

**Independencia judicial
insuficiente, prisión
preventiva deformada**

**Los casos de Argentina, Colombia,
Ecuador y Perú**



Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada

Los casos de Argentina, Colombia,
Ecuador y Perú



1779 Massachusetts Ave.

NW, Suite 710

Washington, D.C. 20036

T: 202-462-7701 | F: 202-462-7703

info@dplf.org | www.dplf.org

2013 Fundación para el Debido Proceso

Todos los derechos reservados

Impreso en los Estados Unidos de América Publicado por la
Fundación para el Debido Proceso Washington D.C., 20036
www.dplf.org

ISBN: 978-0-9827557-3-0

Diseño gráfico: ULTRAdesigns

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de Open Society Foundations (OSF)

Las opiniones expresadas en esta publicación no reflejan necesariamente las opiniones de OSF.

Contenido

1. Presentación	1
2. La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo	5
3. Informe Argentina	29
4. Informe Colombia	65
5. Informe Ecuador	115
6. Informe Perú	147

Los anexos a los que se hace referencia en el presente informe se encuentran disponibles
en el sitio web de la Fundación para el Debido Proceso

<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>

Presentación

Más de dos décadas después de iniciadas las reformas penales en América Latina, es bien conocido que las transformaciones hacia sistemas acusatorios se proponían garantizar de mejor manera los derechos de víctimas e imputados, incorporando estándares internacionales y nuevos desarrollos de las ciencias criminales, tarea no siempre implementada con éxito. En este devenir, la prisión preventiva ha ocupado un significativo lugar en los debates como indicador del adecuado o inadecuado funcionamiento de proceso penal.

Hoy por hoy, la aplicación de esta medida cautelar continúa generando fuertes tensiones, que han dado cabida a la discusión en torno a una aparente incompatibilidad entre la aplicación de los principios del Estado democrático y constitucional de derecho, tales como la presunción de inocencia, plazo razonable del juicio, privación de la libertad como última ratio del sistema penal, y la necesidad de contar con políticas eficaces de seguridad ciudadana y sanción del delito.

En muchos países de la región puede observarse un cotidiano cuestionamiento desde los medios de comunicación hacia el funcionamiento del sistema judicial, instalando nociones como las de “la puerta giratoria” o el “garantismo” como sinónimo de impunidad o, al menos, de falta de voluntad en la aplicación oportuna de la ley. Estas exigencias de seguridad ciudadana provenientes de diversos sectores, generan coyunturas que propician el endurecimiento de los regímenes de la prisión preventiva, las que se evidencian con las contrarreformas específicas al régimen de medidas cautelares que se han multiplicado en los códigos de procedimiento penal en los últimos años.

Si bien, en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, los jueces se erigen en garantes de los derechos de las personas y en contralores de los poderes públicos, contribuyendo a asegurar una respuesta estatal idónea frente al delito, esta responsabilidad es presentada como si consistiera en el combate del delito, tarea que corresponde a otros brazos del Estado. A esta circunstancia se suman, la endémica sujeción de los órganos judiciales a poderes políticos y fácticos y una escasa capacidad de los sistemas de justicia penal para comunicar sus decisiones y el fundamento de las mismas fuera del ámbito judicial.

En los primeros años de esta ola de reformas, el abordaje crítico de la prisión preventiva tendía a centrarse en el elevado número de personas privadas de libertad sin condena debido a la lentitud de los juicios. En la actualidad, las altas cifras de presos sin sentencia siguen siendo un reto que los sistemas de justicia deben atender con urgencia. Sin embargo, en más recientes análisis, el persistente aumento de la prisión provisoria puede adjudicarse no solo a la falta de celeridad procesal sino, en gran medida, a la escasa utilización por parte de los jueces de medidas alternativas a la prisión y a la poca importancia que se ha dado a las formas de implementación y control, cuando estas han sido aplicadas.

DPLF, desde su Programa de Independencia Judicial, conscientes del contexto descrito que hacía patente la necesidad de cambios impostergables, y a la vez comprometidos con el fortaleci-

miento de las judicaturas en América Latina, se dio a la tarea de reflexionar cómo estas dos problemáticas interactúan: una insuficiente independencia judicial frente a la aplicación extendida de la prisión preventiva por razones no justificadamente cautelares. Estas reflexiones tenían a la base dos consideraciones. Por un lado, los estándares internacionales que configuran la prisión preventiva y que están incorporados en la mayoría de legislaciones nacionales, los cuales la circunscriben a los principios de excepcionalidad y proporcionalidad, y al fin precautorio de asegurar las resultas de la justicia. Por otro lado, que el ejercicio de la función judicial debe ser garantía para un juicio regido conforme a las reglas del debido proceso, aún más cuando está en juego la libertad de las personas.

Así nació la iniciativa, con el apoyo de Open Society Foundations (OSF) bajo su “Campana Global para la Justicia Previa al Juicio”, de llevar a cabo una investigación, que ahora presentamos, en cuatro países de la región: Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, seleccionados por representar diversas caras del fenómeno de la creciente “prisionización” en la etapa previa al juicio y porque, en conjunto, muestran los problemas que enfrentan los jueces en la región, con el fin de ilustrar los principales desafíos y amenazas a la independencia y la imparcialidad judiciales, en relación con sus efectos sobre la problemática de la prisión preventiva en la América Latina del siglo XXI.

Esta investigación, coordinada desde DPLF, comprende informes por cada país elaborados por organizaciones nacionales, de larga trayectoria y experticia en la materia a estudiar: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en Argentina, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) en Colombia, el Centro sobre Derecho y Sociedad (CIDES) en Ecuador y el Instituto de Defensa Legal (IDL) en Perú, y un análisis comparativo, a cargo del reconocido consultor Luis Pásara, que condensa las tendencias comunes y formula propuestas para responder institucionalmente al problema en la región.

El objetivo general trazado consistía en verificar tanto la existencia de injerencias en las decisiones judiciales concernientes a la prisión preventiva, que tienen origen desde el exterior y desde el interior del sistema de justicia, como la presencia y el funcionamiento de mecanismos institucionales encaminados a contrarrestar tales injerencias de modo de salvaguardar la imparcialidad del juez. Esto, dado que los Estados, en particular, los poderes judiciales, deben contrarrestar o contener presiones e interferencias, sin pretender su completa anulación. De hecho, la existencia de presiones es inevitable y no necesariamente negativa; en muchos casos es incluso, legítima en tanto opiniones vertidas y manifestaciones públicas que corresponden al ejercicio lícito del derecho de expresión.

El primer aspecto a dilucidar fue el “concepto” de prisión preventiva que enmarcaría la presente investigación. Como se sabe, existe consenso sobre las características cautelares que reviste esta medida, apuntadas arriba, pero permanece abierto un debate en el continente, que trasciende los fines de este estudio pero que se hizo presente en las primeras etapas de esta investigación, acerca del momento procesal en que concluye la presunción de inocencia y se deja la categoría de preso provisorio: para algunos se entiende hasta antes de la condena de primera instancia, y para otros, hasta que se produzca la sentencia firme según la legislación nacional. La diferencia entre una y otra concepción cobra relevancia al momento de precisar cuantitativamente la magnitud de los detenidos en prisión preventiva y las consecuencias jurídicas para am-

bos supuestos son diferentes. Sin embargo, hecha estas precisiones, para efectos de la metodología diseñada, optamos por dejar a salvo a cada autor a cual criterio atendería, en el entendido de que si bien las estadísticas nacionales han sido un parámetro a tomar en cuenta, el objeto mismo del estudio –la relación independencia judicial deficiente y prisión preventiva deformada– es de orden cualitativo y no se vería sustantivamente alterado por la opción que se tomase.

Superado este primer escalón, se partió de la hipótesis de que los funcionarios judiciales de la región son, en menor o mayor medida, vulnerables a presiones externas, legítimas e ilegítimas, que les dificultan interpretar y aplicar la detención preventiva según los parámetros internacionales. En las investigaciones se encontró evidencia cualitativa que confirmó esta hipótesis, al menos para algunos casos con características específicas, como aquellos donde existe una mayor atención mediática, ya sea por el tipo de delito o las condiciones de la víctima o la persona imputada.

La investigación se fundamentó en una combinación de metodologías que se aplicaron en lo sustancial bajo el mismo esquema en los cuatro países. Primero, revisión de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales acerca de la detención preventiva, así como las estadísticas oficiales disponibles para el período entre 2010 y 2012. Segundo, un trabajo de campo consistente en entrevistas a diversos actores relacionados con la cotidianidad de la aplicación de la prisión preventiva. Tercero, un análisis de varios casos concretos en que funcionarios judiciales tomaron decisiones acerca de la detención de personas imputadas, dentro de situaciones de presión externa, o fueron objeto de procesos disciplinarios como consecuencia de sus resoluciones en relación con la prisión preventiva, especialmente en casos donde existía un rechazo público a la medida.

Esta obra que hoy ofrecemos a todo lector interesado, resulta innovadora a nivel de la temática, pues hasta ahora se carecía en América Latina de un estudio comprehensivo que examinara cómo la adopción de decisiones jurisdiccionales sobre el estatus procesal de los imputados penales debe soportar presiones intensas e injerencias indebidas de diversos actores tanto de la Legislatura y el Ejecutivo, como de los medios de comunicación y otros grupos sociales.

Esperamos que el diagnóstico de los problemas identificados y las propuestas para enfrentarlos que se desarrollan en los informes de país y en el análisis comparativo, sean retomados por los operadores de justicia y tomadores de decisión en políticas públicas, particularmente políticas judiciales, para perfeccionar su diseño y mejorar la eficacia de las respuestas institucionales a las injerencias identificadas. En definitiva, confiamos en que esta investigación contribuya a robustecer la independencia judicial a fin de que el juzgador pueda hacer uso de la prisión preventiva en los términos establecidos por la ley y los estándares internacionales.

Katya Salazar
Directora Ejecutiva
DPLF

Leonor Arteaga
Oficial de Programa
DPLF

La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial

Análisis comparativo

Luis Pásara

2013

La imposición de la prisión preventiva (PP), como medida cautelar previa al juicio en el cual el procesado será condenado o absuelto, es un espacio importante para el ejercicio de la independencia judicial. Tanto el fiscal, que solicita o no la medida, como el juez que la dispone o no una vez formulada la solicitud, deben evaluar la condición del procesado y el grado en el cual se cumplen o no los supuestos o requisitos que la legislación dispone para aplicar la PP. Al efectuar esta evaluación, fiscal y juez deben proceder imparcialmente, esto es, en atención a las normas de derecho aplicables y a las circunstancias propias del procesado. Para que esa imparcialidad sea posible, es necesario que cada fiscal y cada juez dispongan de independencia.

La independencia se suele caracterizar en negativo, esto es, como ausencia de presiones o interferencias que estorben o impidan que el operador judicial proceda según su recto criterio. Los resultados del presente estudio sugieren que en la noción de independencia también debe comprenderse, en positivo, la presencia de factores como los mecanismos institucionales de respaldo, cuya existencia y funcionamiento resguarden a jueces y fiscales de las presiones que interfieren en su labor y favorezcan así que se conduzcan imparcialmente. Cuando tales respaldos están ausentes, el fiscal o el juez carecen de apoyos para conducirse con independencia y resultan desprotegidos respecto de las presiones que obstaculizan su trabajo.

Este estudio se centró en el examen de aquellos elementos que, desde fuera del sistema de justicia o desde sus propias instituciones, se convierten en impedimentos para que jueces y fiscales obren con independencia en el momento de adoptar las decisiones concernientes a la PP de un procesado.

La PP es una decisión que, pese a no constituir formalmente una condena, para el procesado equivale a una suerte de antesala de la condena. No obstante que los instrumentos internacionales de derechos humanos –de los cuales son parte signataria los cuatro Estados que fueron objeto del estudio– caracterizan la PP como una medida cautelar excepcional, las estadísticas recogidas en los informes nacionales revelan que, en los hechos, no es, ni mucho menos, infrecuente.

Decenas de miles de personas se hallan en PP en cada país, a la espera del desenvolvimiento del juicio en el que se habrá de decidir si son culpables o no. Mientras tanto, la privación de la libertad es vivida por el ciudadano que está sometido a PP como un adelanto de una condena que aún no ha recibido y que no sabe si, en definitiva, recibirá. Entretanto, es un detenido y esta condición es singularmente severa, dadas las condiciones carcelarias de nuestros países, en las que quienes se hallan en PP ni siquiera ocupan espacios distintos de los que albergan a aquéllos que han sido condenados.

“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general” dispone el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. “En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”, se establece en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, conocidas como Reglas de Tokio. No sólo las crecidas cifras estadísticas sino **el examen de cómo opera la imposición de la PP sugieren que, si bien esta medida no es la regla general, tampoco es utilizada, en verdad, como último recurso. En cierto número de casos es, más bien, el primero.**

Lo que ocurre rutinariamente en América Latina es que el fiscal y el juez intervinientes en el caso prefiguran la responsabilidad del procesado, apenas iniciado el proceso, y adoptan la PP en todos aquellos casos en que el delito revista determinada importancia –según la pena que pudiere corresponderle– y la responsabilidad parezca probable. En este cuadro de la realidad del enjuiciamiento penal, donde las causas se acumulan hasta desbordar la capacidad del aparato judicial, imponer la PP como una de las usanzas burocráticas abarrotadas las prisiones de detenidos sin condena que, en su mayor parte, no pueden pagar un abogado que se encargue de activar el proceso.

En cierta medida, este cuadro se configura a partir de normas de derecho interno que en determinados países no limitan los supuestos de la PP a los previstos en las normas internacionales, esto es, a los casos de peligro procesal: riesgo de fuga y posibilidad de que la libertad del acusado haga factible la alteración de elementos probatorios. En el caso peruano, el numeral 3 del artículo 253 del Código procesal penal incluye entre los fines de la medida cautelar “evitar el peligro de reiteración delictiva”, si bien la jurisprudencia ha focalizado el uso de la PP en torno al objetivo de “Asegurar la futura ejecución penal”. Algo similar ocurre en Colombia, donde el artículo 308 del Código de procedimiento penal incluye entre las causales de procedencia de la PP la circunstancia de que “el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima”, una fórmula que padece de vaguedad y puede dar lugar a interpretaciones extensivas, pero la Corte Constitucional ha interpretado la institución de la PP de un modo que la restringe de manera acorde con los instrumentos internacionales, esto es, como una medida excepcional.

Pero el hallazgo central del presente estudio, a partir del trabajo realizado en los cuatro países¹, es que **la prisión preventiva, en cierto número de casos, se impone en razón de presiones recibidas por fiscal y juez, que les impiden actuar imparcialmente**, en uso de la independencia que es propia del cargo². Estas **presiones operan en dos niveles. De un lado, un clima** –tanto

¹ Los casos estudiados en cada país no fueron elegidos según criterios de representatividad sino por la necesidad de ilustrar cómo actúan las presiones especialmente en procesos que alcanzan cierta notoriedad pública. Como consecuencia, los hallazgos no pretenden ser generalizados a todo caso de PP pero sí ilustran cómo se decide o no el uso de la PP principalmente en aquellos casos que obtienen repercusión social.

² Algunas de estas presiones tienen una base legítima, por ejemplo en el uso de la libertad de expresión. Otras son claramente ilegítimas, como la que una autoridad o un juez superior puede ejercer sobre el juzgador que debe decidir en el caso concreto. El análisis presente comprende ambos tipos de presión.

interno como externo a las instituciones del sistema— **que alienta la utilización amplia de la PP e inhibe su reducción a medida excepcional. De otro lado, diversas prácticas, que, en general en el funcionamiento de la justicia, operan rutinariamente como formas de discriminación en perjuicio de los más vulnerables y como privilegio a favor de quienes tienen acceso a ciertos recursos, afectan de modo significativo las decisiones adoptadas en torno a la PP**³. Esto último significa, como puntualiza el informe de Colombia, que a partir de la información cualitativa se identifica en el estudio “una utilización irrazonable de la prisión preventiva, al menos en casos particulares en los que los funcionarios judiciales se encuentran bajo presión”.

El análisis que sigue busca, primero, desarrollar ese hallazgo a partir de la información provista por los estudios de casos nacionales; segundo, examinar las debilidades institucionales existentes que impiden contrarrestar eficazmente el clima y las prácticas perversas; y, finalmente, explorar los ámbitos en los cuales tendría que trabajarse a fin de superar esta situación problemática*.

1. Clima y presiones en torno a la prisión preventiva

a. Presunción de inocencia vs. inseguridad ciudadana

Tratándose de los países que el estudio ha abarcado, en la atmósfera en la que jueces y fiscales desarrollan su trabajo, se tiende socialmente a asociar la condición de procesado con la de detenido. Esto es, **para el caso de la persona que es sindicada por la policía como responsable de un delito, para quien el fiscal luego ha pedido la apertura de un proceso penal y el juez ha consentido en ello, en una importante medida la ciudadanía ha “naturalizado” la detención en cárcel** como la consecuencia derivada.

Esta idea naturalizada es la que lleva a afirmar a jefes policiales, columnistas de opinión y políticos, “¿Por qué los jueces lo pusieron en libertad, si había sido detenido por haber cometido un delito?”. Integrada esta idea en una mentalidad, no deja espacio para la presunción de inocencia que, al proclamar que nadie es culpable hasta que no haya sido así declarado en juicio, es una garantía fundamental del ciudadano en el funcionamiento del sistema de justicia. Al parecer, en la percepción de determinados sectores, la presunción de inocencia concluye con la detención policial.

Tal percepción desemboca en una amplia indignación social cuando del detenido se dice, usualmente por fuentes policiales, que ha sido capturado en flagrancia. Es suficiente con que la autoridad atribuya al detenido esta condición —que los medios aceptan como un hecho fehacientemente probado— para que la negativa judicial a usar la PP genere perplejidad, rechazo e incluso sospecha. La extendida desconfianza social existente acerca del aparato de justicia, curiosamente en estos casos, no conlleva la conjetura de que el señalamiento policial puede ser parte de un montaje que incluso busque favorecer a un tercero verdaderamente responsable del

³ La corrupción puede ser el factor que explica por qué se ejercen determinadas presiones sobre el sistema de justicia. Sin embargo, el soborno al juez que es competente para decidir sobre un caso de PP no puede ser considerado, sino de un modo impropio y forzado, como una presión. En consecuencia, el asunto quedó fuera del campo de este estudio.

* El autor agradece comentarios y sugerencias de Katya Salazar, Leonor Arteaga, Gabriel Chávez-Tafur y Miguel la Rota.

hecho delictuoso. Basta que la policía señale a alguien como culpable para que se le tenga como tal y, en consecuencia, se exija su detención.

Esa mentalidad conforma un clima social en el que deben desenvolverse los operadores del sistema de justicia. En la constitución de tal clima pesan determinados hechos, el más importante y duradero de los cuales es probablemente el crecimiento de la inseguridad ciudadana –y, sobre todo, la multiplicación de la percepción de inseguridad–, como consecuencia del incremento delictivo que padecen nuestros países.

Determinados factores presentes en el cuadro social pueden hacer que el clima gravite principalmente sobre ciertos delitos, acaso en razón de que en la conformación de ese ambiente también intervienen hechos circunstanciales –como resulta ilustrado por el caso de los serenos de Espinar, en el estudio del caso peruano– que exacerban la atmósfera general en la que ya predomina una percepción de inseguridad. Mientras los hechos sociales más permanentes afectan a los casos que en general ve el sistema de justicia, los vinculados a una circunstancia –como la aparición de un delincuente que reincide en varios episodios o el surgimiento de una ola de determinado delito– repercuten, de manera especial y directa, sobre el caso penal derivado de ella y, posiblemente en el futuro, sobre otros casos que sean considerados similares.

b. Intervención perniciosa de autoridades y políticos

En la constitución del clima social, mayor importancia que los hechos mismos cobra la lectura que de ellos proponen determinados actores. Según muestran los estudios nacionales, entre éstos destacan las autoridades y los medios de comunicación. De ellos provienen las voces que, usualmente en procura de beneficiar intereses particulares, insisten en la magnitud de delito e inseguridad –en ocasiones, amplificándola– y demandan reiteradamente una aplicación rígida y severa de la ley penal, con referencias específicas a la PP⁴, cuya imposición se busca generalizar. “Las demandas de endurecimiento de los sistemas penales y los consiguientes mensajes de aplicación extendida de la prisión preventiva impactan en muchos casos sobre la independencia de jueces y fiscales que deben decidir bajo una intensa presión social y política”⁵.

Los políticos –de gobierno y de oposición– han instalado en su discurso el tema de la inseguridad y la necesidad de combatirla mediante una mayor represión del delito, al tiempo que rehúyen afrontar la cuestión de las políticas de Estado que podrían contrarrestar eficazmente la generación social de la delincuencia. En ese cuadro, sesgado deliberadamente, la aplicación de la PP ha merecido especial atención. Mientras los políticos de oposición, como apunta el informe sobre Argentina, buscan aparecer como portavoces de sentimientos populares generados por la inseguridad, las autoridades de gobierno a menudo pretenden descargar en el sistema de justicia la responsabilidad que les corresponde directamente en el combate de las raíces del fenómeno delictivo.

⁴ Para un ejemplo, en el caso peruano, véase, Perú.21.pe. (2010). *Exigen la detención inmediata de Cacho*. En: [<http://peru21.pe/noticia/663416/exigen-detencion-inmediata-cacho>]. 3 de noviembre.

⁵ ADC, CELS, DPLF, Dejusticia, IDL y otros. (2012). *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington, DC, 1 de noviembre de 2012, p. 20.

Las cúpulas de las instituciones del sistema de justicia con frecuencia participan activamente en la generación y el mantenimiento de ese clima. **Declaraciones procedentes del presidente de la corte suprema, el fiscal general o sus voceros se incorporan en ocasiones a la perspectiva del llamado “populismo punitivo”, que muchos políticos en la región han abrazado,** haciéndose eco de los reclamos de una “aplicación estricta” de la ley en la que parecería no haber lugar para otra medida cautelar que la imposición de la PP. La difusión pública y repetida de estas expresiones hace innecesario, en rigor, que las instituciones emitan formalmente instructivos o directivas respecto de cómo deben actuar sus funcionarios⁶. A éstos les es suficiente leer los diarios o ver los noticieros de televisión para quedar notificados acerca de qué es lo que las cabezas jerárquicas esperan de su desempeño en este terreno.

En el caso de Perú, un órgano del Poder Judicial, la Oficina de Control Interno de la Magistratura (OCMA), encabezado por un miembro de la Corte Suprema –quien en diciembre de 2012 fue elegido para presidir la Corte–, se ha encargado de efectuar una notoria contribución al clima con respecto a este asunto. Sus constantes anuncios públicos de apertura de procesos disciplinarios, en contra de jueces que no han adoptado la PP o que han concedido liberaciones condicionales, hacen parte de la atmósfera vigente en el medio judicial peruano⁷.

Bajos niveles de aprobación

¿Tiene Ud. una opinión favorable o desfavorable del sistema judicial colombiano? preguntó a sus entrevistados la empresa Gallup Colombia en diciembre de 2012; sólo uno de cada cuatro encuestados (25%) respondió “favorable”, pese a que el nivel de aprobación de la justicia en ese país ha sido algo más alto en años anteriores. En Perú, Ipsos Apoyo encontró, también en diciembre de 2012, un nivel de aprobación del Poder Judicial de 19%, porcentaje que corresponde a una tendencia estable en la opinión pública del país. La empresa encuestadora Market detectó en febrero de 2012 que sólo 21% de los entrevistados creía que la justicia ecuatoriana actúa con independencia. En mayo de 2012 la encuestadora Ipsos Mora y Araujo preguntó en Argentina *¿los jueces contribuyen mucho, algo, no contribuyen o son perjudiciales para el país?* Si se suman las respuestas “No contribuyen” (39%) y “Son perjudiciales” (12%) se supera la mitad de los encuestados.

Si se recurre a la información proporcionada por Latinobarómetro, que pregunta cada año por cuánta confianza tiene el poder judicial en los países de la región, al sumar las respuestas “mucho” y “algo” recogidas en 2010, Argentina y Colombia llegaban a 34%, mientras que Ecuador quedaban en 21% y Perú alcanzaban apenas 15%. Debe tenerse en cuenta que la misma pregunta, formulada en 2011, obtuvo en el conjunto de la región respuestas favorables que sumaron 29%, un ligero descenso respecto de la media ob-

⁶ Aun así, como indica el informe sobre Argentina, la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires encontró preciso dictar la resolución 752/2000 que dispone que los fiscales y agentes fiscales agoten los recursos legales “respecto de las resoluciones judiciales que concedan el beneficio de la excarcelación, aún en aquellos casos que se fundamente en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos que la rigen”.

⁷ Para un ejemplo, véase, Perú.21.pe. (2010). *Investigan a la jueza del caso Cacho*. En: [<http://peru21.pe/noticia/660655/investigaran-jueza-caso-cacho>]. 28 de octubre.

tenida entre 1996 y 2010, que fue de 31%. Puede resaltarse que desde 1996 la media regional de respuestas favorables nunca pasó de 36%. En términos más simples puede decirse que, **cuando menos, dos de cada tres ciudadanos latinoamericanos no tienen confianza alguna en la justicia de su país.**

Como se sugiere en el estudio del caso colombiano, en la base de esta adhesión acrítica de las cúpulas institucionales al discurso que reclama mayor represión acaso se halle una búsqueda de legitimación social. Siendo así que en los países estudiados existen, con diferencias correspondientes a cada caso, niveles importantes de insatisfacción social en torno al desempeño del aparato de justicia –que los sondeos de opinión comprueban periódicamente– (ver recuadro), no es de sorprender que las autoridades de sus instituciones tiendan a ensayar gestos que, en razón de hacerlos aparecer identificados con sentimientos populares, pudieran procurar al sistema una mayor aceptación y legitimidad sociales. De ser así el caso –y siendo improbable que el objetivo buscado pueda ser alcanzado–, el efecto secundario –que es clave para el propio sistema de justicia– consiste en la transmisión interna de un mensaje contrario a aquello que normas y principios de derecho imponen al juzgador.

c. Los medios como interferencia

Los medios de comunicación cumplen, en relación con el clima bajo examen, un doble papel. **De un lado, reproducen y multiplican el discurso de aquellas autoridades que proclaman la necesidad de una aplicación vasta de la PP. De otro, generan, por sí mismos, tanto en el manejo de la información como mediante artículos de opinión, elementos para alimentar aquella postulación.**

Columnas y editoriales formulan alegatos que, invocando el problema de la inseguridad ciudadana, se indignan y reclaman regularmente contra una orden de comparecencia dictada por un juez en un caso que ha adquirido notoriedad pública. Pero quizá lo más importante se da en el terreno propio de la producción de la noticia: los títulos de escándalo, el sesgo dado a los hechos y a las decisiones judiciales, y la utilización de las víctimas o sus familiares para incrementar la emotividad del lector son algunos de los recursos que los medios manipulan diariamente para engrosar su audiencia al tiempo de distribuir el discurso que demanda mayor represión en el funcionamiento del sistema penal (ver recuadro).

Justicia y medios de comunicación: dos versiones

Según aquéllos que se desempeñan en tareas judiciales, existe una invasión de los medios de comunicación sobre asuntos que legalmente competen sólo al conocimiento y la resolución de aquel brazo del Estado a quien constitucionalmente corresponde la resolución de conflictos. Tales invasiones, se sostiene, constituyen formas de presión o de interferencia, según la modalidad que usen los medios; pero, esencialmente, todas ellas corresponden a un rol que el periodismo se ha adjudicado y que no se limita, como antaño, a informar sobre los pasos que sigue un caso determinado a través de su procesamiento por la justicia.

Desde el nuevo rol, se realiza una serie de actividades que, en los hechos, configura un proceso paralelo, concerniente a aquellos casos que, debido a algún elemento motivador de interés público, suscitan la atención y cobertura de los medios de comunicación. Se investiga entonces los hechos, se interroga testigos, se sopesa elementos probatorios, se examina y discute hipótesis y, en definitiva, se establece culpabilidades o inocencias. **En el desarrollo de estas diversas actividades, el periodismo no siempre es guiado por el objetivo de informar, plenamente legítimo, sino por motivos como: el propósito comercial de aumentar la circulación o la audiencia del medio, la satisfacción de intereses económicos o políticos vinculados a los propietarios del medio, y la venalidad de algunos periodistas que ponen su labor al servicio de quien pueda recompensarla.**

Aquéllos que se dedican a funciones judiciales usualmente señalan que las consecuencias derivadas de este comportamiento periodístico, que se superpone sobre la tarea judicial, son graves:

- En el proceso paralelo, llevado a cabo en los medios de comunicación, no existe ninguna de las garantías que el proceso judicial otorga, empezando por la presunción de inocencia. El honor de las personas es frecuentemente mancillado en los medios, sin que exista adecuada reparación pública cuando un ciudadano ha sido infundadamente agraviado por una información falsa o lesiva a su honor.
- El manejo de los casos en los medios de comunicación se halla a cargo de personas que no conocen el aparato técnico para considerar profesionalmente hechos, pruebas y normas aplicables. Esto hace que aquellos razonamientos jurídicamente validados para conocer y resolver un conflicto determinado sean ignorados por los medios y sustituidos, en el tratamiento periodístico del asunto, por criterios legos que, pese a ampararse en el sentido común, no resultan adecuados ni legítimos para dar solución al mismo.
- Pese a los dos graves rasgos señalados, propios del proceso paralelo, es éste y no el judicial el que llega a conocimiento y debate de la opinión pública. Limitado por el secreto de la investigación en unos casos, y por una tradición judicial de discreción en todos, fiscal y juez avanzan en el conocimiento del caso que conocen mientras constatan en los medios cómo se difunde públicamente una versión que en ocasiones es muy distinta a la que ellos manejan. **El público, guiado por los medios de comunicación, se configura una imagen del caso a partir de los términos planteados en ellos, lejos del contorno que el mismo va adquiriendo efectivamente en el procesamiento judicial.**
- En las condiciones descritas, se crea un clima social en el que fiscal y juez encuentran acrecentadas dificultades para trabajar con ecuanimidad e independencia de criterio. Los medios producen o exacerbaban expectativas y presiones, en un sentido u otro. Cuando el fiscal o el juez deben tomar una decisión importante en un proceso que recibe atención en los medios, se espera –gracias al clima creado por la información– que esa decisión esté enrumbada en determinada dirección.

- Como consecuencia de lo anterior, cuando la resultante judicial de un caso determinado no coincide con la anticipada en el proceso paralelo, se sospecha de la idoneidad del juzgador, incluso en aquellos casos en los que los medios no lo insinúan abiertamente. Al repetirse esta discrepancia entre ambos procesos –siempre en torno a casos que importan a la opinión pública por su propio mérito o debido a la atención que le dieron los medios–, se alimenta el descrédito del órgano judicial mismo.
- **Los medios, conscientes de la insatisfacción social existente con la justicia, fomentan una suerte de sospecha generalizada sobre su funcionamiento**, a partir de aquellos casos en que la decisión judicial no coincide con el proceso paralelo. La premisa de la cual parten asume –con base en la poca confianza existente en la justicia– que, puesto el ciudadano en la opción de elegir entre una y otra “sentencia”, confiará menos en la judicial.

Los comunicadores, por su parte, ofrecen una argumentación radicalmente contrapuesta acerca del asunto. De inicio, asumen en la práctica de su trabajo cotidiano –aunque no siempre lo expresen formalmente– que todo sistema de justicia, desde la instancia policial hasta la prisión, es una maquinaria estatal que se halla en cuestión debido a no cumplir sus propósitos declarados, y que en los hechos se guía por criterios muy lejanos a aquellos que pueden leerse en las normas legales. Desde esta postura, **los comunicadores sostienen que el descrédito de los organismos judiciales nuestros** –claramente documentado por todo sondeo de opinión pública– **tiene su raíz en la experiencia del ciudadano con la justicia, y no en la imagen que de ella ofrezcan los medios**. El comunicador limita así su papel al de espejo que sólo refleja una realidad lamentable y, en consecuencia, no se considera productor de una imagen negativa de la justicia.

Al mismo tiempo, el comunicador cree percibir en la opinión pública un estado de alta sensibilidad respecto de las instituciones del Estado, en general, y de la justicia en particular. Esa opinión pública, consumidora de los medios de comunicación, es la que exige, según los periodistas, que la prensa independiente avance sin temores ni reparos en el cuestionamiento de la actuación judicial, con el propósito de obligar a que se produzcan cambios en ella. Desde luego, el terreno principal para desarrollar ese cuestionamiento no es la sección de opinión del medio sino las de información, donde a partir de casos concretos se evalúa la calidad del desempeño de los juzgadores.

Una prensa atenta a los problemas que preocupan a la mayoría, se argumenta, debe seguir con interés el tema de la justicia. Más aún, debe ejercer una suerte de vigilancia sobre los casos más importantes que son sometidos a la maquinaria de la justicia, a los efectos de que en ellos se produzca un resultado socialmente deseable o, cuando menos, aceptable; esto es, que no por argucias legalistas o argumentos jurídicos incomprensibles para el ciudadano de a pie, quede sin sanción una transgresión socialmente reprobada.

Desde esta perspectiva, muchos comunicadores consideran que su actuación, lejos de constituir una interferencia con la recta administración de justicia, comporta una contribución nada desdeñable a la misma. Esta tesis cita, en apoyo suyo, aquellos casos que en varios de nuestros países han sido sometidos a proceso sólo después de una intensa campaña periodística de denuncia e investigación, así como aquellos otros casos en los que el trabajo periodístico abrió camino cuando el procesamiento judicial parecía empujado y, por lo tanto, destinado a concluir en nada. Muchos de estos casos emblemáticos se refieren a abusos de poder, donde los jueces tendieron a adoptar una actitud más bien benevolente, que la prensa logró revertir mediante una cobertura intensa. Ambas posiciones y sus respectivas argumentaciones tienen cierto sentido. Algunas de las razones que se esgrimen en cada lado son de innegable validez, dado que expresan preocupaciones legítimas y se apoyan en argumentos sólidos. Precisamente por eso es que se trata de un conflicto complejo de abordar y difícil de resolver.

El desempeño de los medios en los casos criminales parece haberse ampliado con ocasión de adoptarse la reforma procesal penal, como advierte el informe sobre el caso colombiano. Si bien la prensa siempre prestó atención a este tipo de enjuiciamientos, además de la publicidad introducida en el proceso reformado, su carácter adversativo ofrece hoy en día un terreno fértil a la construcción de versiones encontradas acerca de los hechos, que atrae la cobertura periodística, interesada ahora en buscar evidencias, entrevistar testigos y participar, a su manera, en un debate que en rigor corresponde al espacio del juicio.

Un factor que merece especial atención es el tipo de nexo que se ha desarrollado entre la policía y determinados medios de comunicación. Es una relación poco transparente y de doble vía, en la que, de una parte, los agentes proporcionan a los periodistas determinados datos, casi siempre a cambio de que la imagen de su desempeño resulte beneficiada por los medios; y, de otra, los medios hacen suya la versión policial acerca de los hechos y los responsables. De ese vínculo de intercambio –estimulado en ocasiones por pagos a cambio de “primicias” o “exclusividades”– ha nacido la versión acerca de la llamada “puerta giratoria”, esto es, “la policía los detiene y los jueces los ponen en libertad”, que, reiterada por los medios, sugiere negligencia o corrupción en el aparato judicial y aumenta así tanto la presión sobre jueces y fiscales, para que generalicen la aplicación de la PP, como la desconfianza ciudadana sobre el funcionamiento del aparato de justicia.

