estados cumplan efectivamente su promesa de asegurar el derecho de defensa a todos los ciudadanos -en especial a quienes no tienen recursos- y que ese ineludible aporte estatal adquiera condiciones de calidad y eficiencia en la defensa de los intereses concretos de los imputados*”²⁰



²⁰ Binder, Alberto y otros, *Op. Cit.*, pág. 24.

Con lo dicho vemos que la defensoría penal no solo constituye una garantía constitucional, sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La posibilidad de que exista una defensa real y adecuada, vuelvo a decirlo, genera procesos más técnicos, equilibra la justicia, las resoluciones se producen en plazos más cortos, disminuye el margen de error en las intervenciones del sistema penal, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del juez o de los acusadores, por más que ellos sean funcionarios de la Función Judicial o del Ministerio Público.

Como queda visto, esa obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la defensa, proviene de la propia Constitución y de nuestras leyes procesales que recogen lo consagrado en varios instrumentos internacionales. El reto ahora es construir un verdadero sistema de defensa pública que satisfaga las exigencias constitucionales y del Código Orgánico de la Función Judicial y que todos los operadores de justicia valoren y respeten el trabajo del defensor público como parte solidaria de un mismo objetivo: la modernización del servicio de justicia penal.

Al fortalecer el servicio de defensa pública se fortalece también el funcionamiento de la justicia penal. Es impensable una condena si en el juicio no existió defensa.

6.12. Actuar en igualdad de armas con la Fiscalía

No debemos olvidar que un sistema adversarial es un modelo de partes, donde la práctica probatoria deja de ser una labor judicial para convertirse en una atribución confiada a las partes. En el momento que se adoptó un sistema acusatorio se optó por un diseño adversarial, donde el conflicto pertenece a los interesados, eso sí con la precisión que, al tratarse de materia penal y en concreto en los delitos de acción pública, la sociedad se halla representada por el Ministerio Público, hoy Fiscalía General del Estado. Si tomamos en cuenta, entonces, que un sistema adversarial se basa en una confrontación entre las partes, es necesario precisar que la producción de información y con ello la toma de la resolución queda confiada a la labor de introducción de información y mutua depuración entre los abogados que representan cada una de las posiciones –fiscal y defensor-. Por ello afirmamos que en un diseño de esta naturaleza resulta simplemente inviable la administración de justicia, si no se cuenta con una fiscalía y una defensoría pública como instituciones fuertes capaces de asumir la representación de los intereses

tanto de los ciudadanos como de la sociedad *pero que actúen en igualdad de armas y en condiciones similares* (la Constitución y el Código aseguran esta igualdad: autonomía, condiciones, etc.).

El Estado debe garantizar una situación de equilibrio entre los recursos económicos y de infraestructura asignados a la Fiscalía General para la persecución penal y los recursos disponibles para la defensa en el juicio de tal manera que la igualdad de armas no sea una ficción. Si consideramos que, además de lo penal, la defensoría debe atender la defensa en otras materias, el presupuesto que debe asignarse para la Defensoría Pública debe ser superior al establecido para la Fiscalía General.

La igualdad de armas se justifica, adicionalmente por dos razones: primero, porque el procedimiento de carácter acusatorio que se establece con la reforma, supone necesariamente que la sentencia sea producto de un debate efectivo, fundamentado, en el que intervengan tanto el acusador como el acusado, frente a un juez imparcial, que para no perder su carácter de tal no puede salir a buscar argumentos o pruebas a favor de ninguna de las partes; la reforma al Código de Procedimiento Penal prohíbe que el juez de garantías penales pueda introducir prueba; segundo, porque para que este debate sea efectivo y productivo, debe tener lugar ante dos partes en absoluta igualdad de condiciones procesales, es decir, que ninguna tenga más medios o facultades que se traduzcan en una ventaja que haga más probable que una obtenga una sentencia en su favor.

Como en nuestro nuevo sistema el acusador será generalmente un fiscal, que está dotado de los conocimientos, la preparación, los medios y los recursos necesarios para obtener una sentencia en su favor, es evidente que la defensa también debe ser de alta calidad, al menos equivalente a la del órgano de persecución penal.

Entonces, el principal fundamento para la instalación de una institución fuerte, organizada a nivel nacional como será la Defensoría Pública, es que los abogados que prevea a los imputados sean capaces de hacer frente en igualdad de condiciones a los fiscales de la Fiscalía General.

6.13. Un servicio basado en estándares de calidad y eficiencia y evaluaciones permanentes

La Constitución y el Código Orgánico exigen que el servicio de defensa pública sea de calidad y de alta eficiencia. Con este objetivo el Código en el numeral 10 del artículo 286 obliga a la defensoría a: “Establecer los estándares de calidad y normas de funcionamiento

para la prestación de servicios de defensa pública por personas e instituciones distintas de la Defensoría Pública y realizar evaluaciones periódicas de los mismos...”. Con esta disposición se obliga que no sólo el servicio público de defensa sea de calidad y eficiente, también se exige que las universidades, organizaciones no gubernamentales, organismos autónomos, organizaciones de la sociedad civil, y toda persona natural que trate de brindar servicios de defensa pública, es decir gratuita y de calidad, deben someterse a parámetros de calidad previamente establecidos y a evaluaciones permanentes por parte de la institución pública. Esta exigencia responde al principio que venimos pregonando de que no porque el servicio de defensa pública es gratuito y va dirigido a los pobres debe ser un servicio de caridad, al contrario, precisamente por ello y porque es pagado por el Estado, debe ser un servicio de calidad y eficiente.

Adicionalmente el número 11 del artículo 288 impone al defensor público general la obligación de fijar “estándares de calidad y eficiencia para los servicios institucionales prestados y ejecutarlos...”. Debemos aclarar que las dos disposiciones mencionadas fueron parte del veto parcial que emitió el señor presidente de la República al Código Orgánico de la Función Judicial a la que se allanó la Comisión Legislativa; es decir son propuestas que establecen luego de un interesante debate que tenía como finalidad establecer el nacimiento de una institución pública regulada bajo parámetros técnicos de calidad en el cumplimiento de su principal misión que es la de proporcionar asesoría, defensa y patrocinio judicial a quien lo requiera.

Los estándares de defensa pública son normas que imponen al defensor público parámetros destinados a proporcionar a los beneficiarios del servicio una defensa de calidad real, mediante la declaración de resultados esperados en las actividades concretas que debe realizar en todas y cada una de las etapas del proceso, especialmente del proceso penal, en resguardo de los derechos e intereses del defendido.

La obligación de trabajar bajo estándares genera un modelo de gestión moderna y técnica que obliga a la preparación constante del defensor lo que se traduce en certeza de calidad del servicio prestado y en una forma adecuada y eficiente de controlar la defensa para asegurar la permanente vigencia de las garantías del imputado o defendido y la orientación a los intereses de ese imputado o defendido. La estructuración de esos estándares, en el área penal en esta primera etapa, es una de las obligaciones trascendentes de la actual Unidad Transitoria de Gestión que debe preparar toda la base técnica institucional sobre la cual se formará la Defensoría Pública. Estamos avanzando en este empeño para lo cual hemos iniciado con

identificar una arquitectura orgánica institucional por procesos que defina las tareas, responsabilidades, indicadores de gestión, etc., en cada etapa del proceso penal; con ello posteriormente realizaremos análisis y esfuerzos para la determinación de los parámetros a ser utilizados para la elaboración e identificación de los estándares, así como su metodología de medición y aplicación que debe complementarse con un manual de procedimientos y, no dejamos de ser optimistas, con la aplicación de normas ISO.

En la confección de los estándares es imprescindible la participación de universidades, académicos y sectores profesionales así como de los abogados y órganos de la Función Judicial, generándose instancias de discusión y de intercambio de experiencias.

Una defensa de calidad tiene que ver tanto con la idoneidad de los profesionales que la llevan a cabo, como con el nivel de las prestaciones. Una defensa real y efectiva, especialmente en área penal, se traduce en un conjunto de acciones, judiciales y extrajudiciales, durante todas las etapas de la persecución penal dirigida en contra del imputado, destinadas a resguardar los derechos e intereses del beneficiario.

En el establecimiento de los estándares debemos orientar su contenido al resguardo de los derechos, garantías e intereses del defendido, porque así lo establece el Código Orgánico que ordena que “en todo caso primará la orientación a los intereses de la persona defendida”.²¹

Sin embargo, para la evaluación del desempeño de los defensores penales públicos, es necesario implementar un sistema de medición y control del desempeño de los defensores, con indicadores de gestión de desempeño que permita evaluar el estándar previamente fijado, todo lo cual debe formar parte de todo un sistema de control estratégico que permita además de controlar la calidad de la defensa y de la gestión, establecer políticas, concretar metas, rendir cuentas y tecnificar el servicio público.

Con la experiencia adquirida, la Defensoría Penal de Chile nos recomienda que: “Establecer un sistema de control estratégico requiere la realización de cuatro etapas:

- Establecer estándares y objetivos.
- Crear sistemas de medición y monitoreo.
- Comparar el desempeño real frente a los objetivos establecidos.
- Evaluar el resultado y emprender medidas correctivas si es necesario.”²²

²¹ Código Orgánico de la Función Judicial, art. 286 numeral 5.

²² Defensoría Penal Pública de Chile, Memoria Anual 2006, pág. 52.

Estos son los caminos que debemos recorrer en el Ecuador para lograr que la Defensoría Pública sea una institución que, desde su nacimiento, se convierta en una organización modelo de eficiencia, servicio y calidad.

Lo anterior nos evidencia la necesidad de mantener una evaluación y control permanente de la defensa pública, especialmente en el área penal. La vigencia de las reformas aprobadas al Código de Procedimiento Penal que incorporan la oralidad en todo el procedimiento y fortalecen el modelo adversarial, como nos dice Carocca Pérez, “supone el empleo de altos estándares de litigación, desconocidos hasta ahora en el derecho nacional, que desde siempre ha operado de acuerdo a las facilidades que ofrece y los lentos ritmos de trabajo que permiten los procedimientos escritos que eran los únicos con los que habíamos contado.”²³

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que algo muy innovador del nuevo sistema es la entrega a las universidades, entidades y personas externas de la responsabilidad de prestar una parte importante de la defensa pública, por lo que un objetivo esencial de su regulación es el de asegurar un correcto otorgamiento del servicio y una legítima utilización de los fondos públicos con los que se retribuiría a los prestadores.

Uno de los mecanismos en los que más se confía para la evaluación y control de la defensa, es en el derecho que se concede a los propios beneficiarios para solicitar el cambio del abogado, como derecho personal del defendido; el número de personas que hagan uso de este derecho, podrá utilizarse como un indicador objetivo del desempeño de un determinado abogado que está prestando defensa pública.

La exigencia de mecanismos de control sobre los defensores públicos supone, por ende y como ya dejamos dicho, la definición previa del nivel de las prestaciones que se les van a exigir. Para este efecto, el Código Orgánico ha incorporado el concepto de “estándares de calidad y eficiencia”, queriendo aludir a aquellos parámetros que servirán para calificar como satisfactoria la defensa que preste un defensor a favor de un determinado defendido. “Estos -como dice Carocca- son los que permitirán determinar la calidad de los servicios prestados, particularmente, el nivel profesional de las actividades de defensa desarrolladas en el proceso, su prontitud y, en definitiva, la atención que reciban los beneficiarios de la defensa penal pública.”²⁴

Una duda que surge en este sentido es si estos “estándares de calidad y eficiencia”, serán los mismos a nivel nacional o si, por el contrario, podrían establecerse a nivel regional o provincial ya que, por ejemplo, podrían presentarse diferencias significativas acerca de las exigencias de celeridad de las actuaciones entre las diversas provincias del país, por la diferencia de densidad de la población, facilidades de desplazamiento entre las distintas ciudades y localidades, número de casos que deberá atender cada defensor, eficiencia de la administración de justicia, etc., que se observan lamentablemente. No dejaré de resaltar la eficiencia con la que actúa la administración de justicia penal en Azuay y Loja, por citar dos provincias y la lentitud con la que se actúa en Guayas y Esmeraldas, igualmente por citar únicamente dos provincias. La cantidad de los casos resueltos y la calidad de las resoluciones son totalmente diferentes, considerando todos los parámetros, entre estas provincias. Sin embargo considero que los estándares deben ser similares para todo el país porque debemos alcanzar el objetivo de una justicia ágil, moderna, oportuna y eficaz en todo el Ecuador.

Otra duda que nos ha surgido, es si estos estándares alcanzan sólo las etapas propias del proceso penal, o si por el contrario, deben referirse también a la atención que el defensor penal público debe prestar al imputado a quien le corresponde asistir antes o fuera del proceso, que quizás a consecuencia de esta actividad de defensa hasta podría no iniciarse, por ejemplo, porque gracias a la gestión del defensor ante la Policía al momento de su detención por presunto delito flagrante, o en la audiencia de calificación de la legalidad de la detención o de formulación de cargos, inmediatamente se demuestra que se trata de un error y el afectado es puesto en libertad.

A continuación, enumeraremos un listado de actuaciones de los defensores penales públicos que a criterio de Alex Carocca Pérez, les considera como estándares procesales básicos, sin perjuicio de que se podrían agregar otros de conformidad con la realidad de la justicia en el Ecuador. Carocca recomienda los siguientes estándares:

- a) Permanecer a disposición del sistema para asumir la defensa del imputado o acusado que los designe.
- b) Tomar contacto inmediatamente con el imputado una vez designado.
- c) Elaborar una estrategia de defensa, a lo menos para las primeras actuaciones del procedimiento.
- d) Asistir a todas las audiencias.
- e) Hacer valer todos los argumentos de defensa a favor del imputado.
- f) Ser muy firme en la defensa frente al fiscal y frente al Juez o tribunal.

²³ Carocca Pérez, Alex, *La Defensa Penal Pública*, Edit. Lexis Nexis, Chile, 2005, pág. 239.

²⁴ Carocca Pérez, Alex, *Op. Cit.*, pág. 241.

- g) Explorar todas las posibilidades de soluciones que favorezcan al imputado y eviten tener que llegar al juicio oral.
- h) Obtener todos los antecedentes que puedan favorecer a su defendido.
- i) Solicitar todas las diligencias de investigación para obtener los antecedentes que favorezcan a su defendido.
- J) Presentar en el momento oportuno los antecedentes obtenidos para producir prueba en el juicio oral.
- k) Procurar asistir a las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público.
- L) Solicitar periódicamente la revisión de la medida cautelar de prisión preventiva.
- m) Contestar la acusación dentro de plazo.
- n) Preparar debidamente el juicio oral.
- o) Intervenir activamente en el juicio oral.
- p) Prepararse para cualquier vicisitud que se produzca durante e/ juicio oral.
- q) Interponer/os recursos que procedan contra las resoluciones que se dicten durante la etapa de investigación.
- r) Entablar el recurso de nulidad contra la sentencia pronunciada en e/juicio oral.
- s) Proporcionar información periódica al imputado sobre el desarrollo del caso.
- t) Informar a la Defensoría Penal Pública cualquier novedad importante en los casos que esté atendiendo.
- u) Enviar oportunamente la información que le sea solicitada en forma extraordinaria por la Defensoría Penal Pública.²⁵

El control efectivo del cumplimiento de la defensa penal, que satisfaga estos estándares procesales básicos, es una de las tareas y responsabilidades principales de la Defensoría Pública.

6.14. Orientación, asistencia y asesoría jurídica

La Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial²⁶ establecen que el servicio de defensa pública comprende las modalidades de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial. Entendamos: no sólo se patrocinará las causas con la intervención de un abogado defensor público que asuma la defensa en juicio; la finalidad es garantizar el completo acceso a la justicia a marginados, a desempleados que no tienen ingresos, a trabajadores, jubilados, pensionistas, a víctimas de violencia familiar, a madres que requieren reclamar pensiones alimenticias, a pueblos y comunidades indígenas; en fin, a todas las personas de bajos recursos y que requieran la orientación y asesoría jurídica para

exigir sus derechos.

La orientación tiene por objetivo canalizar al solicitante hacia las autoridades o instituciones que deben atender el asunto planteado, guiarle en la forma de plantear el caso y aconsejarle los caminos que debe transitar.

Aunque desde el punto de vista jurídico no implica sino la opinión técnica del asesor, que parte de la determinación de la competencia y culmina con el hacer saber al interesado a donde encaminarse, desde el punto de vista social sin embargo tiene una gran importancia, porque da la oportunidad de servir a los más necesitados que, generalmente, no encuentran eco a sus palabras ni quien los oriente respecto de cómo proceder ante un problema legal.

De ahí que orientar, con sentido social, calidez humana y vocación, deba ser una característica de esta modalidad del servicio que la defensoría pública debe asumirla.

En cuanto a la asesoría jurídica se hace saber al interesado la viabilidad de la intervención legal y los trámites, recursos, juicios y medios de impugnaciones ordinarias y extraordinarios que pueden hacerse valer.

Por último, la representación jurídica consiste en el patrocinio legal que se otorga al interesado, previo estudio socioeconómico, con excepción de la materia penal, para dilucidar si se encuentra entre los destinatarios del servicio en cuanto se refiere a sus ingresos y condición económica, o cuando se estime necesario.

Se debe contar, para este efecto, con un cuerpo de trabajadores sociales, que serán los encargados de realizar los estudios socioeconómicos correspondientes. No obstante en casos de urgencia se debe intervenir aun cuando no esté dilucidada la condición económica del solicitante, y se otorgan el servicio, a fin de proteger sus intereses y evitar afectaciones irreparables.

REFLEXIONES FINALES

El reto se ha lanzado, el debate está abierto. No puede dejar de estarlo, porque se trata de nuestro futuro común como país y de nuestro presente de seres humanos. Si no logramos una verdadera administración de justicia que haga eso, justicia, no seremos capaces de forjar un país realmente democrático. Estamos obligados a implementar un sistema de defensoría pública eficaz como la mejor manera de proteger la libertad de nuestros ciudadanos

²⁵ Carocca Pérez, Alex, *Op. Cit.*, pág. 248.

²⁶ Artículo 191 inciso segundo de la Constitución y 286 numeral 1 del Código Orgánico.

y el respeto a las garantías del debido proceso y, de esta forma, contribuir para seguir en el empeño iniciado de construir un verdadero Estado de Derecho eficaz que respete el principio de presunción de inocencia y aplique la pena en un proceso legítimo. El objetivo que nos planteamos es *lograr una administración de justicia moderna que concilie el poder punitivo del Estado con el respeto pleno a las garantías individuales. Una administración de justicia penal que sea básicamente respetuosa de los Derechos Humanos.*

Claro que esto implica muchos cambios culturales en los operadores de justicia, en la universidad. Y como todo cambio da miedo, implica muchas resistencias y, lo peor, resistencias disfrazadas detrás de discursos morales muy estéticos pero poco eficaces, salvo para poder darnos buena conciencia de modo barato. Sobre el Código Orgánico de la Función Judicial se levantarán, hasta la ronquera, voces de supuesta defensa institucional, de la autonomía universitaria, de incomprensibles llamamientos a defender la dignidad del abogado privado para que nadie ose controlar su actividad que se desenvuelve francamente en un ambiente ausente de ética. Quizás es por eso que, a nosotros los burócratas y docentes universitarios, nos vendría bien una pequeña crisis de mala conciencia, como para empezar a emprender el camino hacia la formación de verdaderos servidores públicos y profesionales éticos comprometidos con el desarrollo de su país.

Contamos ya con un marco constitucional y normativo que garantiza la implementación de una defensoría pública autónoma e independiente de los organismos de persecución penal y juzgamiento, y en condiciones de equilibrio con los recursos materiales, humanos y financieros con el que se asigne a la persecución penal, de tal manera que en la práctica se garantice la igualdad de armas en el litigio penal y en la organización moderna y eficiente que evite la burocratización y la defensa meramente formal y de baja calidad.

