

Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina

Evaluación y Perspectivas



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



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

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De igual modo, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación descrita, en especial el formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites operativos para su duración hacían que los procesos se prolongaran por largo tiempo con lo cual la posibilidad de aplicar una pena no aparecía como una posibilidad real en una oportunidad razonable. A ello se suma que producto del carácter escrito y formal del procedimiento era común que un imputado preso no contara con una defensa real. Es decir, podía aparecer en el papel (en el expediente) designado un defensor, pero sin que en la práctica ello se tradujera en una actividad de

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

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

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

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

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

Durante los últimos veinte años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del continente. Las razones que motivaron este proceso de reforma son de distinta índole, encontrándose dentro de ellas, y de manera muy general, los abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal inquisitivo y la poca eficiencia de este en la persecución penal. Este proceso de reforma alcanzó a la mayoría de los países del continente y se ha orientado en general en la misma dirección: reemplazar los diversos tipos de sistemas inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio. La tabla 2 contiene un resumen de los países que han emprendido estos cambios indicando la fuente legal de los mismos, su fecha y el año de entrada en vigencia.

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

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

Fuente: *Elaboración propia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. La lógica cautelar y la prisión preventiva

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

¹⁶ Véase supra II.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO Nro. 240.

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

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

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

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

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

c) La magnitud del daño causado.

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

Lo mismo ocurre con el Código Procesal Penal de Paraguay:

ARTÍCULO N° 243.

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

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

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

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

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

Tabla 3

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

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

Fuente: *Elaboración propia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Límites temporales a la prisión preventiva

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

Tabla 4

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

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

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

Fuente: *Elaboración propia.*

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: Elaboración propia.

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

1.3. Establecimiento de medidas alternativas

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

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

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

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

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

Fuente: Elaboración propia.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tabla 7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tabla 8

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

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

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

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

²⁹ Datos a enero de 2007.

³⁰ Datos a diciembre de 2000.

³¹ Dato a septiembre de 2002.

³² Datos a diciembre de 2005.

³³ Datos a octubre de 2004.

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

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

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

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

Tabla 9

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

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

Fuente: *Elaboración propia*³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

Tabla 10
POBLACIÓN PENITENCIARIA TOTAL POR CADA 100 MIL HABITANTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tabla 11

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

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

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

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

³⁷ Dato del año 2007.

³⁸ Datos al 31 de diciembre de 2008.

³⁹ Datos al septiembre de 2008.

⁴⁰ Datos al 2008.

⁴¹ Datos hasta el primer semestre de 2008.

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

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

Tabla 12

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

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

Fuente: Elaboración propia.

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

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

⁴² Véase respecto de esta columna la tabla 11.

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

Tabla 13

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

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

Fuente: *Elaboración Propia*⁴⁴.

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

Tabla 14

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

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

Fuente: *Elaboración Propia*.

⁴³ Véase respecto de esta columna, Tabla 11.

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

⁴⁵ Véase respecto de esta columna la tabla 11.

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

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

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

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

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

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

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

Tabla 15

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

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

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

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

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

⁴⁶ Dato correspondiente al año 2007.

⁴⁷ Dato al 30 de septiembre de 2008.

⁴⁸ Dato a agosto de 2008.

⁴⁹ Dato a abril de 2008.

⁵⁰ Dato a julio de 2007.

⁵¹ Dato al 30 de agosto de 2008.

⁵² Dato correspondiente al año 2007.

⁵³ Dato correspondiente al año 2007.

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

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

Tabla 16

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

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

Fuente: Elaboración propia.

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

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

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

⁵⁴ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

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

Tabla 17

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

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

Fuente: *Elaboración propia.*

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

Tabla 18

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

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

Fuente: *Elaboración propia.*

⁵⁵ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

⁵⁶ Véase respecto de esta columna la tabla 15.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU CONTRARREFORMA

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

1. *El contexto general*

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ Informe Latinobarómetro 2008, pp. 21 a 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Los cambios en la regulación de la prisión preventiva

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

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

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

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

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

Fuente: Elaboración CEJA.

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

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

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

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

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

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

2.1. El establecimiento de delitos inexcusables

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

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

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

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

TABLA 20
CONTRARREFORMAS EN MATERIA DE DELITOS INEXCARCELABLES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁹ Véase supra III 1.3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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