Según se ve en los informes nacionales, el papel de los medios de comunicación en torno a la PP no es el mismo en los países estudiados. En Argentina, a favor del clima general parece operar, sobre todo, una línea periodística de “persecución” de aquellos jueces y fiscales que se han atrevido a tomar decisiones que no siguen la propuesta de restringir la libertad de los procesados. En Perú, los medios otorgan cobertura destacada a la postura adoptada por la OCMA de anunciar estruendosamente el inicio de procesos internos y la adopción de sanciones disciplinarias. En ese mismo país se observó que la intervención de los medios de comunicación echa mano al recurso del periodismo de investigación para analizar el caso judicial en paralelo y producir sus propias conclusiones que entonces constituyen una plataforma de exigencia sobre

el desempeño judicial⁸. En el caso colombiano, los medios se apoyan en las redes sociales para amplificar la demanda de PP para “presuntos responsables” en casos de repercusión⁹.

En Colombia, un informante calificado fue suficientemente explícito, respecto a la utilización de los medios de comunicación por los abogados, al asegurar que “Lo que no se logra en juicio con argumentos jurídicos, se consigue con indignación y críticas a los jueces a través de los medios”. En Ecuador, los medios públicos se han convertido en una pieza clave de aquello que en el informe nacional se denomina “una política de Estado” contraria a la aplicación de medidas que no sean la PP, pese a la garantía constitucional vigente de que “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena” (artículo 77. 1).

d. Mermas en la condición de jueces y fiscales

Jueces, fiscales y otros operadores del sistema de justicia –como los defensores públicos– parecen ser sensibles a este clima que en los países estudiados alienta un uso amplio de la PP. Es un clima que genera, en los operadores, el temor a ser señalados y cuestionados públicamente debido al uso de una medida alternativa a la de PP. Detrás del señalamiento, que los medios amplifican, usualmente se desliza una insinuación velada –en ocasiones, no tan velada– sobre la existencia de alguna razón turbia para haber adoptado la decisión que se discute. **Por razonable que el fiscal o el juez encuentre el pronunciarse a favor de la libertad del procesado, la posibilidad de enfrentar una aparente indignación social que los medios dicen expresar no es algo deseable**; implica una confrontación desigual en la que quienes atacan la decisión adoptada en uso de la independencia propia de la función cuentan con recursos que fácilmente pueden llegar a ser abrumadores.

Enfrentar esa reacción no resulta sencillo cuando las instituciones del sistema de justicia atraviesan en nuestros países por crisis –vinculadas principalmente a la baja eficiencia y la falta de imparcialidad en su funcionamiento– que se han vuelto endémicas y las han conducido a un bajo reconocimiento social. Pero, en términos personales, **encarar a la opinión pública** –o a aquello que los medios presentan como tal– **es menos factible aún cuando concurren dos circunstancias** adicionales:

- **La primera es que se trate de jueces o fiscales con una pobre formación profesional y/o que han sido designados principalmente en razón de su vinculación con el poder**; como observa el informe de Ecuador, éstos son servidores judiciales que usualmente carecen de seguridad personal en el desempeño del cargo. Esta condición, de un funcionario así empequeñecido, no es infrecuente en la región.
- **La segunda es la anticipación de que la propia institución no defenderá la decisión adoptada** –y en estos casos, como dijo un operador entrevistado en Perú, en definitiva “cada uno se defiende como puede”– e incluso podrá abrir un proceso

⁸ En Perú se identificó un programa de televisión que dedicó espacio de manera sistemática a investigar y “resolver” casos judiciales. Véase: [<https://www.youtube.com/watch?feature=endscreen&v=m7Td1I8G-Gko&NR=1>].

⁹ Véase un ejemplo en El Tiempo. (2011). *Posible detención a Andrés Felipe Arias gana terreno en redes sociales*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9613450>]. 14 de junio.

disciplinario en contra de quien adopte una decisión que contraría el “sentido común” impuesto por el clima que se viene examinando.

El fiscal y el juez pueden sentirse, pues, cohibidos de pronunciarse por la adopción de medidas distintas a la PP, especialmente en los procesos de repercusión pública. Como tendencia, **pueden encontrar que lo más aconsejable, para sus propios intereses, es hacer lo que se espera de ellos, aunque nadie se los haya pedido expresamente.** Es lo que en el informe argentino se denomina la “respuesta adaptativa” del fiscal o el juez, que atiende a la permanencia en el cargo, cuando está designado provisionalmente, a la obtención del ascenso o, más genéricamente, a la utilidad de conservar una buena imagen en los medios de comunicación y ante los políticos que, en un determinado momento, pueden resultar decisivos en su carrera. Hallarse bien ubicado en ese “entramado” de relaciones –al que aluden los informes de Argentina y de Colombia– es de importancia central en una carrera donde méritos y rendimientos no siempre prevalecen a la hora de obtener reconocimiento en el escalafón. El juez o el fiscal que, carente de esa buena “ubicación”, adopte una decisión que contradiga aquello que se espera de él deberá exponerse a la posibilidad de recibir un “castigo” burocrático que, al ser adoptado mediante reglas y prácticas informales, no podrá ser impugnado por quien resulta perjudicado.

También a aquellos operadores del sistema que personalmente encuentran razonable el uso de la PP según los principios constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, el “clima” social e institucional les hace saber que, más allá de sus preferencias, una aplicación acorde puede generarles ciertos riesgos. En otras palabras, **ese clima puede ejercer presión hasta el punto de hacer más costoso, para fiscales y jueces, ejercer su autonomía que imponer la medida de PP** que actores influyentes están esperando que sea aplicada.

Una prueba indirecta acerca de la prevalencia de la adaptación como respuesta reside en el hecho de que, **habiendo procesos disciplinarios por no haber aplicado la PP, no se conocen procesos abiertos por haberla aplicado indebida o arbitrariamente.** Aunque en el estudio de casos nacionales no resultó posible el acceso desagregado a las razones que dieron lugar a la apertura de procesos disciplinarios, diversos entrevistados se refirieron a la incidencia de este factor en el clima creado en las instituciones del sistema de justicia respecto de la PP.

Los informes de cada país han detectado el uso de sanciones o la amenaza de imponerlas. En Colombia, uno de los casos emblemáticos analizados derivó en una sanción aplicada por no haber aplicado la PP y, como observó un entrevistado, el efecto intimidatorio fue bastante amplio. En Ecuador, se tiene constancia de que no sólo el presidente de la República solicitó públicamente¹⁰, y ciertamente logró, que se procesara a ocho jueces que dictaron medidas cautelares distintas a la de PP, que según el criterio presidencial eran inadecuadas; además, el alcalde de Guayaquil también pidió públicamente destituir a determinados jueces por la misma razón¹¹. Un número no precisado de jueces ecuatorianos, en efecto, ha sido procesado disciplinariamente.

¹⁰ Ver, El Universo. (2012). *Rafael pide a Judicatura destituir a ‘malos jueces’*. En: [<http://www.eluniverso.com/2012/05/13/1/1355/rafael-pide-judicatura-destituir-malos-jueces.html>]. 12 de mayo. Las palabras del presidente Correa aparecen en: [<http://www.youtube.com/watch?v=lmIipIrc9mM>].

¹¹ Ver, Ecuadorinmediato.com. (2005). *Alcalde Nebot pide destitución de jueces*. En: [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=16473&umt=alcalde_nebot_pide_destitucion_jueces]. 1 de julio.

te y otro ha sido objeto de procesos penales. En el caso peruano ya se ha hecho referencia al papel de la OCMA y en el caso argentino el informe respectivo señala el uso del llamado juicio político en contra de algunos jueces, especialmente aquéllos pertenecientes a los escalones bajos de la jerarquía. **Aunque aquellos efectivamente sancionados** –mediante procesos administrativos, penales o juicios políticos– **sean pocos, la existencia de procesos abiertos a jueces o fiscales por no haber aplicado la PP constituye una amenaza general**, además del gravamen así

impuesto a quien particularmente se ve expuesto a un cuestionamiento poco o nada justificado y debe afrontar el desgaste de encarar la tarea de su propia defensa.

e. Sesgos en la interpretación de la PP

Como apunta el informe sobre el caso ecuatoriano, el clima o “humor social” generado por las diversas intervenciones antes reseñadas no sólo ha abierto paso a cambios de legislación sino también a criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la PP. El más simple y usual de estos criterios consiste en reducir la decisión sobre la adopción de la PP a un solo factor: la gravedad de la pena, que en la legislación es usualmente listado como uno de varios elementos necesariamente concurrentes. Esta reducción de la base justificativa de la imposición de la PP prescinde de “una discusión realmente individualizada acerca de las necesidades específicas de cada caso”, lo que se vincula “con la carencia de información acerca de las circunstancias que pueden permitir evaluar con cierta profundidad el riesgo que se pretende precaver y las posibles alternativas al encarcelamiento con el fin de conjurarlo”¹².

Tal como resume el informe sobre Argentina, la mera expectativa de que el acusado podrá recibir una pena que, debido a su duración, será de cumplimiento efectivo es “condición necesaria y suficiente” para disponer la PP. Por esta vía, **más que “pena anticipada” lo que ocurre en la audiencia de PP, introducida por la reforma procesal penal, es un “juicio anticipado”:** **al evaluar el peligro de fuga en función de la pena estimada, se pre-juzga la responsabilidad del agente que sólo en el juicio debería ser establecida.** El informe de Colombia interpreta que esta tendencia “puede ser el resultado, al menos en parte, de las presiones recibidas por los funcionarios”.

En estos casos, al proponer el fiscal esta medida cautelar y el juez al adoptarla se imaginan a cubierto del riesgo de quedar expuestos a cuestionamientos en razón de haber usado su propio criterio para evaluar el riesgo procesal específicamente en el caso del individuo encausado. Esta “seguridad” es ganada por el juez o el fiscal al costo de desvirtuar la institución de las medidas cautelares y, lo que es más significativo, al costo de sacrificar la independencia propia del cargo al formular su decisión.

El rumbo sesgado de las decisiones judiciales sobre este asunto pervive incluso cuando, como ocurre en el caso argentino, las entidades teóricamente rectoras de la jurisprudencia –la Corte Suprema y la Corte de Casación, en ese país– han adoptado y mantienen, en relación con la PP, un curso distinto al de las resoluciones corrientes y que sí se halla apegado a las normas

¹² Riego, Cristián. (2010). “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”. En: *Sistemas Judiciales*, año 7, n° 14, p. 9.

internacionales y las constitucionales pero resulta impotente para obligar a las demás instancias a seguir sus criterios. Esta constatación, que en cierta medida se verifica también en otros países estudiados, obliga a buscar las raíces del sesgo que se constata en la interpretación de la PP más allá de los textos normativos y de la línea oficial de la jurisprudencia.

f. Una cultura jurídica tradicional

Se ha interpretado que aquellos cambios que incrementan el uso de la prisión preventiva tienen su origen “fuera de la cultura legal y se imponen a ésta por medio de decisiones legislativas”, además de las presiones ejercidas por actores políticos y medios de comunicación¹³. Esta conclusión parte de un concepto de la cultura legal que atiende sólo a sus componentes teóricos y comprende preferencialmente los desarrollos que la doctrina ha elaborado, pero no toma en cuenta los valores, las creencias y los prejuicios, que no son formulados conceptualmente pero que guían, en los hechos, el comportamiento de los actores. En una comprensión cabal de la cultura jurídica, como el sustrato que desde la mentalidad de los individuos sostiene sus hábitos y prácticas (ver recuadro), la presión ejercida por el clima que se ha descrito no resulta muy extraña ni contraría los componentes tradicionales de la cultura jurídica efectivamente vigente.

El peso de la cultura jurídica institucional

La tradición en la que vive nuestro derecho se condensa en ideas y creencias, valores y discursos, actitudes y comportamientos de los sujetos que viven en el sistema de justicia. La noción de cultura jurídica refiere a un determinado modo de pensar, sentir y actuar en relación con el derecho, que es propio de un grupo social dado. Las nociones y representaciones que integran esa cultura jurídica interesan en la medida en que tienen entidad suficiente para orientar y respaldar conductas. De allí que no pueda pensarse en el cambio de las instituciones sin tomar en cuenta la cultura existente en ellas.

Es más la cultura jurídica que la ley aquello que relega al magistrado latinoamericano a un papel relativamente menor respecto de los procesos que se hallan a su cargo. La mayor parte de fiscales y jueces nuestros están convencidos de que su papel está constreñido a aplicar las reglas creadas por otros. Para afirmar esta creencia, en esta cultura jurídica, se pone de lado sistemáticamente la capacidad discrecional que el magistrado efectivamente tiene por mandato legal.

Ese componente de la cultura jurídica de jueces y fiscales los hace sentirse liberados de responsabilidad respecto a las consecuencias de su decisión; es decir, alienta en ellos la irresponsabilidad respecto de los actos a su cargo, a partir de la creencia en que sólo son aplicadores de la ley que otros hacen. Como el trabajo judicial, así entendido, tiene mucho de rutinario, no es el mejor lugar para abogados creativos o aquellos interesados en la formulación de políticas.

¹³ Riego, Cristián. (2010). “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”. En: *Sistemas Judiciales*, año 7, n° 14, p. 8.

Como funcionarios del sistema de justicia, jueces y fiscales tienen usualmente una cultura jurídica que se asienta en una formación –incluyendo la educación en materia jurídica– limitada, cuando no débil. En la cultura que les es propia, se confunde el conflicto con el proceso judicial. **Al reducir el conflicto entre las partes a su versión procedimental, que el expediente judicial condensa, el funcionario judicial alcanza**

una percepción muy reducida de las raíces del conflicto real y, lo que es peor, no se interesa en ellas.

La postergación o el ocultamiento de la realidad se dan la mano con el legalismo y el formalismo que se hallan constitutivamente presentes en las instituciones judiciales latinoamericanas. El legalismo tiene la peculiaridad de preferir la norma de procedimiento sobre cualquier otra consideración, tanto legal, como constitucional o de valores. El formalismo privilegia el cumplimiento ritual de prescripciones legales, poniendo de lado el sentido con el que fueron establecidas. **En el aparato de justicia se han venido practicando legalismo y formalismo de una manera que intenta, en algunos casos, dejar la vida real fuera de su versión judicial**, prefiriéndose la “verdad del expediente” a la de los hechos.

Es la cultura jurídica, que da contenido a la tradición institucional, la que inhibe la capacidad para adaptarse a circunstancias nuevas o cambiantes e incluso impide reconocer la necesidad de hacerlo. De allí que se considere que el principal objetivo de un proceso de reforma de la justicia sea el cambio de la cultura jurídica institucional.

Las presiones provenientes del clima encuentran, con cierta frecuencia, una recepción favorable en jueces y fiscales precisamente en razón de que la cultura jurídica de los servidores judiciales latinoamericanos reserva un espacio relativamente frágil para los derechos humanos en general, y la presunción de inocencia en particular. Esto explica el hecho de que por iniciativa de los propios operadores se den ciertos usos perversos de la PP, entre los cuales destaca –según se verificó en el trabajo de campo en Colombia– la utilización instrumental de esta medida de coerción con el fin de forzar confesiones o de inducir la admisión de responsabilidad que facilita una terminación anticipada del proceso.

Tales prácticas son parte de una diversidad de instituciones informales que, más allá de lo que dicen los textos legales, se hallan instauradas en los aparatos de justicia y afectan los resultados de los casos que éstos conocen y resuelven. Muchas de esas prácticas operan de manera discriminatoria, esto es, en perjuicio de los más vulnerables. En el caso de la PP, la ilustración más clara de este tipo de práctica es la interpretación que en los hechos se da a la noción de “arraigo” –elemento que casi siempre es exigido legalmente para el otorgamiento de una medida cautelar no privativa de libertad–, que difícilmente da cobertura a desempleados y subempleados o a ciudadanos que habitan una vivienda precariamente. **Se reconoce arraigo, según esta interpretación extendida, a quienes tienen un trabajo formal y estable, son propietarios de una vivienda o la alquilan duraderamente, tienen una relación conyugal formalizada, etc. Son todas condiciones que no reúnen la mayoría de ciudadanos latinoamericanos y, todavía**

menos, aquéllos sometidos a proceso, que no provienen usualmente de los sectores sociales mejor establecidos. En contraste, existen prácticas instituidas que llegan a ejercer presión, en torno a la PP, a favor de quienes tienen más recursos. Abogados de prestigio e influencia, así como relaciones y contactos en altas esferas, resultan de gravitación decisiva en el momento en que el fiscal y el juez tienen que optar entre la PP y una medida alternativa.

No obstante, debe notarse que, tanto en Colombia como en Perú, entre los casos estudiados apareció el sesgo inverso; esto es, el riesgo de que bajo el discurso de “nadie está por encima de la ley” se cometan arbitrariedades contra procesados de un nivel social medio o alto. El procesamiento de un personaje de la televisión peruana, que fue uno de los casos emblemáticos del estudio, sugiere que ser “rico y famoso” puede contar en contra respecto de la PP, cuando el hecho bajo juzgamiento genera una fuerte reacción social contra el procesado y entonces la imposición de la medida cautelar es presentada oportunamente por las autoridades como una suerte de reivindicación del sistema.

En términos generales, cierta racionalidad –que puede no ser del todo consciente en los sujetos– preside un uso más bien amplio de la PP. El sistema necesita responder a la demanda social que es impulsada por la inseguridad, en condiciones en las que, de un lado, no todo lo que ingresa puede ser procesado por el sistema y, de otro, la grave insuficiencia en la capacidad investigadora –que padecen nuestros aparatos de justicia– reduce la posibilidad de éxito en la persecución penal. **El sistema busca entonces alguna respuesta, que viene a recaer sobre quienes tienen menos capacidad de defenderse,** tanto jurídica como socialmente, condición que se demuestra en la alta recurrencia de detenidos en PP a los mecanismos de defensa pública. **La PP incide sobre ellos en procura de un efecto de demostración, para dar a entender que el sistema sí funciona;** si posteriormente no se les puede condenar por falta de pruebas, el deslumbrador efecto de imagen dado por la aplicación de la PP –que de no haber sido utilizada no se hubiera logrado –, contribuyó en su momento a dar la apariencia de que algo se hace. Este tipo de funcionamiento –que los informes de Argentina y Colombia han puesto de relieve– resulta agravado allí donde la PP no tiene un límite temporal fijado legalmente y en aquellos países donde la legislación ha introducido “excepciones” a los principios que rigen la PP, en razón de la gravedad del delito por el que se procesa, haciendo obligatorio para el juez imponer esta medida cautelar a los procesados por determinados tipos delictivos.

g. Respaldo popular a la “mano dura”

Este extendido uso de la PP, que es contrario a aquello que tanto las normas internas como los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen, es pues promovido desde el nivel de las autoridades, propagado por los medios de comunicación y recibido con cierta complacencia por una porción indeterminada de los propios operadores del sistema. Pero tal uso “recibe un gran respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos”¹⁴; sin ese respaldo, que proviene de la cultura jurídica o cívica instalada en la mayoría de la población –y que las circunstancias de inseguridad sólo exacerban–, sería difícil que la PP se utilizara del modo en que se utiliza.

¹⁴ Riego, Cristián. (2010). “Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina”. En: *Sistemas Judiciales*, año 7, n° 14, p. 8.

El sostén popular al uso extenso de la PP corresponde al hecho de que tampoco entre la ciudadanía la presunción de inocencia se halla firmemente instalada, al tiempo que el respeto a los derechos humanos no recibe prioridad cuando de enfrentar al delito se trata. Además, **en la percepción social el sistema de justicia está bajo sospecha; se sabe que los juicios no sólo son largos sino que su transcurso es azaroso y su resultado, incierto. En esas condiciones, la PP es vista como una pena aplicada a cuenta; ante el riesgo de que finalmente no se condene a nadie, parece encontrarse algún consuelo en que por lo menos alguien recibió ese adelanto de sanción;** especialmente si de ese alguien se dijo en su momento que fue detenido en flagrancia. Que, en definitiva, no sea culpable es algo que se anticipa difícil de determinar –dadas las limitaciones, prejuicios e ineficiencias del sistema– y, en consecuencia, no constituye un argumento que socialmente sea demasiado convincente.

h. El uso de la PP, una política pública no escrita

Todos estos factores hacen del uso amplio de la PP una política pública no explícita según la cual los operadores del sistema de justicia trabajan dentro de un clima que desaconseja utilizarla como medida excepcional o último recurso y están sujetos a presiones, en casos específicos, que conducen a un manejo más bien arbitrario de esta medida cautelar. En el caso peruano, el estudio detectó el uso de “conversaciones directas” de autoridades con el fiscal o el juez intervinientes en el proceso; uno de los casos emblemáticos analizados incluyó una publicitada concertación de autoridades –el presidente de la República, el presidente de la Corte Suprema y el Fiscal General– que desembocó en el sometimiento de ese proceso judicial a un tribunal distinto al legalmente previsto, como resultado de lo cual se dictó órdenes de PP contra los procesados.

El examen de la presión ejercida sobre las fiscalías en casos concretos obtuvo algunas evidencias sobresalientes tanto en el caso de Colombia como en el de la provincia de Buenos Aires. En el trabajo de campo se recogió testimonios y referencias acerca del uso de presiones y amenazas que, sobre todo, valiéndose de los traslados y las reasignaciones gravitaban sobre el fiscal a cargo de un caso que había concitado el interés de alguien con poder suficiente para movilizar estos recursos.

Pero, sin duda alguna, entre los cuatro casos nacionales que fueron materia de estudio en el proyecto, el de Ecuador constituye un asunto especial. De un lado, como se ha visto antes, el clima en contra del uso de la PP ha sido alimentado por las autoridades, encabezadas al efecto por el Presidente de la República¹⁵, hasta el punto de llevarse a consulta popular en 2011 la reforma de los artículos constitucionales sobre la PP¹⁶ y denunciarse a los jueces que utilizaban otras medidas cautelares¹⁷. De otro lado, en casos específicos que concitaron el interés del go-

¹⁵ Sobre las expresiones del presidente Correa acerca de los jueces y la PP puede verse, entre otros ejemplos, elciudadano. gob.ec. (2012). *Jueces y fiscales que propician la impunidad serán denunciados públicamente*. En: [http://elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=31642:jueces-y-fiscales-que-propician-la-impunidad-seran-denunciados-publicamente&catid=40:actualidad&Itemid=63]. 31 de marzo.

¹⁶ Para un análisis de la consulta popular de 2011 en Ecuador, véase de Ávila, Ramiro. (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador*. Quito. Fundación Rosa Luxemburg, pp. 293-307. Disponible en: [<http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>].

¹⁷ Ver, La Hora. (2012). *Serrano advierte acciones penales contra jueces que se 'burlan dando medidas sustitutivas'*. En: [<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101320509/-1/Serrano%20advierte%20ac>

bierno, las autoridades han echado mano a una serie de recursos inusuales –como la asistencia de ministros de Estado a audiencias judiciales o la presencia de evaluadores gubernamentales en diversos actos del proceso– que evidentemente persiguen intimidar al juez. Si a ello se suma la apertura de procesos disciplinarios, algunos de los cuales han terminado en la destitución del juez que no ordenó la PP, el caso de Ecuador adquiere en este análisis comparativo un perfil gravemente distintivo.

2. En el aparato de justicia, debilidades institucionales concurrentes

Los operadores del sistema de justicia trabajan sobre la PP afrontando una serie de flaquezas propias de sus instituciones, que el informe de Colombia llega a caracterizar como constitutivas de un clima hostil. Específicamente respecto del asunto que es materia de examen, tales debilidades pueden ser ordenadas en dos secciones. La primera corresponde a la inhabilidad institucional para desarrollar líneas de comunicación, limitación que desemboca en la incomprensión social del trabajo realizado y facilita su manipulación por aquellos interesados que tengan el poder para hacerlo. La segunda guarda relación con la falta de apoyo y de respaldo adecuados a quienes trabajan en la institución, lo que conduce a la necesidad de afrontar en soledad situaciones difíciles –en torno a la PP como en relación a otros asuntos conflictivos– que llegan al cuestionamiento y el maltrato públicos del funcionario.

La segunda debilidad se ve sensiblemente agravada por el uso de los procesos disciplinarios como instrumento de sanción –o, cuando menos, de amedrentamiento– para inducir a jueces y fiscales a la adopción de un manejo de la PP que se acomode a lo que el clima general –promovido por declaraciones de autoridades y sostenido por los medios de comunicación– espera de ellos.

a. Incapacidad de comunicación

“Los jueces hablan a través de sus decisiones” es un principio tan repetido como erróneo. Como ha quedado ejemplificado en los estudios nacionales –especialmente en el de Argentina y el de Colombia–, **una de las mayores deficiencias de las decisiones judiciales y de los dictámenes fiscales en nuestros países se halla en que los textos están insuficientemente razonados y pobremente redactados**. A ello hay que agregar un vicio tradicional en la cultura profesional de la región: el abuso de una jerga utilizada sólo por los abogados, que por consiguiente excluye de la comprensión al resto de los ciudadanos, incluidos ciertamente quienes son partes en el proceso.

Las decisiones sobre PP, igual que respecto a cualquier otro asunto, necesitan ser justificadas de un modo que las sitúe al alcance del ciudadano de a pie. Con frecuencia, asistir a una

ciones%20penales%20contra%20jueces%20que%20se%20'burlan%20dando%20medidas%20sustitutivas'.html]. 26 de abril; y [ecuador.inmediato.com](http://www.ecuadorinmediato.com). (2012). *Ministro del Interior presenta denuncia por prevaricato en contra de 3 jueces del Azuay*. En: [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=167169&umt=ministro_del_interior_presenta_denuncia_por_prevaricato_en_contra_3_jueces_del_azuay]. 13 de febrero.

audiencia de PP es una ocasión demostrativa de que los principales actores –juez, fiscal y defensor– hablan entre sí valiéndose de un código lingüístico que deja fuera al procesado. Esto ocurre incluso cuando el juez dirige alguna pregunta al procesado, que entonces debe serle “traducida” por su abogado para que pueda responderla. Al final del acto procesal es frecuente que el procesado deba preguntar a su abogado qué fue lo que ocurrió, en su presencia pero sin su comprensión, y cuál es su suerte.

En medio de esta rutina envidiada se generan explicaciones que distan de ser claras, tanto para el ciudadano que eventualmente asista a un acto procesal de este tipo como para el informador que deba transmitir luego al público lo que sucedió en él. Jueces y fiscales se quejan a menudo de que los periodistas tergiversan sus expresiones. No es de sorprender que así ocurra. Aunque en ciertos casos en efecto lo publicado corresponda a una manipulación malintencionada, es necesario tener presente que la obligación del informador es hacer comprensibles los hechos; sin embargo, en estos casos el periodista puede verse en el difícil trance de hacer comprensible aquello que no entendió.

Nuestros sistemas de justicia necesitan en materia de comunicación –y no sólo en relación con la PP– una transformación radical que parta del principio de que la justicia no es asunto sólo de abogados ni de entendidos sino que importa, interesa y concierne a todos, empezando por aquél que se sienta –como denunciante, testigo o procesado– ante un tribunal. Todos tienen derecho a entender el proceso y por qué transcurre así y no de otra manera (ver recuadro). Nuestros aparatos de justicia no se han hecho cargo de este derecho ciudadano, han mantenido la comunicación de procedimientos y decisiones en clave para iniciados y, al alimentar de este modo temores y sospechas, se han alejado de la legitimación social.

El derecho a comprender

“Una justicia moderna es una justicia que la ciudadanía es capaz de comprender. [...]”

[En España] un 82% de los ciudadanos considera que el lenguaje jurídico es excesivamente complicado y difícil de entender. [...] A menudo, las personas que acuden ante un tribunal no entienden bien la razón por la que han sido llamadas y, muchas veces, salen sin comprender el significado del acto en el que han participado o las consecuencias del mismo.

El Estado de Derecho exige asegurar que se comprenden los actos y las normas jurídicas.

La claridad en la expresión oral y escrita de los profesionales del derecho incrementa la seguridad jurídica, permite que las personas conozcan sus derechos y obligaciones, sepan cómo y ante quién hacerlos valer e incrementa la confianza y participación en las instituciones.

La ciudadanía se relaciona continuamente con jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, demás funcionarios de la Administración de Justicia, abogados, procuradores, notarios, registradores o graduados sociales. Por ello, estos profesionales tienen

la responsabilidad de hacerse comprender, de expresarse con claridad. Ese equilibrio complejo entre precisión técnica y claridad es el que define la excelencia en los buenos juristas.

El profesional del derecho debe esforzarse por ser claro y hacerse comprender, de la misma forma que el profesional de la sanidad, por ejemplo, adapta su lenguaje para que el paciente y su entorno le comprendan. Sin embargo, los estudios realizados en esta Comisión confirman que, en ocasiones, **la necesaria especialidad del lenguaje jurídico se confunde con un lenguaje opaco, arcaico y encorsetado en formulismos que dificultan la comprensión.** [...]

El empleo de un lenguaje técnico o especializado es común a todas las profesiones, incluidos los profesionales del derecho. El lenguaje que emplean estos, sin embargo, suele ser considerado por la ciudadanía particularmente difícil de comprender, oscuro e incluso críptico.

El empleo de formas lingüísticas arcaicas, ancladas en otras épocas, o el uso de locuciones latinas sin adjuntar traducción, refuerza sin duda esta asentada percepción social.

Para mejorar la claridad, los profesionales del derecho han de explicar o “traducir” estos particularismos lingüísticos que continúan replicándose en formularios, plantillas, resoluciones judiciales, contratos y otros documentos jurídicos y sustituirlos, en el caso de que sea posible, por términos del lenguaje común.

Esta comisión no comparte la apreciación de quienes consideran que estas formas lingüísticas son herramientas insustituibles de trabajo y signo de distinción de la profesión. [...] **es posible una justicia comprensible que respete las exigencias propias de una correcta técnica jurídica.**

La forma en que se expresan los profesionales del derecho ha de regirse por valores propios de la modernidad, como la transparencia y la claridad. En suma, el registro léxico empleado por aquellos debe adaptarse siempre al destinatario con el que se relacionan y, en aquellos casos en que estos no sean juristas, evitar las expresiones oscuras y explicar el significado de los términos técnicos.

Mejorar la claridad del lenguaje jurídico fortalece el Estado de Derecho. En este sentido, las instituciones son esenciales para consolidar las mejores prácticas entre los profesionales del derecho. Para ello, se requiere un conjunto de políticas públicas, y también la colaboración y coordinación entre instituciones. [...] Todas las instituciones implicadas tienen la responsabilidad compartida de tomar medidas para garantizar el derecho a comprender?”

Extractos del *Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico*. 2011. Madrid.

b. Jueces y fiscales en soledad

La segunda área de endeblez institucional que compromete el funcionamiento de la PP corresponde a la soledad en la que fiscales y jueces deben desempeñarse. Ciertamente, ésta ha sido una característica del trabajo judicial, que ni siquiera ha contado con el concurso de asistentes especializados para auxiliar el trabajo del funcionario; al tiempo de que los tribunales integrados por varios jueces son una excepción, la mayoría de jueces y fiscales realizan su trabajo aisladamente. Este hecho opera en contra del servidor judicial cuando debe enfrentar situaciones especialmente complicadas, sea por la naturaleza del proceso a su cargo, sea por las presiones y reacciones sociales generadas en torno a él.

Por lo general, las instituciones del sistema de justicia mantienen en el aislamiento usual a los funcionarios que enfrentan un trance complejo. Es un aislamiento que abarca tanto el momento previo a la toma de una decisión difícil como el posterior. Salvo los espacios provistos por relaciones de amistad –no demasiado frecuentes en estos ambientes institucionales–, **el juez y el fiscal no tienen en quién apoyarse para intercambiar una opinión, recabar un criterio o anticipar una reacción. El asunto se torna especialmente arduo cuando el servidor judicial debe encarar una respuesta adversa que los medios de comunicación amplifican.** La institución usualmente lo deja que enfrente la marea por sus propios medios, que ni siquiera ha tratado de mejorar y fortalecer en los proyectos de formación y capacitación que, pese a su amplitud y diversidad, generalmente no abordan estos temas.

El fiscal y el juez que se ven en medio de un caso públicamente controvertido pueden ser buenos –o muy malos– comunicadores, a la hora de explicar la posición que han adoptado. Pueden tener o no las habilidades necesarias para defender la decisión que tomaron, cuando ésta resulta agresivamente cuestionada. En esa circunstancia, que puede llegar a ser muy difícil, cada quien depende de sí mismo. **La institución parece estar atenta al momento en que, en medio de las dificultades, cometa un error susceptible de ser sancionado. Se le abrirá entonces un proceso disciplinario, sin antes haberle facilitado soporte alguno.**

Las debilidades institucionales afectan individualmente al funcionario, exponiéndolo a cuestionamientos a veces injustificados y eventualmente malintencionados. Pero los resultados comprometen a la institución misma. Cuando el proceder de un fiscal o un juez es objeto de sospecha o de impugnación que en definitiva no resultan claramente despejadas, es el aparato de justicia quien resulta el principal perdedor. El sujeto zarandeado –con buenas o malas razones– probablemente sufra e incluso puede que resulte afectado por la pérdida del cargo. Pero esa pérdida es relativamente menor si se la compara con la merma en la credibilidad de la institución que permaneció indiferente ante la circunstancia comprometida por la que hubo de transitar uno de sus miembros.

Nada de lo anterior, por cierto, está dicho para lamentar la suerte de quien delinque en el ejercicio de la función que le ha sido encomendada en el aparato de justicia, ni para fomentar un pernicioso espíritu de cuerpo en cuyo nombre se tolere o incluso se encubra comportamientos irregulares. Se trata, más bien, de objeciones a **un funcionamiento institucional que no prepara a jueces y fiscales para enfrentar situaciones críticas que se derivan del ejercicio del cargo, ni pone a su disposición servicios institucionales de respaldo que lo apoyen en términos de comunicación y otros que resulten oportunos.**

c. Carencias en la información

A las dos áreas de flaqueza institucional examinadas, la realización misma de este estudio permite agregar una tercera, de efectos y alcances más amplios: la falta de información o la falta de acceso a ella, cuando existe. Como se ha anotado en los informes nacionales, en cada caso se tropezó con datos que no existían o que, de existir, no estaban al alcance de los investigadores. En particular, el trabajo encontró el área más oscura en los procesos disciplinarios; tratándose de éstos, en los cuatro países fue imposible averiguar cuántos casos correspondían a cuestiones vinculadas a decisiones atinentes a la PP.

El problema de la falta de información, o de acceso a la información, no es nuevo en nuestros aparatos de justicia y el vistoso despliegue de portales electrónicos o páginas web no lo ha resuelto en la mayor parte de la región. Que no se le haya encontrado solución satisfactoria guarda relación con la cultura institucional de estos sistemas de justicia, en la que el dato empírico no encuentra un lugar importante ni alimenta decisiones de política institucional que se adoptan, más bien, según pareceres y voluntades tan cambiantes como la composición de las cúpulas jerárquicas. En ese entorno, el dato cuantificado puede ser incluso amenazante al revelar una incongruencia, una debilidad o, peor aún, determinados sesgos en el proceder de la institución. De allí la desconfianza que investigaciones e investigadores usualmente generan en las instituciones de justicia. **En vez de trabajar con hechos y cifras, se prefiere recurrir a imágenes formalizadas de la justicia o refugiarse en respuestas cliché que se suelen amparar en el texto de la ley.** En suma, no se aborda la realidad del sistema de justicia; se opta por una descripción que transcribe el mandato legal.