Insistiremos permanentemente en que el proceso de reforma de la justicia penal vigente en el Ecuador desde marzo de 2009, que conduce a la implantación definitiva de un verdadero sistema adversarial eliminando rezagos existentes del viejo sistema inquisitivo, no podrá funcionar adecuada y correctamente si no se construye un sistema de defensa pública moderna, fuerte y eficiente, bajo un modelo de organización estratégicamente planificado para enfrentar técnicamente el crecimiento de la defensa oficial que tenga como meta principal y objetivo irrenunciable el respeto a los intereses concretos del defendido con calidad y sin discriminación alguna.

Pero no olvidemos que todo este proceso de reforma de la justicia que se está incorporando en el Ecuador, implica necesariamente *un cambio cultural*. No basta con la introducción ideológica del nuevo sistema. No es suficiente la aprobación de una normativa moderna si esto no se traduce en una transformación concreta de las prácticas de todos los operadores, de la forma en que ellos entienden su rol y cómo lo desarrollan cotidianamente.

El gran desafío final está en el compromiso de realizar todos los esfuerzos necesarios dirigidos a convertir a la defensoría pública en protagonista indispensable y esencial del cambio que debe darse en las formas y actitudes de quienes administran la justicia en nuestro país. Es preciso consolidar los métodos orientados por las formas acusatorias, orales de efectuar los procesos que den confianza y credibilidad a los ecuatorianos y recuperen la fe y la esperanza en la justicia y el convencimiento de que, solo dentro de un Estado de Derecho Constitucional, pueden conseguirse los fines primordiales para los que se asocian los hombres, que al final de cuentas, no son ni más ni menos que lograr una convivencia pacífica, respetando los derechos y garantías fundamentales, las diferencias y la diversidad, dentro del marco exclusivo de la Constitución y el Derecho. Ese es el gran reto y desafío. ¿Estamos listos para ello? Qué bueno, adelante...

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

- Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
- Baytelman, Andrés, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal chilena*, Centro de Estudios de la Justicia. Escuela de Derecho Universidad de Chile; Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 1985.
- Blanco Suárez, Rafael y otros, *Litigación estratégica en el nuevo Proceso Penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2007.
- Bergalli, Roberto, *Crítica a la Criminología, hacia una teoría crítica del control social en América Latina*, Editorial Temis, Bogotá, 1982.
- Büsser, Roberto A.; Iturralde, Norberto, *El Juicio con debate oral*, Código Procesal Penal de la Nación, Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires.
- Camps Zeller, José Luis, *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- Carocca Pérez, Alex, *La defensa penal pública*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, *Manual de Defensoría Penal Pública para*



- América Latina y el Caribe*, Alfabetas Artes Gráficas, Santiago, 1985.
- Del Río Ferreti, Carlos; Rojas Rubilar, Francisco, *De la Reforma Procesal Penal, en especial de la etapa de instrucción e intermedia*, Chile, Editorial Lexis Nexis, 1999.
 - Horvitz Lennon, María Inés; López Masle, Julián, *Derecho Procesal Chileno, Tomo I, Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación*, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
 - Kliksberg, Bernardo (compilador), *La agenda ética pendiente de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2005, primera edición.
 - Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983.
 - Mamani Gareca, Víctor Hugo, *La cárcel, instrumento de un sistema falaz, un intento humanizante*, primera edición, Editorial Lumen, Buenos Aires, 2005.
 - Martínez, Mauricio, *La abolición del sistema penal, inconvenientes en Latinoamérica*, Editorial Temis, Bogotá, 1990.
 - Plazas, Florencia; G., Hazan, Luciano, *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
 - Revista Defensa Pública, *Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, Memoria*, Diseño Editorial S.A, San José de Costa Rica, octubre 2003.
 - Revista Defensoría, sin defensa no hay justicia, *Memoria Anual 2002*, Chile, Defensoría Penal Pública.
 - Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
 - Sarrulle, Oscar, *La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (aboliciónismo o justificación)*, Editorial Universidad Buenos Aires, 1998.
 - Sosa Arditi, Enrique; Fernández, José, *Juicio oral en el proceso penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.
 - Traversi, Alessandro, *La defensa penal, técnicas argumentativas y oratorias*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
 - Tedesco, Ignacio, *El acusado en el ritual judicial, ficción e imagen cultural*, Colección Tesis Doctoral 8, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
 - Vaca Andrade, Ricardo, *Manual de derecho procesal penal, tomo II*, segunda edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001.

Proceso Penal y Reforma Constitucional en Bolivia

Enrique MacLean

Miembro de la RedEx Bolivia

emacleans@gmail.com

El 7 de febrero de 2009, después de dos años y medio de un proceso constituyente difícil y polémico se promulgó la Nueva Constitución Política de Bolivia, cuya implementación tendrá como primer paso importante la elección de nuevas autoridades el 6 de diciembre próximo.

En el ámbito de la administración de justicia penal existen cambios positivos y negativos a nivel del nuevo texto constitucional cuyo análisis amerita realizarse, aunque sea en un nivel resumido y breve, con la esperanza de poder aportar al debate de la discusión de las leyes orgánicas judiciales, los códigos sustantivos y procesales en materia penal, y siempre con el cometido de reimpulsar la reforma procesal penal en Bolivia con apoyo de las nuevas disposiciones constitucionales.

Normas generales y orgánicas

Una novedad importante que introduce la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE), es el modelo del llamado Órgano Judicial (antes Poder Judicial). Inspirada en el reconocimiento del pluralismo jurídico, la NCPE prevé dos grandes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial: la ordinaria y la indígena originaria campesina.

Con relación a la regulación de la jurisdicción ordinaria, la NCPE incorpora el artículo que anuncia la oportunidad de recrear la jurisdicción ordinaria coherente con las necesidades de la población. Pasamos a citar:

Artículo 180. I. La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez.

II. Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales.

III. La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción. La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

Destaca del anterior artículo la introducción de los siguientes principios procesales para toda la jurisdicción ordinaria: la oralidad, la verdad material, la accesibilidad.

De acuerdo a estos tres nuevos principios, los Códigos Procesales de las diferentes materias deberán erradicar cualquier práctica de litigación escrita, por ser contraria al principio procesal de oralidad. La audiencia, por tanto, ha sido confirmada como la metodología constitucionalmente ordenada para la administración de justicia en todas las materias de la jurisdicción ordinaria. Esto obligará a la reformulación no solamente de los Códigos Procesales inspirados en el procedimiento civil, sino también de aquellas prácticas del proceso penal donde las decisiones judiciales se toman por vía de escritos y no de audiencias.

De acuerdo al principio de verdad material, el régimen de nulidades en los procesos de la jurisdicción ordinaria debería estar supeditado únicamente a la violación de garantías constitucionales. Por tanto, el incumplimiento de formalidades cobrará menos protagonismo a tiempo de valorar actividad procesal defectuosa. La verdad material exigirá también de los litigantes mayor lealtad procesal e idoneidad profesional para prevenir la chicana procesal.

Por último, la accesibilidad exigirá que aumente la presencia de los órganos jurisdiccionales ordinarios en cualquier zona habitada del país. Si

bien se espera que el actual abandono de la justicia ordinaria a las zonas rurales sea sustituido por la jurisdicción indígena originaria campesina, es importante que la jurisdicción ordinaria también recobre los espacios perdidos para brindar al ciudadano rural una alternativa en la gestión de la conflictividad.

La justicia comunitaria

Uno de los temas centrales del debate político alrededor de la discusión del nuevo texto constitucional, fue el de la creación de una jurisdicción indígena originaria campesina (justicia comunitaria) por el temor de la ciudadanía urbana a que la ausencia de normas sobre deslinde jurisdiccional en la versión de la Constitución aprobada en Oruro en diciembre de 2007 provocaría abrir la puerta a hechos de violencia organizada e impone bajo el estandarte de “justicia comunitaria”.

Lo cierto es que la confusión popular y mediática de los linchamientos con las tradiciones de justicia comunitaria, impulsó a una nueva redacción de las normas constitucionales con relación a la coexistencia de jurisdicciones paralelas, de igual jerarquía, sin sometimiento o jerarquización de una sobre la otra.

Los artículos 191 y 192 de la NCPE no establecen (por tanto no limitan) que una u otra jurisdicción esté restringida a ciertas materias. Esto significa que la justicia indígena originaria campesina puede aplicar sanciones y penas, salvo que una futura Ley de Deslinde Jurisdiccional disponga lo contrario. Los ámbitos de vigencia personal, material y territorial están determinados constitucionalmente de la siguiente forma:

1. La aplicación de la justicia indígena originaria campesina está restringida a los miembros de la nación o pueblo indígena en cuestión.
2. Las materias que podrán ser resueltas por los órganos de justicia indígena se determinarán en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Sin perjuicio del criterio 1, la jurisdicción será competente para conocer causas vinculadas a relaciones jurídicas o hechos ocurridos dentro de la jurisdicción territorial de la nación o pueblo indígena.

Normas sobre privación de libertad

La Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) amplía la normativa en cuanto a garantías vinculadas a la aprehensión o detención de personas. En primer lugar explicita la finalidad de la aprehensión (averiguación de la verdad

histórica), y la condiciona a los límites estrictos de la ley.¹

Igualmente introduce el deber de información al aprehendido sobre los motivos de su aprehensión, así como de la denuncia o querrela formulada en su contra.

Normas sobre inviolabilidad de domicilio

La anterior Constitución, en su artículo 21 establecía lo siguiente: “Toda casa es un asilo inviolable; de noche no se podrá entrar en ella sin consentimiento del que la habita y de día sólo se franqueará la entrada a requisición escrita y motivada de autoridad competente, salvo el caso de delito ‘in fraganti’”.

La Nueva Constitución, con relación al tema restringe la amplia protección de la anterior Constitución a través del texto siguiente:

Artículo 25. I. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial.

La restricción de la protección se manifiesta en los siguientes aspectos:

- a. No se describen las acciones prohibidas que se considerarían lesivas a la inviolabilidad del domicilio; por tanto existe posibilidad de remisión legal incoherente con el espíritu de la garantía constitucional.
- b. Se elimina la prohibición constitucional de ingreso a moradas durante horas de la noche, sin consentimiento de la persona que la habite.
- c. Se utiliza la descripción de la morada como “domicilio”, siendo que la anterior redacción refería la inviolabilidad de la morada como “casa”. Este cambio terminológico obligará a una interpretación jurisprudencial de domicilio que podría no coincidir con el espíritu de la inviolabilidad del lugar donde la persona reside o tiene expectativa de privacidad.
- d. No prevé la posibilidad de allanamiento de domicilios en casos de flagrancia.

Con relación a la inviolabilidad del domicilio, la NCPE además de restringir al ciudadano común la protección que brindaba la anterior Constitución, agrega normas de protección a los miembros de la Asamblea Legislativa que además de contradecir

¹ Artículo 23, numeral I, NCPE.

normas específicas de protección a la labor legislativa, ofrecen protección desigual a los ciudadanos y a dichas autoridades.

El artículo 151, numeral II de la CPE establece: “El domicilio, la residencia o la habitación de las asambleístas y los asambleístas serán inviolables, y no podrán ser allanados en ninguna circunstancia. Esta previsión se aplicará a los vehículos de su uso particular u oficial y a las oficinas de uso legislativo”.

Esta forma de inviolabilidad privilegiada respecto de la que se provee a los ciudadanos, no guarda relación con la finalidad práctica de la inviolabilidad. La doctrina constitucional es uniforme respecto de la necesidad de establecer la inviolabilidad o irresponsabilidad penal de los legisladores por las opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, la NCPE contempla una inviolabilidad que supera el ámbito de las opiniones o actos de expresión e ingresa en la inviolabilidad de espacios físicos.

No queda clara la voluntad constituyente respecto de este punto, porque la inviolabilidad de los espacios físicos no tiene correlación con la necesidad de brindar plena libertad legal a los asambleístas con relación a las opiniones que emiten en el ejercicio de su actividad parlamentaria. Es especialmente preocupante el contenido del artículo con relación a la prohibición de allanamiento en ninguna circunstancia, es decir, ni siquiera en caso de flagrancia, necesidad de rescate o aprehensión legal de personas, sospecha fundada de existencia de prueba documental o material en una investigación criminal, o cualquier otra circunstancia.

Inmediatamente después, el artículo 152 establece lo siguiente: “Las asambleístas y los asambleístas no gozarán de inmunidad. Durante su mandato, en los procesos penales, no se les aplicará la medida cautelar de la detención preventiva, salvo delito flagrante”.

Si bien el procesamiento de autoridades legislativas no está sujeto a autorización congresal o desafuero de la Corte Suprema de Justicia, las excesivas e infundadas normas de inviolabilidad del domicilio, lugar de trabajo y vehículos de los asambleístas, opera como un mecanismo de inmunidad, porque obliga a considerar ilegal toda la prueba obtenida mediante el allanamiento de dichos lugares, aún si dicho allanamiento no interrumpe o perjudica la labor parlamentaria de opinión.

En este punto hacemos notar que el artículo 151, numeral II constituye una abierta cláusula de impunidad para Asambleístas porque les ofrece

protección inconsistente con la finalidad legal de la inviolabilidad sobre actos inherentes a su función, además de ponerlos en situación de injustificado de privilegio al darles blindaje constitucional respecto de ciertos trabajos de investigación y recolección de pruebas en ciertos espacios físicos.

Normas sobre irretroactividad, imprescriptibilidad y delitos con tipificación constitucional

El artículo 33 de la anterior CPE que establecía la regla de la irretroactividad de la ley, salvo para materia laboral y penal, cuando fueren más beneficiosas para el trabajador o el delincuente fue modificado por el artículo 123 de la NCPE que dispone lo siguiente: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, excepto en materia laboral, cuando lo determine expresamente a favor de las trabajadoras y de los trabajadores; en materia penal, cuando beneficie a la imputada o al imputado; **en materia de corrupción, para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado; y en el resto de los casos señalados por la Constitución.**”

La aplicación retroactiva de la ley para casos de corrupción es, junto al numeral I del artículo 151, uno de los más graves errores en la redacción del nuevo texto constitucional. Su inclusión estuvo motivada por la línea política del MAS de procesar y sancionar severamente los hechos de corrupción ocurridos en gestiones de gobierno pasadas (antes de 2006).

Es muy probable que el motivo político haya sido aplicar la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción (art. 112) a hechos ocurridos con anterioridad a la vigencia de la NCPE, es decir a las gestiones de gobierno pasadas. Sin embargo, tal cual se encuentra redactado el artículo 123, existe una abierta contradicción entre el segundo y el tercer caso de procedencia de la aplicación retroactiva de la ley, ya que al hacerse mención a delitos contra los intereses del Estado, el juzgamiento anti-corrupción necesariamente ingresa a la materia penal. También existe contradicción con el numeral II del artículo 116 que establece que toda sanción se basará en ley anterior al hecho punible. Esta doble contradicción interna en la NCPE hace que la norma constitucional de retroactividad por hechos de corrupción sea inaplicable porque el acusado estaría simultáneamente protegido contra legislación penal o procesal penal más desfavorable aprobada con posterioridad al hecho que se le acusa (irretroactividad de norma penal más perjudicial), y desprotegido en sentido de que tal legislación le sería aplicable a pesar de la garantía constitucional de irretroactividad. La

misma NCPE establece el principio in dubio pro reo que haría que la tercera procedencia de aplicación retroactiva sea de imposible cumplimiento.

Es poco probable que éste defecto pueda ser resuelto por la vía interpretativa sin afectar la esencia del principio de la irretroactividad de la ley, y la regulación de sus excepciones en materia laboral y penal.

De acuerdo a la regulación actual, cualquier funcionario público actual o futuro se encuentra en una posición de suma inseguridad jurídica, ya que la Asamblea Legislativa tiene la potestad de calificar conductas penales de corrupción o agravar sanciones con posterioridad al hecho y que dichas normas se apliquen retroactivamente aún si éstas son más perjudiciales para el acusado.

Respecto a los ilícitos imprescriptibles, el artículo 111 establece que la traición a la patria, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. Las dos últimas menciones son reafirmaciones del Estatuto de Roma y de la Convención de Ginebra.

La traición a la patria es un delito que históricamente se mantuvo tipificado a nivel constitucional de forma restrictiva para evitar su uso arbitrario en la judicatura penal ordinaria o militar. La anterior tipificación constitucional del delito de traición simplemente mencionaba “complicidad con el enemigo durante estado de guerra extranjera”. Como Bolivia no ha declarado la guerra a ningún país desde mayo de 1945 (Alemania), no existen casos registrados de condenas por traición a la patria bajo esta tipificación.

La NCPE, en su artículo 124, numeral I, amplía la tipificación de traición a la patria a las siguientes modalidades:

- a. Tomar armas contra el país, ponerse al servicio de estados extranjeros participantes, o entrar en complicidad con el enemigo en caso de guerra internacional contra Bolivia.

Las tres conductas corresponden al ámbito militar, sin embargo no queda clara la diferencia entre ninguna de las submodalidades (menos aún en la segunda modalidad que por falla de redacción no especifica claramente si forma o no parte de la tercera modalidad, que reitera la anterior redacción constitucional.

- b. Violar el régimen constitucional de recursos naturales.

Esta tipificación es un caso claro de norma penal ambigua y que habilitaría la calificación penal

de hechos de relevancia menor o meramente administrativa si éstos estuviesen contemplados en el régimen de recursos naturales. Esta fue una inclusión fuertemente motivada por el discurso de reivindicación de la nacionalización de los recursos naturales, por tanto, además de ser un mecanismo simbólico político, en lo jurídico es también un retroceso que obliga que el Código Penal sea más restrictivo en los elementos del tipo penal de traición a la patria, para subsanar la imprudencia política en la redacción de este artículo.

- c. Atentar contra la unidad del país.

Este caso es aún más grave que el anterior en cuanto a vaguedad, por tanto impone un urgente deber de restringir su tipificación a nivel del Código Penal.

Normativa nueva con relación a garantías constitucionales

El artículo 113 de la NCPE en su numeral I establece: “La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna”. Esta norma podría ser utilizada como mecanismo para permitir:

- a. La sustanciación de procedimientos extra-judiciales previos a la sustanciación de la acción penal para privilegiar el derecho constitucional de la víctima a ser resarcida antes que la pretensión punitiva del Estado (concreción del principio de mínima intervención).
- b. La restricción de la jurisdicción penal a casos de suma gravedad, donde el cumplimiento de la pretensión resarcitoria sea poco probable. Sin perjuicio de dicha restricción (filtraje), la cláusula constitucional es compatible con el mecanismo jurídico de las salidas alternativas que extingan la acción penal al momento que la pretensión resarcitoria de la víctima haya sido satisfecha o garantizada.
- c. La creación de competencias para los jueces o tribunales de sentencia, no solamente para pronunciarse sobre la responsabilidad penal, sino también sobre los daños y perjuicios a favor de la víctima y la forma real del imputado para cumplir con el resarcimiento. La norma constitucional citada podría servir de base para crear mecanismos legales de incentivo a las actividades resarcitorias con posterioridad a la ejecutoria de una condena penal (acceso a reducción o reversión de sanciones, privilegios penitenciarios, etc.).

El numeral II del artículo 114 dispone que “las declaraciones, acciones u omisiones obtenidas o

realizadas mediante el empleo de tortura, coacción, exacción o cualquier forma de violencia, son nulas de pleno derecho”.

Si bien esta norma ya tiene regulación en el Código Procesal Penal actual bajo el régimen de actividad procesal defectuosa, su elevación a rango constitucional es un aporte al aseguramiento de las normas sobre legalidad de prueba.

El artículo 115 introduce lo que jurisprudencialmente fue regulado como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ausente en el anterior texto constitucional:

- i. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos
- ii. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

La presunción de inocencia, anteriormente prevista en el artículo 16 de la CPE, ahora regulada en el artículo 116 de la NCPE fue reforzada con una norma explícita sobre el principio de *in dubio pro reo* y con una reiteración del principio de irretroactividad.

Citamos el nuevo artículo sobre la garantía de presunción de inocencia.

- i. Se garantiza la presunción de inocencia. Durante el proceso, en caso de duda sobre la norma aplicable, regirá la más favorable al imputado o procesado
- ii. Cualquier sanción debe fundarse en una ley anterior al hecho punible.

Respecto al numeral I y a la frase “se garantiza la presunción de inocencia” llama la atención que se haya omitido de la frase “mientras no se demuestre su culpabilidad” prevista en el anterior texto constitucional. Esta omisión podría favorecer tanto la extensión de la garantía hasta la ejecutoria de la sentencia condenatoria o bien disminuirla para que dicha presunción finalice antes de que la condena adquiera carácter de cosa juzgada.

Además, la NCPE introduce normativa expresa sobre la garantía de juicio previo, debido proceso, *non bis in idem*, y prohibición de aplicación de sanciones privativas de libertad por ilícitos vinculados a deudas patrimoniales:

Artículo 117. I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido

impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.

II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena.

III. No se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, excepto en los casos establecidos por la ley.

El artículo 118, numeral III establece la finalidad constitucional de las sanciones privativas de libertad, así como las condiciones básicas de su ejecución, en armonía con los artículos 73 y 74 que regulan los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad.

Conclusiones

La Nueva Constitución Política del Estado, en especial las nuevas garantías jurisdiccionales, así como los principios procesales que regulan la jurisdicción ordinaria son, en un balance general, más beneficiosas que perjudiciales a los objetivos de la reforma procesal penal.

Por esta razón, consideramos importante que la experiencia de los procesos de reforma sirva para enriquecer las normas marco de la Constitución que sean relevantes a la administración de justicia penal y, dentro de los meses y años venideros de aprobación de nuevas leyes y normas, se retome el proceso de la reforma procesal penal desde un Órgano Judicial rejuvenecido, con una ley orgánica que le permita ajustarse a las necesidades de justicia de la población, y con normas procesales que permitan enmendar los errores, las carencias y los fracasos de la actual justicia penal.

Anteproyecto de Código de Organización Judicial: comprender el problema actual del Poder Judicial más allá del mero cambio de personas

María Victoria Rivas

Directora ejecutiva

Centro de Estudios Judiciales del Paraguay

vrivas@cej.org.py / www.cej.org.py

Sin duda alguna, la magnitud de los cambios propuestos en el Anteproyecto de Código de Organización Judicial, propuesta elaborada por el Centro de Estudios Judiciales del Paraguay (CEJ), obligará a un amplio debate, y de igual manera permitirá comprender el problema actual del Poder Judicial con mucha más profundidad que el que surge de los meros cambios de personas. Su columna vertebral la constituyen los siguientes ejes: una nueva etapa de la Reforma Judicial, la necesidad de un nuevo marco institucional para el Poder Judicial, la redefinición de la Corte Suprema de Justicia, el reordenamiento de las competencias, la consolidación de la modernización de tribunales, y una nueva relación entre el Poder Judicial y la ciudadanía.

Una nueva etapa de la reforma judicial

La Constitución Nacional de 1992 dio inicio a una nueva etapa democrática en el país, y a su vez un proceso de reforma de las antiguas estructuras del Poder Judicial. Esta primera fase abarcó un esfuerzo considerable de todos los actores políticos y de los propios jueces, y ha rendido sus frutos. Sin embargo, esos frutos *ya se encuentran agotados*. Es hora del lanzamiento de una nueva etapa de reforma judicial, que le dé sentido a todas las acciones que se vienen realizando y las consolide en el tiempo. Esto conlleva a proponer al debate nacional un nuevo proyecto de Código de Organización Judicial.

Este instrumento pre-constitucional contiene la mayor cantidad de normas vinculadas al marco institucional del Poder Judicial: regula la competencia de los tribunales, toda la estructura organizacional y de gobierno, y a sectores que claramente no pertenecen a la administración de justicia, y que entorpecen la labor judicial. Se trata de un conjunto normativo obsoleto, que no responde a los reclamos sociales y obstaculiza la continuación de las tareas de modernización propias de la reforma judicial.

Este nuevo código se perfila a renovar las bases operativas, jurisdiccionales y de gobierno de ese poder, y ampliar la participación de la ciudadanía en el servicio judicial, ya que las arduas tareas realizadas en la primera fase no lograron alcanzar un sustento estructural y perdurable para garantizar una verdadera y completa **independencia judicial**. Las antiguas prácticas tampoco pudieron ser modificadas en forma radical, al igual que la ineficacia, y la falta de aplicación por parte de grandes sectores de la administración, de los postulados de oralidad, accesibilidad y simplicidad instituidos por la Carta Magna.

El Poder Judicial requiere iniciar un proceso de cambio más profundo en estas áreas, particularmente por la confusión de actividades jurisdiccionales y administrativas, la falta de transparencia, y el excesivo rol protagónico de la Corte Suprema en toda la vida del Poder Judicial, los que se convirtieron en elementos negativos que deben ser revertidos. Por otra parte, existe un mayor reclamo de las

nuevas generaciones de jueces para que su voz sea escuchada, y del ciudadano para limitar la injerencia de los partidos políticos en el nombramiento de jueces y magistrados.

Estos puntos, sumados a la actual crisis de la Corte Suprema, hacen urgir la presentación de un nuevo modelo que establezca nuevas bases para el Poder Judicial. Llegó la hora de dar un paso más profundo en pos del programa constitucional sobre el mismo, el que permitirá sentar bases para un marco institucional más eficaz en la preservación de la independencia del Poder Judicial, que avance en su democratización interna, provea mejores instrumentos para cumplir con el servicio de administrar justicia, y a la vez cambie las relaciones con la sociedad para que su legitimidad se base en la confianza.

El cambio de condiciones de la etapa democrática y republicana que vive actualmente nuestro país es otro fundamento de la necesidad de cambio, ya la nueva etapa de profundización del sistema democrático, requiere de mayor inclusión social y justicia, y de la colaboración y control entre los Poderes que es propia de un mayor desarrollo del sistema republicano. Esto implica redoblar esfuerzos para ingresar a una etapa donde el Estado de Derecho y el imperio de la ley que le es propio, se conviertan en una herramienta de la vida cotidiana y no en una mera declaración formal.

La necesidad de un nuevo marco institucional para el Poder Judicial

Toda la estructura institucional del Poder Judicial debe estar al servicio del fortalecimiento y garantía de la independencia e imparcialidad judiciales, cualidades tan importantes por las que la Constitución Nacional ha garantizado autonomía, autarquía, y autogobierno a dicho estamento. Sin embargo, el autogobierno del Poder Judicial deja de cumplir su función cuando se convierte en el gobierno de algunas cúpulas, por más que ellas provengan de los magistrados de la Corte Suprema.

Para defender esa independencia se debe generar un nuevo modelo de gobierno que favorezca la transparencia y la participación de todos los jueces. Además, se ha confundido el alto valor de ese tribunal, en lo estrictamente jurisdiccional, con las funciones de gobierno y de administración. De ese modo se generó un modelo que no permitió el desarrollo de una verdadera jurisprudencia de alto nivel y a la vez pervertió las funciones centrales del gobierno judicial.

La concentración de funciones en la Corte genera atrasos en la administración, y favorece a que

los problemas de ese tribunal específico se trasladen al conjunto de la administración de justicia. Es necesario clarificar las verdaderas y esenciales tareas de gobierno, separarlas de modo tajante de las funciones de la Corte Suprema y aumentar el compromiso de todos los jueces en el autogobierno del Poder Judicial, ya que la actual estructura, concentrada en algunos magistrados de la Corte Suprema, no responde a la realidad del Poder Judicial en la que nuevos jueces piden protagonismo y están dispuestos a asumir responsabilidades.

Los pilares de un gobierno judicial que busca transparencia, compromiso y solidaridad de todos los jueces en el mejoramiento de las condiciones de acceso a la justicia de toda la población son: la creación de un Consejo de Gobierno, las funciones de control de la Asamblea de Jueces, y demás organismos de control y defensa de la independencia judicial. Asimismo, se establecen mecanismos y formas que permitan una elección transparente del Consejo de Gobierno -del mismo modo como el Poder Legislativo elige sus propios órganos de gobierno- y formas para preservar una politización impropia de esa elección.

Se establecen, por otra parte, los mecanismos de relacionamiento entre las funciones de gobierno y las funciones de administración, que también son separadas, aunque se mantienen con claridad las reglas de superintendencia previstas en la Constitución Nacional, volviéndolas a sus normales cauces de control. En especial, se prevé un mecanismo fuerte de supervisión y control de la actividad de los jueces y de la calidad del servicio que no implique ninguna forma de afectación a la necesaria independencia judicial.

La Carrera Judicial que combine estabilidad con idoneidad, es otro gran eje de esta nueva etapa de reforma. La misma está establecida en la Constitución, pero no fue desarrollada. El sistema de nombramientos por sí solo no es suficiente para evitar el cuoteo y la influencia de los grupos de presión sin una verdadera carrera judicial. Esta Carrera debe propiciar el ascenso por mérito y el desarrollo profesional permanente, como forma de generar un plantel de jueces que no sean manipulables por presiones circunstanciales o estructurales. Con esto se busca aumentar la capacidad técnica de la administración del Estado.

La redefinición de la Corte Suprema

La redefinición del trabajo de la Corte Suprema se hace necesaria tanto para revisar su competencia como sus procedimientos, de modo que ella sea el lugar donde los mejores juristas del país deliberan y discuten para llegar a una solución equilibrada,

transparente y bien fundamentada. En la realidad actual de nuestra Corte, al mismo tiempo que se deben estudiar casos de los que pueden depender sumas de dinero enormes o afectar a millones de personas, esos mismos jueces dedican su tiempo a temas menores de administración o a decisiones en causas de menor impacto en la vida social del país.

Esto no se perfila entre las recomendaciones ya que la complejidad de los sistemas normativos modernos, el impacto que las decisiones de la Corte Suprema –en especial a través del control de constitucionalidad– tienen sobre la totalidad de la vida social, económica e institucional del país, y la repercusión del desempeño judicial en la inserción internacional y regional, hacen que el papel de esas Cortes hoy deba ser visto bajo un nuevo prisma.

Por la gravedad de los casos se requiere un nuevo tipo de litigio ante los tribunales para que los mismos no se conviertan en poco transparentes o en meros trámites. Una fuerte oralización de todos los procedimientos y reglas más rigurosas y transparentes de presentación de los planteos, son algunos de los grandes cambios que trae este proyecto, ya que no sólo las nuevas Constituciones traen nuevos derechos que reclaman ser aplicados sino que la realidad se ha vuelto tan cambiante que obliga a una permanente concreción de viejos principios y normas a situaciones sociales muy alejadas de las previsiones del legislador.

El reordenamiento de competencias

La Jurisdicción Civil, Penal y Comercial no es suficiente para abarcar el conocimiento de todos los conflictos. Se desconoce además que existen conflictos sociales que por su número y especiales características requieren de un tratamiento jurisdiccional especializado. Estos son claros ejemplos de que la complejidad de las relaciones sociales, el incremento de las reivindicaciones y de la conflictividad social, significan para el Poder Judicial un doble desafío: mejorar su capacidad de proveer efectiva tutela judicial, y generar mecanismos para lidiar con el respectivo incremento de la carga procesal que deviene de ella.

La reforma agraria, los conflictos de interés de colectivo como los relativos al medio ambiente, los particularmente sensibles como los vinculados a la familia, niñez y adolescencia, entre otros, merecen tener un tratamiento especializado. Igualmente es imposible seguir atendiendo un sinnúmero de peticiones y trámites que nada tienen que ver con la función jurisdiccional, es decir, con la resolución de conflictos. Tal es el caso de los llamados “procesos voluntarios” y de las venias o autorizaciones

judiciales, trámites que pueden ser mejor atendidos por autoridades no jurisdiccionales.

La consolidación de la modernización de tribunales

La administración de justicia no se diferencia de otras organizaciones que manejan recursos, procedimientos y toman decisiones sensibles. Ha sido la falta de profesionalismo y la excesiva intromisión de jueces en asuntos técnicos de administración lo que provocó a una maraña que favorece la corrupción, los nombramientos de favor y la falta de supervisión, control y planificación. Se debe diseñar un sistema claro y sencillo de administración, bajo la figura de nuevos administradores que permitan racionalizar los recursos y provocar una masiva y eficiente incorporación de tecnología organizacional.

El conjunto de acciones realizadas en el último año, orientadas a la modernización de la administración, las nuevas reglas de elaboración de presupuestos, la elaboración de indicadores, el mejoramiento de los circuitos de información, la utilización de círculos de calidad y la elaboración de estándares de trabajo, son signos de la necesidad de realizar un profundo cambio en las relaciones entre la administración de los tribunales y el ejercicio de la jurisdicción.

Se trata de diferenciar tres órdenes de trabajo: lo estrictamente jurisdiccional, vinculado a las tareas propias de los jueces; la macro administración de los tribunales, es decir, el conjunto de órganos que administran los recursos humanos y materiales del Poder Judicial como entidad autónoma; y la oficina judicial, entendida como el entorno de tareas administrativas que rodean a la actividad judicial y le dan soporte, en particular el trámite de casos y la celebración de las audiencias. Estas tres dimensiones se encuentran aún atadas a modelos ya muy superados.

El modelo de juzgados es otra de las razones del atraso de la administración de justicia. Estas son entidades administrativas cerradas sobre sí mismas, favorecedoras de la delegación judicial, y poco transparentes en sus trámites y métodos de trabajo. Ese modelo celular debe ser modificado por un nuevo tipo de oficina judicial que profesionalice el apoyo administrativo a la jurisdicción, incorpore nueva tecnología en las prácticas de trabajo, cambie los modos de relacionarse con los profesionales, brinde una mejor atención al público, y esté en manos de verdaderos directores de despacho.

Una nueva relación entre el Poder Judicial y la ciudadanía

No se puede postergar la redefinición del relacionamiento del Poder Judicial con el ciudadano, ya que esa participación es una exigencia democrática. Esto servirá para concertar las políticas públicas del sector, dotar de transparencia a la gestión del Poder Judicial, favorece el acceso a la justicia, generar una cultura de paz, el compromiso de todos con el Estado de Derecho y con una convivencia armónica. La tutela judicial efectiva todavía sigue siendo la deuda histórica del Poder Judicial, la que será saldada al convertir a la administración de Justicia en un servicio básico y accesible en condiciones de igualdad.

La configuración monárquica del Poder Judicial hace que el mismo siga atrapado en sus “palacios de justicia” y encadenado por sus prácticas procesales ritualistas, complejas e incomprensibles convirtieron a la Administración de Justicia, en un espacio oscuro, y vedado para legos y profanos, excluyente y alejado del ciudadano especialmente del más débil. El Estado debería estar siempre preocupado por remover cualquier obstáculo que impida a las personas y especialmente a los sectores sociales más débiles, acceder al sistema judicial.

Proceso de reforma del Código Procesal Penal en la República Oriental del Uruguay

Texto del anteproyecto disponible en la Web de *Sistemas Judiciales* o

AQUÍ

Adriana Berezán

Defensora Pública de Ejecución Penal

Miembro titular en la Comisión de Reforma del Proceso Penal

Representante de la Asociación de Defensores de Oficio del Uruguay

aberezan@adinet.com.uy

1. Antecedentes

Uruguay comenzó a transitar un nuevo proceso de reforma del Código Procesal Penal.

Nuestro sistema actual se sustenta en el Código Procesal Penal vigente desde 1980 y sancionado en el proceso dictatorial afiliado al sistema inquisitivo. El 16 de diciembre de 1997 se aprueba la Ley 16.893, “Código del Proceso Penal”, que se calificó como “acusatorio atenuado”. Su entrada en vigencia fue postergada en dos oportunidades y definitivamente dejada sin efecto.

A partir de la aprobación de la Ley 17.897 del 14 de julio de 2005, conocida como Ley de Humanización del Sistema Penitenciario, en el art. 21 se dispone: “(Comisión para la reforma del proceso penal): créase una comisión para elaborar las bases de la reforma del proceso penal, la que será integrada por un representante del Poder Ejecutivo que la presidirá, de la Suprema Corte de Justicia, de la Fiscalía de Corte, de la Universidad de la República, de la Asociación de Magistrados Judiciales, de la Asociación de Magistrados Fiscales, de la Asociación de Defensores de Oficio, del Colegio de Abogados del Uruguay, de la Asociación de Funcionarios Judiciales, de la Asociación de Actuarios Judiciales y del Ministerio de Economía y Finanzas”, formalmente y con el impulso legal mencionado, empezamos un proceso por el que apostamos y esperamos tenga culminación con la aprobación del Parlamento Nacional.

En el mes de septiembre del año 2006, el Poder Ejecutivo designó a su representante, recayendo en la persona del Dr. Dardo Preza Restuccia, ministro del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, catedrático de la Universidad de la Republica, grado III de Derecho Penal, quien la presidió y trabajó en ella sin alterno. En ese mismo mes, las instituciones mencionadas designan un titular y un alterno, y se convoca a la primera reunión plenaria. Desde el inicio de su actividad esta Comisión tuvo clara su función que era acordar “las bases para una reforma del proceso penal”. Después de algunas sesiones, se designa una mini comisión, que pone a consideración del plenario las bases acordadas:

- a. “Consagración de un sistema acusatorio que asegure la plena vigencia de los principios de inocencia, contradicción, inmediación, oralidad y publicidad;
- b. separación de funciones confiriendo la investigación al Ministerio Público y preservando para el juez la función de contralor de garantías y juzgamiento;
- c. aseguro de las condiciones de una defensa técnica en un plano de absoluta igualdad procesal;
- d. participación y estatus jurídico de la víctima en el proceso penal, consagrando legalmente el imperativo constitucional de la persecución a su cargo, sin perjuicio de la persecución pública oficial;
- e. implementación del principio de oportunidad reglado por ley, bajo contralor judicial;

- f. restricción de la aplicación de cautelas sobre la persona del indagado de tal manera que la prisión preventiva no sea la regla, sino la excepción;
- g. jurisdiccionalización de la etapa de ejecución de la pena, con jueces especializados. Promover las modificaciones necesarias al Decreto-Ley 14.470.”

El plenario aprobó estas bases por consenso, y dispuso su entrega a la Presidencia de la República y a los presidentes de las Comisiones de Constitución, Legislación y Códigos de las Cámaras de Representantes y de Senadores respectivamente.

En oportunidad de hacer entrega de las mismas al Sr. secretario de la Presidencia de la República, Dr. Gonzalo Fernández, se nos planteó la posibilidad de que la Comisión siguiera trabajando para acordar un anteproyecto que recogiera los principios y las premisas establecidas en las precitadas bases. Lo mismo ocurrió con la respuesta de los presidentes de las Comisiones nombradas y así, la Comisión por unanimidad decidió continuar la tarea y abocarse a la redacción de un anteproyecto.

Durante casi tres años, se trabajó en forma totalmente honoraria, desde el convencimiento de la necesidad de una reforma integral del proceso penal que no admite más modificaciones parciales.