Cuanto menos datos, mejor, parece ser la consigna silenciosamente transmitida en diversas fiscalías y cortes. En este trabajo se encontró esa barrera en diversos momentos, pese a que se echó mano a todos los recursos posibles, incluso a las acciones previstas por las normas sobre acceso a la información. Al hacerse habitual, **este comportamiento se convierte en debilidad porque priva a la institución del conocimiento de sí misma y, en consecuencia, la inhabilita para advertir errores y formular políticas encaminadas a reformarse y mejorar.**

3. Recomendaciones para el cambio

El trabajo hecho mediante este estudio ha comprobado que el problema fundamental en torno a cómo funciona la PP no debe ser buscado en normas legales que tengan que ser modificadas o mejoradas. Como se recordó en este análisis comparativo, si de normas se trata, basta con las contenidas en las normas internacionales de derechos humanos que, de acuerdo a las constituciones de los cuatro países, tienen preeminencia frente a la ley interna y, en consecuencia, así deben ser –en teoría– reconocidas por los operadores del sistema. **Si en los hechos la PP no opera como “medida excepcional” y “último recurso”, no se debe principalmente a alguna deficiencia normativa sino a que existen ciertas interferencias en la imparcialidad con la que debe proceder a la hora de solicitar, el fiscal, e imponer, el juez, las medidas cautelares al procesado en una causa penal.** Dicho en otras palabras, las normas legales podrían, y deberían, ser perfeccionadas pero, aún después de tales reformas, las interferencias podrían subsistir en detrimento de un uso adecuado de la PP.

De esas interferencias, que afectan la independencia judicial, se ha ocupado básicamente el trabajo. Las ha identificado en dos niveles: como un clima inhibitorio del uso de medidas alternativas a la PP, que es alentado por las autoridades y multiplicado por los medios de comunicación; y como presiones específicas en casos concretos, que proceden desde dentro y desde fuera de las instituciones, a fin de inclinar en un sentido o en otro la posición del fiscal o del juez.

Las recomendaciones tienen que orientarse, pues, a contrarrestar o contener las interferencias, dado que no sería sano ni realista plantearse la posibilidad de desterrarlas. Como puntualiza el informe de Colombia, la existencia de presiones es inevitable y, en muchos casos, legítima en tanto opiniones vertidas y manifestaciones públicas corresponden al ejercicio legítimo del derecho de expresión y del derecho ciudadano a la información, derechos ambos que abarcan el cuestionamiento de la actuación de la justicia.

En dirección a contrapesar las presiones legítimas y neutralizar, hasta donde sea posible, las ilegítimas, se plantean en lo que sigue tres ámbitos en los cuales resulta necesario y posible trabajar sobre medidas y actividades institucionales.

El primer ámbito corresponde al acompañamiento institucional que debe resguardar a fiscales y jueces.

- El servidor judicial debe ser entrenado adecuadamente para manejarse en situaciones de alta controversia social –tanto cuando los motivos de ésta sean genuinos como cuando resulten producto de la manipulación de los medios por grupos interesados–, en las que será objeto de presiones, antes de decidir, y de críticas y cuestionamientos, después de haber decidido.

Desde luego, este entrenamiento –que debe pensarse como práctico, basado en ejercicios y no en conceptos o teorías– no sólo será de utilidad en los casos de PP, pero resultará de especial rendimiento en torno a éstos.

- Las instituciones del sistema deben diseñar y habilitar espacios de consulta, intercambio y apoyo para los funcionarios que enfrentan casos especialmente controvertidos y tienen alta repercusión en los medios de comunicación.

Sin que el funcionamiento de tales mecanismos interfiera con la independencia de criterio del juez o fiscal, debe proveérsele del soporte proveniente tanto de otros servidores judiciales como de profesionales especializados tales como psicólogos, comunicadores, etc., que le ayuden a solventar las dificultades mayores que enfrente en estos casos.

El segundo ámbito es el de los procesos disciplinarios que, como se ha visto, resultan un campo crítico de posibles interferencias en la independencia judicial y cuyo actual funcionamiento opaco viene a concurrir como agravante de la situación de fiscales y jueces.

- Los procesos disciplinarios contra fiscales y jueces deben estar dotados de la mayor transparencia. Además de la más clara tipificación de las faltas en las leyes y normas reglamentarias, se requiere que el procedimiento se limpie de enturbiamiento alguno

para el servidor judicial encausado y esté sujeto a escrutinio público. La decisión que ponga fin al procedimiento debe ser minuciosamente motivada e, igual que toda la información acerca de estos procesos, resultar accesible a cualquier persona interesada.

- El uso arbitrario o inmotivado de la PP debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales.

A este respecto cabe una especial responsabilidad a las ONG y otras entidades de la sociedad civil que ejercen vigilancia sobre el sistema de justicia, en cuanto deben denunciar a fiscales y jueces que abusan de la PP, desvirtuando el carácter excepcional y de último recurso que la caracteriza jurídicamente.

- Las autoridades institucionales deben abstenerse de emitir públicamente opiniones sobre decisiones adoptadas por fiscales y jueces, que, en su caso, sólo podrán ser motivo de revisión por la instancia pertinente o de proceso disciplinario a cargo del órgano competente. Ni las instancias jerárquicas ni los órganos disciplinarios deben cuestionar, y menos sancionar, al juez o al fiscal por el uso de determinado criterio jurisprudencial.

En el caso de los ministerios públicos, es necesario delimitar claramente los márgenes del encuentro entre el carácter jerárquico de la institución –y la adopción de políticas de persecución plasmadas en instrucciones generales– y el respeto al criterio propio del fiscal que está a cargo del caso.

El tercer ámbito de recomendaciones corresponde a las relaciones entre el sistema de justicia y los medios de comunicación; si estas relaciones no se modifican, resulta arduo para fiscales y jueces adoptar decisiones en materia de PP haciendo uso de la debida independencia que es propia de sus cargos.

Debe destacarse que, en los últimos años, el problema de las relaciones entre la justicia y la prensa ha sido debidamente identificado. Del lado de la justicia se ha denunciado los llamados “juicios paralelos” mediante los cuales prensa, radio y televisión investigan, “juzgan” y establecen responsabilidades antes de que la justicia lleve a cabo la labor que le es propia. Del lado de los medios se ha denunciado no sólo el retardo sino, en diversos casos, la inacción de la justicia cuyo aparato sólo ha venido a ser activado precisamente por la atención mediática. Cargos y acusaciones –incluyendo el siempre presente factor de la corrupción– han ido en una y otra dirección. El mayor resultado de estos intercambios ha consistido en actividades de capacitación para periodistas encargados de casos judiciales que, en general, no parecen haber dado como resultado un cambio significativo en la situación problemática. La justicia sigue enfrentando dificultades para comunicarse públicamente y los medios continúan informando sobre casos en proceso, con un manejo poco preciso, frecuentemente precipitado y en ocasiones turbiamente orientado.

En ese contexto de experiencias no muy fructuosas, se propone:

- Diseñar una política de comunicación en cada institución del sistema de justicia que no sólo considere el uso de voceros para su comunicación pública –con espe-

cial atención a las decisiones judiciales– sino que encare la tarea de transformar el lenguaje utilizado en procesos y actuaciones de modo que, sin comprometer la esencia de la legalidad, tales actos resulten comprensibles, en sentido y resultados, al ciudadano promedio.

- Crear mecanismos de vinculación entre las instituciones del sistema de justicia y los medios de comunicación –o reformular los existentes–, de modo que la información estrictamente no reservada sobre la actuación de la justicia sea provista de manera pronta y clara para su difusión pública.
- Establecer un espacio de diálogo regular entre las cúpulas de las instituciones del sistema y los directores de los principales medios de comunicación, acerca de las dificultades que enfrentan unos y otros en torno al tema, con particular atención a los derechos humanos afectados en ámbitos como el de la PP.
- Gestionar el establecimiento y la ampliación de espacios mediante los cuales se efectúe una difusión masiva en torno al funcionamiento de las instituciones del sistema de justicia, la manera en que se desenvuelven los procesos judiciales más frecuentes y el significado de sus fases más importantes. Tales espacios deben comprender desde el sistema escolarizado hasta los medios de comunicación masiva.

**Independencia judicial
insuficiente, prisión preventiva
deformada
Informe Argentina**

CELS

2013

Índice

1. Introducción	31
2. Régimen legal de la prisión preventiva	34
a. Normativa	34
b. Jurisprudencia	37
3. Estadísticas	40
4. Interferencias	40
5. Actores que interfieren	45
a. Crimen organizado.....	45
b. Autoridades públicas	46
1) <i>La Policía</i>	46
2) <i>Actores de la política partidaria</i>	47
c. Medios de comunicación	49
d. Presión de las víctimas	50
e. Efecto conjunto de los factores de presión	52
f. Jueces objeto de presión	52
6. Carencias o debilidades institucionales	53
7. Dificultades de acceso a la información	56
8. Conclusiones	57
a. Prisión preventiva	57
b. Presiones o injerencias no legítimas.....	57
c. Viejas prácticas, nuevas presiones	60
9. Recomendaciones	61
Referencias bibliográficas	62

Los anexos a los que se hace referencia en el presente informe se encuentran disponibles
en el sitio web de la Fundación para el Debido Proceso

<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>

1. Introducción¹⁸

En este informe analizamos las interferencias y presiones a los funcionarios del Poder Judicial en relación a sus decisiones de aplicar o no la prisión preventiva, incluso, en casos en los que lo que está en juego es la libertad de las personas que atraviesan el sistema penal. Presentamos un análisis de casos que tuvieron lugar en la Provincia de Buenos Aires, donde este tipo de intromisiones se ha dado con mayor frecuencia, y tiene un fuerte impacto en el resto de las jurisdicciones. Analizamos también los mecanismos institucionales encaminados a contrarrestar tales situaciones.

Para realizar este relevamiento nos centramos en el análisis en profundidad de cinco casos en los que se advirtieron presiones a funcionarios judiciales por sus decisiones de usar la prisión preventiva o de conceder la libertad. Es importante tener en cuenta que, en el contexto argentino, las presiones a los judiciales no tienen lugar previo a sus decisiones procesales, sino luego de que imputados a su cargo son señalados como sospechosos de haber cometido un crimen de alta repercusión pública. En este sentido, en cada uno de los casos relevamos información sobre los procesos judiciales que dieron lugar a las presiones y sobre los procesos disciplinarios iniciados (en los casos en que estas denuncias se formalizaron, por ejemplo, a partir de la promoción de juicios políticos), y complementamos estos datos con información periodística y entrevistas. En cada caso, tuvimos en consideración los actores que de alguna manera participaron en estas presiones (funcionarios públicos, medios de comunicación, asociaciones de víctimas, entre otros) y sus consecuencias. Este relevamiento fue complementado con el análisis de normativa y aspectos institucionales que afectan el uso de la prisión preventiva, y con una mirada concreta respecto del funcionamiento de los procesos disciplinarios en la Provincia. Como información de contexto, se consideró, además, información estadística sobre el uso de la prisión preventiva.

Cabe señalar que este trabajo se enmarca en un proyecto regional, que permite considerar este fenómeno en distintos contextos, teniendo una mirada más amplia sin perder las particularidades de cómo se desarrolla en cada país.

El artículo se divide en varias secciones. En primer lugar, presentamos algunas consideraciones respecto del régimen legal de la prisión preventiva en el ámbito de la justicia nacional y de la Provincia de Buenos Aires. En segundo lugar, analizamos de qué manera operan las interferencias a la independencia judicial respecto de las decisiones de prisión preventiva y de libertades en general, qué formas adquieren, qué estrategias se implementan. A continuación, estudiamos la forma en que distintos actores promueven las presiones a los funcionarios judiciales, y hacemos mención a casos específicos. Luego, consideramos los mecanismos institucionales que podrían servir de contención o paliativo a las presiones estudiadas, y las deficiencias de estos dispositivos. Asimismo, incluimos un breve apartado sobre las dificultades para acceder a información oficial sobre el tema en estudio. Y, por último, presentamos las principales conclusiones del estudio, y hacemos recomendaciones que surgen de este análisis.

¹⁸ Esta investigación fue realizada por Mariano Gutiérrez, abogado e investigador del Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Sociología de la Universidad de Buenos Aires, con la colaboración de Anabella Museri y Paula Litvachky, integrantes del CELS.

Dada la complejidad de las cuestiones a analizar, es importante hacer algunas aclaraciones previas. Por un lado, preguntarnos respecto de los estándares vigentes para la aplicación de la medida cautelar, y las características que definen el uso de la prisión preventiva en la práctica¹⁹. Es una discusión compleja, pero tomando en consideración los estándares internacionales y constitucionales, la prisión preventiva debe aplicarse en forma excepcional, en resguardo del principio de inocencia. El instituto sólo debe utilizarse en caso de ser indispensable para asegurar el proceso (requisito de necesidad) y garantizando que no sea más grave que la pena que le correspondería al imputado de ser encontrado culpable (principio de proporcionalidad).

Sin embargo, la aplicación del castigo en la Argentina, y en la Provincia de Buenos Aires, en particular, ha estado históricamente ligada al abuso de la prisión preventiva²⁰. En la práctica, si la condena en juego implica una pena de cumplimiento efectivo (ya sea porque el imputado cuenta con antecedentes penales, o porque es juzgado por un delito con una condena mayor a tres años), la persona tiene altas chances de permanecer detenida durante el proceso judicial²¹. Por este motivo, se afirma que la medida cautelar se aplica como un adelanto de pena (lo que se traduce en un prejuizgamiento sobre la culpabilidad del imputado) a partir de un criterio *sustantivista*: se priva preventivamente de la libertad *por merecimiento*, tal como se aplica el castigo, y no como una medida cautelar o asegurativa.

El criterio sustantivo o peligrorista de la prisión preventiva, arraigado en la tradición judicial argentina, como en otros países de tradición inquisitiva, (de alguna forma, permitido por la legislación inferior), ha sido cuestionado por las reformas constitucionales de 1994, por la nueva Corte Suprema (desde 2003), más activa en la defensa de las garantías individuales, y por un progresivo avance de *jueces garantistas* en la magistratura²².

Además, no se parte de una idea de independencia judicial en términos abstractos²³. Entendemos que no es posible lograr una función jurisdiccional absolutamente ajena a las *presiones* de las partes, en tanto, por definición, si hay un conflicto con intereses contrapuestos, alguna

¹⁹ Cuando hablamos de personas en prisión preventiva nos referiremos a aquellos detenidos que aún no cuentan con sentencia firme. Ahora bien, más allá de la discusión técnica respecto de la necesidad de discriminar aquellos que aún sin sentencia firme han llegado a juicio y fueron condenados, en lo relativo al tema de este estudio, sólo haremos esa discriminación si agrega una dimensión explicativa.

²⁰ De acuerdo al Sistema Nacional Estadístico de Ejecución de la Pena (SNEEP) en diciembre de 2004 el 59% de la población encarcelada en todo el país estaba en prisión preventiva, y para 2010 esta cifra habría disminuido al 53% de los detenidos. Esta información resulta estimativa pero presenta serias deficiencias en tanto no se incluyen las personas detenidas en comisarías en todo el país. Respecto de los detenidos en el Servicio Penitenciario Federal, en 1996 el 55% de la población encarcelada no tenía sentencia firme, porcentaje que se mantiene en 2010 (54%). En la Provincia de Buenos Aires, según datos del Servicio Penitenciario Bonaerense el 80% de la población encarcelada no tenía condena firme en 1996 (información que no considera a los detenidos en comisarías, en su gran mayoría presos preventivos), situación que se agravó hasta alcanzar el 86,5% en el año 2000. Durante la última década, el porcentaje de presos preventivos (sin sentencia firme) en la Provincia se mantuvo entre el 80% y el 70%, y en la actualidad se advierte una baja que llegaría al 60%. Para más información ver los Informes anuales del CELS desde 2002 en adelante.

²¹ Para más información ver: Iud y Hazan (2009); Elena y otros (2011); y CELS, en prensa.

²² Nos referimos a una categoría utilizada por diferentes actores para identificar al sector de jueces que promueven una aplicación estricta de las garantías constitucionales. Esta caracterización plantea una dicotomía entre el garantismo, y el no garantismo, usada muchas veces en forma despectiva hacia los jueces acusados de no ser sensibles a los reclamos sociales en temas de seguridad.

²³ Ver, al respecto, CELS (2008).

quedará insatisfecha con la resolución, o ambas en cierta medida. La función judicial es una manera de organizar ese enfrentamiento y de darle cauce a esas pretensiones. El límite de legitimidad más visible a estas presiones es la legalidad: se supone que sólo mediante las formas y las vías habilitadas por la ley procesal (y las leyes no escritas de la tradición judicial) las partes pueden dirigirse al juez. Pero aun así, no está prohibido que las partes u otros interesados, por ejemplo, se manifiesten públicamente en contra del juez o de su resolución. Entonces: ¿cuándo esa manifestación podría considerarse una injerencia indebida y cuando es una conducta perfectamente aceptable?

Cabe señalar que es importante considerar no sólo la relación entre los funcionarios judiciales y los poderes públicos (por ejemplo, representantes de un Gobierno o del parlamento), sino también entre este funcionario y los poderes fácticos (grandes empresas, lobbystas, grupos de poder, otras agencias estatales –como las fuerzas de seguridad– etc.). Por esto, para establecer si la injerencia es ilegítima debe determinarse en cada caso cómo se hace, quién, con qué objetivos y qué capacidad de torcer o influenciar una decisión judicial tiene, de modo de no caer en una visión meramente corporativa de la garantía constitucional.

Hechas estas aclaraciones, vale la pena señalar, también, que en la actualidad en la Argentina las presiones o intromisiones indebidas a la función jurisdiccional, por lo general, no suelen ocurrir durante el proceso previo a las resoluciones judiciales, como una forma de obligar a un juez a dictar o no dictar la detención de un imputado, sino como reacción posterior a las decisiones de los funcionarios, en casos en los que un imputado en libertad es señalado como el autor de un nuevo delito aberrante. En esta reacción se pliegan los medios de comunicación, destacados políticos y personalidades públicas, y grupos organizados de reclamos de castigo. Y, curiosamente, el foco de la reacción suele ser el juez que excarceló al imputado en un primer momento, argumentando que esa decisión permitió que el imputado volviera a estar involucrado, sin que se dirija la presión pública al juez a cargo del nuevo hecho, ni a los responsables de garantizar la seguridad o de prevenir el delito (el gobierno local). Los argumentos jurídicos en los que se sustenta esta reacción suelen estar relacionados con aquel viejo criterio sustantivista de uso de la prisión preventiva que entien- de su uso no en base a los criterios procesales (para que el imputado no entorpezca el proceso ni se fugue), sino como un adelanto de la pena. Como veremos, el impacto de este tipo de reacciones termina por obstaculizar los aún incipientes avances nacionales de la jurisprudencia que pretende atar el uso de la prisión preventiva a los riesgos procesales, y difunde una amenaza –focalizada o general– de remoción sobre los *jueces garantistas*.

Las persecuciones a funcionarios judiciales se enmarcan, por lo general, en los reclamos sobre los altos niveles de inseguridad, y se disparan no sólo frente a las excarcelaciones concedidas a personas acusadas de haber participado en delitos posteriores, sino también frente a las libertades otorgadas durante la ejecución de las condenas. Por lo general, esas persecuciones suelen devenir en amenazas o pedidos concretos de juicio político²⁴. De este modo, el mensaje público que se instala es que el juez debe restringir las libertades en general, y sólo en casos excepciona-

²⁴ El juicio político es la forma de remoción de un juez en las provincias y en el sistema federal. El juicio político lo lleva a cabo el poder legislativo (provincial o nacional, respectivamente), y aunque las causales de remoción son taxativas, son lo suficientemente amplias (por ejemplo “mal desempeño”, sin aclaración) y permiten a los parlamentos remover aunque no se hayan comprobado delitos o ilegalidad de parte del juez, simplemente porque políticamente se considera que ha desempeñado mal sus funciones.

les dejar en libertad durante el proceso penal. Estas presiones a judiciales tienen lugar también en el marco de casos en los que está en juego la libertad de personas condenadas (dispuesta por las leyes de ejecución y progresividad de la pena). En este sentido, si bien este estudio se enfoca en el uso de la prisión preventiva, advertimos que lo que los mensajes critican es que “los jueces liberan a los delincuentes”, sin distinguir entre los casos en que la persona estaba imputada, condenada, pasada en el cumplimiento de su condena según la ley de progresividad, enferma, etc.²⁵.

Los escándalos públicos y los pedidos de juicio político tienen un efecto disciplinario muy fuerte en los funcionarios judiciales de todo el país. A su vez, este contexto permite que aquellos magistrados que usualmente aplican criterios restrictivos de la libertad durante el proceso, o se apegan a la tesis sustancialista, encuentren un marco de respaldo general. En síntesis, el problema del uso abusivo de la prisión preventiva con un criterio sustantivo de defensa social (para evitar peligros que el procesado supone), sin que se limite a funcionar como una medida cautelar, está íntimamente ligado a la reafirmación de viejas prácticas judiciales sobre las que se apoyan las interferencias y los reclamos políticos, sociales y mediáticos para que se siga utilizando del modo restrictivo tradicional.

2. Régimen legal de la prisión preventiva

a. Normativa

Para comenzar, debe explicarse que, en virtud de las formas que asume el sistema federal en la Argentina, existen circuitos judiciales llamados *ordinarios*, tanto en las provincias como en la Capital Federal – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cada circuito judicial ordinario se rige por su propio Código Procesal, cuya validez depende, asimismo, de una Constitución provincial (o de la Ciudad, en el caso de la Ciudad Buenos Aires), salvo la llamada *Justicia Nacional de la Capital Federal*, que se rige por el Código Procesal Penal de la Nación (que también rige en la justicia penal federal)²⁶.

En paralelo a estos sistemas judiciales ordinarios, locales o provinciales, hay un sistema federal, que rige en todo el país para delitos federales, que son *de excepción*. Esta excepcionalidad puede estar dada por el tipo de delitos o por el carácter de los sujetos involucrados (por ejemplo, cometidos por un funcionario federal en ejercicio de sus funciones).

²⁵ A medida que este informe se redacta, ocurre nuevamente un caso de alto impacto, esta vez en el ámbito de la justicia nacional-federal. El Juez de Ejecución Federal, Axel López, con asiento en Capital Federal, otorgó en tiempo y forma, con las condiciones legales en regla, la libertad condicional (cumplidos los dos tercios de la condena), bajo vigilancia y con ciertas restricciones, a un condenado (domiciliado en la Provincia del Chaco). Casi un mes después, desapareció la joven Tatiana Kolodziej y fue hallada muerta. Todas las pruebas mencionadas públicamente apuntaban a esa persona condenada en libertad condicional. Los días siguientes las asociaciones de familiares de víctimas (en este caso Madres del Dolor y la reciente Construyendo Justicia) y los dos principales diarios reclamaron el juicio político del juez, imputándole la culpa por la muerte de la joven (en estos casos, los mismos grupos de reclamo llaman públicamente “asesino” al juez). Se organizaron marchas y repudios al juez. En paralelo, organizaciones de derechos humanos, y aquellas que nuclean a jueces, conformaron una campaña de apoyo al juez, en oposición a las presiones políticas, sociales y mediáticas que buscan restringir la libertad de las personas imputadas.

²⁶ Para más información se puede ver: CELS (2010a).

Para agregar a la complejidad inherente a un relevamiento normativo, desde mediados de los años noventa del siglo XX hasta la actualidad, la mayoría de las provincias se encuentra en prolongados procesos de reforma de sistemas predominantemente inquisitivos a sistemas predominantemente acusatorios, que, a su vez, sufren contrarreformas, principalmente de la mano de las demandas de seguridad.

Finalmente, por la misma estructura federal, toda la normativa provincial y federal (incluso las constituciones provinciales) debe ser coherente con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de orden constitucional. Es decir, que rige en ella una subordinación normativa al orden constitucional.

En definitiva, un relevamiento normativo de todo el país implicaría considerar no sólo todas las leyes provinciales y sus constituciones, sino también sus actualizaciones en el marco de los procesos de reforma. Frente a la complejidad de la cuestión, tomaremos dos sistemas judiciales como referencia por su importancia cuantitativa y cualitativa: el sistema de la Provincia de Buenos Aires, y el Sistema Federal.

La Constitución Nacional (en adelante, CN) y todos los códigos procesales, establecen expresamente el principio de inocencia (artículo 18 de la CN, y artículo 1 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN)), al igual que el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CPP de la PBA). Sin embargo, del articulado de los códigos procesales relativo a las medidas cautelares (la detención o la prisión preventiva) se puede derivar la idea de que es legítimo aplicar la medida de coerción personal como forma de adelanto de pena en función de la *pena en expectativa*, es decir, cuando por el quantum de la pena del delito que se imputa se establece como procedente la medida de coerción, porque la pena será prisión de cumplimiento efectivo. Estas contradicciones normativas permiten diferentes interpretaciones judiciales para el uso de la medida cautelar que resultan muchas veces inconstitucionales.

En primer lugar, la Provincia de Buenos Aires tiene dentro de su territorio alrededor del 37% de la población del país, y en su heterogeneidad (circuitos de alta densidad de población, y alta conflictividad, circuitos de baja densidad, etc.) es representativa del país. La reforma de su Código Procesal Penal, de corte acusatorio, introducida en el año 1998, y sus sucesivas contrarreformas hacen que sea un espacio interesante también para considerar los efectos de estos cambios, y su impacto en las prácticas judiciales. Cabe señalar que en la Provincia se encuentra detenida alrededor del 50% de la población penitenciaria de todo el país²⁷.

El CPP de la Provincia establecía en su versión original de 1998 claros principios respecto del uso de la prisión preventiva, entre ellos, el principio de libertad durante el proceso, y requisitos de proporcionalidad y necesidad de toda medida cautelar. A su vez, exigía que la medida cautelar a tomar debía ser la que asegurara contra los peligros procesales, de la forma menos gravosa para el imputado. Así, el artículo 146 establece que

²⁷ En la Provincia de Buenos Aires hay aproximadamente 29.000 personas privadas de libertad; considerando los datos del Sistema Nacional Estadístico de la Pena (SNEEP) para el año 2010, que registra un total de 59.227 personas detenidas en todo el país, se trataría aproximadamente del 50% de la población detenida. Es un dato aproximado, dado que el SNEEP por ejemplo no incluye a todas las personas detenidas en comisarías en el país, ni en los estamentos de seguridad. Usamos esta información en tanto no existen registros sólidos y confiables respecto del total de la población privada de libertad por causas penales en el país.

El órgano judicial podrá ordenar a pedido de las partes medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones: 1) Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar. 2) Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida. 3) Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela.

Sin embargo, desde el año 2001 el Código ha sido objeto de numerosas contra reformas, asignándole un carácter más represivo. Se introdujeron, en su texto, modificaciones que permiten otras interpretaciones, avalando la aplicación de viejos criterios prácticos restrictivos de la libertad durante el proceso (por ejemplo, las leyes provinciales 12.260, 12.278, 13.260, 13.449). En su versión actual, el artículo 148 establece que, para evaluar el “peligro de fuga”, ha de tenerse en cuenta “la pena que se espera como resultado del procedimiento, en orden al delito por el que se lo juzga”, y en un complicado juego de remisiones entre este artículo, el 169 y el 171, se impide al juez dictar la excarcelación en los casos en que la pena a aplicar al imputado sea de cumplimiento efectivo. De esta forma, se ratifica el criterio sustancialista, profundamente arraigado, de aplicar la prisión preventiva en función de la *pena en expectativa* y no de los riesgos procesales que se prueben en el caso concreto.

En segundo lugar, el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), que rige para la mayoría de los delitos en la Capital Federal y para todo el Sistema Federal, suele encontrarse en el centro de los debates académicos, y en relación con delitos especialmente sensibles y de alta exposición (como los de funcionarios públicos, cuestiones de drogas, etc.). Respecto de la población detenida en el SPF, para el año 2012 la cifra es de alrededor de 9.500 personas, lo que representa el 16% de los encarcelados del país según el SNEEP 2010. El CPPN fue sancionado en el año 1991, y fue objeto de varias reformas en sentido represivo. El documento establece en forma imperativa en el artículo 312 que “El juez ordenará la prisión preventiva... cuando: 1°) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional”. A la hora de regular la exención de prisión, en su artículo 316 insiste en el valor del monto de pena imputado, estableciendo que “El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare prima facie que procederá condena de ejecución condicional”. Con la reforma del año 1995 (Ley N° 24.410), se agrega, como corolario, “salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 bis y 146 del Código Penal”. Es decir, que, contradiciendo cualquier lógica de la medida cautelar, y haciendo patente que se trata de una pena que se comienza a ejecutar antes de la condena, en casos de imputaciones por estos delitos, aunque la pena prevista permitiese al imputado salir en libertad, el juez estaría impedido de dictarla durante el proceso. La lógica cautelar se encuentra en el artículo 319:

Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

Como se observa, no se trata tanto de una cuestión inherente al status dentro de una polaridad inquisitiva-acusatoria de los códigos procesales, sino, cualquiera sea el formato del sistema al que el código pretende adherir, de un juego de interpretaciones permitido por la contradicción de su mismo articulado, que establece principios generales de libertad durante el proceso y luego regula aplicaciones específicas con un criterio opuesto, de adelanto de pena o de defensa social.

b. Jurisprudencia

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires no tiene actualmente jurisprudencia relevante respecto de la materia de encarcelamiento preventivo, porque a las Cortes Supremas de cada jurisdicción los casos llegan, por lo general, sólo por la vía del recurso extraordinario y este es procedente por cuestiones de inconstitucionalidad grave y en casos de sentencia definitiva o equiparable a definitiva. Para la doctrina de la Corte Provincial, al menos oficialmente hasta el año 2006 (año en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN– le revocó su resolución en el caso *Gómez Saucedo, Daniel Eduardo*), las resoluciones sobre medios de coerción y, especialmente, sobre la libertad durante el proceso o excarcelación, no tenían el carácter de sentencia definitiva. A pesar de intervenir la CSJN en sentido contrario, ordenando a la Corte Provincial habilitar la instancia, el Tribunal Superior de la Provincia no ha producido a partir de sus fallos particulares algo que pueda considerarse una doctrina coherente y estable. La jurisprudencia sobre la prisión preventiva y la detención suele quedar en las cámaras de apelaciones (tribunales intermedios), en casos de poca exposición, que suelen ser resueltos en cada caso concreto sin dictar una doctrina legal consecuente que obligue a ceñirse a ella. La jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, es, entonces, dispersa, poco sistematizada, cuando no inaccesible, y esto permite soluciones discrecionales caso por caso, con amplio lugar para la arbitrariedad. Incluso, en el caso de fallos de *jueces garantistas*, el argumento jurídico suele construirse a partir de los precedentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no de los tribunales superiores de la Provincia.

Al contrario, en el Sistema Nacional-Federal la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido una jurisprudencia consecuente, al menos en los últimos diez años aproximadamente, considerando a las medidas de coerción personales (detención, prisión preventiva) durante el proceso penal como una medida cautelar de excepción, circunscripta a la necesidad de evitar los peligros procesales, y procedente sólo en los casos en que sea indispensable.

Así, por ejemplo, en el fallo *Nápoli, Erika E. y otros*, del 22 de diciembre de 1998, se declara la inconstitucionalidad de la cláusula legal que determina que la imputación por cierto tipo de delitos impide la excarcelación (artículo 316, párr. 2° *in fine* del CPPN, según Ley 24.410), por ser violatoria de las garantías de inocencia, igualdad y razonabilidad, al considerar que la imputación es independiente de la existencia de peligros procesales.

Siguiendo esta jurisprudencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (fuero ordinario de la Capital Federal) en el caso *Barbará, Rodrigo Ruy* del año 2003 (CNACC, sala I, el 10/11/ 2003) declaró la inconstitucionalidad de la interpretación judicial que entendía que el artículo 316 del CPPN establece la imposibilidad de dar la excarcelación frente a algunas imputaciones, por presunción *iusuris et de iure*. Un año después, la Cámara Nacional de Casación Penal (tribunal revisor de constitucionalidad en casos penales, previo a la Corte Su-

prema, con competencia tanto en todo el fuero federal como en el fuero ordinario de la Capital Federal) dictó el fallo *Macchieraldo, Ana M. L.* (Sala III, 22/12/2004), determinando que

la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena prevista para éste son factores que el juez debe tener en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente eludir la acción de la justicia, el dictado de la prisión preventiva no puede fundarse exclusivamente en la gravedad del delito imputado, sino que el tribunal debe atender a las circunstancias objetivas que en el caso concreto permitan formular un juicio sobre la existencia del peligro que genera la necesidad de la medida de coerción.

Así determinaba que no podían interpretarse las reglas establecidas en los artículos 316 y 319 del CPP como presunciones *iure et de iure*, “sino que deben interpretarse armónicamente con el principio de inocencia, de modo tal que sólo constituyen un elemento más a valorar, con otros indicios que hagan presumir el riesgo de frustración del juicio previo por elusión”.

Finalmente, la *tesis procesalista* se vio reafirmada como doctrina obligatoria en un fallo plenario²⁸ de la Cámara de Casación Penal del año 2008. Así, se estableció, en el fallo *Díaz Bessone*²⁹, como doctrina plenaria que

No basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del C.P.P.N.), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal.

El fallo ha sido criticado por ambiguo y confuso en su fundamentación, y porque ha permitido a algunos jueces inferiores interpretar que la pena privativa de libertad *en expectativa* puede funcionar como presunción *iuris tantum*. Es decir, como presunción provisoria que puede ser desvirtuada, pero que de todas maneras implica una inversión de la carga de la prueba y una violación del principio de inocencia. Sin embargo, ha quedado claro en esta sentencia que toda prisión preventiva es una medida cautelar y debe ser tratada como tal, y que no basta con una restricción a la libertad que imponga la ley para que esta sea legítima, sino que debe respetar ciertos requisitos de constitucionalidad que hacen a la naturaleza de la medida cautelar (proporcionalidad, necesidad, excepcionalidad, justificación suficiente y adecuada). Vale decir que la Cámara de Casación, que históricamente no se ha caracterizado por su perfil garantista, ha marcado, con este fallo, un avance en el sentido de la vigencia de las garantías y del apego a los estándares internacionales en materia de prisión preventiva.

Por otro lado, la CSJN, en el fallo *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, resuelto en el 2005, justamente a partir de un queja contra la Corte Provincial bonaerense por negarse a pronunciar-

²⁸ Un fallo plenario aúna a todas las salas de la Cámara para dictar un voto colectivo que se establezca como doctrina única de la Cámara, lo que en términos de la Cámara de casación pretende ser de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, aunque este alcance esté muy discutido.

²⁹ *Díaz Bessone, Ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley* - CNCP -EN PLENO - 30/10/2008 Acuerdo N° 1/2008.

se sobre el fondo de la cuestión de un habeas corpus colectivo sobre condiciones de detención por los detenidos de toda la Provincia, afirmó que la legislación procesal no parecía satisfacer el estándar internacional y exhortó a los poderes legislativo y ejecutivo provinciales a adecuar la legislación provincial a estos estándares³⁰.