Para la concreción de este trabajo, que no pretende ser más que un aporte para el logro de la reforma, se realizó un estudio comparativo de los Códigos aprobados y vigentes y proyectados en nuestro país, siendo el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica el referente primero de nuestro trabajo. Del derecho extranjero se tuvieron en cuenta los Códigos Procesales Penales vigentes en Latinoamérica, que cuentan con años de funcionamiento tales como el de Chile, el de Perú, el de la provincia de Chubut de la República Argentina y el proyectado para la Nación Argentina. Por otra parte, el Código General de Proceso, que rige en el área civil desde 1989, constituyó un antecedente básico para las soluciones que se adoptaron en materia de estructuras procesales, medios impugnativos y actividad procesal en general.

Y así acordamos en el plenario de la Comisión, una mini comisión que con todos los antecedentes discutidos y aprobados se abocara a la armonización de los mismos, redactando el anteproyecto, el que concluido se puso a consideración del plenario, que lo aprobó en el mes de julio del presente año. El anteproyecto se entregó al Sr. ministro del Interior y al Sr. ministro de Relaciones Exteriores, y se presentó ante la Comisión de Constitución, Códigos y Legislación de la Cámara de Senadores.

El 7 de septiembre de 2009, el Poder Ejecutivo lo envió al Parlamento Nacional para su consideración. Dados los tiempos legislativos en nuestro país y siendo un año eleccionario, las Cámaras suspenden su actividad el 14 de septiembre por lo que no hubo tiempo para su estudio y discusión, lo que quedará a consideración en la próxima Legislatura, si el próximo Poder Ejecutivo reitera su voluntad de envío para su aprobación, o es recogido por un número de legisladores -determinado en la Constitución- y promueve su discusión. En estos momentos, y con el nuevo Parlamento ya elegido y confirmado por la Corte Electoral, hemos escuchado a varios legisladores que asumirán sus funciones el próximo 14 de febrero, que tienen entre sus prioridades la discusión del proyecto presentado.

2. Aspectos centrales de la reforma

Pretendemos hacer aquí una presentación en general del proyecto, el que –reiteramos- pretende ser un aporte para la discusión y por supuesto podrá ser mejorado.

- a. Sistematización de garantías. El texto propuesto expone, de manera clara e integral, el sistema de derechos y garantías contenidas en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, los cuales rigen en todo el decurso del proceso penal. Así, por ejemplo, a texto expreso se establece: el tratamiento como inocente al imputado, el principio de que la defensa técnica constituye una garantía del debido proceso, duración razonable del proceso penal, inmediación, igualdad de partes, probidad y ordenación del proceso, desformalización en la designación de defensa para la persona privada de libertad, participación de la víctima como parte coadyuvante con el Ministerio Público, entre otros.
- b. Derechos del imputado. En el art. 65 se establecen los derechos y garantías del imputado, entre otros: no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; designar libremente defensor de su confianza desde la primera actuación ante el Ministerio Público; derecho a ser informado de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputan y los derechos que la Constitución y las leyes le otorgan; solicitar al Ministerio Público diligencias probatorias en la etapa de la investigación preliminar; conocer el contenido de la investigación; negarse a prestar juramento o promesa de decir la verdad; ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiera ordenado su detención. Para la verificación del cumplimiento

del deber de información de los derechos que le asisten al imputado, se regula la obligación de dejar constancia de tal cumplimiento, independientemente de la autoridad que haya intervenido en el acto.

- c. Derechos de las víctimas. Nuestro sistema procesal penal vigente prácticamente no reconoce ningún derecho a las víctimas, a las que ni siquiera menciona como tal. El proyecto se encarga de revertir esta situación procurando maximizar las instancias de participación. Se establece un catálogo de derechos en el art. 84. Por ejemplo, al momento de formular instancia o denunciar el hecho podrá manifestar su intención de participar en el proceso penal; en su primera comparecencia deberá proporcionar sus datos identificatorios y designar abogado patrocinante, que para el caso de no poder costear se le asignará Defensa Pública; podrá obtener información sobre el estado de las actuaciones y el contenido de las resoluciones dictadas desde la indagatoria preliminar; solicitar protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados realizados contra su persona o su familia; solicitar medidas cautelares; insistir en el ejercicio de la acción penal cuando el Ministerio Público ejerza las acciones de archivo provisional, la facultad para no iniciar investigación o el principio de oportunidad y el derecho a ser oída por el tribunal antes de dictar resolución sobre el pedido de sobreseimiento u otra determinación que ponga fin al proceso.
- d. Regulación del régimen de la acción en el proceso penal. La regulación de la acción penal permite superar las limitaciones al principio de obligatoriedad, que impone la persecución oficial preceptiva frente a todos los hechos delictivos.

La realidad demuestra que la aplicación de este principio en forma estricta es irrealizable y produce dispendio de esfuerzos para el sistema de justicia penal. Es así que se establece y define el principio de oportunidad reglado -art. 102-, autorizando al fiscal a prescindir de la persecución penal pública o abandonar la ya iniciada en los casos expresamente previstos. Los límites se establecieron en su inaplicabilidad cuando el hecho haya sido presumiblemente cometido por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o cuando la pena mínima prevista supere los dos años de privación de libertad. En el caso del archivo provisional -art. 100-, tanto como en la facultad de no iniciar investigación -art. 101-, la víctima que no esté de acuerdo con el criterio, podrá solicitar al jerarca del Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la proposición de diligencias probatorias, como recurrir ante el tribunal para su revisión.

- e. Indagatoria preliminar. Es en esta etapa en donde se afirma el principio acusatorio, y se provoca un cambio paradigmático en cuanto a los roles y a la forma en que debe impulsarse la investigación. Será el Ministerio Público, titular de la acción, quien lleve adelante la investigación de los hechos de acción pública -art. 44-. Esta actividad tiene carácter informativo. Como consecuencia de ello, se establece la utilidad del registro de las actuaciones cumplidas, a diferencia de la formación del expediente en el sistema actual. Se resalta la desformalización para la recopilación de la prueba, con las limitaciones que se derivan del necesario respeto de los Derechos Humanos, exigiéndose la necesidad de fundar la petición de ciertas medidas y de requerir la orden judicial para su realización. Se ha previsto esta etapa con gran dinamismo y flexibilidad, con control de las medidas solicitadas que signifiquen afectación de derechos individuales, en la que podrá participar el imputado asistido de su defensor, con los derechos y obligaciones que ya expusimos.
- f. Medidas de coerción. Se consagra el principio general de libertad ambulatoria durante el proceso y el carácter provisional y excepcional de toda medida que la restrinja -art. 221-. Se establece un catálogo de medidas limitativas de la libertad, además de la prisión preventiva. Solo serán aplicables a solicitud del Ministerio Público, y el juez solo podrá aplicar aquella que le es requerida; esto es que carece de facultad para imponer *per se* medidas de coerción, aunque puede considerar la aplicación de una medida menos gravosa -arts. 224 y 230-.

Para la aplicación de la prisión preventiva se establece que para su procedencia deben darse los requisitos propios de su naturaleza cautelar: elementos de convicción suficientes para presumir que el imputado es autor o partícipe del hecho presuntamente delictivo y que por la apreciación de las circunstancias del caso, sea presumible que el imputado obstaculizara la investigación o se sustrajera de la sujeción al proceso, definiendo tales conceptos. La prueba sobre los elementos exigidos para fundamentar la prisión preventiva estará a cargo del fiscal, limitándose el juez a controlar la legalidad y razonabilidad del requerimiento, debiendo resolverlo en forma fundada.

Siendo la prisión preventiva la medida cautelar más gravosa, se establecen limitaciones para su dictado, por edad o condiciones de salud, previéndose una serie de instrumentos que permiten el control, la sustitución o cese de la medida -arts. 230, 235, 236 y 238-.

- g. Regulación de la actividad probatoria. Se establece un cambio radical en cuanto a la producción e incorporación de la prueba, que se concentra en las audiencias de la fase del juicio, introduciéndose como medios probatorios aquellas que provienen de la más moderna tecnología -arts. 143 a 215-. A solicitud de la defensa o del Ministerio Público y excepcionalmente, podrá diligenciarse “prueba anticipada” -arts. 216 a 218-, y en este capítulo, lo más importante ha sido sustraer de las facultades del juez la posibilidad de que pueda diligenciarse prueba solícita de oficio. Este punto ha sido muy discutido en la región, ya que los Códigos Procesales Penales de América Latina han previsto las dos posibilidades: aquellos que permiten que el juez diligencie prueba por sí, y aquellos en los que no les está permitido.
- h. Las audiencias. Estas constituyen la etapa central del juicio, por lo cual se identifican y separan las funciones de acusar y juzgar a lo largo de las mismas. Es el juez quien controla la actividad del fiscal y del defensor en las audiencias. Así podemos hablar de una o dos audiencias: una inevitable que es la “audiencia preliminar”, en la que el Ministerio Público solicita la formalización de la investigación en relación al imputado, solicita las medidas de coerción a aplicarle y ofrece los medios de prueba que diligenciará y previo escuchar a la defensa, el juez resuelve. La otra audiencia se denomina “complementaria” y tiene por finalidad el diligenciamiento de la prueba que no pudo realizarse en la preliminar y cumplir las restantes actividades hasta el dictado de la sentencia definitiva, esto es, oír la acusación del fiscal y la contestación de la defensa.
- i. Competencia para disponer medidas de coerción. En este punto la Comisión por consenso de sus integrantes optó por la atribución de la competencia a un tribunal para disponer las medidas de coerción y a otro tribunal para pronunciar la decisión de mérito. En ese sentido, se previó que antes de pronunciarse sobre la pertinencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, deberá resolver si dispone una medida limitativa o privativa de la libertad ambulatoria del imputado. Si aplica alguna medida deberá declinar competencia para ante otro juez letrado de primera instancia en lo penal, para que continúe conociendo en el proceso, quien lo tomará desde esa medida y deberá pronunciarse sobre los medios de prueba ofrecidos, disponer su diligenciamiento y continuar con el proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva –art. 272-.
- j. Estructuras procesales. La tramitación de crímenes y delitos se podrá realizar a través de la estructura del proceso ordinario, para el cual se prevén dos audiencias: preliminar y complementaria. Esta última eventual -arts. 271 a 273-. Y se prevé además la posibilidad de tramitar dichas pretensiones mediante la estructura del proceso extraordinario, al que se le aplican las mismas normas que para el proceso ordinario en lo pertinente. Para su procedencia se requiere que el Ministerio Público al momento de solicitar la formalización de la investigación al tribunal también solicite la tramitación por la vía del proceso extraordinario, que tiene como particularidad el tener la certeza por parte del fiscal, que tiene toda la prueba para acusar y que la misma será diligenciada en su totalidad en la audiencia preliminar -arts.271 a 274-.
- Asimismo se prevé un “proceso incidental nominado” en audiencia o fuera de audiencia, y especiales como el de recusación, contienda de competencia, y de excarcelación provisional -arts. 281, 282, 285, 287 y 288-. Se incorporan dos procesos especiales, uno para la extradición en los casos en que no exista tratado ratificado por nuestro país -arts. 332 a 353- y otro de Hábeas Corpus -arts. 354 a 360-.
- k. Impugnación de las decisiones judiciales. El sistema propuesto se caracteriza por una mayor racionalidad para el control de las decisiones jurisdiccionales, cumpliendo así las exigencias de los instrumentos internacionales. Se excluyó la apelación automática y se habilita el ofrecimiento y diligenciamiento de prueba en segunda instancia, sin limitaciones en relación a la prueba ofrecida. Las vías recursivas se recogen del Código General del Proceso, con las excepciones que expresamente se prevén en el texto y que tienen relación con la naturaleza de la materia penal. Se establece un sistema de control de defectos de la actividad procesal, prevaleciendo los principios de especificidad, subsanación y trascendencia, conforme la regulación prevista en el Código General del Proceso.
- l. Proceso de Ejecución Penal. En cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por la República, se propone la creación de una jurisdicción especializada a cargo de jueces letrados de ejecución y vigilancia, tributarios del principio de la jurisdiccionalización de la ejecución de la pena. Se les atribuye competencia para la concesión de las libertades anticipadas y condicional -hoy de competencia privativa de la Suprema Corte de Justicia-, en un proceso ágil y breve, se habilita la posibilidad de recurrir la denegatoria de los beneficios, control de las condiciones en que



se cumple la pena privativa de libertad, de los traslados de centro de reclusión, de las sanciones administrativas impuestas a los penados, de las internaciones hospitalarias, solicitudes de los penados por salidas transitorias tanto laborales como domiciliarias.

3. Algunas consideraciones finales

Hemos pretendido en este espacio, hacer una “presentación” de la propuesta de reforma para mi país. Cada uno de los ítems expuestos requeriría de un trabajo de similar extensión o más para su completa comprensión en particular de su instrumentación en el texto. Es por ello que puntualizaremos algunos temas directamente vinculados a la reforma.

En primer lugar debemos destacar que la Comisión -en este caso por unanimidad- considera imprescindible para la viabilidad de la reforma, la reubicación institucional del Ministerio Público fuera del Poder Ejecutivo. Hoy el instituto se ubica dentro de la órbita administrativa del Ministerio de Educación y Cultura, quien dispone de los recursos financieros y materiales, y termina siendo quien propone al Parlamento Nacional los nombres de los técnicos para los que se solicita venia para su designación, aun cuando lo hace a instancias del fiscal de Corte, jerarca máximo del Ministerio Público, pero igualmente sometido a la decisión del ministro de turno. Eso no afecta a la independencia técnica del Ministerio Público, reconocida reiteradamente en textos legales, y cuidada y practicada con vehemencia por parte de quienes se desempeñan en tal función.

En segundo lugar, hemos acordado por unanimidad una denominación de los tribunales, tal como la conocemos hoy; serán “jueces letrados de primera instancia en lo penal”, sin distinción, que en otros textos legales han sido denominados de garantía, o de juicio oral o de control. La diferencia de hasta dónde llega su competencia la determina, como lo expresáramos, la decisión de imponer o no alguna medida limitativa a la libertad ambulatoria.

En tercer lugar, a la hora de pensar la estructura del proceso extraordinario se tuvo en cuenta particularmente la realidad de los hechos delictivos que se investigan y someten a juicio hoy. En un altísimo porcentaje con la misma prueba recabada por el magistrado en las primeras 24 horas desde la detención del imputado, es la misma prueba que valora el Ministerio Público meses o años después para sostener su acusación y es con la misma que el

magistrado dicta sentencia de condena. Entonces desde esa realidad se acordó este proceso que tiene como límite la imperiosa necesidad de respetar los plazos constitucionales, esto es que en no más de 48 horas contadas desde la detención el magistrado deberá resolver sobre su situación, por lo que de tramitar por la vía del proceso extraordinario, aun cuando la audiencia se diligencie en 48 horas, el magistrado podrá mantener la situación del imputado, en calidad de detenido, cumplir con el diligenciamiento de la prueba ofrecida por las partes y dictar sentencia de condena o absolutoria en ese plazo. Esta misma situación fue la que nos convenció de que era imprescindible como garantía en el proceso, la habilitación de ofrecimiento y diligenciamiento de prueba en segunda instancia.

En cuarto lugar, deberá tenerse especialmente en cuenta la necesidad de nuevos técnicos, tanto desde el ámbito del Poder Judicial en relación a jueces y defensores públicos y especialmente al Ministerio Público. Una reforma como la que se propone con la cantidad de técnicos actuales, y especialmente por la organización administrativa en la que se desempeñan, es absolutamente inviable. En ese mismo sentido es impensable no incorporar tecnología, por ejemplo para la recepción de las audiencias, para la coordinación con los organismos involucrados en tecnología para recabar prueba, soportes informáticos de respaldo de todo el material involucrado, para eliminar el expediente en “hoja” enorme e innecesario.

En quinto lugar, se requiere en forma imprescindible de un proceso de capacitación formal, continuo y sustentable. Personalmente estoy convencido de que además de la capacitación en esta nueva forma de litigar, se requiere un “cambio de cabezas”, la convicción de que el cambio es posible y disposición para el compromiso con el mismo cualquiera sea el cargo que se desempeñe -y de este cambio no quedan excluidos los funcionarios judiciales, administrativos y técnicos, en quienes recaerá el soporte administrativo del proceso-.

En sexto lugar, al momento de la presentación del anteproyecto ante la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores, hemos planteado que sería oportuna la entrada en vigencia del texto en forma progresiva, para lo cual explicitamos los ejemplos de Chile y Perú, entre otros. Esta posibilidad permitiría no solo escalar los costos de la reforma, sino también una vigilancia estrecha de su puesta en funcionamiento y eventualmente corregir por vía legislativa aquellas situaciones en las que resulte imposible su puesta en práctica o que el propio texto no resulte claro.

Y por último, pero no por ello de menor importancia, hemos sido insistentes en destacar que la reforma procesal penal no será una solución al sistema penitenciario, hoy totalmente desbordado y sufriendo la vergüenza de ser uno de los que tiene mayor hacinamiento carcelario según estándares internacionales, reconocido por las autoridades, quienes buscan alternativas para su solución. En todo caso cambiará las características de los privados de libertad, pasando a un número mayor de condenados en relación a procesados, y eso mismo exige una puesta

en funcionamiento de programas para la formación del recluso, quien al ingreso al sistema penitenciario sabrá con exactitud cuánto será el mínimo de tiempo que deberá permanecer recluso antes de tener la posibilidad de ejercer su derecho a solicitar su libertad anticipada. O sea que en este sentido, también al jerarca de los centros de reclusión, la reforma procesal penal le impondrá la necesidad de introducir cambios, para dar cumplimiento a las normas legales vigentes que exigen un tratamiento adecuado para las personas privadas de libertad.

La introducción de audiencias preliminares como variable para la humanización del proceso penal*

Para opinar y debatir sobre los temas de este artículo, ir al Foro



Luciano A. Hazan**

luhazan@gmail.com

I. Introducción. "Acusatorio" contra "adversarial"

La observación de las primeras experiencias de oralización de la etapa de preparación del juicio penal en la Provincia de Buenos Aires¹ muestra un incipiente cambio del modelo burocrático para el enjuiciamiento de personas. El proceso de cambio no es aislado, sino que se repite en Argentina en otras provincias como Chubut², y en otros países

latinoamericanos como Chile, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, mientras que paulatinamente se suman a esta tendencia otros países de la región.

A esta nueva generación de reformas a la justicia penal en el continente se la ha llamado modelo "adversarial", haciendo una traducción literal del término inglés del *adversary criminal trial*³, dejando de lado el tipo ideal de "proceso acusatorio". La distinción, aunque poco explicitada y difundida, tiene sentido. El paso hacia los denominados sistemas "acusatorios" se centró predominantemente en la división de los roles de perseguir penalmente y juzgar entre fiscales y jueces⁴, mientras que la finalización del proceso en juicios orales y públicos fue un avance característico de los anteriores modelos denominados "inquisitivo reformado" o "mixto"⁵.

Sin embargo, 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. Paralelamente, los actores que debían asumir las riendas del nuevo proceso, primordialmente el Ministerio Público Fiscal y en segundo término los abogados defensores (públicos y privados), en

* Algunas de las ideas de este ensayo fueron expuestas sucintamente en el epílogo del trabajo titulado "El plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata. Descripción, resultados y reflexiones", publicado en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2006/A, Editores del Puerto-INECIP, 2006, p. 278 y ss. Aunque más desarrolladas en este trabajo, todavía requieren de profundización y discusión. Espero que la publicación en este homenaje sirva para iniciar algún debate, y que genere el interés del Profesor Edmundo Hendler, un apasionado por el estudio de los sistemas procesales penales.

** Agradezco a Florencia Plazas por su atenta lectura de este trabajo y sus comentarios.

1 Cfr. Hazan, Luciano y Riego, Cristián, "La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de Mar del Plata", en *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*, CEJA, Santiago, 2007; también publicado en *Revista Sistemas Judiciales* N° 11, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2006, con el título "Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata". Y más recientemente, un informe del CEJA que incluye una evaluación de las reformas en los departamentos judiciales de Mar del Plata, San Martín, Zárate-Campana, Pergamino, Necochea, La Matanza y Mercedes; Hazan, Luciano y Iud, Alan, *Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires – Plan de flagrantia*, CEJA, Santiago, 2009, en prensa.

2 Con proyectos en sentidos similares en provincias como Santa Fe y Entre Ríos.

3 Cuya traducción sería proceso penal adversarial.

4 Podrían ponerse como ejemplos en Argentina el modelo cordobés actual o el de la Provincia de Buenos Aires de fines de los 90s.

5 En este sentido, se pueden mencionar solo para ejemplificar en Argentina al precursor código cordobés puesto en funciones en 1940 y al código federal de 1992.

general no se hicieron cargo de manera cabal del nuevo rol asignado⁶, permitiendo que los jueces mantuvieran un protagonismo distorsivo.

Como consecuencia de este diseño normativo y político, el juicio oral y público no llegó a consolidarse como el centro del proceso penal y se mantuvieron muchas de las prácticas del sistema inquisitivo. En conclusión, fracasaron los objetivos políticos de las reformas, orientadas en general en la década del 80' a disminuir la violencia e injusticia del proceso penal y consolidar el respeto de los Derechos Humanos de imputados y víctimas, en un contexto en el que la mayoría de los países de la región salían de tremendas dictaduras militares. La denuncia sobre la masividad de la prisionización de personas inocentes expuesta en el trabajo "El preso sin condena en América Latina y el Caribe"⁷ lejos de quedar en el pasado se tornó más presente que nunca agravándose la situación en la mayoría de los países.

Es posible definir convencionalmente que el denominado modelo "adversarial" tiene como eje superar los obstáculos con los que no pudo lidiar el "acusatorio", y que su objetivo primordial es cambiar el método de toma de decisiones durante la preparación del debate supliendo el expediente por un sistema de audiencias orales y públicas⁸.

De esta forma, pareciera que sigue estando en el horizonte el cambio hacia un sistema más parecido al anglosajón, con la pretensión de abandonar la herencia en la región de los sistemas europeos continentales, aunque es posible afirmar que todas las reformas penales en América Latina y en el Caribe desde la década de 1980 se han desarrollado con caracteres propios⁹.

Es interesante destacar que el sistema anglosajón también tuvo su evolución, y lo que habitualmente en el mundo hispano se entiende por "acusatorio", simplifica esas diferencias históricas. De hecho, hasta mediados del siglo XVIII, primaba lo que se

denominaba *altercation-style trial*, que se caracterizaba por un fiscal ausente en la gran mayoría de los casos y un acusado que tenía prohibida la asistencia de un abogado o consejero legal. Es el más puro sistema de partes enfrentadas. El *adversary trial* surge en ese momento y se consolida hacia el último cuarto del siglo XVIII cuando los jueces permiten el acceso de los abogados defensores y aparece el fiscal también en un rol central, virtualmente silenciando a las partes en el juicio¹⁰.

Sin embargo, no es el objetivo de este ensayo la tipificación de estos dos modelos procesales¹¹, el "acusatorio" y el "adversarial", sino comenzar a desarrollar una intuición que surge de la observación de las primeras experiencias de oralización de la etapa preliminar al juicio: el aún incipiente cambio de prácticas ha comenzado a mostrar un quebrantamiento del modelo burocrático inquisitorial (propio del denominado sistema acusatorio) basado en el expediente judicial, mientras que el nuevo modelo oral y público para la toma de decisiones previas al juicio ha demostrado una potencialidad humanizadora del proceso de enjuiciamiento criminal.

II. La tipificación del modelo burocrático inquisitorial

No es casual que el modelo burocrático inquisitorial se consolide en Europa continental en el siglo XIII, momento histórico en el cual nacen los Estados en su forma de monarquías absolutas, se desarrolla el sistema capitalista y aparecen las modernas burocracias¹² como herramientas para el ejercicio del poder de esos Estados y de las nuevas empresas capitalistas¹³. De hecho, es en ese momento en el que se comienza

6 Cfr. Duce, Mauricio, "El Ministerio Público la reforma procesal penal en América Latina: Visión general acerca del estado de los cambios", en *Revista Sistemas Judiciales* N° 8, CEJA-INECIP, Buenos Aires, 2005, p. 65 y ss.

7 Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, San José, 1988.

8 A este objetivo se le ha sumado con fuerza la separación de las funciones de juzgamiento de las administrativas, y en muchos casos se ha puesto en cabeza del Ministerio Público Fiscal la responsabilidad de lidiar con el incremento sostenido de determinados delitos violentos en las grandes ciudades, fenómeno comúnmente denominado "inseguridad ciudadana".

9 Es esclarecedor en este sentido el trabajo de Máximo Langer, *Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*, CEJA, 2008.

10 Ver la historia del desarrollo del *adversary criminal trial* en Langbein, John H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 253 y ss.

11 Una descripción de la dicotomía entre acusatorio e inquisitivo desde distintos niveles conceptuales en Langer, Máximo, "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en Edmundo S. Hender (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, 2004 (1º reimpresión), p. 243 y ss; un muy completo estudio de la inserción de la historia política del derecho procesal penal en Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999 (1º reimpresión de la segunda edición), p. 257 y ss.

12 Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002 (traducido de la cuarta edición en alemán en 1964; primera edición en alemán de 1922), p. 723; da como primer ejemplo histórico de un burocratismo desarrollado al Egipto de la época del Nuevo Imperio, aunque pone énfasis en su consolidación con el advenimiento del absolutismo real. Ver también p. 728.

13 Sobre la relación de la aparición del estado moderno y las transformaciones en las formas de castigar, Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias del los pensamientos criminológicos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 15 y ss.

a hablar de “administración de justicia”, como una rama más de la administración del Estado¹⁴.

Para explicar la tendencia hacia la burocratización en el Estado moderno el sociólogo alemán Max Weber mencionaba las crecientes necesidades de una sociedad que se acostumbraba a una “pacificación absoluta por medio de la aplicación del orden y la protección en todos los sectores”. Se trataba del nacimiento del poder de policía y de las primeras políticas de seguridad¹⁵.

La administración de los asuntos del Estado, así como la resolución de los conflictos a través de esta moderna maquinaria estatal organizada se beneficiaban de los nuevos aportes de la técnica y buscaban así ganar en eficacia. “La precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas efectivas y personales son infinitamente mayores en una administración severamente burocrática, y especialmente monocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de tipo colegial, honorífico o auxiliar”¹⁶.

Específicamente en la administración de justicia que se había desarrollado como burocracia, la forma de comunicación de los interesados en un caso judicial, así como la fuente para la toma de decisiones, cambian de manera radical. Rigen los principios de jerarquía funcional y de la tramitación, propios de todas las organizaciones burocráticas. Se trata de “un sistema firmemente organizado de mando y subordinación mutua de las autoridades mediante una inspección de las inferiores por los superiores”. La metodología le da “al dominado” la posibilidad mediante regulación de apelar de una autoridad inferior a una instancia superior. Es, ni más ni menos, que el origen del recurso de apelación en todo el derecho continental.

Weber da la siguiente descripción: toda administración moderna organizada como burocracia se basa en documentos que se ordenan en base a un

expediente que se conserva en borradores o minutas, y en un cuerpo de empleados subalternos y de escribientes de toda clase. “El conjunto de los empleados que trabajan a las órdenes de un jefe junto con sus archivos de documentos y expedientes constituye un ‘negociado’”, llamado en las empresas privadas “despacho”¹⁷.

Este tipo organizativo fue especialmente funcional al desarrollo capitalista ya que ofrecía las condiciones ideales para la realización del principio de división del trabajo según puntos de vista objetivos, distribuyéndolo entre funcionarios especializados que se van adiestrando con la práctica.

En el marco de su tipificación de la burocracia como forma de dominación racional mediante organización, Weber sostiene que en su desarrollo pleno la burocracia se caracteriza por el principio latino *sine ira ac studio*, es decir, con la eliminación del odio, del amor y de todos los elementos sensibles puramente personales. “Su peculiaridad específica, tan bienvenida para el capitalismo, la desarrolla tanto en mayor grado cuanto más se ‘deshumaniza’”¹⁸.

La metodología de funcionarios tramitando un expediente genera efectivamente un distanciamiento de los casos concretos a resolver, y por lo tanto de las personas que protagonizan un conflicto, ya que no se le autoriza a los funcionarios a decretar normas especiales para cada caso particular, sino que le obliga a limitarse a una reglamentación abstracta¹⁹. Estos notorios obstáculos para la resolución de casos particulares fueron de hecho advertidos por el propio Weber²⁰, defensor de la administración burocrática.

Merton, desde un costado más crítico, encuentra que estas características²¹ llevan paradójicamente a las burocracias a generar ineficacia cuando se debe resolver el caso concreto. En este sentido, define: “1) Una burocracia eficaz exige seguridad en las reacciones y una estricta observancia de las reglas; 2) Esta observancia lleva a hacerlas absolutas; ya no se consideran relativas a un conjunto de propósitos; 3) Esto impide la rápida adaptación en circunstancias especiales no claramente previstas por quienes redactaron las reglas generales; 4) Así, los mismos elementos que conducen a la eficacia en general conducen a la ineficacia en casos específicos”²².

14 Anitua y Zaffaroni señalan que es en este marco en el que nace la criminología, porque con el Estado nace su poder punitivo. Anitua, *Op. Cit.*; Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 150.

15 Weber, *Op. Cit.*, p. 730, menciona de manera crítica al agente de policía como “representante de Dios en la tierra”.

16 *Op. Cit.*, p. 731; aunque ya tempranamente el mismo Weber advirtiera que algunas características como la inamovilidad de los cargos de los funcionarios, o “derecho al cargo”, constituía una traba en sus fines eficientistas, ya que dificultaba la provisión de vacantes en la estructura de acuerdo a consideraciones de utilidad técnica así como las posibilidades de carrera para los mejores candidatos.

17 *Op. Cit.*, p. 717.

18 *Op. Cit.*, p. 732.

19 *Op. Cit.*, p. 718.

20 *Op. Cit.*, pp. 731 y 735.

21 Que define como incapacidad adiestrada del burócrata.

22 Merton, Robert K., *Teoría y estructuras sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002 (primera edición en inglés de 1949), p. 280.

Según Weber, es esta estructura burocrática la que creó las bases para la organización de un derecho sistematizado y racional fundado en “leyes”, “tal como en su mayor perfección técnica lo creó la época imperial romana”. Durante la edad media, la penetración de este derecho fue paralela a la burocratización de la judicatura²³, que respondió a “la necesidad técnica de poner en manos de especialistas racionalmente entrenados los procedimientos judiciales” frente a las necesidades probatorias que llegaron de la mano de la complejidad de los casos a medida que se fue desarrollando la economía capitalista²⁴.

Algunos de estos rasgos característicos de la organización burocrática, como el rol central del expediente, la división del trabajo, la despersonalización y la deshumanización, serán objeto de reflexión en los apartados siguientes.

III. La resistencia en el contexto anglosajón

Es interesante detenerse con lógica comparativa en las causas por las cuales el desarrollo de las burocracias demoró su ingreso en Inglaterra y aquellas más específicas por las cuales esta burocracia de tipo inquisitorial no logró influenciar los procesos judiciales de esa región. El Estado británico continuó manejando su administración a través de los denominados *honorarios*, que eran notables dotados de prestigio social de origen estamental, cuya posición económica les permitía dedicarse a las tareas de gobierno en el antiguo régimen.

Este tipo de organización honorífica, típicamente colegiada, decía Weber que producía “rozamientos y demoras, compromisos entre intereses y puntos de vista contradictorios, y con ello se realiza con menor precisión, con más independencia de las autoridades superiores, con menor uniformidad y mayor lentitud”²⁵.

Una de las explicaciones que daba Weber para la resistencia inglesa al establecimiento de la burocracia estatal estaba centrada en una primera etapa en la falta de necesidad de contar con un ejército permanente del estilo que requería un Estado continental que manifestaba tendencias expansionistas²⁶, para cuyo desarrollo esta nueva forma de organización parecía imprescindible.

Pero más específicamente en el mundo jurídico, encontró su razón histórica en intereses de poder. Así, explicaba que la frustración de los intentos codificadores y del ingreso del derecho romano en Inglaterra y Estados Unidos estuvo basada en la eficaz resistencia del gremio de los abogados, “capa de *honorarios* de cuyo seno han surgido los jueces de las grandes cortes de justicia”.

Definía la formación jurídica de estos abogados como un arte empírico basado en los precedentes, altamente desarrollado desde el punto de vista técnico. Mientras que los intentos de los jueces eclesiásticos y de las universidades por hacer ingresar este “derecho racional” no hacía más que poner en peligro sus posiciones sociales y materiales. Así, la subsistencia de *Common Law* obedeció a estos intereses económicos que contaron con el apoyo de la realeza²⁷ y a la fuerte centralización de la justicia. Mientras tanto, en países como Alemania, no había una corporación fuerte de abogados y la burocratización había influido fuertemente el resto de los estamentos estatales.

Según Weber, el capitalismo se pudo compaginar con esta forma empírica de administración de justicia en el primer país desarrollado bajo este sistema económico porque el modo de organización judicial y de los procedimientos procesales en Inglaterra equivalió hasta la época moderna a “denegar justicia a los económicamente más débiles”, y porque además sí se introdujeron procedimientos procesales de tipo burocráticos en conflictos nacidos del comercio²⁸.

IV. Influencia del modelo burocrático en el proceso penal

IV.A- Expediente, división del trabajo y letargo de la responsabilidad por las decisiones

Parte de la hipótesis que orienta este ensayo está centrada en que buena parte de las características de las burocracias antes descritas se concentran en el expediente judicial, conjunto de documentos y otros papeles que pasa a ser el centro de la escena del proceso penal, generando una serie de distorsiones que alejan al proceso de sus fines declarados, se trate de la realización del derecho penal, la averiguación de la verdad o la garantización de los derechos de las partes o cualquier otro de los fines que

23 Weber, *Op. Cit.*, p. 732.

24 *Op. Cit.*, p. 733.

25 *Op. Cit.*, p. 731.

26 *Op. Cit.*, p. 728.

27 *Op. Cit.*, p. 733.

28 *Op. Cit.*, pp. 733-734; según el sociólogo, el elevado costo en dinero y en tiempo motivado en los intereses económicos de los abogados produjo en Inglaterra un proceso de acumulación e inmovilización de las tierras.

señala la doctrina²⁹. De esta forma, la organización burocrática genera una serie de incentivos que provoca que la construcción del expediente funcione como un fin en sí mismo, perdiéndose de vista las metas originales del proceso penal.

En este mismo sentido, sostenía Merton que el funcionamiento de las burocracias a través de su sistema de reglamentación abstracta requiere que los funcionarios se sometan a una disciplina, interpretada como conformidad a esas reglas. La adhesión a las reglas, concebidas originariamente como un medio, se transforma en un fin en sí mismo, lo que llama un “desplazamiento de metas”. Así, esta disciplina produce rigideces y una incapacidad para adaptarse rápidamente. “De ahí se sigue el formulismo, o hasta el ritualismo, con una insistencia indiscutida sobre la adhesión puntillosa a procedimientos formalizados”³⁰.

La construcción del expediente como eje del proceso se conjuga con la división funcional del trabajo que también caracteriza a las organizaciones burocráticas. De esta manera, una multiplicidad de funcionarios judiciales de distintas jerarquías va poniendo su trabajo diario en la construcción de esas carpetas con papeles. En los sistemas “mixtos” o “inquisitivos reformados” esa tarea está centrada en los juzgados de instrucción, mientras que en los sistemas “acusatorios”, confluye en las fiscalías de instrucción³¹.

De forma paralela, en cualquiera de las dos versiones normativas, muchas otras oficinas del sistema de justicia penal ponen lo suyo en la construcción colectiva del expediente. Quizás las más notables sean la fiscalía y la defensoría (en el sistema “mixto”) o la defensoría y el juzgado de garantías (en el sistema “acusatorio”). Pero a ellas se deben sumar los tribunales que resuelven recursos, las fuerzas de seguridad, los cuerpos periciales y demás organismos estatales que suelen “colaborar” en el armado del expediente a través de la tramitación de oficios judiciales.

29 Es interesante en este sentido tener en cuenta que el cambio de modelo procesal puede variar el equilibrio entre los distintos fines del proceso. En este sentido, Langbein, *Op. Cit.*, hace hincapié en las dificultades del sistema adversarial anglosajón en la averiguación de la verdad.

30 Merton, *Op. Cit.*, p. 279. Sobre el ritualismo como uno de los tipos de la desviación, véase Merton, *Op. Cit.*, p. 229 y ss; para Bauman, todas las burocracias tienden a perder de vista el objetivo original y a centrarse en los medios, que se convierten en fines; Bauman, Zygmunt, *Modernidad y holocausto*, Sequitur, Buenos Aires, 2006, p. 132.

31 Como se sostenía en la introducción, el funcionamiento inquisitivo del sistema se comprueba a pesar de que la regulación legal determine la existencia del modo de enjuiciamiento denominado “acusatorio”, especialmente por el diseño reflejo de las instituciones del sistema reformado a las viejas estructuras inquisitivas; ver Binder, Alberto M. y Obando, Jorge, *De las “Repúblicas aéreas” al Estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América latina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 227 y ss.

De esta manera, es posible identificar dos niveles de división funcional del trabajo en torno al expediente. El primero se concentra en la oficina “dueña” del expediente, donde suelen participar al menos un “despachante” que se hace cargo del trabajo cotidiano, un “secretario” que controla esas labores y un juez o fiscal que tiene como rol un control de mayor jerarquía. Las cámaras de apelaciones y en su caso los fiscales de cámara tienen paralelamente el rol de control de máxima autoridad. El segundo nivel en la división del trabajo lo ocupan las oficinas paralelas que forman parte del sistema y que aportan dictámenes, escritos, peticiones u oficios al expediente. Todas ellas además están organizadas de una forma burocrática similar, con una división del trabajo a su interior.

La división del trabajo crea distancias entre la mayor parte de los que contribuyen al resultado final de la actividad colectiva (expediente) y el propio resultado³² (resolver la prisión preventiva de una persona, por ejemplo). Según Zygmunt Bauman esa distancia entre las personas y los resultados de su actividad es esencial para la sustitución de la responsabilidad moral por la técnica, y se acrecienta cuando esa división además de jerárquica es, como en el caso del expediente judicial, funcional³³.

La organización burocrática en el marco del proceso penal genera de esta manera un letargo en la responsabilidad moral frente a las decisiones. En este contexto, cada una de estas decisiones se construye como un silogismo que tiene como premisas al expediente. Entonces, la resolución del juez se diluye como tal y pasa a ser una decisión compartida por una multiplicidad de personas, la mayoría de las cuales nunca tuvo contacto con las personas afectadas.

Así, con ánimo simplificador podría describirse alguna de las actividades judiciales de la siguiente forma: un empleado administrativo recibe al imputado en la mesa de entradas del juzgado o fiscalía, posiblemente acompañado de un policía; un funcionario abogado de la fiscalía le toma la declaración junto a otro de la defensoría; algún abogado o estudiante enviará unas notas solicitando informes a otras oficinas públicas; un secretario o algún auxiliar del juzgado escribirá un proyecto de prisión preventiva siguiendo la documentación aportada al expediente por la fiscalía y la policía, dejando sentada eventualmente la opinión presentada por la defensa; y el juez, luego de controlar las formalidades y la coherencia de los criterios jurisprudenciales de su Juzgado y de su tribunal “superior”, lo

32 Bauman, *Op. Cit.* p. 124.

33 *Op. Cit.*, p. 127.

firmará³⁴. Cada uno de ellos puede sentirse menos responsable de la decisión tomada colectivamente de privar a una persona de su libertad, una de las más violentas que toma una oficina del Estado.