Tal como surge de la investigación realizada para este informe y de otras anteriores (ADC, 2012; CELS, 2011; Elena, y otros, 2011; Kostenwein, 2011; INECIP, 2012), e, incluso, tal como aceptan los mismos tribunales superiores (por ejemplo, los mencionados fallos *Nápoli*, *Chabán*, *Díaz Bessone*), el principal -cuando no exclusivo- criterio que se utiliza en la generalidad de los casos cotidianos cuando se aplica la prisión preventiva es la *pena en expectativa*. Esto quiere decir que se utiliza la medida cautelar cuando la pena asignada para el delito que se le imputa a un procesado determinado no parezca permitir su ejecución en suspenso. En la legislación argentina, las condenas son de cumplimiento efectivo cuando se trata de una pena de más de tres años de prisión, o cuando se trata de personas con antecedentes penales. De este modo, tanto en la práctica, como desde la normativa que sustenta estos criterios, se equipara el criterio para la aplicación de la prisión preventiva a las características que va a asumir la condena, lo que supone, por tanto, una presunción de culpabilidad a partir de la mera imputación. De este modo, la expectativa de pena de cumplimiento efectivo funciona como condición necesaria y suficiente.

La gran mayoría de los operadores entrevistados para esta investigación reduce el requisito de la prisión preventiva al monto de pena en expectativa, o justifica esta remisión como una presunción de peligro de fuga. Si la pena en expectativa es de cumplimiento efectivo, la prisión preventiva decanta automáticamente, pero justificándose como un peligro procesal. Ninguna de las respuestas mencionó la valoración en el caso concreto de los peligros procesales en sí mismos como requisitos. Cuando aparece el peligro de entorpecimiento probatorio, aparece indicado como un elemento que se suma al antes descrito. Es decir, que lejos de ser un requisito para dictar la prisión preventiva, es un supuesto más de ella.

Esto sigue ocurriendo de forma extendida, a pesar de los fallos de tribunales superiores, como la misma Corte Suprema nacional. La jurisprudencia superior, estimada y estudiada por la academia, tiene escasísima influencia en determinar la práctica de los operadores inferiores. En este cuadro de situación, lo que se observa es un tipo de jurisprudencia que podríamos llamar *de alta exposición* donde los tribunales superiores (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Cámara Nacional de Casación Penal, y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias) fijan estándares sobre la privación de la libertad como medida cautelar de excepción, por lo general acorde a la normativa constitucional e internacional. Esta jurisprudencia suele ser discutida y debatida ampliamente en los foros de derecho y en las academias, pero su valor es más bien simbólico, en tanto no suele modificar las prácticas generalizadas de los juzgados inferiores. En ellos existe, más bien, un tipo de criterio estable, que se rige por principios establecidos en

³⁰ La reforma del Código Procesal Penal en el año 2006 (Ley 13.449) modificó el régimen de excarcelaciones. A partir de entonces no se considera que determinados delitos resultan per se no excarcelables, lo que produjo una baja notable de la cantidad de detenidos en prisión preventiva y de la cantidad de privados de libertad en general. Sin embargo, diversas contrarreformas (en el año 2008, 2009, 2010) fueron erosionando estos efectos, lo que supuso un aumento sostenido de las personas detenidas, un altísimo porcentaje de presos preventivos, y un debilitamiento de las garantías de las personas privadas de libertad. Ver: CELS (2005a); CELS (2005b, 2007, 2008, 2009, 2010b). Ver, además, CSJN, causa V856/02, *Verbitsky, Horacio* [representante del Centro de Estudios Legales y Sociales] s/Hábeas Corpus, 3/05/05.

la misma práctica judicial (que se corresponden con la mal llamada *tesis sustancialista*) sobre el monto de pena en expectativa como criterio para valoración de peligrosidad. Frente a este criterio, las argumentaciones de los fallos de alta exposición sirven como argumentos para flexibilizar y justificar, en el caso concreto, una medida alternativa o una libertad. En general, se observa que, en aquellos fallos que incorporan la nueva jurisprudencia de tribunales superiores, esta jurisprudencia sirve, en el mejor de los casos, para maquillar discursivamente los viejos criterios prácticos que permanecen.

3. Estadísticas

Los datos estadísticos sobre la situación en la Provincia de Buenos Aires se adjuntan como Anexo.

4. Interferencias

Para delimitar lo que debemos considerar *interferencias* o *injerencias indebidas* debemos primero definir cuáles son los límites de la *independencia judicial*. Este concepto ha sido usado en muchos casos para realizar una defensa acrítica del Poder Judicial y dejarlo afuera de todo escrutinio o crítica pública (CELS, 2008).

Se suele simplificar este concepto a los fines expositivos o didácticos bajo la premisa de que el único criterio que debe seguir el juez para evaluar el caso concreto es *el derecho*. Es decir, el juez no debe decidir influido por intereses externos, sino como un tercero imparcial. Sin embargo, debemos evitar caer en un sistema judicial que, pretendiendo cerrarse a las presiones políticas y sociales, y bajo el discurso de su autonomía e independencia, se clausura, se vuelve opaco, se comporta de forma corporativa y reproduce únicamente sus propios intereses (los de la *familia judicial*). Así,

... se ha entendido que la independencia que debe conseguirse es la de la institución Poder Judicial frente a los restantes poderes estatales. Sin embargo, la independencia del Poder Judicial no es necesariamente sinónimo de independencia de los jueces, siendo esto último lo relevante. De hecho, la independencia no es un valor en sí mismo, sino una condición para la imparcialidad individual de cada juzgador, que es lo que realmente importa. Entonces, en esos mismos países, el cambio ha significado muchas veces sustituir presiones externas a los jueces para que fallen de una determinada manera, por presiones de los superiores de esos jueces (...) Mayor independencia y autonomía del sistema judicial ha limitado la capacidad de fiscalización y control público sobre el funcionamiento del sistema judicial. Los Poderes Judiciales han tendido a estructurarse como instituciones corporativas, con un fuerte contenido de autodefensa, que ven todo lo externo como una amenaza (Vargas Bianco, 2002).

Por otro lado, es importante señalar que *el derecho* no es algo dado, objetiva y empíricamente verificable. La misma normativa es contradictoria y admite múltiples interpretaciones que son fruto de distintos intereses y posicionamientos ideológicos y políticos. Y en esa disputa

de interpretaciones no sólo intervienen los sistemas judiciales provinciales, nacionales y supranacionales, sino, también y, sobre todo, la academia, las universidades e institutos de investigación que construyen y discuten sobre cómo debe ser interpretado el derecho. También los abogados particulares lo hacen en cada una de sus intervenciones y en sus órganos colegiados. De modo menos formal, también intervienen todos los actores públicos, las autoridades (por ejemplo, cuando critican el fallo de un juez), los legisladores (al hacer lo mismo o al discutir la ley vigente y sus propuestas legislativas), los medios de comunicación, etc.

Es decir, que *el derecho* tampoco es un objeto inanimado que surge de la mera lectura normativa. Y, por tanto, *aplicar el derecho* tampoco es un límite tan claro sobre los confines de la independencia judicial o de la falta de independencia en los jueces. Hay un *corpus* de discusiones oficialmente sancionadas como jurídicas donde intervienen principalmente los sistemas oficiales de justicia (nacionales y supranacionales), los abogados particulares y las academias, que puede reconocerse, un poco tautológicamente, como *el derecho*. Esto podría ser identificado como el *campo jurídico* (Bourdieu, 2000). Pero el monopolio del campo jurídico sobre el derecho como su producto, está lejos de ser pacífico, estas discusiones reciben la influencia y están abiertas a las discusiones sociales más amplias, los intereses de parte, los cambios político-culturales, entre otras cuestiones. De hecho, en la actualidad, el campo jurídico y su pretendido monopolio sobre la interpretación (y construcción) del *derecho* están en crisis, viven momentos de intensos cambios y desdibujamiento de sus bordes.

De este modo, los parámetros para evaluar si el juez aplica o no el derecho también serán relativos y dependerán de una mirada particular. Se puede observar, sin embargo, si los argumentos judiciales son, en cada caso, tenidos como legítimos en el campo jurídico, o si son completamente ajenos a él (por ejemplo, argumentos *puramente políticos*). Es decir, si cumplen con las condiciones de ese discurso específico que es el discurso jurídico. Pero esto no nos permitirá evaluar su contenido, al menos no, pretendiendo *objetividad*. Como se dijo antes, si la imparcialidad es el objetivo mismo de la independencia, nos podemos empantanar en la misma discusión sobre el sentido de la imparcialidad. La parcialidad puede tener criterios jurídicos que la enmascaren o que la apoyen. Como respondió uno de los magistrados consultados para esta investigación, sobre si pesaba en el criterio del juez quién era la parte en cada caso: “Lo que influye es su extracción social. No es lo mismo dictar la prisión preventiva de un pobre que uno de clase media. A éste (de clase media) lo ven y dicen “no, pobre, me da lástima. Influye por la condición social”. Sin embargo, el tener educación, tener empleo y familia estable, tener arraigo, todos rasgos propios de la clase media, son criterios sancionados por las mismas leyes para suponer que no hay peligro de fuga y facilitar la excarcelación. A la inversa, carecer de estas características, propio de los sectores más vulnerables, permite al magistrado suponer el peligro de fuga y por ende dictar la medida de coerción. Hay parcialidad, y, sin embargo, se está aplicando *el derecho* tal como ese juez lo entiende, avalado por la normativa, aun cuando se trate de un juez independiente.

Entonces, hay pocos parámetros para evaluar la *imparcialidad del juez* frente a un caso concreto, en el sentido de que su criterio no se ha dejado influenciar por factores no legítimos según el *corpus* jurídico. Un indicador que podría identificarse como observable sería ver en qué medida la resolución de los casos sigue una doctrina o teoría interpretativa (herramienta y producto estrictamente jurídico) fijada por el mismo magistrado, o si, en su lugar, el criterio de

sus resoluciones es cambiante de acuerdo al caso (indicador que podríamos caracterizar como *coherencia y/o transparencia doctrinaria*). Sin embargo, en nuestro sistema judicial sólo tribunales superiores (Corte Suprema y Superiores Tribunales de Justicia) y los jueces en el sistema federal y nacional tienen líneas doctrinarias más o menos identificables. La gran mayoría de los magistrados inferiores de provincias suele evitar la publicidad de sus sentencias (por ejemplo, en esta investigación, frente a pedidos de información, presentaron trabas burocráticas para imposibilitar el acceso), y suele evitar también apoyarlas en teorías jurídicas conocidas, para permitirse la resolución caso a caso.

Este es el marco desde el cual abordamos el trabajo de investigación. En este estudio, se analiza el modo en que las acciones de diversos sectores políticos, sociales y mediáticos afectan esa independencia a través de acciones de injerencia directa, como el *impulso de procesos de remoción*, que no se sustentan en acusaciones de comportamientos judiciales ilegales sino en la aplicación de un criterio garantista en el dictado de libertades, y que, además, tienen un claro efecto disciplinador general (como veremos a continuación). A su vez, analizamos cómo algunas intervenciones públicas de estos sectores (en general, declaraciones, manifestaciones, *escraches*³¹, etc.), sin representar una injerencia directa, repercuten en el contexto en el que los jueces deben resolver, tornándose, en algunos casos, en serias presiones.

El tema es sensible porque justamente no toda crítica pública (aun la que proponga una interpretación restrictiva de las garantías constitucionales) puede ser entendida como una presión ilegítima que afecta la independencia judicial, sino que habrá que determinar si constituye una *amenaza cierta sobre su estabilidad y función*, de modo que pueda hacerlo perder imparcialidad a la hora de decidir sobre la situación procesal de un imputado. Pero también hay que decir que aunque a veces no tienen esa fuerza, los mensajes de los referentes políticos, sociales o mediáticos (y la combinación de todos ellos) logran influir en el clima o contexto social en el que los jueces deben resolver. Y eso debe ser criticado por representar el impulso de la demagogia punitiva y de una política judicial restrictiva de derechos y, también, por la permeabilidad de los jueces a esas demandas y humores sociales.

Sobre las interferencias en un caso concreto, casi todas las respuestas se centraron en los casos que adquieren alta exposición mediática, y en los que se expande la intervención de víctimas, medios de comunicación y actores políticos extrajudiciales que aparecen criticando el accionar de determinados funcionarios judiciales.

Muchos entrevistados mencionaron que la influencia en estos casos es general y difusa, en tanto se crea un clima generalizado de reclamo contra la inseguridad del que participan diversos actores sociales y políticos, que señalan a los jueces como responsables principales “por liberar a los delincuentes”. En este marco, se advierte una respuesta adaptativa de los funcionarios judiciales, quienes intentan no quedar expuestos por sus decisiones de excarcelar o liberar personas. Fiscales y defensores indicaron, además, que la intervención de los medios puede ser influyente en un caso concreto, cuando le dan alta exposición pública y *condenan* anticipadamente a un imputado, impugnando públicamente a los jueces y fiscales que no actúen en consecuencia. Se

³¹ Se denomina “escrache” a una manifestación colectiva organizada de insultos u otros actos humillantes contra una persona, por lo general, conocida públicamente y en un espacio público, como forma de hacer visible el repudio.

da esta influencia, entonces, en dos dimensiones: en casos concretos de alta exposición, donde los magistrados están influidos por la expectativa pública (de la que participan también los medios y los actores políticos), y como efecto generalizado, difuso, a partir de la persecución pública desatada contra magistrados tras la noticia de casos aberrantes que tienen lugar después de la excarcelación o de las decisiones judiciales de libertad anticipada.

Las persecuciones públicas a jueces y otros magistrados suelen tomar dos vías: la *denuncia pública*, por lo general de parte de grupos organizados de víctimas, muchas veces apoyada, instigada y difundida por medios masivos de comunicación; y la *persecución política* del juez a partir de declaraciones de autoridades públicas en su contra que muchas veces derivan en pedidos de sanciones disciplinarias y, las más resonantes, en pedidos de juicio político. Muchas veces, la primera vía suele provocar la reacción política. Casi todos los entrevistados aclaran que no existen denuncias a jueces por utilizar la prisión preventiva, sino que sólo se desatan por no utilizarla o por otorgar excarcelaciones. Y esto tiene un impacto claro, en tanto la prisión preventiva se aplica muchas veces sin los requisitos mínimos, o por delitos muy leves, y existen fuertes resistencias para excarcelar, aun cuando no estén probados los riesgos procesales.

Dos fiscales de la Provincia de Buenos Aires mencionan la posibilidad de juicio político por dictar la prisión preventiva, pero en los ejemplos concretos, uno menciona dos casos en que los jueces fueron denunciados y sometidos a juicio político por otorgar una excarcelación (y ninguno a la inversa), el otro recuerda un caso de la Capital Federal del año 2000 en que el juez fue denunciado por el imputado, por revocar su excarcelación³². Por último, cabe señalar que la gran mayoría de los magistrados y abogados entrevistados desconoce si existe alguna orden específica, en forma de acuerdo o instructivo de sus superiores, sobre el criterio que se debe aplicar respecto de la prisión preventiva. Como dijimos, el criterio efectivamente vigente es la pena en expectativa, que se deriva de la tradición práctica y aparece avalado por algunos artículos de la legislación procesal, y como referencia algo abstracta, la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional y los estándares constitucionales (desconocidos por la mayoría de los magistrados entrevistados). En pocos casos se mencionaron ciertas instrucciones de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (ordenando ser más restrictivos a la hora de encarcelar, por efecto del fallo *Verbitsky*, de la Corte Suprema Justicia de la Nación), y algunos fiscales mencionaron una orden de la Procuración General de la misma Provincia (ordenando a los fiscales apelar todas las libertades). Sin embargo, en estos casos se indicó, también, que pronto las instrucciones cayeron en desuso o directamente no fueron aplicadas. La orden superior que ninguno de los fiscales entrevistados pudo recordar con exactitud es la Resolución 752/2000 de la Procuración General de la Provincia, que resuelve: “Instrúyase a los Señores Fiscales de Cámaras y Agentes Fiscales a fin de que agoten las vías recursivas respecto de las resoluciones judiciales que concedan el beneficio de la excarcelación, aún en aquellos casos que se fundamente en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos que la rigen”.

³² Se trata un juez interviniente en el llamado caso Cabello, imputado por provocar la muerte de una mujer y su bebé mientras corría carreras callejeras ilegales con su auto. El imputado pidió el juicio político del juez por revocar su excarcelación, tras difundirse información, no verificada de que habría incumplido las condiciones de su libertad. Sin embargo, esta acusación de juicio político no prosperó y tampoco tuvo mucha trascendencia pública.

Existen dos casos que son los que están más presentes en la memoria de los operadores judiciales como antecedentes amenazantes, y que aparecen como ejemplos de posibles consecuencias por dictar excarcelaciones. Se trata de los casos de los Jueces Sal Lari y Schiavo, que fueron hostigados en forma mediática y política por conceder excarcelaciones según los parámetros legales a imputados que luego cometieron actos aberrantes (CELS, 2011; Kostenwein, 2011).

Es importante enmarcar estas reacciones en el proceso de crisis institucional y política que atravesó el país desde fines de la década del 90 del siglo XX. Tanto las autoridades públicas, como los actores políticos, organizaciones de víctimas y medios de comunicación muestran frente a estos casos una particular relación con las estructuras judiciales, que se delinea desde hace aproximadamente quince años. Las organizaciones de víctimas que hoy adquieren notoriedad pública tienen una orientación particularmente punitivista, enfocándose en el delincuente y dirigiendo sus campañas, predominantemente, contra los representantes del sistema de justicia, y específicamente contra los jueces garantistas (a diferencia, por ejemplo, de las que adquirirían mayor visibilidad en los años 80 y 90 [Gutiérrez, 2011]). Los políticos profesionales encuentran en los grupos de reclamo y su amplia convocatoria, desde los años 1999/2004, un terreno particularmente fértil para capitalizar su imagen política (Colombo, 2011; Martínez, 2011; Van den Dooren, 2011). Los medios de comunicación se erigen, dentro de este esquema, como *jueces de la justicia*, en un doble movimiento de ocupar el lugar en crisis del sistema de justicia y de ampliación e intensificación de su rol político. Que el *juez garantista* se haya convertido en el *chivo expiatorio*, a quien se responsabiliza por los índices de inseguridad, y por las muertes como si las hubiera ejecutado en persona (llamándolo “asesino”), es un éxito de las estrategias de defensa de la clase política y de los medios de comunicación, emprendidas frente a ciclos de fuertísima pérdida de legitimidad institucional entre los años 2001/2003 (Jorge, 2007). Los medios supieron *despegarse* de la clase dirigente, mediante la construcción del objeto *clase política*. Y tras el fenómeno *Blumberg*, en el año 2004 (CELS, 2004), la clase política supo *despegarse* del reclamo adoptando el discurso punitivista, y, por ende, dejando como principal objeto de impugnación pública, en este tema, a los jueces³³.

Pero todo este esquema no sería explicable sin tomar en cuenta que existe asimismo una crisis de la judicatura, una crisis de legitimidad de la función judicial, que explica el poderoso efecto de estos otros actores. Esta crisis de legitimidad es tanto externa, es decir, en *el público* (Gutiérrez, 2008: parte III), como interna. Los mismos operadores judiciales de la Provincia de Buenos Aires denuncian estar frente a un progresivo proceso de degradación interna, tanto de su jerarquía laboral como de las capacidades técnicas y éticas de los nuevos ingresantes, de los magistrados que llegan por puro “contacto político”, sin conocimientos jurídicos sólidos, sin tener experiencia previa y sin un compromiso con el fortalecimiento y la democratización del Poder Judicial (Gutiérrez, 2011a; Kostenwein, 2012). Así lo confirman los tres informantes claves entrevistados para esta investigación.

Por otro lado, en casos donde se ha probado falta de transparencia o claras manipulaciones para detener y encarcelar a presuntos culpables, ello no obedece tanto a un encono o necesidad de apresar a una persona en particular, sino más bien a la necesidad política de encontrar un chivo expiatorio ante algún caso aberrante frente al cual se produce una fuerte reacción social

³³ Para más información ver: CELS y otros (2004).

que parece llegar a extremos políticamente riesgosos y desestabilizantes. Como ejemplo reciente, el caso de la desaparición y posterior muerte de la niña Candela Sol Rodríguez, ocurrida también en la Provincia de Buenos Aires entre agosto y septiembre de 2011. Cuando encontraron el cadáver de la niña, se desató una oleada de indignación popular, y a los pocos días los fiscales intervinientes en la causa pidieron la detención y prisión preventiva de una serie de personas que sindicaban como culpables. Con el transcurso de los meses, y a medida que la opinión pública perdía atención en el caso, las pruebas contra estos detenidos se fueron diluyendo y todos recuperaron la libertad. Lo que quedó claro, es que la imputación contra ellos había sido fabricada³⁴. A su vez, se descubrió que la policía provincial derivó la investigación hacia pistas falsas, con la connivencia y complicidad del Fiscal General del Departamento Judicial y del juez interviniente, para encubrir una red de narcotráfico en la cual participaban poderosos sectores policiales. Es decir, que, en casos como este, en los que se buscan chivos expiatorios (el caso mencionado ha sido sólo el ejemplo más conocido)³⁵, si bien hay una aplicación indebida de la medida de coerción para mostrar efectividad y calmar el reclamo social, por lo general (con la excepción de jueces comprometidos y activistas), no se advierte una *presión* específica hacia los operadores judiciales para que apliquen la medida. Por el contrario, la reacción pareciera explicarse por la construcción colectiva de los actores involucrados (policías, políticos, jueces y fiscales) que, en algunos casos, encubren y en otros solo buscan encontrar una salida que los libere de la exposición y los coloque en el lugar de las respuestas.

5. Actores que interfieren

A continuación presentamos una descripción de los distintos actores sobre los cuales indagamos en las entrevistas, para profundizar respecto de las presiones que se ejercen.

a. Crimen organizado

En primer lugar cabe señalar que, en general, la situación de presiones y amenazas violentas a los funcionarios del Poder Judicial y al poder político no aparece con las características de extensión y sistematicidad con las que se da en algunos países de la región, salvo en algunos casos concretos donde sí se pueden advertir altos niveles de violencia.

De las entrevistas a los funcionarios judiciales surgió una perspectiva particular, que tiene que ver con la identificación de ciertos sectores de las propias fuerzas policiales y del poder político con las redes ilegales, por lo que estos casos difícilmente llegan a investigarse. Y dadas las propias características de los Ministerios Públicos se inician pocas investigaciones de oficio.

³⁴ Todo esto está documentado en el pronunciamiento oficial de una Comisión de Investigación, formada por senadores provinciales, presentado al público el 13 de septiembre de 2012. Ver: Comisión Especial de Acompañamiento para el Esclarecimiento del Asesinato de Candela Sol Rodríguez (2012).

³⁵ También fue conocido, y muy similar, el caso posterior a la muerte de Nora Dalmasso, en la Provincia de Córdoba. El día 26 de noviembre del 2006 fue hallada muerta en su casa en un barrio privado. Perteneciente a la clase alta cordobesa, primero se sospechó públicamente de su marido, luego de su hijo, con quien, se dijo sin mayor prueba, que mantenía relaciones incestuosas, y finalmente cayó detenido un albañil (Gastón Zárate) que había trabajado en esa casa. Sin pruebas que acreditaran su autoría, a medida que el caso perdía el interés del público Gastón Zárate fue liberado. A la fecha no hay imputados ni condenados.

Respecto del crimen organizado, por lo general los entrevistados no mencionan presiones relevantes. Aunque probablemente ello se deba a la propia selectividad del sistema penal. Como dijo un juez, “Ni siquiera llega al sistema penal el crimen organizado”, y lo ratifica una defensora, al expresar que “No llegan al Poder Judicial los delitos del crimen organizado...”

Una respuesta alternativa la dio un fiscal de la Provincia de Buenos Aires, que identificó al crimen organizado con la misma policía:

El crimen organizado es la policía. Influyen, pero en la propia investigación, con las causas. Son ellos mismos los que llevan la causa. No hay crimen organizado que no involucre a la policía. Los ladrones bien organizados son los que consiguen que la DDI (Dirección Departamental de Investigaciones) no los investigue. Yo investigué un robo cometido por la misma DDI y ahí recibí presiones del poder político. Y el fiscal general me llamó y me dijo “qué estas haciendo?...tenés que aceptar”. Si el Fiscal General te saca a un secretario (de la planta de la fiscalía), te arruina la vida. No podés ser muy independiente. Después te llama el Fiscal General y te arma un problema porque a él lo llamó el Intendente (y le dijo) que (yo) aflojara un poco, que no podía ser “tan parcial”. Acá las comisarías se venden por dinero. Todos los negocios pagan coimas y todos lo saben.

Según la mirada de estos magistrados, en la Provincia de Buenos Aires, si no hay tantos casos de presiones o sobornos directos del crimen organizado, es porque no se trata de una estructura ajena a las agencias del Estado que rodean al sistema de judicial penal. Esta respuesta debe complementarse, entonces, con lo que se desarrollará en torno al sistema político y sus actores.

b. Autoridades públicas

1) La Policía

Las policías juegan un papel activo derivando responsabilidades a los jueces, principalmente a los jueces *garantistas*. Un juez señaló, al respecto, que

Las declaraciones que pesan son más las policiales. Intervienen y mucho. Presionan sobre las fiscalías y sobre los jueces de garantías. Por ejemplo, en liberaciones que son el resultados de aprehensiones mal hechas por la policía. Y entonces luego, los políticos se manifiestan “del lado de la gente” y la policía opina como si fuera un vecino más. Esta presión te llega con nombre y apellido. Hace unos días salió el intendente diciendo que todo lo que hacíamos en mi fiscalía estaba mal. En otros lados no tanto, pero acá la presión es muy directa, muy fuerte.

Un fiscal de otro departamento relata lo siguiente:

El principal manejo (de los medios) está dado por la policía. En los lugares chicos, le da la información a la prensa, y la maneja para el lado que quiere, avalando su propio accionar y criticando a los órganos judiciales. Por ejemplo cuando se anula un acto, o se da la libertad. Con esa información que la policía monopoliza interviene el poder político, y siguen la versión de la policía. La versión que da la policía

juega en el límite de lo ilegal, te omiten ciertas cosas o te agregan un plus que cambia el sentido. Y los periodistas van todos los días a buscar información a la policía.

2) Actores de la política partidaria

Para entender el rol que asumen aquí los actores que participan en la vida política electoral o en cargos de gestión, o en las estructuras político-partidarias, debemos entender que su comportamiento se explica, justamente, por objetivos principalmente políticos. Es decir, no hay una mirada jurídica en el centro del análisis. Estos objetivos pueden ser: demostrar autoridad, demostrar “que se está haciendo algo al respecto del problema de la inseguridad”, mantener o aumentar la imagen positiva en el público, capitalizar un sentimiento colectivo de indignación a favor de una estrategia de gobierno, etc. El tipo de intervenciones que resulta relevante para este estudio parece encuadrarse dentro de lo que Garland llama estrategias de *acting out*, esto es, “medidas diseñadas para ser acciones catárticas y expresivas, llevadas adelante para denunciar el delito y reasegurar al público... proclamar el sentimiento público, proveer una respuesta instantánea y funcionar como una medida de venganza que puede, en sí misma, ser considerada un logro” (Garland, 2005:224).

Pero, al mismo tiempo, hay en nuestro caso una estrategia discursiva que intenta derivar siempre el problema del delito (la inseguridad) a la responsabilidad judicial. Así, ante cada caso aberrante, distintos actores políticos suelen afirmar que se deben revisar las leyes, que la responsabilidad es de los jueces garantistas, o explicaciones de ese tipo. Por ejemplo, relata el Diario Página 12, el 5 de agosto 2008, que tras la masacre de Campana,

...el centro de la escena, en relación con el caso, lo ocupó la polémica desatada por el sistema de tobillera electrónica para el seguimiento de presos con prisión domiciliaria, que fue burlado por el principal imputado en la causa, Ángel Fernández. El ministro de Justicia y Seguridad, Aníbal Fernández, afirmó que “la situación de las pulseras tiene que ser analizada y revisada”, porque su uso “no fue concebido” para casos como el de Ángel Fernández... En el mismo sentido, el ministro de Justicia bonaerense, Ricardo Casal, declaró que los jueces tienen que “tener en claro que el interés y la seguridad pública también están en juego” y que la libertad controlada mediante tobilleras debe darse sólo por “razones humanitarias” a “embarazadas, ancianos o enfermos terminales”.

El diputado provincial Guido Lorenzino pidió el juicio político del juez, al asegurar que en el caso “había más de un elemento como para evitar este tipo de beneficio a alguien de semejante peligrosidad y semejante riesgo para la sociedad”. Aclaró que al Juez Schiavo “no se le imputa un delito sino una falta grave, pero esta persona no puede ser juez”. Así, el Ministro derivó la responsabilidad genérica a los jueces que otorgan este tipo de medidas alternativas y evitó dar las explicaciones que tenían que ver con su propia responsabilidad por la falla del sistema de pulseras electrónicas, administrado en el ámbito del Poder Ejecutivo provincial.

En enero de 2011, ante un nuevo crimen acontecido en la Provincia, cuyo presunto autor era un niño menor de 16 años, el portal del canal Todo Noticias (TN) difundió lo siguiente: “El gobernador de la provincia de Buenos Aires reclamó más firmeza y planteó que “la Policía detiene, pero después libera la Justicia””. Señaló, asimismo, que “el candidato presidencial por

el Peronismo Federal, Eduardo Duhalde, sostuvo que un menor que mata “no puede estar en la calle”.

Debemos señalar también que, de forma excepcional, la Ministra de Seguridad de la Nación, Nilda Garré, expresó en una entrevista en el mes de noviembre de 2012, que la mano dura no es la solución a los problemas de inseguridad (Diario La Nación, 16 de noviembre de 2012).

Casi todos los entrevistados mencionaron, igualmente, como un factor influyente las declaraciones y otro tipo de exposiciones públicas que actores políticos o autoridades puedan hacer del caso. Lo consideraron un factor con peso decisivo para torcer el criterio del juez a la hora de dictar una prisión preventiva. Un fiscal de la Provincia nos dijo:

Sí, cuando el gobernador dice algo, sobre todo si te llega con (los abogados del) Estado, cambia. Cambia todo.” Un juez ratifica: “Sí, tienen influencia. Principalmente sobre casos muy importantes o aberrantes. Las declaraciones de un gobierno sobre un caso determinado hace que aparezcan chivos expiatorios y de repente hay encarcelados. Cuando eso ocurre se necesita un responsable.

Otros magistrados sostienen versiones similares:

- Influyen bastante. Negativamente. Generan una presión. El Juez evalúa que si no dispone de la prisión preventiva pueda terminar con juicio político o no tenga posibilidad de ascender. Entonces dictan la prisión preventiva para no exponerse.
- Tienen mucha influencia. Sobre todo a partir de que se anuncia que se va a someter a los jueces a juicio político; la posibilidad de ser sometido a juicio político tiene muchísima influencia. En algunos juicios en los que el Poder Ejecutivo ha enjuiciado a un magistrado. Y además hay persecuciones contra los jueces que liberan y excarcelan. Y eso también influye. Funciona al revés: los jueces necesitan situaciones claras para dar la libertad o excarcelar, se debe asegurar bien antes.
- Y... pesan. Por ejemplo si tu caso roza con un caso mediático emparentado o similar. Pero además si en esos casos intervinieron el Gobernador, el Ministro o un Ministro de la Nación, hay una intromisión política indirecta. Aunque yo más bien diría directa. Va a pesar lo que dice un Ministro o un gobernador.

Uno de los entrevistados, de larga experiencia judicial en los fueros federales y ordinarios, relaciona esta influencia con la situación institucional. Respecto de los casos aberrantes en los que se fabrican chivos expiatorios nos comenta: “La influencia es directa. Estamos en el nivel más bajo. Todo da miedo. El magistrado tiene miedo del poder (político). No necesitas corruptos. En casos puntuales en que bajó el Gobernador o el Ministro (de Seguridad) a la comisaría y a hacer declaraciones y se hizo cualquier cosa, salieron a detener indiscriminadamente”.

Pero las relaciones políticas también juegan su rol aquí. Los tres informantes clave entrevistados reconocen distintos casos en los que la presencia de relaciones políticas o la ausencia de ellas tiene un peso decisivo sobre la dirección que las declaraciones políticas van a tomar.

c. Medios de comunicación

En una editorial del Diario La Nación, del 1 de abril de 2011, titulada “La necesaria destitución de un juez”, la bajada sintetizó de esta forma: “Las gravísimas acusaciones contra un magistrado de San Isidro ameritan que sea apartado de inmediato del Poder Judicial”. Se refería al Juez Sal Lari, quien fue sometido a un proceso de remoción y suspendido por casi dos años. Luego se comprobaría que no había cometido falta alguna. El diario se erigió, así, en el juzgador inmediato de ese juez y de todos los demás. Y la influencia de la televisión fue aún mayor.

Sobre la base de las declaraciones de una organización de víctimas y del Intendente de la zona, los medios de comunicación responsabilizaron al juez por un hecho delictivo de alta conmoción. El juez había concedido la libertad a un imputado (cumpliendo con todas las disposiciones legales). Pero, luego de un tiempo, esa persona cometió otro hecho que causó mucha conmoción social. Sin embargo, esos dos casos no tenían ninguna relación directa. Los medios amplificaron la crítica de los referentes políticos y sociales que le transfirieron al juez la responsabilidad por el nuevo crimen. Una vez identificado como el culpable de la nueva muerte, se le buscaron otros antecedentes que pudieran acumularse en el pedido de juicio político.

Como mencionamos en el punto anterior, cuando ocurrió la llamada “Masacre de Campana”, en agosto de 2008, también fue utilizada por los medios de comunicación para alimentar la reacción de indignación colectiva. Los medios enseguida apuntaron al juez que había concedido la medida alternativa, escandalizados. El Ministro de Seguridad de la Provincia reaccionó rápido, y, como le dictaban las normas del marketing político, también acusó al juez y pidió su juicio político. En todos los programas de noticias, de opinión y de espectáculos, periodistas y panelistas criticaban al juez y a una justicia “demasiado blanda”. El 7 de agosto de ese año el noticiero del Canal 13 (Telenoche) presentaba así la siguiente noticia: “Otro pedido de juicio político al juez Schiavo. Las madres del dolor denunciaron que otro juez pide plata para otorgar el beneficio”. La noticia informaba que las Madres del Dolor denunciaron que recibieron un llamado de una persona que afirmaba ser la esposa de un preso, que denunció telefónicamente que un juez de Junín le pidió \$10.000 al imputado para darle el beneficio de la excarcelación. La noticia, dudosa de por sí, fue relacionada con el caso de la Masacre de Campana arbitrariamente. El juez supuestamente denunciado por corrupción, nada tenía que ver con el Juez Schiavo. Pero se presentaban juntos un hecho y el otro, sin pausa, en la misma noticia. De este modo se mezclaba la información, y Schiavo aparecía acusado por la denuncia de las Madres del Dolor, aunque no fuera el objeto de su denuncia en esta oportunidad. Por la forma en que fue expuesta la información, Schiavo aparecía en el noticiero como el “juez corrupto” que había pedido una coima para la excarcelación, sin tener ninguna relación con el otro juez de Junín.