El expediente, construido por la fiscalía, la defensoría y el juzgado es un trabajo colectivo y, por lo tanto, más “legítimo” y “verdadero”. Su elaboración es el objetivo burocrático global del sistema de enjuiciamiento penal, y especialmente, es la fuente de la decisión, que no es propiedad del juez, a quien de esta forma se le facilita la asunción de responsabilidades técnicas mientras se distancia de las morales. El juez no es quien toma una decisión respecto de la libertad de una persona, sino quien encabeza una oficina pública, encargada junto a otras de la construcción de un expediente.

Esta distancia con el resultado se acrecienta notablemente cuando cada uno de los pasos es tomado espaciadamente, y sin la presencia del receptor de la decisión. Los plazos prolongados y la notificación de la decisión por escrito llevada al imputado a una entidad estatal distinta (como una comisaría o un penal) por otro actor que sólo se ocupa del correo (sea funcionario de los tribunales o de la policía), son funcionales con este sistema que adormece la responsabilidad moral, sustituida por la técnica³⁵.

Según Bauman, “ya no sólo no se da una experiencia personal y directa de la puesta en práctica real de la tarea a la que contribuyen los sucesivos estadios sino que desaparece el parecido entre la tarea de cada cual y la de la oficina como conjunto... El impacto psicológico de este distanciamiento es profundo y extenso”³⁶.

El sociólogo polaco sostiene que como resultado de la división funcional del trabajo en el marco de una organización burocrática y del proceso paralelo de sustitución de la responsabilidad moral por la técnica, se da una disociación de la valoración moral de sus fines. Y que cuando los medios se someten únicamente a criterios instrumentales y racionales “el uso de la violencia es más eficiente y rentable”³⁷.

El letargo de la responsabilidad moral se afianza con la utilización del juicio abreviado en el marco de los procesos prolongados centrados en el expediente en casos de presos preventivos. En este sentido, cuando en un contexto verdaderamente extorsivo el juicio oral se transforma en una garantía inalcanzable en el tiempo, los actores del sistema de enjuiciamiento descansan en la “decisión” de la persona bajo imputación: es él mismo quien reconoce su responsabilidad, y legitima su privación de libertad previa, siendo inocente³⁸.

IV.B- Deshumanización a través de la categorización y la despersionalización

En el marco de su análisis sobre la estructura burocrática y la personalidad, Merton sostiene que el carácter general de las reglas que gobiernan las burocracias requiere del uso constante de la categorización, por medio de la cual los problemas y los casos particulares se clasifican de acuerdo a criterios definidos³⁹.

Esta categorización junto con la despersionalización de las relaciones, generan conflictos en las relaciones del burócrata con el público, que suele sentir que se desconocen las particularidades de los casos individuales⁴⁰. Este tipo de conflictos se suelen presentar con imputados que denuncian que ningún funcionario judicial los visita en las prisiones, con sus familiares, o con víctimas que no reciben información sobre el avance de los procesos⁴¹.

Por otro lado, a partir del distanciamiento que genera la burocracia, el expediente y el procedimiento en general se reducen a un conjunto de medidas desprovistas de calidad, y es ahí, siguiendo el estudio de Bauman, donde comienza la deshumanización, porque este conjunto de papeles no trata con seres humanos. Así, los nombres de las personas bajo proceso se reemplazan por términos como “el imputado”, “el encartado” o “el reo”, mientras que los jueces se despersionalizan para ser “el suscripto”, “VS”, “VE”, “el a quo” o el “ad quem”. “Es difícil percibir y recordar que hay seres humanos tras todos esos términos”⁴².

38 Cfr. Traverso, *Op. Cit.*, p. 49.

39 Merton, *Op. Cit.*, p. 276.

40 *Op. Cit.*, p. 282.

41 Este tipo de conflictos suele reducirse en las burocracias privadas, ya que el cliente puede dirigirse a otra empresa dentro del sistema de competencia, situación que no se presenta en organizaciones de tipo monopólico como la justicia.

42 Bauman, *Op. Cit.*, p. 129; “Se dice a los soldados que disparen contra unos blancos a los que se les da. A los empleados de las grandes empresas se les anima para que destruyan a la competencia. Los funcionarios de los centros de asistencia social manejan bonificaciones discrecionales, en algunos casos, y, en otros, créditos personales. Sus objetos son los receptores de ayudas complementarias” (cursiva en el original); Traverso, *Op. Cit.* p. 54.

34 La ejecución de esa decisión quedará, claro, en manos ajenas: de la policía en una comisaría o del servicio penitenciario en un penal.

35 Enzo Traverso, siguiendo a Max Weber en *Economía y Sociedad*, se refiere a la “indiferencia moral” de los miembros de las modernas burocracias especializadas; cfr. Traverso, Enzo, *La violencia nazi. Una genealogía europea*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002, p. 52.

36 Bauman, *Op. Cit.*, p. 127.

37 *Op. Cit.*, p. 124.

La lógica del “trámite” o “petición” propia de los sistemas centrados en el expediente, en contradicción a la idea de “litigio entre partes”⁴³, lleva a los operadores del sistema a “cumplir mecánicamente operaciones estandarizadas”, lo que Traverso llama al estudiar la división del trabajo propia del modelo taylorista “un ser deshumanizado, alienado, un autómatas”⁴⁴.

El funcionamiento de la justicia en el marco de procesos basados en el expediente como medio para la toma de decisiones viabiliza una extraña cohabitación relativamente armónica⁴⁵ de estas prácticas que deshumanizan y llenan las cárceles de personas inocentes con el desarrollo constante de las garantías procesales y de los Derechos Humanos en el plano normativo, en evidente colisión de los planos del ser y el deber ser⁴⁶.

V. Irrupción del denominado modelo “adversarial” en América Latina. Ruptura del tipo burocrático inquisitivo

La incorporación de la oralidad a la etapa de preparación del juicio, esfuerzo que se está realizando en muchos países de la región, busca profundizar un sistema acusatorio que se veía privado de sus virtudes por la perpetuación de las prácticas y de la organización propia del sistema inquisitivo tanto en los juzgados, como en las fiscalías y las defensorías.

En este sentido, las audiencias orales ante los jueces de garantías han dado un paso importante hacia la eliminación del expediente del proceso penal⁴⁷. Decisiones como una prisión preventiva o una nulidad ya no tienen como fuente al expediente, sino a los argumentos contradictorios de los

abogados frente al juez y, muy especialmente, frente a la persona bajo proceso.

De esta manera, fiscales, defensores y jueces ya no son más los constructores de un expediente común, el objeto central de preocupación burocrática. Los dos primeros son adversarios en audiencias orales y públicas, un ámbito de contradicción que mejora enormemente la calidad de la información con la que el juez toma sus decisiones, pudiendo corroborar la credibilidad de las afirmaciones al estar todas las partes presentes.

La división funcional del trabajo en torno del expediente, propia del sistema burocrático inquisitivo y heredada por el sistema “acusatorio”, desaparece. En las audiencias cada parte asume su rol contradictorio y es el juez quien toma las decisiones, sin delegación.

La importancia de que sea un juez quien toma todas las decisiones jurisdiccionales en audiencias públicas, no radica exclusivamente en cuestiones de transparencia, sino también en la ruptura de la división del trabajo en su oficina y en la consiguiente asunción de la responsabilidad moral de decisiones que implican una enorme violencia. La audiencia también anula la delegación en funcionarios subalternos en fiscalías y defensorías. Los empleados y funcionarios del juzgado se dedican al apoyo administrativo y logístico para que el juez pueda estar en la audiencia tomando decisiones en un contexto de imparcialidad. Los auxiliares de fiscales y defensores tendrán que colaborar para que aquéllos reflejen en la audiencia sus argumentos de la mejor manera posible.

El proceso ya no tiene entonces un objeto único al que se dirige la acción burocrática, sino tantos objetos como agencias burocráticas compiten en el proceso, sumado al del juez: garantizar los derechos de las partes. Los jueces en las audiencias ganan en exposición pública y responsabilidad, pero también en credibilidad y prestigio. La asunción clara y diferenciada de los roles de los actores en el proceso es la única manera de romper el letargo.

Por otra parte, la audiencia permite la presencia de imputados, víctimas y sus familiares; es decir, de quienes son objeto de las decisiones, sin mediatización. Este contexto estimula en el juez y en las partes la asunción de la responsabilidad moral de las decisiones que toman. Pero además es un contexto que humaniza: la audiencia recuerda al juez y a los abogados que lo que se está dirimiendo es un conflicto entre personas. Ya no es más “el imputado” o “el encartado”, es una persona que se individualiza por un nombre y quien se puede hacer escuchar.

43 Binder, Alberto M., *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*, en Centro de Documentación del INECIP, www.inecip.org.

44 Traverso, *Op. Cit.*, p. 49.

45 Suelen romper la armonía los motines de los presos o acciones de organismos de Derechos Humanos como el recurso de hábeas corpus colectivo interpuesto por el CELS y resuelto en el caso “Verbitsky”. Tanto unos como otras se valen necesariamente de la publicidad que no les da el proceso penal para poner el tema de la violencia del sistema penal en la agenda pública; respecto de la importancia de la publicidad en los procesos penales ver Anitua, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, Colección Tesis Doctoral, Buenos Aires, 2003, Séptima Parte, “La burocratización y el secreto, la participación y la publicidad”, p. 377 y ss.

46 Cfr. Bauman, *Op. Cit.*, p. 137.

47 Aunque en la experiencia para casos de flagrancia en la Provincia de Buenos Aires aún perviven trámites escritos como la conversión de la aprehensión en detención, que genera que el juez de garantías tome decisiones jurisdiccionales fuera de la audiencia oral y pública, con las que se forma un pequeño expediente.

Además, las decisiones le son comunicadas al imputado en el mismo momento por el juez de garantías, cara a cara; y las afirmaciones del fiscal sobre su personalidad y antecedentes, utilizadas normalmente para justificar el riesgo de que no se vuelva a presentar a la justicia o de que vaya a entorpecer la investigación, pueden ser discutidas por el acusado, quien podrá inclusive guiar a su defensor.

Se trata precisamente de un ámbito en el que se potencian las posibilidades de la defensa; el centro de atención ya no es la tesis persecutoria del fiscal y la policía, el expediente, sino los argumentos vertidos en la audiencia. La igualdad de armas deja de ser una enunciación teórica para ser un principio posible. La audiencia debe ser un ámbito en el que se desarrolle el conflicto, y que rompa con la normalidad con la que se toman las decisiones por escrito. Cada decisión que envíe a un procesado a la cárcel debe ser un drama particular para cada persona presente en esa sala.

La contradicción permite además mejores discusiones en torno a la necesidad de las medidas cautelares y respecto de su duración, limitándolas necesariamente. Esta discusión facilita al juez la selección de la más adecuada al caso concreto, haciendo que la privación de la libertad no sea la única alternativa. Las garantías pueden ser ejercidas, y dejan de ser deseos normativos ineficaces.

Entre los objetivos centrales de las audiencias orales y públicas en estas instancias tempranas de los procesos penales se encuentran también la necesidad de acercar información de mejor calidad al juez que tiene que tomar decisiones sobre la libertad de las personas, la eliminación por lo tanto de la delegación, y el acortamiento de los procesos garantizando plazos razonables. También se destaca la necesidad de aumentar las salidas tempranas alternativas al juicio como la suspensión del proceso a prueba o la aplicación del principio de oportunidad con reparación, como vías de escape al ingreso de personas al sistema penal y la aplicación de medidas de encierro. No casualmente los detenidos han llamado a la reforma introducida originariamente en Mar del Plata “PPB”, o “Plan de Penas Bajas”⁴⁸.

Los resultados parciales de la implementación de este tipo de audiencias en general han demostrado que el cambio de prácticas ha permitido a las agencias judiciales, entendidas en sentido amplio, sino ejercer con más eficacia el poder que se les ha entregado para la contención del poder punitivo estatal⁴⁹, al menos disminuir su violencia.

VI. Conclusión. La potencialidad o variable humanizadora

La hipótesis planteada en este ensayo seguramente requerirá para su comprobación de un mayor desarrollo de este tipo de procedimientos en América Latina, así como estudios de campo que profundicen lo que hasta aquí se ha expuesto. Es importante destacar que la palabra “variable” en el título, relacionada con la humanización del proceso, no es casual. De hecho, el lector que ha llegado hasta esta instancia de la lectura, seguramente habrá pensado en sistemas judiciales como los de Estados Unidos, que cuentan con este tipo de audiencias preliminares pero que, lejos de ser más humanos que los latinoamericanos, aparecen como los más feroces y punitivos del planeta, superando en ese país de América del Norte la cifra de los 2 millones de personas presas, sin contar a la multitud que se encuentra bajo control del sistema penal pero fuera de las prisiones.

Ese dato de la realidad no invalida directamente la hipótesis de trabajo. Resulta esclarecedor en este sentido un reciente trabajo de Massimo Pavarini sobre los procesos de re-encarcelamiento en el mundo⁵⁰, en el que demuestra que esos procesos que se dan de manera más o menos constante en todas las latitudes no encuentran explicaciones unívocas, sino todo lo contrario. Según el criminólogo italiano, investigaciones empíricas sobre el fenómeno ofrecen modelos interpretativos convincentes en una determinada realidad política-geográfica, que fracasan al dar cuenta del mismo fenómeno en otras realidades. En suma, distintas variables inciden de manera diversa en contextos diferentes.

Este ensayo pretendió mostrar que la puesta en crisis de lo que puede denominarse como modelo burocrático inquisitorial en América Latina, sería funcional a un proceso de reducción de la violencia del proceso penal en este período histórico. Ello no quiere decir que otras variables puedan incidir en sentido contrario.

Por otro lado, interesantes estudios sobre el proceso adversarial en el mundo anglosajón presentan serias críticas a ese modelo⁵¹. Alcanza el cine hollywoodense para observar audiencias preliminares en las que los detenidos pasan frente a los jueces casi sin siquiera tener la posibilidad de

⁴⁸ Cfr. Hazan y Riego, *Op. Cit.*, p. 283.

⁴⁹ Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Op. Cit.*, p. 20.

⁵⁰ Pavarini, Máximo, “Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto ‘punto de vista’”, en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 595 y ss.

⁵¹ Langbein, John, *Op. Cit.*

sentarse y ser escuchados. No cabe duda de que el proceso penal oral que se está desarrollando en América Latina tenderá a desarrollar rápidamente sus propias organizaciones burocráticas, que podrían generar con su estabilización algunos de los efectos descritos en este trabajo. Por ello es tan trascendente prestarle atención al diseño organizacional, de manera de tener estructuras burocráticas que posibiliten altos niveles de eficiencia en

sistemas judiciales que deben responder a crecientes niveles de demanda⁵², y que al mismo tiempo salvaguarden ese contacto personal que posibilitan las audiencias.

El desafío que se plantea es el de abandonar la organización burocrática de tipo inquisitiva, claramente deshumanizadora, en busca de formas distintas, más respetuosas de las personas.

.....
⁵² Las maneras de disminuir las demandas al sistema penal es otra de las variables, de carácter político criminal, sobre las que se debe avanzar.

La Reforma Procesal Penal en los Ministerios Públicos Fiscales

La perspectiva de la administración de casos, el diseño de oficinas fiscales, la práctica de gestión y la tecnología informática aplicada¹

Mario Daniel Corroccoli

Licenciado en Administración, en la Universidad de Buenos Aires.

Está a cargo de la Oficina de Planificación y Control de Gestión en la Procuración General del Ministerio Público Fiscal del Chubut.

Es Profesor de Dirección General y del Seminario Aplicado en Administración en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco.

Integrante del CESDES, Centro Patagónico de Estrategias Sistémicas para el Desarrollo.

dcorroccoli@juschubut.gov.ar

Introducción

La gestión de organizaciones es llevada adelante por personas, lo que supone sumar al elemento “racional” las ineludibles emociones y percepciones. Bienvenido sea reconocerlas; en caso contrario estaríamos hablando de máquinas.

El análisis que sigue pretende aportar una perspectiva que contribuya a superar las dificultades que, día a día, se presentan en la gestión de las Oficinas Fiscales del Poder Judicial.

Cualquier diseño organizacional conceptual, como el que se expresará, tiene sentido si le da las razones a la praxis, de manera que supere la simple idoneidad de quienes la llevan adelante, con los fundamentos y el método profesionales que exige. Significa que el diseño y las acciones encuentren la congruencia suficiente, de manera tal que el primero le dé el soporte necesario a la práctica cotidiana.

La complejidad de las actividades del Ministerio Público Fiscal del Chubut, desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal (noviembre de 2006), ha estado y está en pleno vigor. Lo seguirá estando, ya que “las organizaciones son una realidad compleja, por los cambios imprevistos en su contexto, la diversidad interna y las consecuencias disfuncionales de las propias decisiones directivas. Una realidad donde coexisten la razón y la sinrazón, el orden y el desorden, la objetividad y la subjetividad, la competencia y la colaboración”².

El proceso de administración de casos, cuando una reforma procesal penal pasa de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, tiene que:

1. Estandarizarse, normalizarse con criterios que permitan racionalizar los recursos humanos y materiales en las oficinas fiscales;
2. Sistematizarse y agilizarse por medios digitalizados;
3. Fortalecerse el área de investigaciones;
4. Alcanzar los mejores criterios para la toma de decisiones; y
5. Ampliar la red de relaciones institucionales.

¹ El artículo toma como base la experiencia acumulada en el Ministerio Público Fiscal, Poder Judicial, de la Provincia del Chubut, República Argentina. Se expuso su contenido en el Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal. Argentina – Uruguay, 4, 5 y 6 de noviembre de 2009. Rosario, Santa Fe, Argentina. Organizado por Inecip y Konrad Adenauer Stiftung.

² Etkin, Jorge, *La Complejidad en las Organizaciones*, Ediciones Granica, Buenos Aires, 2005.

Mientras se trabaja simultáneamente con todos estos asuntos, surgirán a diario realidades imprevistas, que demandarán soluciones concretas e inmediatas. También, se encontrarán muros difíciles de superar, sobre todo con aquellas prácticas no adecuadas a la lógica procesal acusatoria.

Ello nos muestra que en gestión de organizaciones, estas realidades hacen a la normalidad y hablan de la importancia de caminar con determinación. Con un norte señalado, con un objetivo que permita anticipar el lugar a llegar y que coincida, cuando lo alcance, con el que se imagina. No es “magia”; no hay “llave en mano”.

Sumadas las estrategias nos darán el cómo hacerlo. En el MPF del Chubut, la normalización, la estandarización de los procesos de administración de casos, se alcanza a partir de criterios consensuados y el uso de software de gestión, consolidando las oficinas fiscales a modo de diseño único. Permite la regulación y el control de gestión comparado entre oficinas.

¿Qué resultados se buscan?

- Inventariar y priorizar los distintos “casos” en curso para enfocar la atención y los esfuerzos según un mix de complejidad y tipo de delito.
- Documentar los aprendizajes para la solución de los casos con el fin de establecer las mejores prácticas.
- Generar una valiosa base de conocimientos mediante datos relacionados que se vinculan con tres sistemas informáticos:
 - Coirón, de gestión de casos en las oficinas fiscales.
 - Luan, de gestión de personas, víctimas y testigos de delitos.
 - Preventivo Digital, de gestión de denuncias en la Policía.