Este tipo de noticias apela a la emotividad del público buscando su complicidad a partir del sentimiento de indignación, e, incluso, montándose en la legitimidad pública de una “organización de indignación” (Gutiérrez, 2011). Y, en este contexto histórico, la inseguridad es, por su indefinición y flexibilidad, el concepto que permite a los medios de comunicación relacionar indistintamente casos generales y altas tasas de victimización, responsabilizando a un juez por haber tomado decisiones de excarcelar (en término) a ciertos imputados.

Por ejemplo, en el Diario La Nación, el 8 de septiembre de 2008, bajo el copete “Inseguridad en el conurbano / Hoy, la zona norte”, el titular afirma que “En San Isidro, los robos y la violencia ya son algo cotidiano”, y la bajada señala: “Los vecinos dicen que la delincuencia no para de crecer y piden que se haga algo”. La nota de la periodista Loreley Gaffoglio termina implicando al Juez Sal Lari en el problema de la tasa delictiva en la zona:

... Los reclamos se posan también en la administración de justicia. No fueron pocos los vecinos que culparon al juez de garantías Rafael Sal Lari por las altas reincidencias en los delitos. En marzo pasado, Sal Lari dejó en libertad a un delincuente con frondoso prontuario, oriundo de Malvinas Argentinas, el mismo que meses después asesinó en Beccar al ingeniero Carlos Regis. Lo criticaron también “por dejar entrar y salir” de la comisaría a menores con profusos antecedentes delictivos.

Frente a este tipo de expresiones de los medios de comunicación, un defensor nos revela:

...en los delitos leves la repercusión en los medios influye mucho, depende del momento. Eso lo hablamos todos los días. El juez te dice “Uy, si lo largo salgo en todos los medios y me mato”. Hay una mina que desapareció y el rumor es ese que al imputado “la prisión preventiva se la bajaron los medios”. Si estás todos los días en los medios te buscan cualquier cosa para meterte preso. La influencia es directa. (...) La opinión pública en muchos casos cambia el criterio del juez. En algunos casos puntuales decís “si acá no estaban los medios esto se resolvía de otra manera más lógica, más normal”. Por ejemplo, en el caso X, me agarró el Diario Clarín “La defensa está pidiendo la libertad del asesino de XXX”, como diciendo, “peligro, está por salir este” por mi culpa.

La mayoría de los magistrados coincide en que en el caso concreto influye su nivel de publicidad, por el miedo a verse expuestos e impugnados socialmente en un medio de comunicación. Un juez sintetiza esta idea, expresada por la mayoría de los entrevistados: “Creo que (los medios de comunicación) tienen mucha preponderancia. Los jueces no somos impermeables a las presiones públicas. Creo que la influencia más grande es la de aquellos comunicadores que piden restricciones a las libertades”.

d. Presión de las víctimas

En el contexto argentino se aplica lo que Garland describe del contexto anglosajón:

La figura simbólica de la víctima ha cobrado vida propia y juega un papel clave en el debate político y en la argumentación en torno a las políticas públicas... el sufrimiento de la víctima se representa con el lenguaje inmediato y personalizado de los medios masivos de comunicación y se dirige directamente a los miedos y la ira de los espectadores, produciendo efectos de identificación y reforzamiento que luego son usados política y comercialmente (Garland, 2005: 241 y 242).

Sin embargo, también debe encuadrarse históricamente una particular dirección ideológica de las agrupaciones de víctimas que hoy logran efectivamente alzarse como representativas de

un colectivo en la Argentina. En efecto, el discurso de la víctima como un contralor legítimo de la institución judicial, como una expresión de necesidad de justicia (entendiendo justicia como castigo) que debe ser escuchada y debe tener su lugar en el sistema judicial, tiene un indudable origen democrático, puesto que se remonta a las primeras luchas de asociaciones de víctimas del terrorismo de Estado³⁶. En los años 80 del siglo XX se suma la lucha de sectores vulnerables contra la violencia policial por constituirse como sujetos de derecho (Gingold, 1997). En los años 90 adquieren más representatividad los padres de jóvenes muertos a manos de “hijos del poder”, y su lucha anti-impunidad se orienta ideológicamente a sacar a la luz los oscuros entramados de encubrimientos políticos policiales (Gutiérrez, 2008). Y, a comienzos del nuevo siglo, tras el quiebre de las representaciones públicas y de la confianza en las instituciones, un nuevo tipo de movimientos de víctimas *contra la impunidad* toma como su opuesto a la clase política en un primer momento, y, en un segundo momento, tras el caso *Blumberg*, a los *jueces garantistas* (Gutiérrez, 2011 b).

En el discurso de la víctima, el juez se convierte en el responsable directo de la muerte que se le imputa a una persona liberada por él. Por ejemplo, en ocasión de cerrarse el juicio político al Juez Sal Lari, el 31 de julio de 2012, el Diario La Nación reprodujo los dichos de Viviam Perrone, presidenta de la Asociación Madres del Dolor: “[Sal Lari] hizo que el ingeniero Regis perdiera la vida y que una nena que era violada por su propio padre tuviera que seguir viviendo bajo el mismo techo; hizo que recuperara su libertad el sacerdote Mercau, de Tigre, que abusaba de chicos de la calle que tenía en un hogar... Esto ensucia al Poder Judicial”. Todas estas acusaciones se comprobaron falsas. De manera similar, el 25 de octubre de este año, el Diario InfoBae dice sobre el caso del Juez Axel López, antes mencionado: “Arnaldo, la pareja de Tatiana, reclamó justicia y apuntó contra el magistrado Axel López, que otorgó la libertad condicional al acusado. “Los jueces no pueden estar soltando delincuentes **para** destruir familias”, afirmó”.

Estos grupos organizados de víctimas *contra la impunidad*, por ejemplo, las Madres del Dolor, se manifiestan a través de declaraciones en los medios de comunicación, reuniones con actores políticos de relevancia, y rituales y performances colectivas: marchas de silencio, rezos colectivos, encendido de velas, firmas de adhesiones a petitorios.

Según un juez, estas manifestaciones “Sí influyen. Hacen presión, son escuchadas por los jueces. Y de acuerdo a las últimas modificaciones legislativas hay un mandato legal para que se escuche a las víctimas. Las movilizaciones de reclamos de seguridad tienen influencia acerca de los márgenes de discrecionalidad que existen en la aplicación del derecho. Hace poco hubo una manifestación de 5000 personas”. Pero, como un fiscal aclara, su fuerza depende de que el movimiento sea receptado por otras fuerzas de presión. “Sí influyen. Pero a través de los medios y el poder político”. Y un defensor asiente: “Sí, es muy significativa en esta última época, sobre todo cuando es mediática. No tanto en persona. Las víctimas arrastran a la prensa y eso hace que pasen cosas que antes no ocurrían”. Casi todos los operadores entrevistados coinciden. Algunos resaltan la incidencia directa en el caso concreto y otros mencionan la presión indirecta, a partir de la creación de un clima general.

³⁶ Las Madres de Plaza de Mayo, por ejemplo.

e. Efecto conjunto de los factores de presión

El caso que nos cuenta un juez de Bahía Blanca sobre una colega de su mismo departamento judicial, explica que, en realidad, el efecto peligroso se da porque los tres actores principales de presión contra el dictado de las excarcelaciones suelen operar de forma conjunta, con una lógica política opuesta a la lógica jurídica:

El caso de la Jueza C. Es permanentemente víctima del Diario La Nueva Provincia porque estuvo muchos años en la Comisión por la Memoria con el fiscal Hugo Cañón. Hubo toda una campaña muy fuerte que le hicieron, un escrache en la casa, una cosa horrible. Un diario filofascista. Además fogueado por el intendente Cristian Breitenstein, ahora ministro de [el gobernador] Scioli. (...) Él [el Fiscal General] tiene un medio [de comunicación] adicto, que sacan las cosas que él quiere. Me han dicho que levanta el tubo y dice `che, fulanito, vamos a allanar tal casa`. Una periodista de este medio interrumpió mi descargo y me hacía preguntas que eran la argumentación de la fiscalía, que era información que sólo tenía la fiscalía. Me dijeron que esa plata [para crear ese programa de radio] la puso un tal EE, de la Unión Industrial de Bahía Blanca, que eran socios de MY [líder sindical de proyección nacional] y el grupo P-C [empresa de transporte en ese momento cuestionada por una licitación sospechosa del puerto de la ciudad].

En otro departamento judicial, un juez que ha soportado una persecución pública y juicio político (finalmente absuelto), nos cuenta que

Hay una influencia absoluta entre las fiscalías y las municipalidades. Para decirte, por ejemplo, que cuando cualquier funcionario imputado llega a 308, la causa la lleva directamente [el Fiscal General] JN. El juez no puede intervenir, la tiene que pasar a la fiscalía general, y la lleva el fiscal XY, que es directamente el brazo ejecutor de [el Fiscal General] JN. Cuando [el intendente] hace la presentación de juicio político y empieza a plantearlo a nivel de campaña política, el fiscal general del departamento, le da un resumen de 10 causas en las que no estaba de acuerdo con mi criterio. Ahí es que se suman [el intendente de la localidad], las “madres del dolor”, y AF (Ex jefe de gabinete nacional). El caso fue muy identificable. Mediáticamente le sirvió a mucha gente a nivel de la campaña electoral.

f. Jueces objeto de presión

Como en general la crítica pública persigue a aquellos que otorgan una libertad, quienes son más propensos a este tipo de campañas persecutorias son, precisamente, los *jueces garantistas*. En palabras de las asociaciones de víctimas y de los actores políticos que se suman a las campañas de persecución, esta palabra se utiliza despectivamente. El juicio político adquiere en estos casos una intención instrumental política que es la de la deslegitimación del juez, y la demostración de voluntad punitiva de parte del actor político que impulsa el proceso (gobernador, legislador, intendente municipal, etc.).

Nos dice un juez denunciado: “Los que tienen más posibilidad de que les abran la instrucción [el juicio político] son los que de verdad meten la pata o los que somos más garantistas, por esta cuestión neopunitivista que hay ahora. Todos los jueces somos denunciados, pero encima algunos le sumamos que somos antipáticos para la corriente neopunitivista en los medios de comunicación. Estamos más expuestos”. Otro dato relevante en estos casos es que estos jueces no suelen pertenecer a la red de apoyos políticos que suelen ser necesarios para su nombramiento como magistrados, son en ese sentido, excepciones.

Para comprender el alcance que *las expectativas* de los actores políticos y sociales pueden tener en influenciar el comportamiento judicial, y, por lo tanto, su poder efectivo, es necesario considerar que su influencia no se produce sólo a través de interferencias o injerencias concretas sino por un entramado político en que circulan, por el circuito político judicial, expectativas, sanciones y premios tácitos, la mayor de las veces silenciosos. Estas expectativas, en la Provincia de Buenos Aires, están directamente relacionadas con las condiciones efectivas para lograr un ascenso en la carrera judicial, con la necesidad de *padrinazgos*, con el mal funcionamiento de los Consejos de la Magistratura, y con las consecuentes negociaciones políticas que existen atrás del nombramiento de cada magistrado (Gutiérrez, 2011a).

En la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, los representantes del *poder político* determinan con su mayoría en el Consejo quién va a acceder a qué cargo, sin necesidad de respetar órdenes de mérito de los exámenes ni fundar sus resoluciones. De allí que mantener una buena relación o imagen con estos poderes y con sus representantes es determinante para la posibilidad del acceso a la magistratura y para el posterior ascenso.

En conclusión, en un entramado judicial que combina la comunidad de intereses con las estructuras políticas electorales, y con una mayoría de jueces poco dispuestos a aceptar transformaciones profundas en el sistema judicial, la libertad durante el proceso, aún garantizada por el orden legal, queda en riesgo, sobre todo en los casos que cobran alta exposición y que generen indignación pública. Esto indica que, salvo excepciones, quizás no haya tanta diferencia de opinión entre los sectores que presionan por un uso más extendido de la prisión preventiva y los jueces tradicionales que aplican el criterio sustantivista o de defensa social. Además, marca la normalización que de manera profunda, pero difícil de medir, se genera sobre el criterio judicial a la hora de dictar la prisión cautelar o la libertad durante el proceso, fundamentalmente en aquellos funcionarios que no están dispuestos a mostrar un activismo que los saque de la rutina, reforzando así su tendencia a no aceptar legislación o jurisprudencia superior que se apoye en el garantismo constitucional.

6. Carencias o debilidades institucionales

Al analizar el complejo entramado de actores y factores que explican la vulnerabilidad de los magistrados ante las presiones por casos de detención o libertad durante el proceso, se advierten problemas en diversos aspectos institucionales, de la estructura y del funcionamiento judicial. Falencias que resultan funcionales a la resistencia a adoptar criterios restrictivos del uso de la prisión preventiva, que se combinan con procesos sociales e históricos más amplios, y que son, por tanto, relevantes para el tema de estudio.

Respecto de la formación y trabajo de los funcionarios, es importante considerar el desconocimiento o la indiferencia de los magistrados de primera instancia, frente a la jurisprudencia de la Corte Suprema y los tratados internacionales. De las entrevistas realizadas surge con claridad que es muy leve la influencia de la jurisprudencia superior (CSJN y Cámara de Casación) en el trabajo cotidiano de las resoluciones de los jueces inferiores (primera instancia y cámara), a tal punto que muchos de ellos, incluso, la desconocen. Cuando los entrevistados (jueces o fiscales) justifican sus criterios sustancialistas, en relación a la aplicación de la prisión preventiva, parecen dar por hecho que son legítimos. Se observa, por tanto, una primera debilidad en el valor y el efecto que los fallos superiores tienen sobre los otros operadores, tanto en su conocimiento y difusión, como en su efectiva adopción.

En segundo lugar, dentro del mismo plano, cabe mencionar la persistencia de las tradiciones y saberes del trabajo cotidiano, que tienden a resistir su transformación. Esto puede explicarse, en gran parte, por la tendencia propia de las estructuras judiciales a trabajar reproduciendo prácticas. El saber práctico que permite la operación judicial, se reproduce de los viejos funcionarios a los nuevos y de los magistrados a los empleados en la práctica laboral, y, por tanto, tiende a repetir viejos esquemas, y a defenderse frente a los intentos de cambio. En definitiva, los operadores judiciales defienden el trabajo que saben hacer. En principio, no se advierten otras maneras de enseñar el trabajo judicial que planteen una alternativa, una propuesta diferente para hacer las cosas. Al no haber, en la práctica, otra forma de ingreso y ascenso que la carrera judicial y el apadrinamiento por parte de los magistrados, esta lógica reproductiva está garantizada.

En tercer lugar, desde una mirada normativa se advierte una falencia clara en la legislación, que surge de las contradicciones ya mencionadas, y que resulta funcional al mantenimiento de los criterios antigarantistas. Las leyes procesales no son lo suficientemente claras en definir la detención durante el proceso como medida puramente cautelar. Lo hacen en un artículo, y en el siguiente avalan la interpretación opuesta. Esto permite interpretarlas como sustento a los criterios peligrosistas y sustancialistas de la detención cautelar. Cuando se avanza en reformas que restringen el uso de la prisión preventiva (como en la reforma procesal del año 1998 en la Provincia de Buenos Aires), inmediatamente se ponen en marcha procesos de contrarreforma. Estos procesos cuentan con el apoyo o son impulsados tanto por jueces y fiscales conservadores de sus prácticas tradicionales como por actores políticos que intentan demostrar al público que “se están encargando” del problema de la inseguridad, e introducen reformas parciales que conllevan nuevamente las ambigüedades que permiten los subterfugios interpretativos.

Asimismo, cuando se analiza la estructura judicial y la política de ascensos y nombramientos, se advierten cuestiones importantes a tener en cuenta. En este sentido, el manejo de la política de nombramientos de funcionarios y magistrados en el Poder Judicial aparece como una cuestión clave. Los Consejos de la Magistratura, en los que intervienen otros actores políticos, se presentaron desde su introducción en 1994 y en adelante como una mejora institucional del sistema de selección. Sin embargo, en muchos casos, los procesos de concursos y designaciones han resultado poco transparentes. Los Consejos se han convertido en un espacio de negociación de partidos políticos en confluencia con lógicas judiciales de defensa de la corporación y de las tradiciones.

Como correlato, en la mayoría de los departamentos de la Provincia de Buenos Aires se advierte un manejo similar de la política de remociones. A partir de la creación de comisiones

legislativas de juicio político o de la intervención de los Consejos de la Magistratura, se ha ocultado, a través de complejos y largos procesos y normativas, que muchos de los funcionarios enjuiciados lo son no por tener un criterio antijurídico o por cometer una falta grave, sino, al contrario, por aplicar criterios constitucionales. Estos procesos permiten, frente a un escándalo, señalar al funcionario judicial como culpable de un crimen y funcionar como chivo expiatorio para evitar las responsabilidades de las instituciones de gobierno, y para entregarle al público la cabeza del (indicado como) culpable (el juez que liberó al autor). En este sentido, los *linchamientos mediáticos* de jueces tienen el efecto de permitir a la clase política liberarse de la responsabilidad por el crimen, ganar aceptación pública al demostrar que “se está haciendo algo” al perseguir al juez, y amedrentar a los otros magistrados.

Y, por último, desde una dimensión más amplia, se advierten factores históricos y contextuales a tener en cuenta. En épocas marcadas por la emergencia de la categoría de *inseguridad* (civil) como catalizadora de todo tipo de inseguridades sociales, desarraigo e incertezas sobre el futuro de las trayectorias personales (Castel, 2004) y de pérdida de los grandes relatos políticos que articulaban los conflictos (Gutiérrez, 2008), la clase política ha desplazado la responsabilidad por el delito al Poder Judicial, que se ha vuelto el foco de los reclamos públicos, sin haber podido plantear una estrategia comunicativa que separe el problema de la prevención del delito de la aplicación de penas, y, estos dos, de la aplicación de medidas cautelares.

No ha existido, en las estructuras judiciales o ni siquiera de forma orgánica en el campo jurídico (esto es, incluyendo a los abogados, a los profesores, academias, etc.) una respuesta a la delegación pública de responsabilidad por el problema del delito que los actores de la política han planteado, ni tampoco una respuesta de defensa jurídica ni política de los jueces perseguidos públicamente por aplicar un criterio procesalista de las medidas cautelares de detención, o por aplicar criterios garantistas a la hora de definir las libertades, excarcelaciones, regímenes de condena condicional, libertad condicional, etc. Las defensas públicas, cuando han aparecido, han dependido más de las redes de contacto de cada magistrado y de los actores afines que los han acompañado, que de una respuesta colectiva y unificada de los sectores de representación judicial.

En síntesis, hay una serie de factores relacionados entre sí, que intervienen en el problema y que pueden ser identificados como carencias o debilidades institucionales en las distintas dimensiones:

- 1) Falta de influencia de la jurisprudencia nacional superior en el trabajo cotidiano de los jueces.
- 2) Conservadurismo de las prácticas, por reproducción de los viejos esquemas y criterios como única forma de aprender el trabajo judicial.
- 3) Falta de claridad en las leyes procesales.
- 4) Debilidad (o crisis de legitimidad) de la institución judicial y del mundo jurídico frente al poder político y a la *opinión pública*.
- 5) Estrategia de los actores de la política gubernamental de desplazar la responsabilidad por la *inseguridad* hacia los jueces.

- 6) Falta de una estrategia de presentación pública que recree legitimidad de lo judicial y del saber jurídico y dé respuesta a la imputación política, social o mediática.
- 7) Manejo arbitrario de la política de nombramientos y remociones de los funcionarios y magistrados.
- 8) Visión corporativa de la idea de independencia judicial y ausencia de canales de defensa y apoyo institucional de los jueces que son amenazados o enjuiciados por sus decisiones por parte de las asociaciones o agrupaciones que representan a los magistrados.

7. Dificultades de acceso a la información

En cuanto al acceso a la información cualitativa, principalmente la que depende de la observación directa (la etnografía, la entrevista, las técnicas de observación participante y no participante) el operador judicial tradicionalmente suele mostrarse desconfiado del investigador y pone en marcha formas de construcción de la imagen históricamente válidas en lo judicial: la formalidad, la distancia en el trato, y las respuestas legalistas. Sin embargo, hay un dato curioso y llamativo: aun pretendiendo una respuesta legalista y meramente formal, muchos de los entrevistados dejaban ver su desconocimiento de los estándares válidos constitucionalmente sobre las medidas de coerción, mientras apelaban a un criterio sustancialista y peligrosista, y desconocían los estándares internacionales y la jurisprudencia del máximo tribunal. Por otro lado, esta distancia con el entrevistado es fácil de desarmar cuando se apela a ciertas claves que demuestran conocimiento del terreno, o cuando se logra que el entrevistado entre en confianza.

Respecto de la información estadística, el acceso al dato confiable se vuelve mucho más difícil. Por un lado, cabe señalar que respecto de la Provincia de Buenos Aires, pero también del resto de las provincias, el dato se reduce al porcentaje de presos preventivos en función de la cantidad total de detenidos. Ahora bien, este dato solo indica en qué proporción se encarcela con una medida cautelar, y en qué medida se detiene a personas condenadas. Pero este dato no es un indicador respecto del uso de la prisión preventiva, ya que no considera el total de las personas imputadas, y, de este modo, no se puede obtener información precisa respecto del uso de la medida cautelar.

Por otro lado, tampoco es posible acceder a datos respecto de la cantidad de presos preventivos en función del tipo de delito, o de la edad de las personas, ni sobre la duración total de la medida cautelar. También hay falta de información sobre el pedido y la concesión de medidas alternativas a la prisión preventiva. Toda ésta es información fundamental para considerar aspectos claves sobre el funcionamiento del sistema penal en general, y del sistema judicial en particular.

En relación a la información sobre los procesos disciplinarios a los funcionarios judiciales, y, en especial, a aquellos funcionarios sometidos a estos procesos por cuestiones relacionadas con la concesión de excarcelaciones o libertades anticipadas, no hemos tenido ninguna respuesta de las agencias oficiales cuando se acercaron pedidos de información.

Sobre la información disponible, en relación a la cantidad total de causas penales y detenidos en el país, se cuenta con las cifras del Sistema Nacional Estadístico de Ejecución de la Pena

(SNEEP). Se trata de información producida por la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que presenta datos sobre la población detenida en todo el país. Se trata de información parcial, ya que, por ejemplo, no incluye a todos los detenidos en comisarías y destacamentos de las fuerzas de seguridad (que, por lo general, están en prisión preventiva). Tampoco hay información concreta respecto de las correcciones metodológicas o cambios en la forma de acceder a los datos desde el año 2001 en que comenzó el registro. Por otro lado, los datos recopilados provienen de la información que ofrece cada provincia. En este sentido, cada jurisdicción organiza su propio sistema de estadística criminal y judicial, sin una metodología común, por lo cual todas las cifras a las que se puede acceder son estimaciones que deben construirse a partir de correcciones a la estadística oficial.

Así, la información estadística en todos los casos es poco accesible, y, a su vez, resulta poco confiable porque por lo general no es exhaustiva.

8. Conclusiones

a. Prisión preventiva

En todas las entrevistas y en una variada literatura y jurisprudencia, se reconoce que el principal criterio práctico para dictar la prisión preventiva es la *pena en expectativa*. Esto quiere decir que la medida cautelar será utilizada cuando la pena asignada para el delito que se le imputa a un procesado no parezca permitir su ejecución en suspenso. Este criterio, arraigado de forma estable en la práctica judicial de todos los circuitos judiciales del país, se encuentra avalado explícita o indirectamente en artículos precisos de los ordenamientos procesales que contradicen a los principios generales de los mismos cuerpos normativos y a los principios constitucionales y convencionales. El juego de interpretaciones que se abre en la contradicción normativa permite justificar de formas complejas y confusas la aplicación de la coerción personal en atención a la pena en expectativa.

La revisión y demostración de los peligros procesales en el caso concreto no son un criterio efectivo de aplicación. El peligro de fuga se asocia, por lo general, a los casos en que existe una condena de cumplimiento efectivo.

Si bien existen numerosas instrucciones y órdenes de distintos estamentos judiciales superiores (Cámara de Casación, Corte Suprema de la Nación, Corte Interamericana de Derechos Humanos) e, incluso, fallos plenarios que ordenan la aplicación de un régimen de libertad durante el proceso en cumplimiento de los estándares internacionales en la materia, los operadores judiciales no los tienen presentes como un criterio a la hora de resolver, o directamente los desconocen. Al mismo tiempo, estos instrumentos coexisten con normativa contradictoria u órdenes informales para actuar en el sentido contrario, y con el mensaje político que dan las opiniones mediáticas respecto de los jueces que dictan excarcelaciones a personas que luego comenten delitos de alta repercusión, lo que explica en gran parte su escasa eficacia.

b. Presiones o injerencias no legítimas

Respecto de la independencia judicial en sentido negativo, es decir, la ausencia de presiones indebidas o la fortaleza para resistirlas, cabría distinguir dos dimensiones distintas, aunque in-

trínsecamente relacionadas. En relación a la independencia externa, la presión política se da de forma indirecta y general, ex-ante, es decir, no tanto durante la tramitación de un caso concreto, sino como efecto de la exposición y las acusaciones públicas de los medios y grupos de reclamo, que muchos actores de la política electoral suelen recoger, organizar y aumentar. Estas acusaciones se ejercen poniendo el foco en un juez particular en un caso concreto, ex post, es decir, no tanto durante la decisión de la prisión preventiva, sino por la conducta posterior del imputado liberado cuando éste reincide (particularmente en hechos graves). La presión en ese momento tiene dos dimensiones, al juez en particular, quien puede terminar no sólo señalado y degradado públicamente, sino sometido a un agravante proceso disciplinario o de remoción, y a los jueces en general con un efecto de disciplinamiento importante (particularmente, para los jueces garantistas que consideran la prisión preventiva como una medida cautelar de excepción), a partir de la amenaza de una posible persecución pública.

Respecto de la independencia interna, el problema se observa principalmente en los fiscales (y hasta donde pudimos relevar, principalmente en las provincias), que son parte de una estructura jerárquica muy verticalizada, la que, en algunos casos, permite un tipo de control político por parte de los funcionarios superiores que va más allá de la fijación de criterios jurídicos o prácticos para ejercer su trabajo (véase la entrevista estructurada al Fiscal de la Ciudad de Bahía Blanca y la entrevista libre al Juez de la misma jurisdicción).

La figura principal, que evidencia un tipo de presión ilegítima por parte de la conjunción víctimas/medios/autoridades políticas, es la amenaza de juicio político, que se trasmite a partir de procesos emblemáticos, muy presentes en los magistrados, llevados a cabo contra jueces por otorgar excarcelaciones, por lo general en casos excarcelables según la misma ley. En esos juicios, los jueces no fueron cuestionados por el criterio jurídico en el que ampararon sus decisiones, sino por argumentos de necesidad política, ligados al problema de la inseguridad y el delito. Esto ocurre principalmente en los fueros provinciales, pero se empieza a observar también en el ámbito federal (por ejemplo, la ya mencionada persecución al juez Axel López por su decisión de conceder salidas transitorias a un detenido que más tarde estuvo involucrado en un delito de alto impacto mediático).

Como dijimos anteriormente, tanto los medios de comunicación, las autoridades públicas a través de sus declaraciones (y de otro tipo de intervenciones, como hacer una denuncia o promover un juicio político), como las acciones de las víctimas, particularmente cuando están organizadas en un grupo de reclamo (y, por tanto, acceden al apoyo de alguno de los otros dos elementos de presión) inciden por dos vías distintas o en dos niveles distintos. Primero, en el caso concreto en el que ese reclamo se genera y en el que el juez puede cambiar su criterio para evitar la acusación pública, y, segundo, como forma de presión difusa, a través del mensaje político que se inicia con la persecución de un juez por haber dictado una excarcelación.

Los entrevistados coincidieron en que no hay persecuciones por dictar prisiones preventivas pero sí por excarcelar, y en que el magistrado no quiere “quedar expuesto” al dar una excarcelación, por lo que “se cuida” de tomar esas decisiones, en las que también debe justificarse más. En cambio, dictar la prisión preventiva es la respuesta más segura.

Así, como dijimos, se trata de un Poder Judicial que por su propia configuración política e ideológica no muestra una posición de fuerte compromiso (y activismo) con la protección de

derechos. A esto se suma el efecto difuso del disciplinamiento que genera este tipo de iniciativas en todos sus integrantes, pero, fundamentalmente, en aquellos que intentan separarse del funcionamiento inercial y rutinario. Este efecto normalizador es difícil de medir. Por ejemplo, existe una imposibilidad estadística de medir el efecto de estas acciones amenazantes contra estos jueces, en términos del porcentaje en que pudo haber aumentado la aplicación de la prisión preventiva sobre el total de condenados. En muchos departamentos judiciales se encuentran en marcha procesos de aceleración de los tiempos procesales que imposibilitan una comparación entre un momento histórico y otro (por ejemplo, en los últimos años, en la Provincia de Buenos Aires se ha instrumentado el proceso de flagrancia que lleva a aplicar condenas en pocos meses, lo cual ha reducido el número de presos con prisión preventiva, pero convirtiendo estos casos de detención en condenas en poco tiempo). Sin embargo, ese efecto sí se puede observar en el hecho que los operadores judiciales confiesan que han cambiado su criterio, que “ahora se cuidan más” que antes de dictar una excarcelación, o que ahora para dar una excarcelación deben fundamentar muy bien y extensamente, y, en cambio, para dictar una prisión preventiva lo hacen con una *plancha* (un modelo pequeño y precargado, donde sólo hay que llenar los datos del imputado y la causa).

Así lo resume un juez entrevistado:

P: ¿Usted cree que estos casos influyen en el criterio de los jueces a la hora de decidir prisiones preventivas o libertades?

RS: No tengas ninguna duda. Con la suspensión y pedido de juicio político de Sal Lari las tres salas [del Departamento Judicial] modificaron su criterio respecto de la prisión preventiva. El peligro procesal hoy tiene que ver con que el juez pueda perder o no su asiento. Ese es el peligro procesal. Lo que cede con la prisión es la aplicación de garantías. Entonces los jueces deslumbran con las garantías en los fallos de los casos manifiestamente irrelevantes y las olvidan en los otros. Eso sucedió inmediatamente iniciado el proceso y con mi suspensión mucho más. El mensaje del juicio político sirvió, en lo simbólico. No importó si lo destituyeron o no, alcanzó con el escarnio público, con haberse iniciado el proceso y su suspensión. Los jueces lo dicen: antes de excarcelar se aseguran que no van a tener problemas. Por ejemplo, en una libertad condicional, siguen lo que dicen los informes penitenciarios. Antes decía “no obstante la opinión del Servicio Penitenciario... los informes de conducta...” ahora si el Servicio no lo recomienda, no la dan.

Así, el mensaje político que se comunica en las persecuciones a jueces y en las declaraciones de gobernadores o ministros, afirmando la necesidad de endurecer la justicia, cuando no es referido al caso concreto, igual abona y crea un determinado clima político que es claramente interpretado por los magistrados como una necesidad de *cuidarse* en sus resoluciones, de no *exponerse*. Esta estrategia refleja debilidad política de su parte, la que en gran medida se debe a que no existe ningún tipo de respuesta de apoyo institucional oficial a estos jueces que caen bajo la persecución pública por casos notorios o aberrantes precedidos de excarcelaciones. El apoyo se suele dar a través de declaraciones de sindicatos, organizaciones no gubernamentales, grupos académicos y eventualmente Colegios de Abogados, por supuesto, con menor fuerza política.

c. Viejas prácticas, nuevas presiones

Retomando las advertencias que hicieramos en el apartado de normativa y jurisprudencia, aunque existen varias formas en que el sistema político y distintos actores públicos influyen al sistema judicial por vías no legítimas, el problema de la incorrecta aplicación de la prisión preventiva no nace allí, sino de una práctica extendida y estable entre los operadores jurídicos inferiores a equipararla a un adelanto de pena, a pesar de la jurisprudencia superior en contra. Los intentos de aplicación de los criterios garantistas (conforme los estándares internacionales), en los últimos años, son excepciones que son contraatacadas, ahora sí, por el sistema político (incluimos como factores relevantes de este sistema a las organizaciones de víctimas, a políticos profesionales y a los medios de comunicación). Los actores políticos que intervienen como factores de presión y contra la independencia del juez funcionan casi como un resguardo de viejas prácticas frente a un proceso de reforma institucional que una parte de jueces parecía encarnar, siguiendo la jurisprudencia superior y los estándares internacionales.

Los jueces atacados por persecuciones públicas observan ciertas características comunes: (1) son garantistas, gozan de respaldo académico, y son valorados en el campo jurídico por su buen conocimiento técnico. En cambio, por lo general, no gozan de tanto respaldo político, (2) son jueces inferiores (de primera instancia, de garantías, de ejecución), o, en los casos de jueces superiores, las persecuciones públicas relevantes se registran por confirmar excarcelaciones o revocar prisiones preventivas, y (3) no se discute su criterio jurídico a la hora de detener o excarcelar, sino, con posterioridad, reactivamente, en los casos en que el excarcelado es acusado de cometer otro delito o crimen aberrante, y se lo discute desde la instalación de un *sentido común*, impugnando al discurso jurídico.

La práctica extendida de una inconstitucional aplicación de la prisión preventiva, conforme criterios sustantivos, es un problema anterior y de larga data, que ha sido puesto en cuestión por la jurisprudencia superior en las últimas décadas. A su vez, en algunos aspectos se ha dado cierta degradación de la función judicial y una progresiva interpenetración de factores de poder, que ha operado como un resguardo de estas viejas prácticas, sancionando a jueces de forma ejemplificadora, más que como una influencia específica sobre casos individuales concretos para imponer medidas de coerción.

En la Provincia de Buenos Aires, la intensidad y efectividad de esas medidas ejemplificadoras a jueces garantistas se deben, en gran parte, a la profunda interpenetración del sistema político en el sistema de justicia actual. Interpenetración garantizada por los Consejos de la Magistratura, que lejos de asegurar la transparencia de los procesos, operan como mercados de intercambio de las fuerzas político-partidarias y de los sectores judiciales dominantes (Gutiérrez, 2011a). Esta influencia parece estar creciendo en casi todos los departamentos judiciales estudiados, y lo que se observa es que la capacidad técnica-jurídica como criterio de acceso al cargo de la magistratura ocupa un rol muy secundario, o a veces inexistente.

9. Recomendaciones

Como se ha indicado, una clave del funcionamiento de todo este sistema de presiones es la precariedad institucional de los magistrados frente al uso indebido del juicio político (especialmente cuando el motivo del juicio es el de haber aplicado el principio de libertad durante el proceso penal). Se observa que quienes terminan generando acciones institucionales de apoyo a los jueces en esos casos son asociaciones civiles o gremiales (colegios, agrupaciones de operadores judiciales, ONGs con incidencia en el tema), pero no hay una respuesta institucional del mismo Poder Judicial. Deben pensarse, por tanto, posibles acciones institucionales formales y efectivas frente al abuso de los institutos jurídicos diseñados para la remoción de magistrados.