Además de dos sistemas externos al MPF:

- Con la oficina de secuestros, que denominan Centinela
- Con la oficina judicial, que denominan Skúa, con el fin de alcanzar vínculos digitalizados automáticos entre solicitudes y audiencias, su gestión y resultados.
- Identificar nuevas competencias clave para fiscales, funcionarios, profesionales y administrativos.
- Buscar permanentemente la unidad de actuación entre el procurador general y sus fiscales generales, a partir de las situaciones emergentes, para atender un contexto complejo en cuanto a criminalidad y evolución del delito.
- Mantener actualizados los lineamientos básicos de organización, a partir de su base en las

tecnologías informáticas, que normaliza los procedimientos de administración de casos y personas.

En definitiva, se trata de identificar, clasificar, jerarquizar, abordar y hacer seguimiento a los problemas y los casos que se tratan, al adoptarse un enfoque de resolución de los mismos.

¿Por dónde se empieza?

Como ya se dijo, la perspectiva desde la que se escribe es la organizacional. Si bien es una de tantas visiones/perspectivas, contribuye, junto a ellas, con poner un plus que permite un todo más grande que la suma de cada una.

1. Un código procesal nuevo

Tener la decisión para contar con un código con un nuevo paradigma, el acusatorio. No es poca cosa ni es simplemente ello. Un código nuevo abre una situación de crisis con el statu quo. Obliga a pensar en objetivos y organizarse, salir de lo acostumbrado, preocuparse por la forma y el estilo de planificación. Sobre todo, no quedarse detenidos en la denominada planificación estratégica, sino una planificación de gestión concreta, un plan de acción, una hoja de ruta: pensando antes de actuar para no caer en el “prueba y error”.

Desde lo organizacional, lo más fácil, por ende más común de ver, es manipular la estructura física, los procesos laborales, los procedimientos administrativos. Por ello el siguiente punto, que es más difícil y, además afectado por este primero.

2. Actitud

Cuentan que en una cantera de mármol estaban dos picapedreros haciendo su trabajo. Un viajero se acerca y pregunta a los dos: “¿Qué están haciendo?” Uno de ellos contesta un poco enojado por la pregunta obvia: “Acá estoy, ¿no ve?, picando piedras”. El otro, muy calmo y preciso en el golpe a un trozo precioso de mármol: “Yo estoy construyendo una catedral”.

Aquí es donde se encuentra el mayor potencial para el cambio: las actitudes y creencias de aquellos que integran los Poderes Judiciales de nuestras provincias, desde los superiores, principalmente, hasta el más pequeño responsable.

3. Convicciones

Que quienes dirijan el cambio estén dispuestos a defender sus convicciones y que sepan de antemano que sus consejos serán controvertidos. Deben tener la

autorización para actuar según su criterio, en el marco del objetivo planteado, para que sus propuestas se tomen en serio. Convicción no significa hacer lo que le parece, sino estar persuadido de que depende del equipo todo un MPF. De lo contrario, se sabotearán continuamente las buenas intenciones.

4. Claridad en el rumbo para ganarse a las partes interesadas

Todos los integrantes de una oficina fiscal deben saber cómo ir de un punto a otro. Comunicar, comunicar, comunicar. Comunicar, comunicar, comunicar. Se ha pagado un precio caro en los inicios, en lo que respecta a nuestro ámbito, el organizacional, al no hacer conocer hacia dónde se caminaba. Se corre el riesgo de deslegitimar el proceso de cambio; ofende a las personas; consciente o inconscientemente actúan mecanismos que se denominan “saboteadores del cambio”. Es que en esquemas típicos de mando autoritario, de diseños jerárquicos exclusivamente, es un punto a tener en cuenta el que fluya la información para permitir la transformación. La información es poder organizacional que, en la medida que no fluye, queda en alguna persona. No le sirve a ella ni a nadie.

5. Diseño organizacional

Con el objetivo primordial puesto en el desempeño a favor de los ciudadanos, no tanto en el modelo

elegido. Con la mirada hacia el afuera, no hacia el adentro. Más adelante se desarrolla el punto.

6. Mejorar el desempeño

El cambio de paradigma en el proceso penal incluye poner el acento en el ciudadano. Si no se logra, si lo hace por usted, por su propio “ombbligo”, no funcionará. Se trata de la inmediatez en la atención de los casos, plazos procesales concretos, evitar burocratismos.

7. Contar con una hoja de ruta

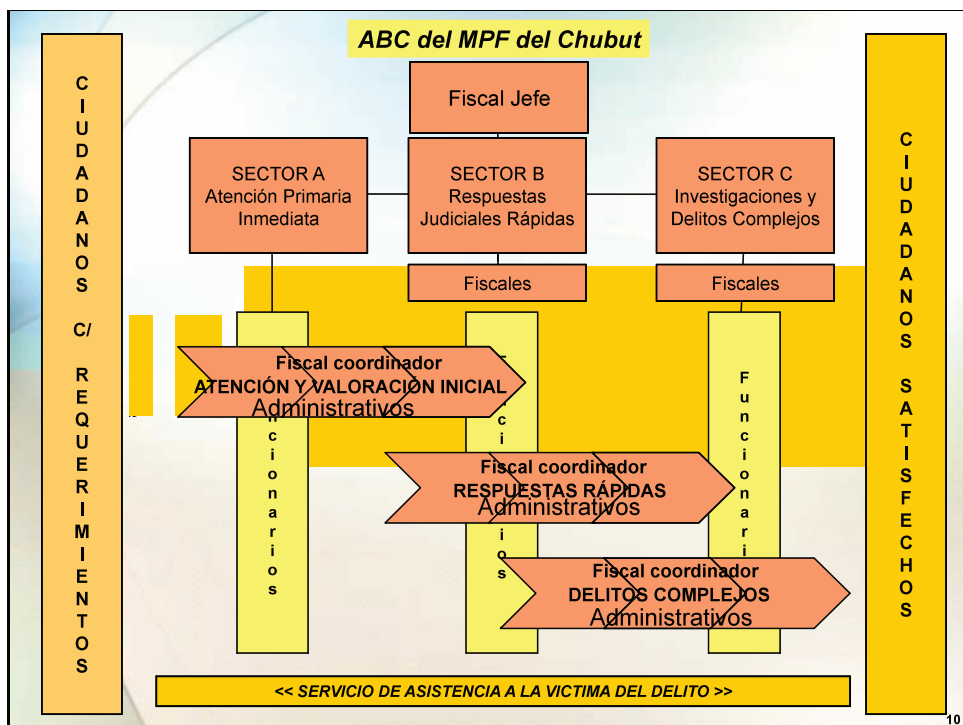
La hoja de ruta nos permite pensar antes de actuar. La improvisación nos hace actuar como simples idóneos en lugar de profesionalmente. La hoja de ruta dará las razones a la práctica, razones al nuevo estilo que se busca.

8. Enfocar los cambios integralmente

Afectará a la estructura de personas y relaciones entre ellas, la infraestructura necesaria; los procesos de trabajo y la conducción/liderazgo de parte de los fiscales, especialmente los jefes y coordinadores de sectores.

9. Organizar en torno a procesos de trabajo

El **Gráfico 1** identifica el proceso de gestión de casos.



10. Instalar coordinadores de sectores

La aplicación de criterios de análisis, clasificación y tratamiento de casos requiere coordinadores de sectores, aquellos fiscales que cuentan con la prioridad en la toma de decisiones de gestión en sus sectores y entre ellos. Ajustan la coordinación entre quienes integran el sector, lo supervisan, normalizan el tratamiento de los casos.

11. El equipo es la piedra angular

Hablar de equipos es fácil. Formarlos y gestionarlos es complejo. En la Ley Orgánica del MPF del Chubut se cuenta con un artículo que guía la forma de trabajar, interesante como diseño conceptual, modelado por una práctica que varía de oficina en oficina y de equipo en equipo, dependiendo de la impronta de los fiscales jefes y los fiscales coordinadores.

Artículo 13³: Reglas Generales: los integrantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinción de jerarquías, deberán observar en el desempeño de sus funciones, los principios de flexibilidad, trabajo en equipo y responsabilidad compartida en relación con el resultado de la gestión; todo ello, en aras del logro de la mayor eficacia de la función. En particular evitarán la existencia de compartimientos estancos y la creación de trámites innecesarios y toda otra forma de burocratización, exceso ritual o descuido en la atención al público.

Cada equipo de trabajo está integrado por un grupo de personas. Cada una con su comportamiento. Resultado: hay tantos comportamientos como personas. Esta es la complejidad de la gestión ya que cualquier organización funciona con personas. El resto de los recursos, puede o no puede estar. Se necesita de la voluntad de las personas para que las cosas funcionen.

12. Eliminar actividades que no aportan valor al nuevo esquema procesal

Esto es un trabajo titánico y de mucha paciencia. Convertir usos y costumbres arraigadas requiere de decisión y de preguntarse a cada momento el por qué y para qué de lo que cada uno hace. Por ejemplo, los antiguos expedientes, ahora legajos. Muchos de los proveídos son hoy innecesarios.

13. Integrar al ciudadano

Hoy en día, la presión social sobre las acciones que se llevan adelante, dados los casos que se tratan,

es una preocupación. El inicio de cualquier proceso organizacional debe partir desde los resultados percibidos por los ciudadanos. El énfasis debe estar en ello, principalmente, a partir del fortalecimiento decidido de los servicios de asistencia a las víctimas de delitos, quienes intervienen en los primeros momentos, así como en la preparación para el proceso judicial de ellas y los testigos.

Además, las decisiones en los casos debe reconocer que se dirigen a personas involucradas en los conflictos, por lo que el esfuerzo de comunicación hacia ellas y el diseño de los procesos de trabajo, en consecuencia, debe tenerlas en primer lugar.

Se mejora con la experiencia, ya que la relación con los públicos es diferente y demanda variadas respuestas.

14. Prepararse los Jefes, Coordinadores y Fiscales

a) *En actitud colaborativa*

Participamos de procesos judiciales. Se litiga. Incorporamos soluciones alternativas a ello. Pero en la gestión de oficinas, en la gestión de personas, la actitud, sobre todo de jefes y coordinadores, así como el resto de los fiscales, debe ser de colaboración.

Se ejerce la autoridad a partir de la integridad y la claridad de objetivos y criterios de decisión. Pero también, a partir de la motivación y la comunicación en todos los sentidos. La preparación de los equipos y quienes los forman es una responsabilidad de quienes detentan la autoridad, sabiendo que el liderazgo, la conducción, no viene sólo con el cargo jerárquico.

b) *Uso de tecnologías informáticas. Desarrollo del software.*

La gente que integra las organizaciones, no cambia. Podemos trabajar a partir de sus expectativas. La incorporación de herramientas informáticas, teniendo en cuenta la búsqueda de nuevas expectativas, asegura la normalización de los procesos, la sistematización.

Garantiza el trabajo ordenado, asegura la calidad de lo que se hace, registra cada caso y, a través de esa base de datos, se comunica, se investiga, se acumula experiencia, se determinan casos y situaciones típicas, que sirven para futuros casos en similares condiciones.

c) *Conocimiento del nuevo proceso penal*

Se hace necesario preparar a todos en el nuevo proceso penal. Principalmente, a las personas con más antigüedad, ya que ellas sufrirán el mayor de los cambios. Preparar al personal de todas las categorías hará a un comienzo más eficaz.

3 Ley V N° 94 del Chubut (antes 5057)

15. Establecer mediciones

En principio globales, por oficinas fiscales. Con información acumulada, se pueden establecer todas las mediciones que se imaginen. Lo que se mide se logra. No obstante, todas las mediciones cuantitativas que establezcan, no debe hacer olvidar que trabajan personas, para ciudadanos, y de ninguna forma se pueden obviar cuestiones cualitativas.

Teniendo en cuenta ello, en el MPF del Chubut, nos encontramos diseñando indicadores de gestión que muestren el resultado de las decisiones, así como un conjunto de estadísticas, su evolución e indicadores de gestión de la oficina y de investigación de casos y delitos en particular.

La perspectiva de la administración de los casos

Los casos que ingresan en el MPF del Chubut, para dimensionar la gestión, son 25.000 por año, en una población de 500.000 habitantes, con seis oficinas fiscales.

Lo hacen a partir de denuncias en la Policía o directas en las oficinas fiscales. El **Gráfico 2**, muestra el proceso.

Una vez que se toma conocimiento de las denuncias, a través de un mix de cualidades, se define el grado de complejidad de los casos, de esa práctica en las oficinas resultan:

1. **Tipo 1, inmediatos.** Todos aquellos casos que por falta de identificación de autores o falta de elementos de convicción, se archivan provisoriamente. Se trata de gran volumen y cantidad. Se realiza en los primeros 15 días a 30 días. Son recurrentes, por ello de solución relativamente sencilla.
2. **Tipo 2, de intervención temprana.** Son casos que se concilian en el MPF o se remiten a servicios de mediación. Ingresan y se intenta que los propios involucrados en los conflictos, de forma asistida, encuentren solución a sus problemas.
3. **Tipo 3, simples.** Todos aquellos que, judicializados, pasan por un proceso de respuestas judiciales rápidas. Simples, ya que cumplen un conjunto de pasos rápidos y de manual. Son de naturaleza recurrente y tienen una serie de soluciones estandarizadas.
4. **Tipo 4, complejos.** Aquí prevalece la complejidad del delito, si bien de menor frecuencia. Su solución o tratamiento implica múltiples actividades secuenciales y/o simultáneas, que con frecuencia requieren decisiones y actividades

especiales. Demandan habilidades más elaboradas de nuestros fiscales, funcionarios, personal de investigación, peritos, administrativos y tienen un largo lapso de ejecución. Muchas veces requieren de presupuestos grandes en dinero.

El **Gráfico 3** muestra el proceso de análisis de los casos y derivaciones internas según su complejidad. Aquí son del Tipo 1 y 2.

El **Gráfico 4** detalla procedimientos que tratan los casos de Tipo 3, cuyas respuestas judiciales son rápidas.

El **Gráfico 5** describe el proceso de tratamiento de los casos complejos de Tipo 4.

La perspectiva del diseño y estructura de las oficinas fiscales

Desde los inicios de la disciplina que practico, la administración, se ha planteado la búsqueda del mejor modo de organizarse, es decir que genere el mejor desempeño. No existe *consenso paradigmático* acerca del tema.

¿Cuál es la conexión entre el diseño que hemos imaginado, desarrollado, el marco conceptual que nos agrupa de determinado modo, y el desempeño alcanzado o que pretendemos alcanzar?

En realidad, es un enfoque contingente el que prevalece. Las cosas podrían hacerse de determinada manera, pero podría hacerse de otra. Así, “no hay un mejor modo” y “no todas las maneras de organizarse son igualmente eficaces”.

Lo que sí se pueden determinar son factores o condiciones que afectan: las personas que intervienen, el tamaño, el *know how* o conocimiento clave, el ambiente, las estrategias de una organización.

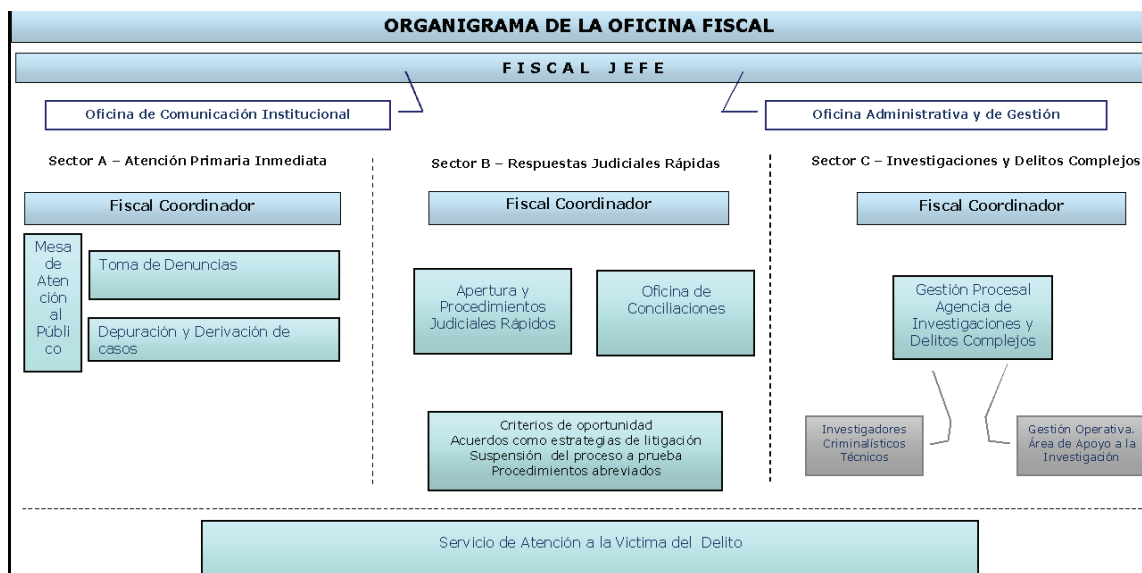
En términos generales, el desafío de organizar y de mejorar continuamente en ese cometido, dados unos objetivos e instrucciones del Procurador General en el Chubut, lleva a dividir el trabajo teniendo en cuenta dos perspectivas:

- Una de ellas, conocida en el ámbito judicial, la vertical: tiene que ver con aquello que las personas tienen que hacer (funciones y actividades) y las diversas formas de agruparse.
- La otra, menos conocida es la división del trabajo horizontal que se refiere a la división entre decisión y ejecución.

Esta estructura de doble entrada nos ha requerido prever:

- Objetivos claros y precisos.
- La identificación y clasificación de actividades necesarias para alcanzarlos.
- La agrupación de ellas con ciertos criterios.
- La definición de los niveles de decisión y ejecución.
- Los mecanismos de coordinación.

La siguiente imagen⁴ representa un organigrama de funciones que se une (observen el parecido) con el diagrama de procesos que se encuentra más arriba.



La perspectiva de la aplicación de tecnología informática para la administración de los casos

Todos los procedimientos que se observan en los gráficos están soportados en software, que mejora día a día, a partir de un equipo de desarrollo dedicado a ello.

Las decisiones van de la mano de la aplicación de tecnologías informáticas aplicadas, que respetan la lógica procesal del código vigente.

De otra forma, si el soporte informático no se ajusta a medida, iría por caminos diferentes. Ello generaría ruido entre las decisiones que se toman, el deber ser procesal y la realidad de gestión, generando incongruencias que afectan al trabajo y las relaciones laborales.

El software es propio y a medida. Se trata de los sistemas mencionados:

- Sistema de Gestión Coirón, de oficinas fiscales.
- Sistema de Gestión Luan, de servicios de asistencia a las víctimas de delitos.
- Sistema Preventivo Digital, de toma de denuncias en las comisarías.

Normalizan los procesos de trabajo y serán, a medida que pasa el tiempo, los garantes del diseño conceptual y de la actuación de nuestras unidades de trabajo.

Se encuentra en estudio la implementación de software de colaboración que contribuya a las comunicaciones, el intercambio de experiencias sobre casos similares en distintas oficinas, mapas dinámicos de ubicación de delitos, vinculaciones para información, que contribuyan a la investigación de los casos complejos, principalmente, y que los casos simples, de repetición permanente, encuentren adecuada atención.

⁴ Diagrama de funciones de los sectores ABC del MPF del Chubut, a partir de recomendaciones de áreas y puestos iniciales, realizadas por el Dr. Ricardo Mendaña, Inecip, durante la puesta en vigencia del Código Procesal Penal y las nuevas responsabilidades del MPF.

Bibliografía consultada y recomendada

- Herrscher, Enrique; D'annunzio, Claudia y Rebori, Alfredo, *Administración, aprender y actuar*, Editorial Granica, Buenos Aires, 2009.
- Ostroff, Frank, "Gestión del Cambio en el Sector Público", en *Harvard Business Review*, volumen 84 N° 5 mayo 2006.
- Ostroff, Frank, *The Horizontal Organization*, Oxford University Press, Boston, 1999.
- Etkin, Jorge, *La Complejidad en las Organizaciones*, Editorial Granica, Buenos Aires, 2005.

Gráficos de este artículo

En las páginas siguientes de observan los gráficos mencionados en el artículo:

- Gráfico 1: Ingreso de denuncias.
- Gráfico 2: Análisis y derivación de casos.
- Gráfico 3: Respuestas judiciales rápidas.
- Gráfico 4: Delitos complejos.

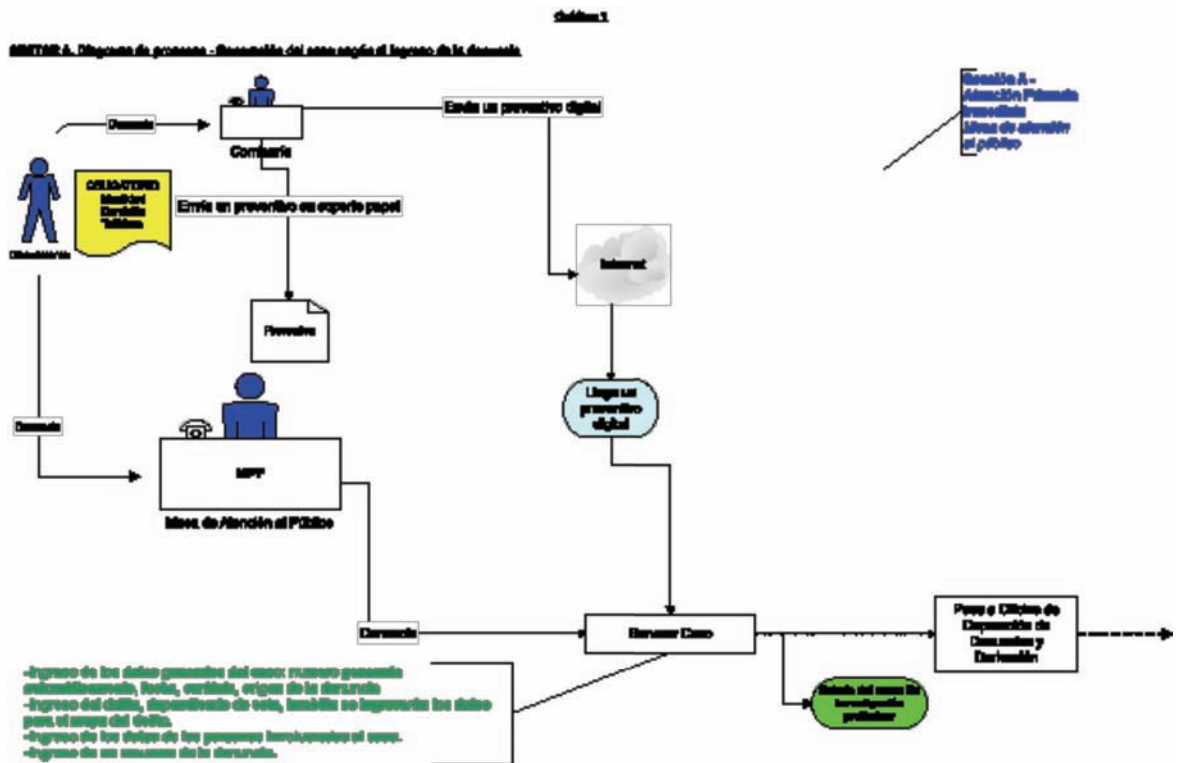


Gráfico 3

SECTOR B. Diagrama de procesos - Agencia de Respuestas Judiciales Rápidas: Oficina de Apertura y Procedimientos Rápidos

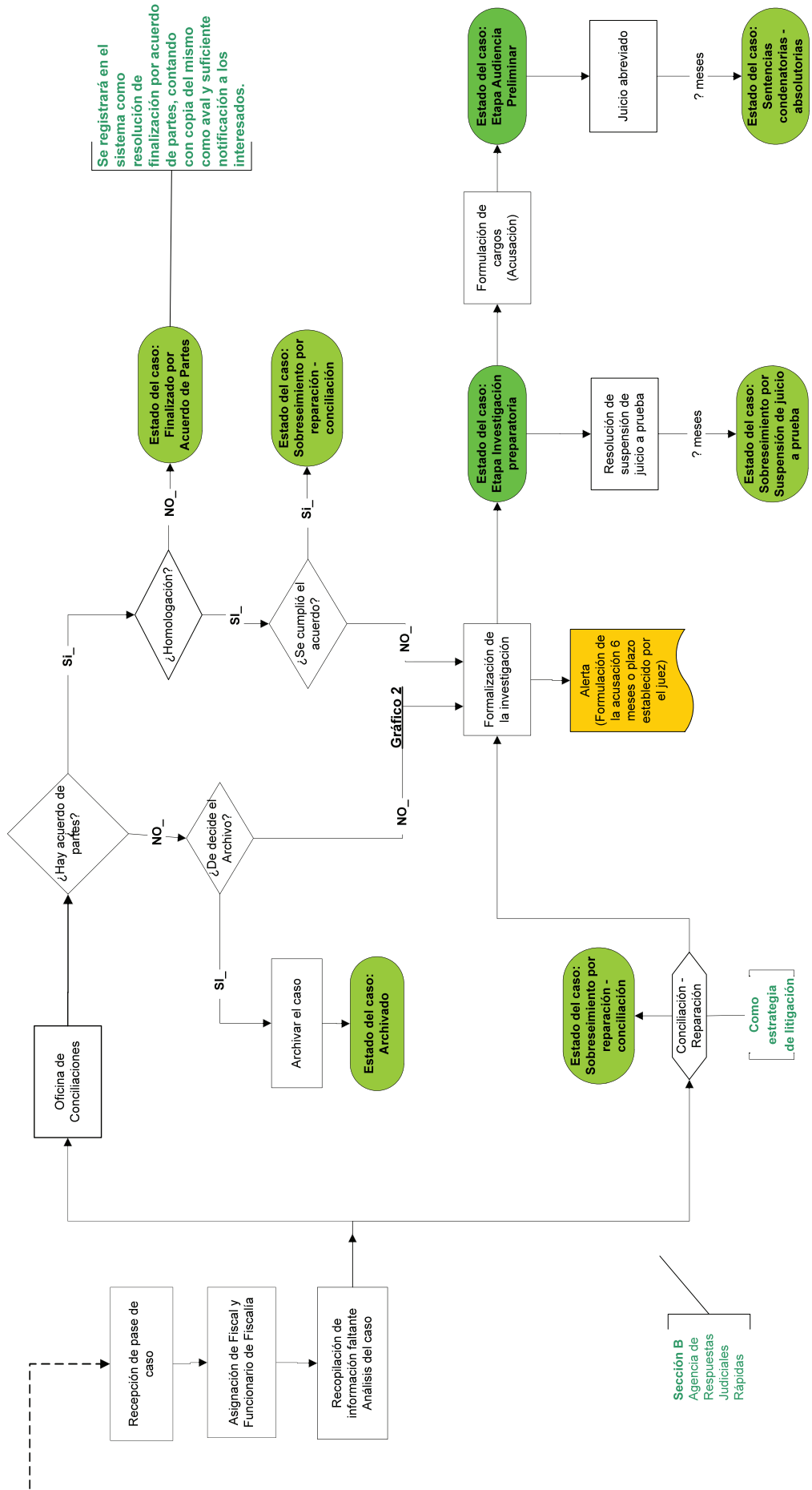
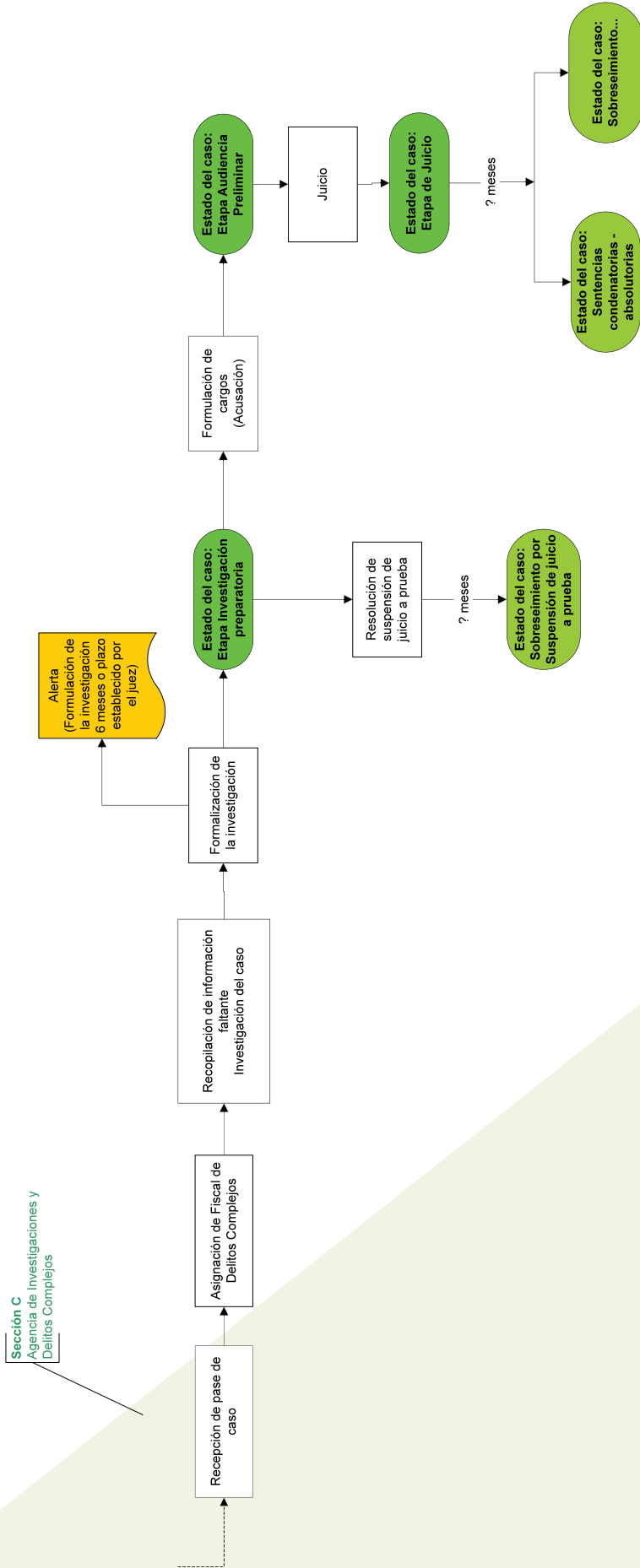


Gráfico 4

SECTOR C. Diagrama de procesos - Investigaciones y delitos complejos



reseñas bibliográficas

reseñas bibliográficas

Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública

128 páginas. Disponible en www.sistemasjudiciales.org o [aquí](#)

Coordinadores: Gabriel Cavazos Villanueva, Martín Carlos Sánchez Bocanegra, Denise Tomasini-Joshi

Compilador: Javier Carrasco Solís

Cátedra Estado de Derecho, Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), Institución RENACE, A.B.P., Open Society Justice Initiative.

Cambio legislativo, cambio institucional, implementación, capacitación continua, evaluación continua y pasos para evitar la contrarreforma. Con el horizonte en estos seis puntos, Javier Carrasco Solís cierra la conferencia nacional titulada Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública, realizada los días 13 y 14 de noviembre del año 2007 en la ciudad de Monterrey, México, cuyas presentaciones se encuentran plasmadas en el presente documento.

Sabido es que una de las máximas tensiones que enfrenta el Estado de Derecho se refiere a la contradicción que se presenta entre el principio de inocencia y la privación de la libertad de aquellos acusados de un delito que aún no cuentan con una sentencia firme que declare su culpabilidad. También es sabido que, cuanto menos en lo próximo, es muy difícil pensar en un proceso penal en el que la prisión preventiva forme parte de un oscuro y olvidable pasado. Es por ello que en este libro se desarrollarán distintas posturas y argumentos tendientes a racionalizar su uso, con la mira puesta en reducirlo hasta su mínima expresión.

En el Capítulo I nos encontramos con un desarrollo teórico del principio de inocencia a cargo de **Rodolfo Acosta Muñoz**. El hecho de que así comience el documento tiene una clara intención y es que los enunciados que allí se postulan atraviesen el resto de las exposiciones, dejando en claro cuál debe ser el punto de partida de un proceso de reforma respetuoso de las garantías constitucionales.

Luego de que **José Manuel Arroyo Gutiérrez** nos dé un paneo general sobre los estándares internacionales que rigen la materia, en el Capítulo II se analiza cuál ha sido el impacto de la reforma en el uso racional de la prisión preventiva en el resto de los países de América Latina (**Cristián Riego Ramírez**) dejándole el espacio a **Verónica Venegas** y **Rigoberto Ochoa** para que traten en particular los casos de Chile y Honduras, respectivamente. En ambos se coincide en

la particular atención que hay que prestar en el modo en que transmiten la información los medios de comunicación y el impacto que éstos tienen en la sociedad y el Congreso. Coincidiendo con ello, muchos de los expositores harán hincapié en la preparación que todo operador que se encuentre trabajando en el proceso de reforma de la justicia penal y, especialmente del uso de la prisión preventiva, debe tener para anticiparse a posibles problemas que puedan sucederse una vez implementada ésta, cuando por ejemplo un imputado que transite el proceso en libertad cometa otro delito. Una situación de esta entidad puede ser aprovechada para llevar adelante un movimiento de contrarreforma y es por ello que hay que tenerla prevista. Otra de las consideraciones que deben tenerse en cuenta son las particulares situaciones de cada región, para no establecer normativas prometedoras que en la aplicación concreta no tienen el efecto deseado. En este sentido, resulta contundente la exposición de **Ochoa** cuando afirma que en Honduras "...la prisión preventiva se aplica a partir de las consideraciones de peligro de fuga y el menor o mayor arraigo del imputado. Los jueces, para determinar la falta de arraigo, consideran si el imputado es propietario o no de la casa en la que habita, lo que es complicado en un país como Honduras, donde la mayoría de su población vive bajo la línea de la pobreza" o, como se verá más adelante, el caso de Nueva York, donde **Timothy Murray** describe el funcionamiento de la libertad bajo fianza, que resulta completamente ilusoria cuando los jueces fijan montos de imposible alcance para el detenido.

El Capítulo III es de vital importancia para poder entender cuáles son las ventajas que puede traer consigo la reforma, al analizar los costos económicos (**Guillermo Zepeda Lecuona**) y sociales de la excesiva utilización de la prisión preventiva, costos que serán asumidos por el detenido, su familia, la comunidad y el Estado. Teniendo en cuenta que la discusión debe ser llevada a la sociedad y debatida por los representantes de ésta en

el Congreso, un análisis puntual de los beneficios que la propuesta conlleva es una herramienta que puede ser de gran utilidad para el avance del proceso.

Adam Stapleton nos propone como guía rectora para toda investigación del uso de la prisión preventiva estudiar la población penitenciaria, las condiciones carcelarias, los actores del sistema y las causas que generan sus actividades y un censo demográfico de la población penitenciaria y se concluye en que “para contrarrestar los efectos negativos de la prisión preventiva y disminuir su uso se recomienda mayor participación de asistentes legales (paralegals), quienes pueden actuar como paramédicos en el sector de salud que brindan ayuda de primeros auxilios o de emergencia...”. Por su parte, **Rob Allen** pone el acento en la salud de los prisioneros, cuestión de vital importancia si se pretende que éstos reciban un trato acorde a lo que son, seres humanos, dejándonos datos que realmente son alarmantes.

Finalizando este capítulo **Elena Azaola** hace referencia al escaso impacto que tiene en la reducción de los índices de criminalidad el aumento de la población carcelaria y propone una línea de acción tendiente a proporcionar y difundir estos datos, con lo que se contribuirá seguramente a disminuir la exigencia del uso de la prisión preventiva.

En el capítulo dedicado específicamente al proceso de reforma en México es tal vez en donde queden mejor y más visiblemente planteados los obstáculos que toda reforma debe sortear. Poniéndole nombre a los actores, **Ana Laura Magaloni** señala cuál es la visión que tienen del problema los partidos políticos de distintos signos y de qué manera se fueron dando los debates, dejando en evidencia no sólo la cuestión ideológica –siempre presente– sino también cómo funcionan estas estructuras en el marco de las discusiones parlamentarias. Con honestidad brutal, **Robert Varenik** deja en claro el terreno en el que se lleva adelante toda reforma y analiza el valor político y social de la misma para terminar preguntándose(nos) “¿Puede uno tener éxito político tomando decisiones sensibiles en un área llena de irracionalidad como el orden público y la justicia penal?; en términos prácticos, ¿cómo podemos identificar posturas y documentar factores que puedan aumentar el valor político de una reforma a la prisión preventiva?”. **Verónica Aguilera Orta** se encarga de describir la evolución de los distintos proyectos encarrados desde diversos espacios políticos en el seno del Congreso de la Unión, para concluir en que el éxito de la reforma depende directamente de la participación de todos los actores y los ciudadanos. **Hugo Campos Cantú** nos cuenta cómo la implementación en Nueva León de salidas alternas como la suspensión del procedimiento de preparación de la acción penal, la sus-

pensión del procedimiento a prueba del procesado, la conciliación y la mediación como medios alternos para la solución de conflictos, y el procedimiento abreviado, han contribuido con la celeridad de los procesos con los consiguientes beneficios, tanto para la víctima como para el inculpado y su familia, mientras que **Catarino García Herrera** se encarga de enumerar las enseñanzas que el proceso de reforma ha dejado en los últimos tres años. Para finalizar, **Martha Silvia Chávez Loya, Juan de Jesús Vásquez Urdiales y Federico Soto Acosta** nos dejan sus impresiones de lo que fue el proceso de reforma en Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas respectivamente, y las consecuencias que éste tuvo sobre el uso de la prisión preventiva. Rompiendo con el miedo y el imaginario popular –estimulado desde distintos sectores–, **Vázquez Urdiales** se pregunta si dejar en libertad a una persona mientras se sustancia el proceso no contribuirá a que ésta se fugue dejando un asunto más impune, contestando a partir de la experiencia propia que “...por lo que hemos visto en la práctica... no. Las personas tienen un sentido muy alto de su propio honor, de su honorabilidad y están dispuestos también a acudir ante los jueces para someterse a través de la lupa de la ley a ese examen judicial que los declare culpables o inocentes”.

El capítulo V se encuentra dedicado a los programas establecidos para el manejo de las medidas cautelares. En él **Martín Carlos Sánchez Bocanegra** detalla cómo es el trabajo de Renace buscando dar una respuesta integral a los problemas de justicia y de reintegración social. En lo relativo al tema central, explica cómo es el trabajo de supervisión y vigilancia de las personas en libertad durante el proceso, acompañándolos para que puedan cumplir con las obligaciones fijadas. Por su parte, **Martin Schönteich** describe la manera en la que los servicios de evaluación de riesgos y supervisión contribuyen a la reducción de los costos, el hacinamiento, la reincidencia y los riesgos a la salud pública.

Para finalizar, el capítulo VI bien titulado “Lecciones internacionales: manteniendo el progreso de la reforma y previniendo su deterioro”, a cargo de **Todd Foglesong**, nos muestra la experiencia en Estados Unidos, Rusia y Chile, dejando para la reflexión una situación que se da en este último en donde disminuyó el número de presos sin condena pero aumentó la tasa de presos condenados.

En síntesis, la lectura de esta recopilación de exposiciones deviene en una herramienta de suma utilidad para todos aquellos que se encuentren comprometidos con el proceso de reforma a los fines de tener un panorama más claro de cuáles son los retos de aquí en adelante, tomando las lecciones que se fueron aprendiendo para no volver a recaer en errores y calibrar la mira de la manera más precisa posible.