Asimismo, las instituciones judiciales deberían avanzar hacia el abordaje del debate a nivel de la comunicación pública, toda vez que cuando se cuestiona a un magistrado, las instancias oficiales no reaccionan para señalar la necesidad de respetar el derecho y la interpretación judicial, y, principalmente, de distinguir su función de la de los medios de comunicación, y para evitar, además, la transferencia al juez de la responsabilidad por el problema de la inseguridad (del Poder Ejecutivo) y por la aplicación de la ley (del Poder Legislativo). Los sistemas judiciales deberían comenzar a diseñar estrategias comunicativas a este respecto.

Por otro lado, en las provincias, principalmente en la Provincia de Buenos Aires, se deben encontrar formas de frenar y eventualmente invertir el proceso de precarización técnica y de dependencia política de los magistrados, denunciado por los mismos funcionarios judiciales, y que es una de las fuentes de su crisis de legitimidad, tanto interna como externa. En este sentido, un elemento clave es el poder de nombramiento y asignación de cargos de la magistratura por el sistema político. Una mera revisión de la representación de los órganos que forman los Consejos de la Magistratura y de sus procedimientos, ya sería útil en este sentido. Esto llevaría a analizar el sistema de concursos y asignación como contraparte del sistema de remoción (juicio político) antes indicado. “Los candidatos deben ser conocidos, las personas deben poder opinar sobre ellos y participar en las audiencias donde éstos deben dar a conocer su parecer sobre cuestiones cruciales para el ejercicio de su función. La entrevista que normalmente se hace a puertas cerradas debiera ser abierta a la comunidad” (Vargas Bianco, 2002).

Finalmente, y dado que, aun cuando la jurisprudencia superior ha avanzado hacia estándares internacionales en los criterios de aplicación de la coerción personal, el proceso político del sistema judicial ha permitido que las viejas prácticas inconstitucionales permanezcan vigentes, e, incluso, las ha reforzado, favoreciendo así una progresiva desconexión entre un nivel de trabajo judicial (el cotidiano) y otro (el de excepción), se debe pensar en facilitar y agilizar los mecanismos a través de los cuales la jurisprudencia de los tribunales superiores sea conocida y se haga efectiva, es decir, un sistema de control jurisprudencial más ágil frente a decisiones abiertamente contrarias a los estándares de la jurisprudencia superior.

Referencias bibliográficas

ADC. (2012). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires. Asociación por los Derechos Civiles.

Bourdieu, Pierre. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores.

Castel, Robert. (2004). *La inseguridad Social*. Buenos Aires. Manantial.

CELS. (2004). “Políticas de seguridad. Un área de avance de medidas autoritarias, violaciones de derechos humanos y debilitamiento de ciudadanía”. En: *Derechos humanos en Argentina. Informe 2004*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2005a). *Colapso del Sistema Carcelario*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2005b). *Derechos humanos en Argentina. Informe 2005*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2007). *Derechos humanos en Argentina. Informe 2007*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2008). “Independencia para una justicia democrática”. En: *Derechos humanos en Argentina. Informe 2008*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2009). *Derechos humanos en Argentina. Informe 2009*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2010a). *Las prisiones argentinas en el contexto de la nueva configuración social y estatal de la seguridad*. En: [www.cels.org.ar].

_____. (2010b). *Derechos humanos en Argentina. Informe 2010*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. (2011). “La situación de las personas privadas de libertad. El aumento de la inseguridad tras los muros”. En: *Derechos humanos en Argentina. Informe 2011*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores.

_____. En prensa. “Un estudio sobre el uso de la prisión preventiva en el sistema ordinario y el procedimiento de flagrancia en la Provincia de Buenos Aires”.

CELS y otros. (2004). *Más derechos, más seguridad. Políticas públicas y seguridad en una sociedad democrática*. En: [http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleDoc&ids=12&lang=es&ss=26&idc=328]. Consultado: 30 de marzo, 2013.

Colombo, Rafael. (2011). “Populismo punitivo y politización de la (in)seguridad urbana en Argentina: programas electorales, políticas públicas y racionalidades de gobierno en tiempos electorales y más allá”. En: Gutiérrez, Mariano H. (coord.). *Populismo Punitivo y Justicia Expresiva*. Buenos Aires. Ed. Fabián di Placido.

Comisión Especial de Acompañamiento para el Esclarecimiento del Asesinato de Candela Sol Rodríguez. (2012). *Informe Final*. Disponible en: [http://agepeba.org/Lectura.asp?id=324]. Consultado: 30 de marzo, 2013.

Elena, Sandra, Salem, Tatiana y Castresana, Inés. (2011). *¿Qué criterios están en juego a la hora de aplicar la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires?* Buenos Aires. CIPPEC.

Garland, David. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona. Gedisa.

Gingold, Laura. (1997). *Memorias, moral y derecho. El caso de Ingeniero Budge*. México. FLACSO.

Gutiérrez, Mariano H. (2008). *La dinámica de las oposiciones y la inseguridad subjetiva*. Buenos Aires. Ed. Fabián di Plácido.

_____. (2011a). “La producción de la pertenencia política hacia el interior del Poder Judicial”. En: Muñagorri Laguía, Ignacio y Pegoraro, Juan S. (coord.). *Orden normativo y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*. Madrid. Editorial Dykinson.

_____. (2011b). “La Tragedia de la lucha por la Justicia”. En: Sozzo, Máximo (comp.). *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en homenaje a Juan S. Pegoraro*. Buenos Aires. Editores del Puerto.

INECIP. (2012). *El estado de la prisión preventiva en Argentina, Situación actual y propuestas de cambio*. Buenos Aires. Instituto Nacional de Estudios en Ciencias Penales.

Iud Alan y Hazan Luciano. (2009). *Informe de evaluación del proceso de fortalecimiento del sistema acusatorio en la Provincia de Buenos Aires. Plan de flagrancia*. Buenos Aires. CEJA.

Jorge, José Eduardo. (2007). “La confianza en las instituciones políticas, la crisis de los partidos y el rol de los medios”. En: *Revista Question*, nro. 16, primavera 2007, Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata.

Kostenwein, Ezequiel. (2011). “De la prisión preventiva al campo del control del delito en la Provincia de Buenos Aires”. En: *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, nro. 32, año 20, julio 2011, Universidad Nacional del Litoral.

Martínez, Candice. (2011). “La política penal durante el segundo gobierno de Carlos Menem: el inicio de un endurecimiento penal”. En: Gutiérrez, Mariano H. (coord.). *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires. Ed. Fabián di Plácido.

Rodríguez, Esteban. (2004). *Justicia mediática. La administración de justicia en los medios masivos de comunicación: las formas del espectáculo*. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc.

Van den Dooren, Sebastián. (2011). “La creación de la ley penal. El contexto socio-político del período legislativo 2004”. En: Gutiérrez, Mariano H. (coord.). *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires. Ed. Fabián di Plácido.

Vargas Bianco, Juan Enrique. (2002). “Independencia versus control del Poder Judicial”. En: *Revista Sistemas Judiciales*, nro. 4, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Disponible en: [http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/41_independencia_judicial.pdf]. Consultado: 30 de marzo, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2008). “Delincuencia urbana y victimización de las víctimas”. En: *Revista Electrónica El Dial*, 22 de agosto de 2008. Disponible en: [www.eldial.com.ar].

**Independencia judicial
insuficiente, prisión preventiva
deformada**

Informe Colombia

Carolina Bernal y Miguel La Rota

2013

Índice

1. Introducción	67
2. Régimen legal de la prisión preventiva en Colombia	68
3. Evolución de la prisión preventiva. Análisis cuantitativo	71
4. Mecanismos de presión sobre la actuación judicial	77
a. Los medios de comunicación	77
b. Amenaza de sanciones	84
c. Relaciones entre funcionarios	91
d. Captura, coerción o ambiente de vulnerabilidad	95
e. Análisis de los mecanismos de presión. El clima para ejercer funciones penales y la necesidad de estrategias institucionales de protección	97
5. Debilidades institucionales	100
a. Ausencia de un acompañamiento institucional mínimo	101
b. Inexistencia de ayuda para las relaciones con los medios	102
c. Ausencia de apoyo a la defensa disciplinaria o penal de funcionarios	103
d. Estancamiento de la carrera en la FGN	104
e. Debilidad o inexistencia de medidas de protección para los funcionarios judiciales	104
6. Dificultades de acceso a la información	105
7. Conclusiones y alternativas de política	105
Referencias bibliográficas	109

Los anexos a los que se hace referencia en el presente informe se encuentran disponibles
en el sitio web de la Fundación para el Debido Proceso

<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>

1. Introducción

En este estudio analizamos las principales presiones e injerencias a las que están sometidos los jueces y fiscales colombianos cuando tienen que tomar decisiones relativas a la imposición de la prisión preventiva³⁷. Este estudio hace parte de un esfuerzo conjunto de cuatro organizaciones de América Latina³⁸ que, coordinadas por la Fundación para el Debido Proceso –DPLF, por sus siglas en inglés-, se dieron a la tarea de (1) identificar las presiones propias de cada contexto nacional, (2) diferenciar cuáles de ellas pueden constituir verdaderas injerencias sobre la actuación de los funcionarios judiciales, (3) constatar la afectación de la imparcialidad de los jueces y fiscales, y (4) ofrecer algunas alternativas de política pública para enfrentar estos retos.

La investigación parte de la hipótesis de que los funcionarios judiciales de la región son, en menor o mayor medida, vulnerables a presiones externas, legítimas e ilegítimas, que les dificultan interpretar y aplicar razonablemente la normatividad de la detención preventiva. En nuestra investigación encontramos evidencia cualitativa que sugiere que esta hipótesis es cierta, al menos para algunos casos con características específicas.

Nuestro informe se fundamenta en una combinación de metodologías: primero, revisamos las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales acerca de la detención preventiva en Colombia, así como las estadísticas oficiales disponibles. Segundo, realizamos un trabajo de campo consistente en 40 entrevistas semi-estructuradas a múltiples actores relacionados con la cotidianidad de la aplicación de medidas de aseguramiento en Colombia³⁹. Tercero, analizamos detalladamente varios casos concretos en que funcionarios judiciales tomaron decisiones acerca de la detención de personas imputadas, encontrándose en interesantes situaciones de presión externa. Para cada uno de estos casos, revisamos el cubrimiento en medios de comunicación y entrevistamos a funcionarios o abogados involucrados. Además, en algunos de los procesos mencionados accedimos a videos o material documental acerca de las decisiones judiciales relevantes.

Este ejercicio va más allá del análisis de la legislación penal. Se concentra en la realidad cotidiana de la labor de los funcionarios judiciales, la cual está determinada por fenómenos sociales e institucionales de los cuales es imposible, y, en cierta medida, indeseable, abstraer a los jueces y fiscales. Una de las conclusiones del documento es que el principal desafío de las autoridades judiciales es detectar y caracterizar adecuadamente estos fenómenos y, a la vez, crear y adaptar herramientas de gestión y política judicial que permitan que, dentro del contexto de los países de nuestra región, las actuaciones de los funcionarios se ajusten a los dictámenes constitucionales y legales.

El orden del documento es el siguiente: (1) Presentamos el régimen legal y constitucional de la prisión preventiva en Colombia. (2) Analizamos cuantitativamente la incidencia de la prisión

³⁷ En este documento utilizamos indistintamente las expresiones detención, prisión sin condena o prisión preventiva, para referirnos a la decisión de las autoridades penales de privar la libertad del sospechoso, en establecimiento carcelario o penitenciario, en un momento anterior a la condena de primera instancia.

³⁸ En Argentina, el *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*; en Ecuador, el *Centro de Derecho y Sociedad (CIDES)*; en Perú, el *Instituto de Defensa Legal (IDL)*; y en Colombia, *Dejusticia*.

³⁹ Estos actores incluyen jueces de distintos niveles –aunque principalmente con funciones de control de garantías-, fiscales de unidades nacionales, seccionales y locales, abogados reconocidos que han representado a alguna de las partes en varios de los casos analizados en detalle, y académicos que han trabajado el tema de la evolución de la figura de la prisión preventiva en Colombia. En el anexo III incluimos una descripción de los perfiles de los entrevistados.

preventiva. (3) Describimos los factores de interferencia a la independencia de los jueces y fiscales y los actores detrás de las interferencias. (4) Exponemos las debilidades institucionales con las que se enfrentan los funcionarios judiciales en relación con las decisiones que han de tomar acerca de la prisión preventiva. (5) Registramos las dificultades de este estudio para el acceso a la información. (6) Presentamos unas conclusiones y hacemos recomendaciones.

2. Régimen legal de la prisión preventiva en Colombia⁴⁰

De acuerdo con el Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP), las medidas de aseguramiento –incluyendo la prisión preventiva– deben ser solicitadas por el fiscal e impuestas o negadas por el juez de control de garantías⁴¹.

En el cuadro 1 resumimos los requisitos legales para la imposición de la detención preventiva en establecimiento carcelario⁴².

Cuadro 1. Requisitos para la imposición de la prisión preventiva

Objetivos	<p>Que se trate de delitos que cumplan alguna de las siguientes características [artículo 313 CPP]:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que su investigación sea de competencia de jueces de circuito especializados*. 2. Que sea investigable de oficio, cuya pena mínima sea al menos de cuatro años. 3. Que sea de los delitos del Título VIII del Libro II del CP (sobre delitos contra derechos de autor), cuando la defraudación sobrepase los 150 salarios mínimos. 4. Que hubieran sido cometidos por personas capturadas por la comisión de delitos dentro de los tres años anteriores.
Subjetivos	<p>Cuando se cumplan estas dos condiciones [artículos 308 a 312 CPP]:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que se tenga evidencia para inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe del delito por el que se le adelanta el proceso. 2. Que se cumpla alguno de los siguientes fines: <ol style="list-style-type: none"> a) Evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. b) Proteger a la sociedad o la víctima del imputado, que constituye un peligro para su seguridad. c) Asegurar que el imputado comparezca al proceso y cumpla con la sentencia.

⁴⁰ En el anexo I incluimos una descripción de la evolución de los últimos 20 años de la normatividad y de la jurisprudencia en materia de prisión preventiva, que permite entender mejor el origen de cada una de las normas vigentes.

⁴¹ Artículo 306 del CPP. Adicionalmente, la medida de aseguramiento también puede ser solicitada por la víctima o su apoderado. Ver la sentencia de la Corte Constitucional C-209 de 2007.

⁴² Además de la prisión preventiva, el CPP establece otras medidas de aseguramiento, incluyendo la detención domiciliaria, la obligación de someterse a sistemas de vigilancia electrónica o de presentarse al juzgado periódicamente, o la prohibición de salir de lugares geográficos determinados, de realizar ciertas conductas o de comunicarse o aproximarse a personas específicas. Artículo 307 y ss. del CPP.

* Los delitos de competencia de jueces de circuito especializados son los consagrados en el artículo 35 del CPP⁴³.

Para la interpretación de estos requisitos legales objetivos y subjetivos, los funcionarios judiciales deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de prisión preventiva, pues la misma ha limitado la interpretación de varias de las normas mencionadas. En particular, la sentencia C-774 de 2001⁴⁴ resaltó que la prisión preventiva debe tener un carácter cautelar y excepcional⁴⁵, y que solo es compatible con el principio de presunción de inocencia cuando no constituye una forma adelantada de sanción, sino que persigue asegurar (1) la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, (2) la preservación de la prueba, o (3) la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual.

⁴³ Según el artículo 35 del CPP los jueces penales del circuito especializados conocen de: 1. Genocidio. 2. Algunos tipos agravados de homicidio agravado. 3. Algunos tipos agravados de lesiones personales. 4. Los delitos de derecho internacional humanitario. 5. Ciertos casos de secuestro extorsivo o agravado. 6. Desaparición forzada. 7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo. 8. Tortura. 9. Desplazamiento forzado. 10. Constreñimiento ilegal agravado según artículo 183, #1 del CP. 11. Constreñimiento para delinquir agravado según el artículo 185, #1 del CP. 12. Hurto de hidrocarburos o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo. 13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) smlmv. 14. Lavado de activos cuya cuantía sea o exceda de cien (100) smlmv. 15. Testaferrato cuya cuantía sea o exceda de cien (100) smlmv. 16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) smlmv. 17. Concierto para delinquir agravado según el inciso 2o. del artículo 340 del CP. 18. Entrenamiento para actividades ilícitas. 19. Terrorismo. 20. Financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. 21. Instigación a delinquir con fines terroristas para los casos previstos en el inciso 2o. del artículo 348 del CP. 22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas. 23. De los delitos señalados en el artículo 366 del CP. 24. Empleo, producción y almacenamiento de minas antipersonales. 25. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales. 26. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas. 27. Conservación o financiación de plantaciones ilícitas cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos. 28. Delitos señalados en el artículo 376 del CP, agravados según el numeral 3 del artículo 384 del mismo código. 29. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada, sea igual a las cantidades a que se refiere el literal anterior. 30. Delitos señalados en el artículo 382 del CP cuando su cantidad supere los cien (100) kilos o los cien (100) litros en caso de ser líquidos. 31. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje. 32. Trata de personas, cuando la conducta implique el traslado o transporte de personas desde o hacia el exterior del país, o la acogida, recepción o captación de estas.

⁴⁴ En dicha ocasión, la Corte analizó la constitucionalidad de varias normas penales vigentes en 2001, que incluían un listado de los delitos para los que cabía la prisión preventiva. La Corte declaró constitucionales las normas demandadas, indicando que “para que proceda la detención preventiva no solo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”. Antes de esta providencia, la sentencia C-395 de 1994, había establecido que “la detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción”. Ver también las sentencias C-150 de 1993, C-327 de 1997 y C-425 de 1997.

⁴⁵ Para la Corte, la excepcionalidad de la prisión preventiva requiere que únicamente se imponga en aquellos casos en los que no existe ninguna otra medida cautelar –de las no privativas de la libertad- efectiva para garantizar los tres fines señalados por la misma Corte. Al respecto, la Corte resaltó también la importancia del principio de gradualidad en la aplicación de la prisión preventiva, que implica que debe acudir a ella únicamente como última opción.

Posteriormente, las sentencias C-318 y C-1198 de 2008 condicionaron la constitucionalidad⁴⁶ de algunos estándares legales para la aplicación de la prisión preventiva a que los jueces deben hacer siempre una valoración subjetiva y específica de las condiciones del procesado, y no simplemente aplicar el silogismo de verificar que se cumplan los hechos indicadores de cada uno de los fines consagrados en la ley.

Por su parte, en los casos en que el imputado ha sido detenido, el artículo 317 del CPP define el régimen de duración de la privación de la libertad⁴⁷, ordenando la libertad cuando venzan los siguientes términos:

- a. 60 días a partir de la fecha de imputación sin que el fiscal haya presentado escrito de acusación⁴⁸.
- b. 120 días a partir de la fecha de formulación de la acusación sin que se haya iniciado la audiencia de juzgamiento⁴⁹.

Sin embargo, los términos señalados tienen excepciones. De acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 317 del CPP, “no habrá lugar a la libertad cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar por maniobras dilatorias del imputado o acusado, o de su defensor, ni cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia”⁵⁰.

⁴⁶ En la sentencia C-318 de 2008, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de parte del artículo 27 de la ley 1142 de 2007, el cual agregaba un listado de delitos para los cuales no cabría la sustitución de la prisión preventiva por detención domiciliaria. En este caso, la Corte reconoció que una “prohibición absoluta de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la del lugar de residencia del imputado, en todos los eventos allí enunciados, es inconstitucional por vulneración de los postulados de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad (...)”. A pesar de esta consideración, decidió declarar constitucional el artículo 27 demandado, bajo el entendido de que, así la norma dijera textualmente que no procedía la sustitución de la medida en los delitos de la lista, el juez debía valorar, de acuerdo con los fines de la prisión preventiva, si procedía o no dicha sustitución. En el caso de la sentencia C-1198 de 2008, la Corte revisó la constitucionalidad de los artículos 24 y 25 de la Ley 1142 de 2007, que dicen que para determinar si se cumplen o no las finalidades de proteger a la comunidad o impedir la fuga del imputado, eran suficientes la gravedad y modalidad de la conducta punible. La Corte determinó que resultaba inconstitucional determinar si se cumplían estas finalidades únicamente con base en circunstancias objetivas como las mencionadas. Por ello, declaró exequibles las expresiones demandadas, bajo el entendido de que los jueces no deben tener en cuenta única y primordialmente la gravedad y modalidad del delito (como dice literalmente el artículo), sino también las demás circunstancias de tipo subjetivo establecidas en la ley y la jurisprudencia.

⁴⁷ También deben tenerse en cuenta los términos consagrados en los artículos 175 y 294 del CPP para que la acusación sea realizada: 90 días después de la imputación (120 días en casos complejos), tras el cual se sustituye el fiscal del caso; 60 días después (o 90 para casos complejos) el imputado que estuviere detenido debe quedar en libertad.

⁴⁸ Numeral 4° del artículo 317 del CPP. Este término es de 90 días cuando hay concurso de delitos o los imputados son más de dos. Adicionalmente, estos términos se duplican si se trata de delitos conocidos por los jueces de circuito especializados, o de delitos contra la Administración Pública o contra el patrimonio económico que recaen sobre bienes del Estado, en los que son más de dos imputados, o más de dos delitos. (Parágrafos 2 y 3 del artículo 317). Bajo esta consagración normativa es difícil para los jueces determinar cuántas veces se doblan los términos y, en últimas, en qué casos pueden otorgar la libertad.

⁴⁹ Para estos términos también aplican las duplicidades descritas en la nota al pie 48.

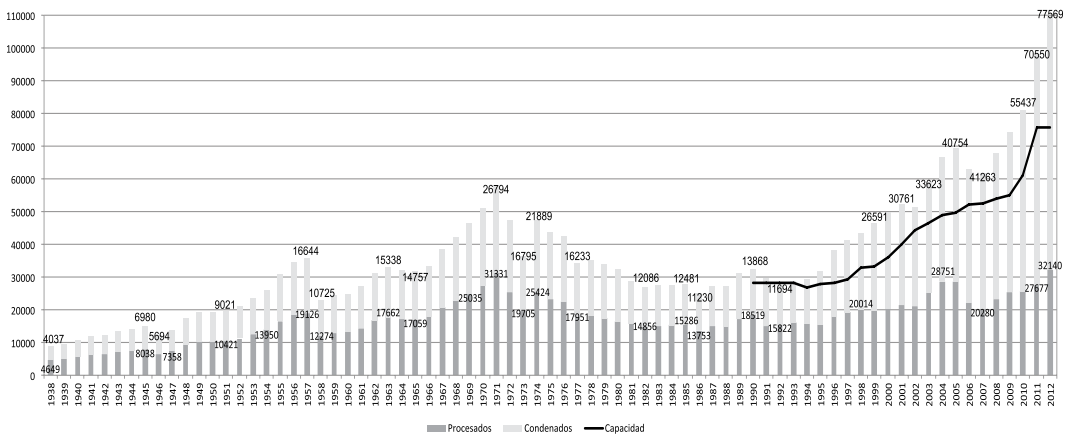
⁵⁰ La legislación colombiana consagra el derecho y acción de Hábeas Corpus -artículo 30 de la CN y Ley 1095 de 2006-, que puede ser invocado por cualquier persona que crea que ella personalmente o alguien más ha sido pri-

3. Evolución de la prisión preventiva. Análisis cuantitativo

Durante la última década, la cantidad de internos en Colombia ha crecido a niveles dramáticos. Pero la intensidad agregada y nacional de utilización de la prisión preventiva, al menos desde el punto de vista cuantitativo y comparado con otros países de la región⁵¹, parece menos alta.

En el gráfico 1 exponemos la evolución nominal del número mensual promedio de personas internas y detenidas, de acuerdo con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante, INPEC). Las estadísticas del INPEC usan el término *detenidos* o *sindicados* para referirse exclusivamente a los reclusos que aún no han sido sentenciados. Aquellos que se encuentran en un centro de reclusión en cumplimiento de una sentencia, ya sea de primera o de segunda instancia, están incluidos en los datos de condenados. A lo largo de este estudio aplicamos esa misma distinción en dos grupos de la población carcelaria⁵².

Gráfico 1. Población carcelaria en Colombia. Condenados, detenidos y cupos.
A mayo de 2012



Fuente: Sistema de información SISIPPEC del INPEC. Promedios de internos por año.

vado de la libertad sin cumplir con los requisitos legales o constitucionales. Además, esta acción procede cuando a pesar de que la captura haya sido legal, ha habido un vencimiento de términos que aún no ha sido reconocido por la autoridad competente para otorgar la libertad. El juez que conoce la acción tiene 36 horas para fallar.

⁵¹ De acuerdo con el informe *Uso abusivos de la prisión preventiva en las Américas*, presentado por la Red de Justicia Previa al Juicio en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los porcentajes de presos preventivos en Colombia y en Chile son los más bajos de la región (de 30% y 25% respectivamente sobre el total de reclusos de cada país). México tiene un porcentaje de 41% de presos preventivos, Brasil del 42%, Argentina del 52%, Perú del 58% y Bolivia del 84%.

⁵² En otros países, como Argentina, la categoría *detenidos* incluye no solo a los privados de la libertad por imposición de la prisión preventiva sino también a aquellos a quienes sólo se ha dictado sentencia de primera instancia que está siendo apelada, y que, por tanto, no tienen aún la condena en firme. Para el caso colombiano las estadísticas oficiales del INPEC cuentan en un mismo grupo a los sentenciados de primera y segunda instancia, impidiendo hacer desagregaciones entre ellos.

Observamos un aumento importante de la población carcelaria, que desde el inicio de los noventa del siglo XX es constante, salvo una leve disminución en la mitad de la primera década del 2.000. La relación con la capacidad carcelaria –desde que tenemos datos– ha sido cíclica. Pero en los últimos años constatamos un aumento importante de la sobrepoblación, llegando casi al equivalente de la mitad de la población carcelaria. No obstante, observamos que el aumento del número de internos ha venido siendo jalonado casi totalmente por un crecimiento de la población condenada, mientras que la cantidad de personas detenidas parece haberse mantenido relativamente constante.

Esto es confirmado por las cifras relativas observadas en los gráficos 2 y 3.

Mientras que la tasa de personas condenadas internas por cada 100.000 habitantes ha aumentado casi de manera constante desde el inicio de los años noventa del siglo XX hasta el presente, pasando de casi 40 a más de 160, la tasa de personas detenidas ha tenido un comportamiento más errático, entre 40 y 70, y no ha mostrado aumentos tan dramáticos⁵³. Esto significa que la proporción de detenidos en el total de internos disminuyó de manera importante, pasando de representar la mitad al inicio de los noventa del siglo pasado, a menos de un tercio en el momento actual.

Por otra parte, observamos los niveles en los que las autoridades han utilizado estas medidas de aseguramiento. La Fiscalía General de la Nación (en adelante, FGN o Fiscalía) nos otorgó datos acerca de diferentes actuaciones realizadas en aplicación del sistema acusatorio implementado desde 2005⁵⁴. Los gráficos 4 y 5 muestran el número de actuaciones realizadas entre 2005 y 2011, incluyendo las imputaciones, las solicitudes de medidas de aseguramiento, la imposición de medidas de aseguramiento y las detenciones en establecimiento carcelario.

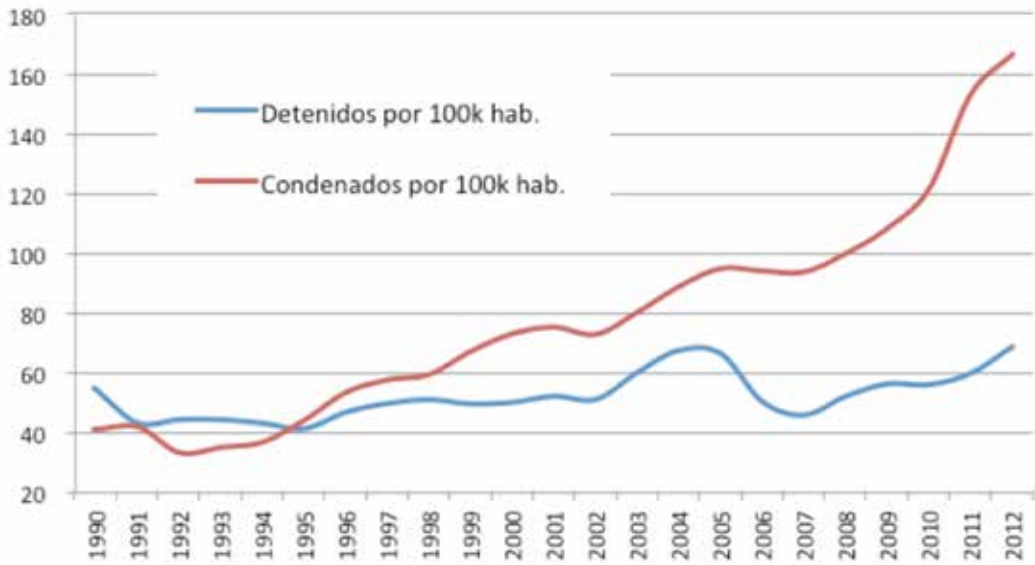
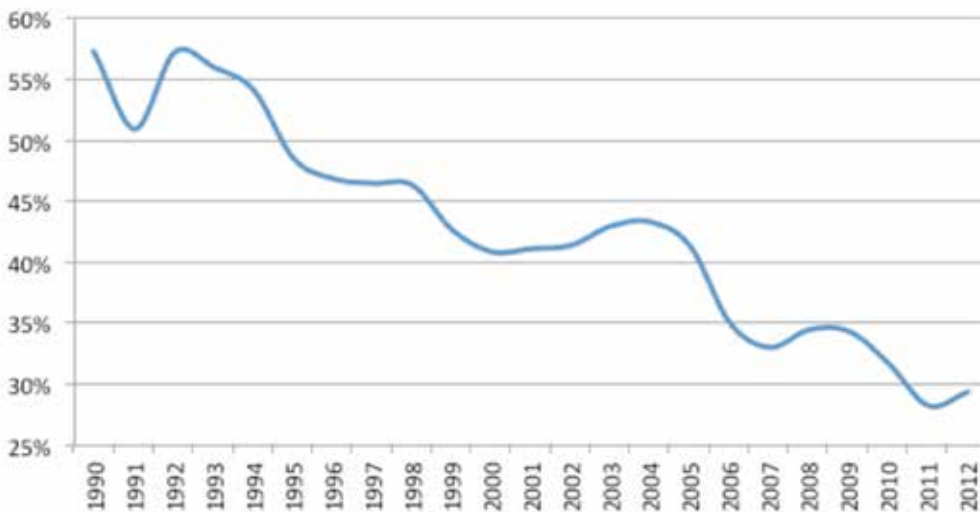
Todas las variables mencionadas aumentan de manera constante. Así, el número de imputaciones pasó de un poco más de 58 mil en 2008 a 89 mil en 2011 (un aumento del 53%)⁵⁵. Pero las medidas restrictivas de la libertad aumentaron de forma menos acelerada que las imputaciones. Las solicitudes de medidas de aseguramiento aumentaron de 21 mil a 24 mil entre 2008 y 2011 (aumento del 15%). Las medidas impuestas y las detenciones muestran una evolución similar a las solicitudes.

A su vez, al observar las tasas de actuaciones –esto es, la proporción de actuaciones en comparación con las imputaciones para el año correspondiente– constatamos que el periodo analizado puede dividirse en dos partes. Entre 2005 y 2008 observamos una fase de acomodamiento, en la que fluctúan las proporciones de medidas de aseguramiento y de detenciones. El periodo

⁵³ La escala del gráfico no debe llevar al engaño de que los cambios de la tasa de detenidos sean irrelevantes. El número de detenidos por cada 100.000 habitantes pasó de menos de 45 en la primera mitad de los noventas del siglo XX, a cerca de 70 una década después. Posteriormente a la sentencia C-774 de 2001 y de la expedición de la Ley 906 de 2004, la misma tasa bajó hasta 47 en 2007, momento desde el cual ha aumentado de forma constante, hasta llegar de nuevo a 70 en el presente.

⁵⁴ Las cifras aportadas, así como el análisis realizado a lo largo de este estudio se refieren al sistema acusatorio e ignoran los procesos que siguen tramitándose de acuerdo con el sistema mixto.

⁵⁵ La evolución nominal anterior a 2008 no es tan relevante, pues durante 2005, 2006 y 2007 el sistema acusatorio fue implementado en tres fases, divididas por grupos de municipios. El año 2008 es el primero en el cual el sistema acusatorio funcionó en todo el territorio nacional.

Gráfico 2. Tasas de condenados y detenidos en EC por cada 100.000 habitantes**Gráfico 3. Tasa de detenidos respecto de población interna**

Cálculos nuestros, con datos del Departamento Nacional de Estadísticas DANE y del INPEC
Promedios de personas internas, a mayo de 2012

Gráfico 4. Número de actuaciones relativas a la medida de aseguramiento

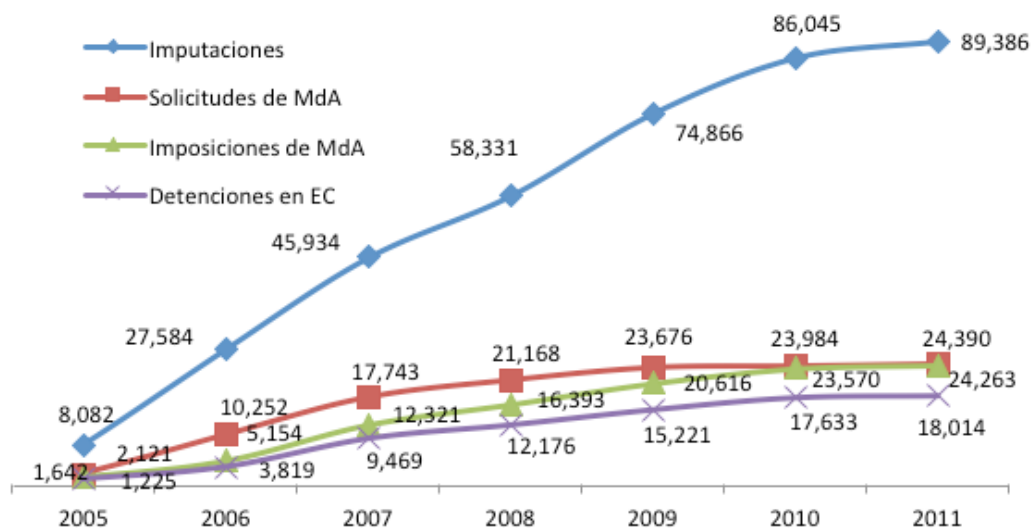
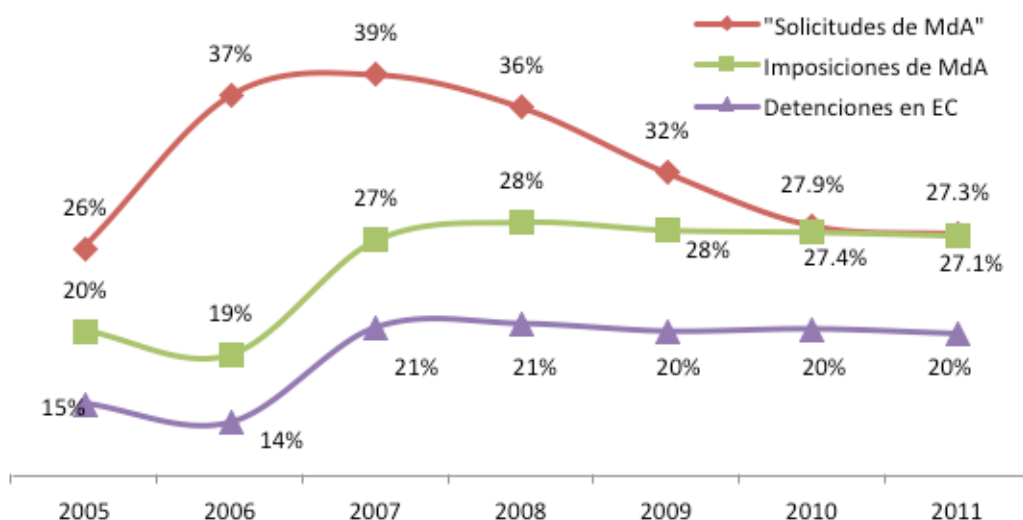


Gráfico 5. Tasas de actuaciones respecto de imputaciones



Cálculos nuestros, con datos del sistema de información SPOA de la FGN

2009 a 2011 es una fase de estabilización, en la que estas proporciones tienden a volverse constantes. Las solicitudes de medidas de aseguramiento pasan de corresponder a dos quintos de las imputaciones a una proporción de menos de un tercio. Las medidas de aseguramiento impuestas se estabilizan también en una proporción marginalmente menor a las solicitudes. Y las detenciones en establecimiento carcelario se estabilizan de manera sorprendentemente constante en un quinto de las imputaciones⁵⁶.

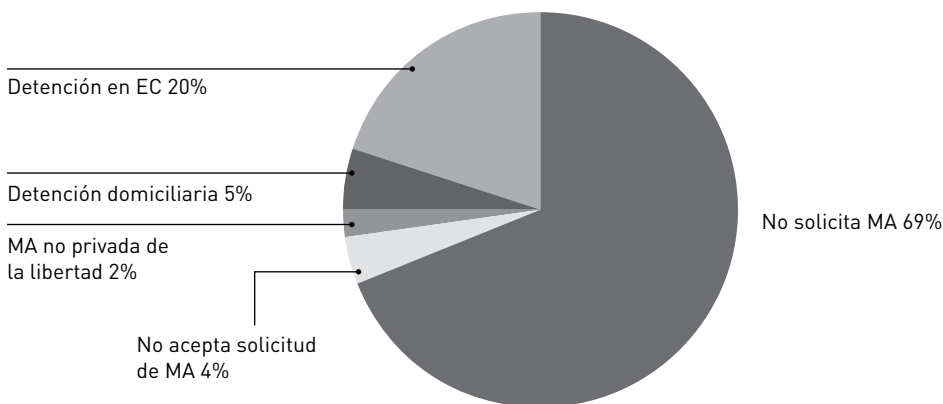
Esta evolución sugiere que durante la primera fase existía un desajuste en los criterios aplicados por la FGN y los jueces de garantías. Pero, con el tiempo, la Fiscalía realizó solicitudes de medidas de aseguramiento en una menor proporción de casos, las que a su vez fueron casi todas aceptadas. Al parecer, los fiscales y jueces superaron el desacuerdo inicial y llegaron a un acomodo acerca del tipo de casos en los que amerita imponer medida de aseguramiento. De acuerdo con los funcionarios entrevistados, ese acomodo fue el resultado, al menos en parte, de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-318 y C-1198 de 2008, que reafirmaron las disposiciones de la sentencia C-774 de 2001, que resaltó el carácter cautelar y excepcional de la prisión preventiva⁵⁷. La disminución de solicitudes de medidas sugiere también que fue la FGN la que se ajustó a los parámetros exigidos por los jueces de garantías.

A su vez, el gráfico 5 muestra que de cada diez medidas de aseguramiento impuestas, alrededor de siete corresponden a detenciones en establecimiento carcelario. Estas proporciones pueden ser observadas con mayor claridad en el gráfico 6, que recoge lo sucedido con las imputaciones, en relación con la solicitud de medidas de aseguramiento, su aceptación, y el tipo de medida impuesta.

⁵⁶ No tenemos datos para desagregar la información expuesta de acuerdo con los delitos para los que ha habido imputación o se han impuesto medidas de aseguramiento. Esto es necesario para un análisis riguroso, pues el universo de casos para los que es posible solicitar una medida de aseguramiento es menor al total de casos, dado que para varios delitos de menor intensidad la normatividad penal excluye dicha posibilidad (ver el artículo 313 del CPP, descrito en el apartado anterior.) Sin embargo, de otros estudios podemos concluir que una buena parte de casos imputados –aunque no existen datos para decir exactamente cuántos– permite la solicitud e imposición de la medida de aseguramiento. Así, en Bernal, Carolina y La Rota, Miguel (2012) constatamos con datos de la FGN que más del 50% de las imputaciones se refiere a casos por porte de armas, homicidio doloso y estupefacientes, crímenes para los que es posible aplicar una medida de aseguramiento. Otro 20% de las imputaciones es por hurto, delito para el que está o no permitida la medida de aseguramiento dependiendo de la cuantía de lo robado y de las circunstancias de agravamiento o cualificación –sin que tengamos una desagregación de dichas cuantías. En la práctica, sin embargo, podemos asumir que son muy pocas las hipótesis de hurtos en los cuáles no cabe la prisión preventiva, pues la misma puede aplicarse únicamente en los casos de hurto simple no calificado ni agravado, o de hurto simple de menor cuantía agravado no calificado. Dado que en la normatividad penal colombiana un gran número de situaciones está consagrado como causal de agravación o de calificación, incluso hurtos muy simples como el de un celular (considerado como hurto calificado por el artículo 340 CP, penúltimo párrafo) quedan excluidos de las dos situaciones mencionadas. Ver: Bernal, Carolina y La Rota, Miguel (2012).

⁵⁷ La sentencia C-774 de 2001 fue quizá el antecedente jurisprudencial más fuerte en materia de restricción del uso de la prisión preventiva. Como mencionamos antes, esta sentencia señala que la compatibilidad de la prisión preventiva con el principio de presunción de inocencia depende de que la misma persiga alguno de los siguientes fines: (1) la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, (2) la preservación de la prueba, y (3) la protección de la comunidad en aras de impedir la continuación de la actividad delictual.

Gráfico 6. Medidas de Aseguramiento. Destino de las imputaciones (2005- Marzo 2012)



Cálculos nuestros, con datos del sistema de información SPOA de la FGN

Entre 2005 y el primer trimestre de 2012 casi en siete de cada diez imputaciones la FGN se abstuvo de solicitar medidas de aseguramiento. A su vez, una de cada 20 imputaciones corresponde a una detención domiciliaria, o a una negación de la medida de aseguramiento (margen que, como vimos en líneas anteriores, ha ido cerrándose). Y, como observamos anteriormente, dos de cada diez imputaciones, o cerca de siete de cada diez medidas de aseguramiento impuestas, corresponden a detenciones en establecimientos carcelarios.

En suma, de los datos anteriores podemos obtener algunas conclusiones. Primero, constatamos que en términos cuantitativos la prisión preventiva no es la regla en Colombia, pues una buena mayoría de casos se tramita sin medida de aseguramiento⁵⁸. Segundo, el aparente papel contenedor que han jugado los jueces de garantías parece ser una justificación empírica de la creación de esta figura. La Ley 906 de 2005 otorgó a dichos jueces la competencia para imponer medidas de aseguramiento y, por tanto, ello ya no debe ser decidido por el fiscal, como lo disponía el régimen procesal mixto anterior. La fase de acomodamiento descrita en párrafos anteriores, muestra las diferencias que inicialmente existían entre fiscales y jueces acerca de los procesos en los que existían méritos para asegurar al procesado. En este sentido, el acomodamiento de los fiscales es una muestra del valor de la figura de los jueces de garantías en la protección de las garantías procesales.

Ahora bien, los datos analizados no nos proporcionan información suficiente para concluir acerca de la razonabilidad de la imposición de medidas de aseguramiento. Puede que no se apliquen relativamente muchas medidas, pero que éstas no se ajusten a los estándares constitucionales y legales aceptables. En los siguientes apartados exponemos nuestros hallazgos cua-

⁵⁸ Como dijimos, los pocos datos comparables sugieren que la situación colombiana parece menos grave que la de la región. Como ya mencionamos, la tasa de detenidos en comparación de internos es la más baja de la región después de Chile. Y la aplicación de la prisión preventiva en Colombia se ha mantenido estable, mientras que ha aumentado en varios de los países de la región. Al respecto, ver el precitado informe *Uso abusivo de la Prisión preventiva en las Américas*.

litativos, que sugieren una utilización irrazonable de la prisión preventiva, al menos en casos particulares en los que los funcionarios judiciales se encuentran bajo presión.

4. Mecanismos de presión sobre la actuación judicial

A partir de nuestros hallazgos cualitativos, constatamos la existencia de cuatro mecanismos de presión que operan sobre los funcionarios judiciales a la hora de tomar decisiones respecto de la solicitud e imposición de la detención preventiva. Estos son, (1) la presión de medios de comunicación, (2) la amenaza de sanciones disciplinarias o penales, (3) las relaciones formales e informales entre funcionarios, y (4) la actuación de grupos al margen de la ley sobre las estructuras judiciales. En este apartado exponemos la evidencia encontrada respecto de cada uno de estos mecanismos.

a. Los medios de comunicación

Con la entrada en vigencia del Sistema Acusatorio, el principio de publicidad de las actuaciones penales cobró una nueva dinámica⁵⁹, pues empezó a ser común que los medios de comunicación hicieran presencia en ciertas audiencias. Aunque dicha presencia ha sido crucial para aumentar la transparencia del desempeño del sistema penal y para hacer más público el funcionamiento de la justicia, los funcionarios entrevistados indican que tiene efectos negativos que es necesario tener en cuenta. La presencia de medios impacta la dinámica de imposición de la prisión preventiva, pues algunos abogados y funcionarios aprovechan la exposición mediática para buscar simpatías o hacer publicidad de su gestión⁶⁰. Para esto, algunos se valen de frases retóricas que pueden tener acogida en la audiencia⁶¹. Por ejemplo, el fiscal del caso de Agro Ingreso Seguro

⁵⁹ Antes de la entrada en vigencia del sistema acusatorio la prensa también tenía influencia sobre los procesos judiciales, para lo cual se valía de medios como, por ejemplo, las filtraciones; sin embargo, la entrada en vigencia del principio de publicidad, característico del sistema acusatorio, aumentó las posibilidades de intervenciones de la prensa en los procesos e incluso las facilitó, pues los medios obtuvieron casi total libertad para interactuar abiertamente con los actores del proceso.

⁶⁰ Un ejemplo reciente que ilustra con claridad la voluntad de llevar un caso a los medios de comunicación es el proceso penal por el presunto homicidio de Luis Andrés Colmenares. Se trata del caso de un joven estudiante de la Universidad de los Andes (la universidad en la que se forman muchas de las élites del país), que fue presuntamente asesinado el 31 de octubre de 2010, mientras departía con sus compañeros de universidad en una fiesta de disfraces. Aunque al principio se creyó que se trataba de un suicidio, un año después de su muerte aparecieron pruebas que apuntaban a que Colmenares había sido asesinado, y que posiblemente su novia y compañeros de universidad podrían estar involucrados en el crimen. El caso adquirió una relevancia inusitada en los medios de comunicación, entre otras razones, porque los abogados de la defensa y de la familia de la víctima son dos de los abogados más reconocidos y experimentados en el manejo de medios de comunicación. Permanentemente, los abogados han aparecido en los medios dando detalles del proceso y criticando a los funcionarios judiciales. *Revista Semana* (Mayo 26 de 2012). Para una crítica a esa entrevista, ver: Cortés, Carlos (2012). En este mismo caso, a la novia y a una amiga de Colmenares se les impuso la prisión preventiva (luego sustituida por detención domiciliaria) el 8 de octubre de 2011 [a la fecha de entrega de este informe siguen en detención domiciliaria]. Ver: *Revista Semana* (1 de marzo de 2012).

⁶¹ Manifestaciones de este tipo son típicas del fenómeno del populismo punitivo. De acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal, este se caracteriza porque pretende dar solución a los problemas de impunidad o de incremento de ciertos crímenes a través del aumento drástico de las penas. De acuerdo con el informe final de esa entidad, “[e]stas medidas –las propuestas por el populismo punitivo– suelen ser bastante populares a nivel de la opinión pública y dan buenos réditos políticos a quienes las defienden. Sin embargo, usualmente

(en adelante AIS)⁶², pidió sanciones “ejemplares” para los procesados, luego de señalar que se trataba de “el caso de corrupción más grave en la historia del agro colombiano” (El Tiempo, Abril 6 de 2011).

Como en todos los países, existen casos en los que la presencia de los medios de comunicación es inusualmente intensa. El caso del que se trate puede llamar la atención del público, dadas algunas características de los delitos o de las personas involucradas –lo que sucede, por ejemplo, en los casos analizados de AIS, falsos positivos o de la desmovilización del Bloque Cacique la Gaitana. La presencia de medios también puede utilizarse como una estrategia de litigio o de capitalización política, por las partes del proceso⁶³, la propia Fiscalía, la sociedad civil, o el Poder Ejecutivo. Mientras que en la primera situación los medios mismos intervienen como agentes generadores de presión (ya sea porque tienen intereses u opiniones propias acerca de los casos⁶⁴, o porque el interés del público en los mismos los convierte en temas de interés público), en la segunda actúan como canales para que otros actores ejerzan las presiones sobre los funcionarios judiciales.

suelen tener una eficacia puramente simbólica pues su capacidad real para prevenir los crímenes y enfrentar problemas sociales complejos es limitada; pero esas medidas pueden agravar muchas de las dificultades del sistema penal, como el hacinamiento carcelario, como ya se ha visto o la incoherencia normativa. Además, esta fuga hacia el derecho penal desconoce el carácter de última ratio que debe tener el uso de los instrumentos penales para enfrentar problemas sociales complejos”. Comisión Asesora de Política Criminal (2012: 35 y 36).

⁶² El caso del programa Agro Ingreso Seguro –AIS– es el siguiente. En 2007 el Ministerio de Agricultura, con Andrés Felipe Arias como Ministro, diseñó e implementó el programa AIS, para promover la productividad y competitividad y reducir la desigualdad en el campo. En los medios revelaron que muchos de los subsidios de AIS habían ido a parar a familias adineradas de algunas regiones de Colombia, y que estas habían usado estrategias ilegales para conseguir la adjudicación de los mismos. La FGN inició procesos penales en contra del Ministro Arias y de otros funcionarios del Ministerio, por los delitos como peculado por apropiación a favor de terceros y celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales. Como explicamos en detalle en el Anexo II, las decisiones de prisión preventiva impuestas en este caso generaron controversia entre los columnistas de opinión, en especial las impuestas a los funcionarios de mando medio y perfil técnico del Ministerio de Agricultura, debido a que fueron pobremente argumentadas, y en muchos casos entendidas más como parte de una estrategia de la Fiscalía para obtener pruebas que incriminaran al ex Ministro Arias, que porque realmente fueran necesarias en los casos específicos de los otros funcionarios a los que se les impuso. En casi todos los procesos judiciales de este caso quienes inicialmente habían sido sometidos a prisión preventiva terminaron siendo liberados por vencimiento de términos o por aplicación del principio de oportunidad.

⁶³ Un ejemplo del uso de los medios de comunicación para impulsar los intereses de una de las partes en los procesos judiciales es el caso de los *falsos positivos*. Desde 2006 las autoridades judiciales han investigado que diferentes miembros de brigadas del Ejército a lo largo del país habían presentado los cadáveres de civiles como guerrilleros dados de baja durante enfrentamientos. Buena parte de los procesos penales se han adelantado en la Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía. Por regla general, a los militares involucrados en los casos de falsos positivos se les impuso la prisión preventiva. Pero a medida que avanzaban los procesos, los militares involucrados, en su mayoría, empezaron a quedar libres por vencimiento de términos. Ante esto, las víctimas y algunas ONGs de derecho humanos han acudido a los medios de comunicación para generar presión en contra de las decisiones que estaban tomando los jueces de liberar masivamente a los militares. Si bien no consiguieron (en la mayoría de los casos) que los jueces negaran la libertad a los militares, sí crearon al menos un ambiente de duda sobre el funcionamiento de la justicia. Para una descripción más detallada de este caso ver anexo II.

⁶⁴ Los casos en los que los medios de comunicación tienen intereses u opiniones personales en ciertos temas (más allá del generado por la popularidad de los mismos), no son fáciles de identificar. Sin embargo, existen situaciones en las que ello puede ser claro, como cuando el interés u opinión se expresa a través de editoriales.

Aunque es difícil identificar en qué casos los medios de comunicación se limitan a presentar una noticia, y en cuáles toman una posición en relación con lo que presentan –y, de esa manera, ejercen ellos mismos presión sobre los funcionarios–, las editoriales de los medios de comunicación representan un ejemplo relativamente claro de lo segundo. En el caso de AIS, por ejemplo, la editorial del periódico *El Tiempo*, del 16 de abril de 2012, evidenció el desacuerdo de este medio con la decisión del juez de control de garantías de imponerles la prisión preventiva a tres de los funcionarios del Ministerio de Agricultura, al señalar que:

No está de más recordarles a fiscales y jueces que deben llevar a cabo su labor con el mayor profesionalismo, sopesando las pruebas recabadas y evitando caer en la tentación de hacer que justos paguen por pecadores. En ese sentido, son preocupantes las afirmaciones altisonantes o la tentación que generan los micrófonos y las cámaras de la televisión. Y es que tan censurables como son las conductas delictivas, lo son también los excesos motivados por darle gusto a la galería. Ese es el caso de lo ocurrido la semana pasada con tres técnicos de nivel medio que trabajaron en el Ministerio de Agricultura durante la administración pasada y fueron enviados a la cárcel, mientras comienza el juicio en su contra por el caso de AIS. Para decirlo con claridad, Camila Reyes del Toro, Tulia Eugenia Méndez y Óskar August Schroeder son chivos expiatorios que han sido tratados con singular severidad, al tiempo que los directos responsables de lo sucedido miran los toros desde la barrera (*El Tiempo*, Abril 16 de 2011).

Asimismo, frente a la salida del país del ex Alto Comisionado para la Paz, Luis Carlos Restrepo⁶⁵, quien está siendo procesado por la falsa desmovilización de un grupo guerrillero, el periódico *El Espectador* publicó una editorial en la que también expresaba una opinión personal respecto de la decisión tomada por la juez de control de garantías de declarar la contumacia de Restrepo y solicitar la expedición de la orden de captura internacional. En esta ocasión, sin embargo, la opinión del medio de comunicación apoyaba la decisión de la funcionaria judicial, pues señalaba que:

Los medios le concedimos todo el espacio para hablar abiertamente sobre el caso: portadas, entrevistas, desarrollos de sus denuncias, entre otras cosas. Si tanto hizo para ser escuchado, ¿por qué no habla ahora, en las instancias donde corresponde? Es decir, cuando la justicia se lo pide y lo requiere para descifrar un episodio bochornoso, se esconde. Ante su ausencia, con sobrada razón, la jueza 62 de Control de Garantías lo declaró en rebeldía judicial. (...) Es cierto que el excomisionado no es el único ausente de la diligencia (...) Pero de todos ellos, Restrepo es el único que

⁶⁵ El caso de Luis Carlos Restrepo es el siguiente. En 2006, cuando ocupaba el cargo de Alto Comisionado para la Paz, Restrepo dirigió la desmovilización del bloque guerrillero ‘Cacica la Gaitana’. En ese entonces, el gobierno del Presidente Uribe presentó la desmovilización como un gran triunfo; sin embargo, se descubrió que el bloque ‘Cacica la Gaitana’ era ficticio, y que toda la desmovilización había sido una farsa. Como consecuencia, la FGN le inició a Restrepo un proceso penal por los delitos de peculado por apropiación; concierto para delinquir; fraude procesal y tráfico, porte y fabricación de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, en calidad de coautor. Desde las primeras etapas del proceso la defensa del ex Comisionado ha sostenido que el mismo es perseguido políticamente por haber sido funcionario del gobierno Uribe. Bajo ese argumento, Restrepo salió del país en busca de asilo político y casi todo el proceso se ha desarrollado en su ausencia. Por su parte, la Fiscalía solicitó la expedición de una circular roja de la Interpol para capturarlo. Para una explicación detallada de este caso, ver el anexo II.

ha tenido un megáfono ante la opinión pública para defenderse y, a la vez, atacar. No puede decir que no se le dio el espacio para sustentar su caso y, en ese sentido, resulta difícil pensar que se trata de un perseguido político. Lo que tenemos aquí es una clara burla a la justicia (El Espectador, Febrero 2 de 2012).

De otra parte, los abogados utilizan los medios para ejercer presión en los funcionarios judiciales, quienes a su vez indican sentir dicha presión, directamente por la exposición mediática, o indirectamente, a través de sus superiores que pueden verse afectados por las decisiones tomadas. La mediatización del litigio es descrita por uno de los informantes calificados entrevistado, así: “Lo que no se logra en juicio con argumentos jurídicos, se consigue con indignación y críticas a los jueces a través de los medios”.

A su vez, para la cúpula de la Fiscalía la mediatización de los procesos judiciales ha sido útil para promover su imagen, más allá de lo estrictamente relacionado con el caso particular. Así, en el proceso de AIS la misma Fiscal General Viviane Morales solicitó la detención del ex Ministro de Agricultura Andrés Felipe Arias, bajo el argumento de que podía obstruir el debido ejercicio de la justicia. En particular, porque existía evidencia que demostraba su ingreso a la cárcel, en más de diez ocasiones en el mes anterior, a visitar a sus ex subalternos privados de la libertad y, en concepto de la Fiscal “[e]sas visitas podrían perseguir la búsqueda de un libreto con personas que tienen amplia información y que podrían ser testigos contra Arias” (El Tiempo, Julio 21 de 2011).

La insuficiencia de argumentos⁶⁶ para el aprisionamiento del Ministro y de varios de los funcionarios del Ministerio de Agricultura genera sospechas al haberse dado en un fuerte proceso mediático de lucha contra la impunidad en casos de corrupción⁶⁷. Independientemente de la culpabilidad o no del ex Ministro Arias, que aún está por definirse en juicio, la imposición de la prisión preventiva era innecesaria en su caso, pues la prueba presentada por la Fiscal Morales –el ingreso de Arias a la cárcel– no parece suficientemente fuerte ni necesariamente indicativa de que el ex Ministro pretendía atentar en contra del proceso. ¿Acaso no es apenas natural que Arias visitara al que fue su equipo de trabajo en el Ministerio, y más cuando resultaba predecible que a él también le iniciarían un proceso penal? Pero, incluso, si él hubiera querido modificar las evidencias, la detención domiciliaria habría podido cumplir cabalmente el objetivo de evitarlo.

Para completar su argumento, la Fiscal Morales alegó también que Arias contaba con los medios económicos para, eventualmente, evadirse del proceso yéndose del país. Sin embargo, esta última razón es aún más criticable, pues no está claro por qué las posibilidades económicas de una persona, por sí mismas, deben hacerla sospechosa de fuga. La recurrencia a este argumento por parte de la FGN, constituye, en la práctica, una causal adicional e ilegítima de

⁶⁶ Para algunas de las críticas a la debilidad argumentativa para la solicitud de la prisión preventiva al ex Ministro Arias y a los demás funcionarios del Ministerio de Agricultura, ver, Uprimny, Rodrigo (2011). También La Rota, Miguel (2011).

⁶⁷ De acuerdo con una informante calificada, así como también con algunos fiscales, el alto nivel de publicidad de los casos de Agro Ingreso Seguro y de Luis Carlos Restrepo fue impulsado, al menos en parte, porque la Fiscalía filtró información a los medios de comunicación acerca de estos. Según la entrevistada, la razón de ello fue que la entonces Fiscal General de la Nación, Viviane Morales Hoyos, pretendía usar su paso por la FGN como trampolín político para una futura candidatura a la Presidencia de la República.

imposición de la prisión preventiva, que es la de contar con condiciones económicas favorables para eventualmente salir del país.

El simple argumento de la solvencia económica también ha sido usado por la FGN en otros procesos como los de los funcionarios de rango medio del Ministerio de Agricultura. En todos ellos la argumentación acerca de la necesidad de la prisión preventiva fue precaria, pues, además de la solvencia económica, la única explicación que presentó la FGN para solicitar la imposición de la prisión preventiva fue la de la gravedad de las conductas imputadas, sin explicar siquiera cómo ello podría representar un peligro para la sociedad; en últimas, sin responder a la pregunta por si la medida de aseguramiento era verdaderamente necesaria o no. Las dudas acerca de la valoración de la necesidad de la prisión preventiva hecha por la FGN se incrementan al saber que, después de un tiempo, todos los funcionarios del Ministerio, excepto Arias, obtuvieron su libertad por diferentes causas y han seguido atendiendo a las audiencias de los procesos en su contra.

Igualmente, en el caso del carrusel de la contratación de Bogotá⁶⁸, como fue llamada la mafia para la adjudicación de contratos del Distrito, la argumentación de la FGN se basó en las posibilidades del ex Alcalde Samuel Moreno de fugarse hacia los Estados Unidos, no solo porque contara con los medios económicos para ello, sino también porque tenía doble nacionalidad: colombiana y estadounidense. Aquí, como en el caso ya explicado de AIS, se invocó el argumento de la peligrosidad de los procesados; pero también, como en aquel, la FGN omitió explicar en qué consistía el peligro, más allá de hacer algunas referencias a la gravedad de las conductas imputadas.

Las razones por las que se emprenden dichas iniciativas mediáticas pueden ir más allá de objetivos políticos del Fiscal de turno. Pueden propender, también, por mejorar la legitimidad de la Fiscalía ante la población, lo que es crucial para aumentar la eficacia de la política penal. Sin embargo, no es aceptable que estas iniciativas sean a costa de una interpretación irrazonable, y probablemente contradictoria con las garantías procesales de quienes pueden ser detenidos.

⁶⁸ El caso del “carrusel de la contratación” de Bogotá es el siguiente. En julio de 2009 los medios de comunicación dieron a conocer la existencia de una mafia que existió en Bogotá para la adjudicación fraudulenta de contratos para la construcción de obras públicas del Distrito. En esa mafia estarían involucrados tanto funcionarios del Distrito como particulares en calidad de contratistas. Debido a que se trató de un caso grande de corrupción, por el cual obras civiles importantes de la ciudad se encontraban atrasadas, este proceso despertó una fuerte reacción de parte de la ciudadanía que exigía que se hiciera justicia. Como explicamos con mayor detalle en el Anexo II, a la mayoría de procesados por este caso se les impuso inicialmente la prisión preventiva, lo cual fue relativamente bien aceptado por la ciudadanía, que entendió las órdenes de prisión preventiva como una muestra de firmeza de la justicia en su lucha contra la corrupción. Sin embargo, también son criticables las razones por las que se impusieron las medidas a la mayoría de los funcionarios procesados, pues la calidad de la argumentación no fue buena, ya que se basó principalmente en la repetición de dos ideas: (1) que la corrupción es grave y por eso quienes puedan ser responsable de ella son peligrosos, y (2) que las condiciones económicas de los procesados les permitirían, eventualmente, fugarse del proceso yéndose del país. Ello, sumado al hecho de que al final varios recuperaron su libertad por vencimiento de términos, nos genera bastantes dudas acerca de si se respetó en estos casos el principio de excepcionalidad de la privación de la libertad.

Por su parte, un ejemplo del uso de los medios por la sociedad civil como forma de presión a los funcionarios judiciales ocurrió en el mismo caso de AIS⁶⁹. Poco menos de un mes antes de que se hicieran las imputaciones a los funcionarios del Ministerio de Agricultura –procesados por las irregularidades en la asignación de subsidios para programas de desarrollo del campo–, cuando la Fiscalía adelantaba las primeras investigaciones del escándalo, se llevaron a cabo marchas de protesta de campesinos en la región del Huila por las irregularidades del programa agrario. Asimismo, las redes sociales se inundaron de mensajes que exigían justicia y firmeza para combatir la corrupción⁷⁰. Como vemos, estas manifestaciones de rechazo interactúan con la estrategia mediática y con las detenciones con insuficiente argumento de los implicados en el escándalo.

El Poder Ejecutivo se vale, también, en ocasiones, de los medios de comunicación o de las redes sociales, para atacar a los funcionarios judiciales –especialmente a los jueces– que con sus decisiones afectan la imagen del Gobierno⁷¹, principalmente en materia de seguridad⁷². Respetto del provecho que saca el Poder Ejecutivo de los medios, un abogado entrevistado señaló que “como es de esperarse, los actores políticos de elección popular son quienes más se interesan por vender su imagen de implacabilidad contra el crimen, pues la preocupación de la gente por la seguridad se convierte en votos por esos personajes”.

Una situación paradigmática de empleo de los medios, y especialmente de las redes sociales, por parte del Ejecutivo saliente ocurrió también en el caso del escándalo de AIS⁷³. Frente a las decisiones de los jueces de imponer la prisión preventiva a algunos funcionarios del Ministerio de Agricultura, el ex Presidente Uribe arremetió contra los jueces a través de su cuenta de Twitter. De acuerdo con el ex Presidente, las decisiones de prisión preventiva eran parte de una “venganza criminal” contra su gobierno⁷⁴. Adicionalmente, frente a la decisión de detener al ex Ministro Arias, Uribe lanzó ataques públicos contra Orlando Fierro, el Magistrado que había

⁶⁹ La descripción del caso de AIS se encuentra en la nota al pie No. 62.

⁷⁰ Ver *El Tiempo* (13 de Octubre de 2009). Ver también, *Revista Semana* (1 de Octubre de 2009).

⁷¹ Un abogado reconocido en el ámbito penal, a quien entrevistamos para este informe, señaló que en varias ocasiones ha recibido llamadas de conocidos que trabajan en el Ejecutivo preguntándole cómo impedir, por ejemplo, la liberación de personas que quedarán libres por vencimiento de términos, pues al gobierno no le conviene que se expanda la idea de que los delincuentes andan sueltos. Según el mismo abogado, en alguna ocasión recibió una llamada en la que un miembro del Ejecutivo le pidió asesoría para impedir la liberación de un integrante de un grupo armado ilegal. Cuando el abogado preguntó los detalles del caso, le dijeron que se trataba de un miembro de un grupo armado ilegal, que si bien iba a ser liberado por haber cumplido cabalmente con su condena, no convenía dejarlo salir todavía porque estaban cerca las elecciones del nivel municipal.

⁷² Ejemplos de ello son las acusaciones de miembros del Ejecutivo a jueces que han liberado a guerrilleros por vencimiento de términos o en respuesta a acciones de hábeas corpus. Un caso reciente fue el del Juez Segundo de Menores de la ciudad de Bucaramanga, Juan de Dios Solano, quien en respuesta a una acción de hábeas corpus ordenó dejar en libertad al guerrillero José Márbel Zamora, por considerar que las fuerzas militares habían cometido un error de procedimiento al capturarlo. Al día siguiente de la decisión, el Presidente Juan Manuel Santos dio la siguiente declaración ante los medios de comunicación: “Entendemos que en toda institución hay manzanas podridas, hay gente que no trabaja con el mismo espíritu ni con la misma dedicación que la mayoría de la gente, pero sí le voy a pedir mañana al CSJ que tome las medidas del caso porque ese tipo de situaciones no se puede presentar”. *Caracol Radio* (24 de Abril de 2011). Luego de que se le adelantara un proceso penal con relativa premura para los estándares del sistema judicial colombiano (once meses para un proceso con juicio oral), el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó a Solano por el delito de prevaricato.

⁷³ Para la explicación del programa AIS ver nota al pie 62.

⁷⁴ Por ello, Uribe convocó a una marcha pública para protestar en contra de las decisiones tomadas.

tomado la decisión. Señaló que tenía serias dudas sobre su imparcialidad, pues su ascenso a magistrado de Tribunal Superior de Bogotá se debía al apoyo que había recibido del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Yesid Ramírez, con quien Uribe había tenido varios altercados.

Sin embargo, una de las decisiones que mayor presión mediática ha generado sobre un juez fue la de la liberación por vencimiento de términos de 17 militares vinculados a procesos por *falsos positivos*, que es como se han conocido mediáticamente los casos de ejecuciones extrajudiciales cometidas por miembros de la fuerza pública contra civiles inocentes⁷⁵. Aquí, el recurso a los medios de comunicación provino de distintos actores. El primero en manifestar desacuerdo fue el mismo Presidente Uribe a través de un comunicado de prensa en el que criticó fuertemente al juez que tomó la decisión. En el comunicado afirmó que “resulta difícil entender que impunidad surja amparada por vencimiento de términos” (Presidencia de la República, 2010). En el mismo sentido, el Fiscal General encargado de entonces, Guillermo Mendoza Diago, reaccionó en medios radiales señalando que “los jueces no están atendiendo la norma que dice que no procede la libertad cuando el término transcurre por maniobras dilatorias o cuando hay una causa justa o razonable que impide iniciar el juicio oral”. Por su parte, el Defensor del Pueblo sugirió que, en situaciones de violación de los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad debía pensarse en aplicar el antiguo sistema procesal penal para duplicar los términos y así evitar situaciones como la que llevó a la liberación de los 17 militares (El Tiempo, Enero 8 de 2010). Finalmente, hubo también críticas a las decisiones de otorgar la libertad a los militares por vencimiento de términos desde la comunidad internacional⁷⁶ y desde las organizaciones de víctimas⁷⁷.

Todas estas reacciones a la decisión de liberar a los 17 militares, así como muchas de las críticas que suelen difundir algunos actores a través de los medios de comunicación, se basan frecuentemente en la idea de que la libertad de los procesados equivale a impunidad⁷⁸.

De acuerdo con los funcionarios entrevistados, la intervención de los medios de comunicación puede suponer una presión sobre sus decisiones por dos vías. Por un lado, porque su presentación e identificación en los medios masivos de comunicación los puede hacer fácilmente

⁷⁵ Para una explicación sobre los procesos por falsos positivos ver nota al pie 63.

⁷⁶ Por ejemplo, una de las críticas a la decisión del juez de liberar a 17 militares por vencimiento de términos provino del director para las Américas de Human Rights Watch, José Manuel Vivanco, quien la catalogó como “un baldado de agua fría” (El Tiempo, 20 de enero de 2010). Incluso la Corte Penal Internacional manifestó su interés en el tema a partir de las liberaciones de los militares (El Tiempo, 2 de mayo de 2010).

⁷⁷ Tras la liberación de los 17 militares por vencimiento de términos, la directora de una organización de derechos humanos afirmó que “[h]emos enviado ya una carta diciendo que esta es ya una prueba de que no habrá justicia y de que tienen que activarse los mecanismos de las cortes internacionales” (El Tiempo, 11 de enero de 2012).

⁷⁸ Un ejemplo de esta creencia, que a su vez prueba su falta de fundamento, es lo que nos expresó un abogado de una organización de víctimas que participa en varios de los procesos judiciales por falsos positivos. De acuerdo con el mismo, en la valoración de la necesidad de la prisión preventiva el fiscal está “haciendo un pequeño juicio [de responsabilidad] frente a la medida de aseguramiento, entonces claro, esa es la cuota inicial de un caso que puede ser exitoso al final o no. Jurídicamente no debería ser así, pero en la práctica eso se vuelve así”. Esta afirmación revela que algunas partes interesadas en estos procesos perciben la prisión preventiva como una sanción legítima y no como una medida cautelar. Llama la atención, sin embargo, que este mismo abogado reconociera que no cuenta con experiencia que indique que la imposición de la prisión preventiva es necesaria para asegurar el éxito de los procesos. Por esa razón, no parece claro por qué la detención parece ser uno de los criterios mediante los cuales estas personas miden el éxito de su desempeño como abogados de las víctimas.

te reconocibles por los ciudadanos del común. Si bien esta situación no parece ser frecuente, algunos de los jueces entrevistados mencionaron ocasiones en las que fueron reconocidos en espacios públicos a raíz de alguna decisión en un caso de interés de los medios⁷⁹. Por ejemplo, la juez que aprobó la imposición de la prisión preventiva contra el ex Alcalde de Bogotá, Samuel Moreno, en el caso del carrusel de la contratación⁸⁰, nos contó que luego de esa audiencia fue abordada afuera del juzgado, por personas ajenas al proceso, que manifestaron tanto aprobación como desacuerdo con su decisión.

Por el otro lado, supone una presión para los jueces y fiscales debido a que los superiores de ambos tipos de funcionarios suelen prestarle especial atención a la forma en que el funcionario lleva el proceso⁸¹. Aunque, en principio, esa vigilancia no es negativa, algunos funcionarios consideran que puede llevar a que jueces y fiscales terminen conduciendo los casos con el objetivo de satisfacer a la audiencia. A su vez, los funcionarios consideran que la atención de sus superiores les puede generar inseguridad acerca de la manera como tramitan los procesos, sobre todo, cuando pueden tomar decisiones impopulares que afectarían la imagen de la cúpula de la Fiscalía⁸². En general, los fiscales indican que el respaldo de sus superiores a la toma de decisiones impopulares depende de la calidad de la cúpula de la Fiscalía, y no es esperable como una regla institucional⁸³.

b. Amenaza de sanciones

Un factor de presión comúnmente identificado por los funcionarios judiciales entrevistados es la posibilidad de enfrentar procesos sancionatorios disciplinarios o penales como consecuen-

⁷⁹ El ejemplo más reciente de esto ocurrió en el caso de una mujer que, luego de haber secuestrado a una infante de pocos días de nacida, fue capturada por la Policía y decidió aceptar el cargo de secuestro simple agravado. Después de esa aceptación de cargos, el Juez de Control de Garantías que conoció de la captura decidió negar la solicitud de imposición de prisión preventiva considerando que “No basta con decir que la señora Lilibian Marcela Castillo Borja –la secuestradora- es un peligro para la comunidad, básicamente porque habría que asumirse que (...) es capaz de cometer nuevamente una conducta similar. De acuerdo con lo que se ha dicho aquí, esta persona, para llegar a cometer esa conducta, pasó por un proceso psicológico y personal que la llevó a cometer (el hecho). No es un acto de todos los días” (Revista Semana, 13 de enero de 2013). La negación de la prisión preventiva llevó a que los medios de comunicación no solo cuestionaran la decisión del juez, sino también a que revelaran plenamente al público la identidad del juez que tomó la decisión. En el artículo “¿Quién es el juez que dejó en libertad a la raptora de Brigitte?”, la revista Semana publicó un perfil profesional del Juez del caso, e incluso presentó otras decisiones tomadas en el pasado por este funcionario (Revista Semana, 14 de enero de 2013).

⁸⁰ Como explicamos en mayor detalle en la nota al pie 68, el caso del carrusel de la contratación se refiere al descubrimiento de la existencia de una mafia para la adjudicación de contratos del Distrito de Bogotá, en la cual habría estado involucrado el entonces Alcalde Samuel Moreno.

⁸¹ Esta atención especial de los superiores de los funcionarios judiciales (especialmente de los fiscales) sobre determinados procesos de alta exposición mediática suele manifestarse en mayores controles de los superiores sobre la evolución de los procesos. Esto a su vez se explica porque muchas veces son los funcionarios de mayor jerarquía los llamados a dar explicaciones sobre la evolución de los casos ante los medios de comunicación.

⁸² Esta situación no ocurre únicamente en los casos en los que intervienen los medios de comunicación; la adulación a los superiores puede generar también sentimientos de inseguridad en los funcionarios como los mencionados. En todo caso, la presencia de los medios de comunicación aumenta el sentimiento de inseguridad.

⁸³ Algunos fiscales entrevistados comparan a la actual cúpula de la Fiscalía, que según ellos tiene un mayor compromiso con las garantías procesales, con administraciones anteriores que eran más mediáticas y que exhibían un comportamiento consistente con el del populismo punitivo.

cia de las decisiones que toman⁸⁴. Como explicaremos a continuación, los procesos penales y disciplinarios iniciados contra funcionarios por sus decisiones respecto de la prisión preventiva no siempre conducen a sanciones efectivas para ellos; no obstante, la sola amenaza del proceso constituye una fuente de presión para los funcionarios.

Los funcionarios indican que comúnmente “están empapelados” por múltiples procesos disciplinarios, que normalmente son iniciados por razones distintas a decisiones relacionadas con la prisión preventiva. Varios expresan que es esperable tener decenas de dichos procesos abiertos, los cuales normalmente son presentados por las partes en los procesos, como un componente de su estrategia de litigio. Los operadores señalan que los resultados de dichos procesos no les preocupan, pues normalmente son absueltos. Sin embargo, los funcionarios reconocen que cuando la decisión que toman contraría la voluntad de “actores importantes”, su defensa puede ser más compleja. En esas ocasiones es posible que una decisión “mal tomada” arriesgue su tranquilidad y la de sus familias.

Específicamente, respecto de la justicia previa al juicio, los funcionarios entrevistados –especialmente los jueces– señalan que no es raro tener uno o dos procesos judiciales en su contra, cuyo origen son decisiones tomadas en relación con la prisión preventiva. Algunos de estos procesos pueden generar serios problemas para los funcionarios, sobre todo, cuando se toman decisiones polémicas para el público o contrarias a los intereses de figuras públicas⁸⁵.

Si bien las quejas disciplinarias son un mecanismo necesario para sancionar las arbitrariedades de los funcionarios, su utilización estratégica por las partes se convierte en un problema para la independencia de los fiscales y jueces. Para referirse a lo que ocurre en algunos casos de connotación, una de las jueces de control de garantías entrevistada expresó que “es legal que hagan una investigación disciplinaria, claro, pero si te hacen una investigación disciplinaria cada vez que tú das una libertad, entonces ahí se transforma ese medio legítimo en ilegítimo, porque te sientes presionado”.

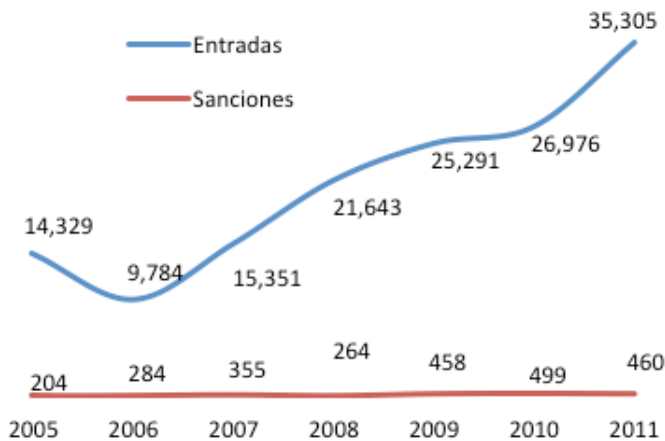
⁸⁴ Una tercera posibilidad son las acciones de repetición en las que los funcionarios pueden resultar económicamente responsables de detrimentos patrimoniales sufridos por la Nación. Sin embargo, durante esta investigación no supimos de casos de este estilo relacionados con decisiones acerca de la prisión preventiva.

⁸⁵ Un ejemplo de los problemas a los que se han visto sometidos funcionarios judiciales por tomar decisiones contrarias a los intereses del gobierno se evidencia en el caso de Mario Aranguren, el ex Director de la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF, quien fue procesado por los delitos de concierto para delinquir agravado, prevaricato por acción y abuso de autoridad, en conexión con agentes del hoy extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, por el seguimiento de políticos y magistrados de la Corte Suprema de Justicia opositores del gobierno de Álvaro Uribe Vélez. En este caso, cuando la Juez de Control de Garantías, Jenny Rosanía Jiménez le impuso la medida de aseguramiento a Aranguren, el presidente Uribe no solo expresó públicamente su desacuerdo con la decisión adoptada, sino que también puso en duda la legitimidad de decisiones previamente adoptadas por la Juez. Las palabras de Uribe fueron: “Tengo que expresar mi tristeza, hoy es el quinto día que está en la cárcel un colombiano honesto, formado en el Minuto de Dios, injustamente en la cárcel [cuya labor siempre fue] honesta y fecunda contra el narcotráfico”. En seguida, Uribe criticó a la Juez indicando que el año anterior había dejado en libertad a once narcotraficantes, así: “A bandidos de esa calaña los han puesto libres en algún momento y a un ciudadano de la transparencia de Mario Aranguren lo tienen en la cárcel” (El Espectador, 4 de junio de 2012). “Las críticas en los medios de comunicación no fueron la única consecuencia de su decisión. Además de eso, la Sala Disciplinaria del CSJ inició en contra de la Juez un proceso disciplinario y ordenó que se revisaran todos los procesos que había llevado (La Silla Vacía, 31 de julio de 2010).

Desgraciadamente, el Consejo Superior de la Judicatura (en adelante, CSJ o Consejo Superior) no cuenta con datos suficientemente detallados⁸⁶ acerca de los procesos disciplinarios llevados a cabo en contra de funcionarios judiciales por motivos relacionados con la imposición (o ausencia de ella) de medidas de aseguramiento. Las únicas cifras con que cuenta la Sala Disciplinaria acerca de los procesos disciplinarios contra funcionarios –tramitados en seccionales o a nivel central– se observan en los gráficos a continuación.

Los registros del Consejo Superior distinguen entre los casos ingresados y las sanciones impuestas. En el gráfico 7 observamos que la proporción de casos para los que verdaderamente se dispone una sanción es realmente baja.

Gráfico 7. Procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales



⁸⁶ En particular, los registros del CSJ no se desagregan por (1) las seccionales en las que se tramitaron estos procesos, (2) el tipo de funcionarios contra los que se iniciaron los procesos, (3) o los motivos por los que se realizaron los procesos disciplinarios. Los datos tampoco permiten medir el tiempo que demoran los procesos disciplinarios. Respecto de este último aspecto, los artículos 150 y 156 del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) establecen que los términos para la indagación preliminar o la investigación disciplinaria son de seis meses y doce meses respectivamente (este último puede ser de 18 meses para casos que se adelanten por faltas gravísimas). Sin embargo, la respuesta del CSJ señala que “a pesar del gran esfuerzo de la Jurisdicción Disciplinaria por cumplir lo preceptuado en la norma generalmente se rebosa de los mismos en razón a la congestión judicial que a traviesa la Jurisdicción”. Ver, en el anexo IV la respuesta al derecho de petición por parte de la Sala Disciplinaria del CSJ.

Gráfico 8. Procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales



Cálculos nuestros, con datos de la Sala Disciplinaria del CSJ⁸⁷

Salvo para un año, entre 2005 y 2011 la proporción de casos en los que se impusieron sanciones no supera el 2%. A su vez, los casos con sanciones graves –que asumimos que son la destitución o suspensión, en comparación con las multas o las amonestaciones– son pocos, al no superar el 1,6% de las entradas⁸⁸.

Esto podría interpretarse como un argumento que desvirtúa la hipótesis de esta investigación: dado que la proporción de sanciones es tan baja, difícilmente la investigación disciplinaria puede constituir un desestímulo real para que los funcionarios decidan de una u otra manera.

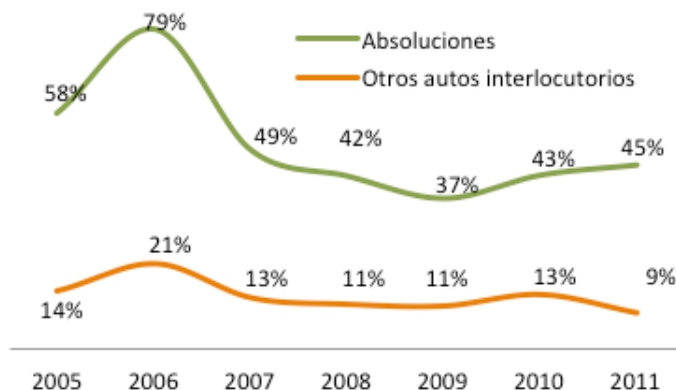
Sin embargo, dicho argumento no es convincente, dado que el incentivo perverso no sólo se presenta a partir de la amenaza de sanción. La investigación en sí misma, sin que culmine en sanciones reales, puede tener suficientes costos para los funcionarios, los que incluyen la sobre-expectativa de sanción, el tiempo invertido, los trámites realizados, los gastos por servicios jurídicos en que se incurre, las posibles oportunidades profesionales perdidas durante la investigación, y el eventual desgaste emocional, que, en agregado, son suficientemente altos para generar incentivos reales para que los funcionarios modifiquen su comportamiento. En relación con este punto uno de los fiscales entrevistados señaló que “hay una cuestión: yo creo que... somos seres humanos y en primera instancia uno trata de ser lo más objetivo posible pero de todas maneras yo creería que eso [las distintas formas de presión sobre los funcionarios] tiene que incidir. Yo nunca me he visto mezclado en eso, pero creo que llegaría un momento en que uno dice, ‘muestre a ver’”.

Por último, también contamos con datos acerca del número de casos disciplinarios en los que se absolvió al funcionario, o en los que se dictó otra clase de auto interlocutorio.

⁸⁷ Incluye todos los procesos adelantados tanto en las seccionales como a nivel nacional.

⁸⁸ La mayoría de sanciones son amonestaciones.

**Gráfico 9. Procesos disciplinarios contra funcionarios judiciales.
Proporción de las entradas**



Cálculos nuestros, con datos de la Sala Disciplinaria del CSJ

Las absoluciones y sanciones representan alrededor de la mitad de las entradas cada año. A su vez, los casos en los que no se toma ninguna de decisión de fondo –restando de las entradas, las sanciones, absoluciones y otros autos interlocutorios- corresponden a alrededor del 40% de las entradas por año. Con ello concluimos que el sistema de disciplinamiento de los funcionarios judiciales no responde adecuadamente a la magnitud de la demanda de procesos, y que probablemente resulta de su demora injustificada⁸⁹. Esto aumenta los costos en que incurren los funcionarios que tienen procesos disciplinarios, pues a pesar de que las probabilidades de sanción son bajas, los casos no son resueltos de manera expedita y la incertidumbre, así sea en niveles menores, dura más de lo necesario.

Como habíamos mencionado, las cifras del CSJ no nos dan certeza acerca de la magnitud del uso de los procesos disciplinarios contra jueces y fiscales como forma de presión; sin embargo, a través de las entrevistas pudimos constatar que los casos más sonados de procesos disciplinarios suelen ser bastante conocidos en todos los niveles de la Rama Judicial, y que de esa manera producen un efecto intimidatorio para los funcionarios que se enteran del caso. De acuerdo con un juez entrevistado:

...ellos cogen casos, como el de una juez de ejecución, ellos saben que con un solo caso que agarren ya toda la rama empieza a temblar. En el caso de los jueces de ejecución de penas cogieron una juez que ahorita se me olvida el nombre, la sancionaron y ya con eso ya quedó la ejecución de penas temblando... porque como esos sí se publicitan... sí? ahora, ellos después nos prometieron que se iban a inhibir, [pero] lo que pasa es que ellos no podían dejar de investigar.

Por su parte, la amenaza de ser procesados es impulsada por distintos actores, que normalmente incluyen a (1) las partes de los procesos penales en los que se impone o deja de imponer la medida de aseguramiento, o cuando se concede o no la libertad por vencimiento de términos y

⁸⁹ El CSJ no cuenta con datos acerca del tiempo de los procesos disciplinarios.

(2) autoridades del Poder Ejecutivo. Primero, los funcionarios consideran que para las partes (en particular la defensa o las víctimas) los procesos disciplinarios o penales siguen la lógica de una instancia adicional para ventilar de nuevo sus argumentos. Por eso, en ocasiones los familiares de la persona detenida inician procesos en su contra intentando conseguir la libertad del imputado⁹⁰.

Otro ejemplo de este tipo de amenaza ocurrió en el proceso contra los hermanos y primos Nule, como parte del caso del carrusel de la contratación⁹¹. En esta ocasión, la Fiscal General Viviane Morales, en representación de la FGN y, por tanto, como contraparte de los Nule, les envió una carta a los magistrados de la Sala Disciplinaria del CSJ solicitándoles realizar una vigilancia judicial administrativa sobre el juzgado que llevaba el caso. Según ella, la vigilancia era necesaria para evitar prolongar las “dilaciones” y “obstáculos que [habían] impedido hasta ahora que (...) la justicia se administr[ara] oportuna y eficazmente” (Revista Semana, Diciembre 9 de 2011). De esta manera, la Fiscal Morales le planteó a la Sala Disciplinaria la posibilidad de iniciar una investigación disciplinaria contra el juez del caso, justo en el momento en que se vencían los términos de la privación de la libertad de los Nule.

Segundo, el Poder Ejecutivo a veces solicita la investigación de los funcionarios pretendiendo enviar un mensaje de firmeza en la lucha contra la criminalidad. Como explica un abogado reconocido al que entrevistamos, con esto el Ejecutivo busca réditos políticos, al intentar sacar ventaja de la percepción de inseguridad. Aunque no tenemos evidencia cuantitativa de la relación entre ciclos electorales y pronunciamientos en contra de la criminalidad, entre funcionarios y abogados constatamos una opinión generalizada sobre dicha relación.

Un ejemplo de este fenómeno se dio cuando un juez le concedió la prisión domiciliaria, por razones de salud, al narcotraficante Alirio de Jesús Rendón, alias ‘El Cebollero’⁹², quien se encontraba en prisión preventiva en un establecimiento carcelario. Como consecuencia, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, pidió investigar la actuación del juez pues, en su concepto, podría tratarse de un prevaricato⁹³. En respuesta a dicha solicitud, Angelino Lizcano, entonces Presidente del CSJ, afirmó que la Sala Disciplinaria tiene el deber de investigar “si la conducta del Juez representa algún tipo de falta” pues “es nuestro deber (investigar) cuando suceden este tipo de hechos de oficio y además hay una queja pública presentada por el Presidente de la República” (El Universal, Agosto 28 de 2011).

⁹⁰ En algunos casos, además o alternativamente a las acciones mencionadas, los familiares intentan recusar a los funcionarios, o los acusan ante sus superiores de no ofrecer suficientes garantías para el proceso.

⁹¹ Los hermanos Miguel y Manuel Nule, junto con su primo Guido Nule, son algunos de los contratistas que procesados por en el carrusel de la contratación, que fue como popularmente se llamó a la mafia que existió en Bogotá para la adjudicación de contratos de obra pública. Para una explicación más completa de este caso, ver la nota al pie 68.

⁹² El narcotraficante Alirio de Jesús Rendón, alias de ‘El Cebollero’, se encontraba en prisión preventiva mientras era procesado por el delito de lavado de activos agravado. Cuando el Juez Humberto Narvaes Durango le concedió la detención domiciliaria, lo hizo debido a que este presentaba en ese momento una enfermedad coronaria grave que había sido acreditada por los médicos de medicina legal. Sin embargo, hubo muchas críticas a la decisión del Juez, pues ‘el cebollero’ había sido trasladado a una cárcel de máxima seguridad debido a que el Instituto Penitenciario y Carcelario –INPEC–, tenía indicios que señalaban que “mantenían control de grupos delincuenciales” desde la cárcel en la que se encontraba antes.

⁹³ Además de las declaraciones del Presidente Santos, el entonces Ministro de Justicia, Juan Carlos Esguerra, afirmó que “Esperamos que la casa por cárcel le sea modificada por el juez que reemplazará al que ya está suspendido mientras se surte la investigación en su contra” (El Tiempo, 29 de agosto de 2011).

Mientras se adelantaba la investigación disciplinaria en contra del juez, el CSJ lo suspendió provisionalmente durante tres meses. Posteriormente, tras una acción de tutela interpuesta por el mismo funcionario, éste fue reintegrado a su cargo. Pero la investigación disciplinaria continuó, y a pesar de que la Procuraduría solicitó el archivo de la misma señalando que el juez “no actuó de manera irregular, sino que después de revisar la decisión judicial se puede inferir que se basó en derecho y de acuerdo a unos dictámenes médicos presentados por funcionarios de Medicina Legal”, el Consejo Seccional de la Judicatura le impuso una sanción de un año de suspensión (El Espectador, Abril 24 de 2012).

En el caso de las liberaciones por vencimiento de términos de los militares procesados por falsos positivos, las múltiples críticas a esas decisiones en varios casos terminaron en la iniciación de procesos disciplinarios. Frente a la oleada de críticas, el entonces presidente de la Sala Disciplinaria del CSJ, Ovidio Claros, afirmó que no había habido una demora excesiva por parte de los jueces que debieron fallar sobre los conflictos de competencia que se presentaron en esos procesos –y que fueron señalados como causantes del vencimiento de términos. Sin embargo, también anunció que se iniciarían investigaciones disciplinarias contra los jueces y abogados que habían participado en estos procesos (El Tiempo, Enero 12 de 2010)⁹⁴.

Por su parte, los funcionarios nos indican que su defensa en estos procesos es realizada de manera personal o contratando a algún abogado de su propio bolsillo. Su situación es bastante distinta a la de, por ejemplo, los miembros de las fuerzas militares, quienes cuentan con la Defensoría Militar –DEMIL– para asesoría jurídica y defensa institucionales. Los funcionarios judiciales indican, además, que en ocasiones dicha defensa puede necesitar de conocimientos especializados, lo que a su vez requiere de más tiempo de su parte o de mayores gastos económicos, dependiendo de si ésta es asumida personalmente o a través de la contratación de un abogado.

En el caso específico de las investigaciones disciplinarias, un factor que puede dificultar la defensa de los jueces es la forma en que se presentan los cargos en su contra. A la pregunta de cuáles son los argumentos jurídicos invocados desde el Ejecutivo para solicitar la iniciación de procesos disciplinarios a los jueces, una juez de control de garantías respondió que

...ninguna... todas las decisiones son casi calcadas. Solamente dicen que uno le faltó a los deberes de la Ley 734, que es el Código Disciplinario Único, o sea, sin ninguna sustentación, entonces ahí se nos está violando el debido proceso. Y muchas veces se atreven a abrir cargos de la misma forma. O sea, uno no sabe de qué es de lo que se está defendiendo. (...) Ellos solamente dicen que libertades o asuntos de connotación, ellos no le ponen a ningún juez la cosa fácil. Entonces hay unos jueces que simplemente no dicen nada [como estrategia de defensa], pero yo le tengo miedo a no decir nada. Yo prefiero decir todo el caso.

⁹⁴ Otro caso que ejemplifica la presión que puede suponer para los funcionarios judiciales los procesos penales y disciplinarios iniciados en su contra por decisiones relacionadas con la prisión preventiva, es el caso del Juez Juan de Dios Solano, que explicamos antes en la nota al pie 72.

c. Relaciones entre funcionarios

Las entrevistas con los funcionarios judiciales también revelaron que, en ocasiones, las relaciones que se establecen entre distintos niveles de la estructura de trabajo pueden servir como canales para presionar a fiscales y jueces. Dichas presiones pueden ser el resultado de (1) relaciones formales que existen dentro de las jerarquías de la FGN o del Poder Jurisdiccional⁹⁵, o (2) de relaciones informales, relativas a la comunicación cotidiana entre los funcionarios adentro o afuera de las estructuras en las que desempeñan sus funciones.

Las presiones relativas a relaciones formales suceden al aplicar las herramientas institucionales de delegación o comunicación dentro de las autoridades judiciales. Esto incluye el traslado de funcionarios y la reasignación de casos, que son mecanismos legales con los que cuenta el Fiscal General, y en el caso del segundo mecanismo, también el CSJ, para la organización de los esfuerzos de persecución y judicialización del delito⁹⁶.

La primera herramienta consiste en la potestad que tiene el Fiscal General o el CSJ de reubicar a los funcionarios en los distintos municipios del país. La segunda, por su parte, es la reasignación de casos de fiscal a fiscal dependiendo, entre otros factores, de la idoneidad o la carga de trabajo de cada uno. Debido a que todos los fiscales son finalmente delegados del Fiscal General, parece razonable que éste pueda reasignar casos cuando, por ejemplo, considere que hay un fiscal con mayor experiencia y que podría llevar mejor una causa. Aunque el CSJ no cuenta con la potestad para reasignar casos de un juez a otro por razones similares⁹⁷ a las que puede invocar el Fiscal General (que de alguna manera terminan siendo razones de conveniencia), los jueces también se ven expuestos a la presión de que les retiren los casos y se los pasen a otros jueces. Un juez de control de garantías entrevistado nos comentó su experiencia al respecto:

Acabo de salir de una audiencia en la que la fiscal prefirió retirar la carpeta porque sabía... ella vino y me comentó como dos o tres cositas a ver qué era lo que yo pensaba. Y como ya veía que yo se la iba a declarar ilegal en un control posterior... entonces ya los fiscales están actuando también como de esa manera: prefieren retirar la carpeta, volverla a meter, entra a otro reparto y le toca a otro juez. Aunque para mí es mejor. En otra época lo amenazaban a uno: le decían que lo iban a denunciar.

⁹⁵ Para este estudio usamos el término “jurisdiccional” -en lugar de judicial, como se usa en los informes de otros países-, cuando nos queremos referir exclusivamente a los jueces, pues el término “judicial” en Colombia incluye tanto a los jueces como a los fiscales.

⁹⁶ Las potestades de reubicación de fiscales en distintos municipios del territorio nacional y de reasignación de casos a fiscales distintos de los que los conocían inicialmente se encuentran consagradas en la Ley 938 de 2004, que es el Estatuto Orgánico de la FGN. De acuerdo con su artículo 5, “Corresponde al Fiscal General de la Nación determinar la conformación y localización de las Direcciones Seccionales y las Unidades Nacionales y Seccionales de acuerdo con las necesidades del servicio y con sujeción a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”. Por su parte, el artículo 13 consagra la potestad de reasignación en los siguientes términos: “El Fiscal General de la Nación podrá delegar en los servidores del más alto nivel de la FGN las funciones de carácter legal que convengan al mejor cumplimiento de los objetivos de la entidad. Vigilará el desarrollo de la delegación y reasumirá las facultades delegadas cuando lo considere necesario”.

⁹⁷ Al interior de la rama jurisdiccional la reasignación de los casos de un juez a otro ocurre únicamente en las situaciones en las que magistrados dirimen conflictos de competencias entre jurisdicciones.

‘Yo ya hablé con mi coordinadora, una vez me dijo uno. ‘Yo ya hablé con mi coordinadora y lo voy a denunciar’. ‘Ah bueno doctora, haga lo que quiera.’

Si bien la reasignación y el traslado son herramientas legítimas, que obedecen generalmente a necesidades de la gestión de los servicios judiciales, en ocasiones los funcionarios las entienden como una forma de presión, en especial, cuando ocurren inmediatamente después de que han tomado decisiones controversiales. Los fiscales entienden la decisión de que el Fiscal les quite un caso como una muestra de falta de confianza, lo que, a su vez, indican, los afecta en su entorno profesional. El traslado, por su parte, puede generar costos evidentes para fiscales y jueces, dependiendo de la hostilidad y la lejanía de los lugares a donde sean enviados.

Un ejemplo de la percepción del traslado como mecanismo de presión a funcionarios ocurrió en el caso de la juez que le impuso a Guillermo Valencia Cossio⁹⁸, el ex Director de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín -investigado por su complicidad con grupos paramilitares y narcotraficantes de la región- la detención domiciliaria, en lugar de la prisión preventiva solicitada por la Fiscalía (Caracol Radio, Septiembre 26 de 2008). Para referirse a este juez, otro juez de control de garantías señaló:

Es que son presiones que no son muy evidentes, pero que van surtiendo su efecto. Por ejemplo aquí con la juez que le tocó el caso de Valencia Cossio, era una juez que venía trasladada de Manizales o algo así. Entonces a ella de castigo, entre comillas, pues eso no se comenta, pero a ella la mandaron otra vez para allá, para Armenia o no sé qué, y como al cabo de un año volvieron y la regresaron. (...) La tuvieron castigada allá un ratico. Pero eso es más evidente en la Fiscalía que en los jueces.

Asimismo, al inicio del proceso de AIS⁹⁹ hubo un cambio de fiscal delegado para el caso que generó algunas sospechas sobre las razones que lo motivaron. De acuerdo con información publicada en algunos medios y confirmada por funcionarios entrevistados, el Fiscal de la Unidad Anticorrupción Alfredo Parada Ayala había sido elegido en octubre de 2009 para llevar el caso de AIS debido a que “era el funcionario con mayor experiencia en sistema acusatorio y en la investigación de delitos contra la administración pública” (El Espectador, Octubre 21 de 2010). Sin embargo, cuando iba a realizar las primeras imputaciones, el Fiscal General encargado, Guillermo Mendoza Diago, lo trasladó como fiscal delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá, y pasó el caso de AIS al Fiscal Martín Moreno Sanjuan, que según el diario El Espectador era el entonces coordinador de la Unidad Anticorrupción y Fiscal de apoyo de Parada en el proceso de AIS (El Espectador, Octubre 21 de 2010). Cuando Mendoza fue interrogado acerca de las razones del cambio, señaló que obedecía simplemente a “razones del servicio”, pues el Fiscal Parada había ganado por concurso de méritos un puesto de delegado ante el Tribunal y debía ocuparlo. No obstante, el rumor que se generó alrededor del traslado fue que al Fiscal Parada habían tratado de “sugerirle la tesis de que la responsabilidad por este

⁹⁸ En marzo de 2011 la Corte Suprema de Justicia condenó al ex Fiscal Guillermo Valencia Cossio a quince años de cárcel por los delitos de concierto para delinquir agravado, enriquecimiento ilícito y falsedad por sustracción, supresión y ocultamiento de documento público. La captura por varios años de las seccionales de la Fiscalía de Antioquia y Medellín por parte de los grupos paramilitares ha sido documentada por La Silla Vacía (2 de febrero de 2011).

⁹⁹ Ver explicación de este caso en la nota al pie 62.

caso recaería en beneficiarios avivatos y no en los funcionarios de alto rango que debieron atravesárseles” (El Espectador, Agosto 14 de 2010).

Por su parte, en la investigación del carrusel de la contratación en Bogotá¹⁰⁰ hubo cambio de fiscal dos veces. La primera vez, unos dos meses después de la audiencia de imputación y prisión preventiva de los contratistas Nule. En ese momento, la Fiscal General de la Nación Viviane Morales le quitó el caso al Fiscal Germán Pabón y se lo reasignó a José Ricardo González (Revista Semana, Junio 26 de 2011). Según Morales, buscaba balancear las cargas¹⁰¹, pues no era bueno que un solo fiscal tuviera que enfrentar solo tantos grupos poderosos de abogados. Sin embargo, la explicación alternativa que se difundió en los juzgados y en algunos medios fue que el cambio se debía a que Pabón había recibido críticas de los medios, pues se afirmaba que había sido guerrillero y que era cercano a Carlos Alonso Lucio, el esposo de la Fiscal General (Caracol Radio, Junio 26 de 2011). En otros casos, se dijo que parecía más el defensor de los Nule que su fiscal¹⁰². Un mes después del cambio, la misma Fiscal Morales lo declaró insubsistente señalando que estaba tomando decisiones inconsultas¹⁰³.

Posteriormente, con la llegada del nuevo Fiscal General de la Nación, en marzo de 2012, hubo otro cambio de fiscal delegado. El Fiscal General Eduardo Montealegre le pidió la renuncia al Fiscal González para pasarle los procesos de Samuel e Iván Moreno, los Nule, los contratistas Tapia y Julio Gómez, Liliana Pardo, Inocencio Meléndez, Miguel Ángel Moralesrussi, y todos los demás implicados en el ‘carrusel’, al Vicefiscal actual, Jorge Perdomo. La explicación publicada fue simplemente que el cargo de González era de libre nombramiento y remoción y, además, que el cambio buscaba darle un nuevo aire al proceso¹⁰⁴.

Aunque, como señalamos, es inevitable que la FGN y el CSJ gestionen el recurso humano reasignando casos y trasladando funcionarios, lo fundamental es que dichas decisiones provengan de valoraciones de necesidad y conveniencia judicial, resultantes de la aplicación de criterios preestablecidos, y no que sean una consecuencia de la toma de decisiones judiciales específicas por parte de estos funcionarios. Decisiones de nivel gerencial son entendidas por los funcionarios judiciales como mecanismos de presión cuando las mismas se toman después de actuaciones judiciales particulares que los funcionarios realizaron. Si bien no podemos afirmar con certeza que dichas decisiones correspondan a represalias en contra de los funcionarios judi-

¹⁰⁰ Ver explicación de este caso en la nota al pie 68.

¹⁰¹ Tras la reasignación, el Fiscal Pabón quedó con los otros procesos del carrusel, incluyendo los de los Nule, Liliana Pardo e Inocencio Meléndez. González, por su parte, se dedicaría exclusivamente al caso de Samuel Moreno.

¹⁰² En ese sentido la columnista Cecilia López aseguró que “[a] estas alturas no he podido comprender aún si el fiscal de los Nule es su investigador, o si más bien es su defensor. Juro que me esfuerzo. No obstante, ha sido imposible que resuelva la confusión que me agobia cuando habla Germán Pabón. Él dice lo obvio desde el punto de vista judicial, en particular cuando andan por ahí los medios; pero enseguida asume la voz de los imputados con tal energía que su papel se mezcla con el del defensor oficial del caso” (El Espectador, 26 de abril de 2011).

¹⁰³ Ver los reportajes de El Espectador (8 de julio de 2011) También ver el reportaje de El Tiempo (9 de julio de 2011).

¹⁰⁴ En el momento en que el Fiscal Montealegre le pidió la renuncia al Fiscal González, este se encontraba próximo a hacer nuevas imputaciones, después de que Emilio Tapia, uno de los procesados por el Cartel de la Contratación y testigo del mismo proceso, hubiera revelado nuevos hechos relativos al funcionamiento del mismo (Citytv, 11 de octubre de 2012).

ciales, pues las mismas no están fundamentadas de forma explícita, lo cierto es que los jueces y fiscales sienten que sí se trata de *castigos* cuyo origen está en sus decisiones respecto de la prisión preventiva.

El problema descrito necesita de la ponderación entre la necesidad de ciertos niveles de flexibilidad en la administración de la oferta judicial, y la prohibición de que dicha administración sea arbitraria. Claro está, ciertas situaciones son difíciles de valorar y pueden estar en una zona gris. Por ejemplo, ¿qué sucede con casos en los que el Fiscal General reasigna un caso de un fiscal seccional a uno de mayor jerarquía¹⁰⁵ pues no comparte las decisiones tomadas por el primero? La decisión es una aplicación de su discrecionalidad para determinar la carga de los fiscales que, al ser sus delegados, tienen cierta obligación de ajustarse a parámetros de desempeño provenientes de la cúpula de la FGN. Pero cuando los casos han sido reasignados como consecuencia de decisiones particulares, ¿se trata de una amenaza a la autonomía que deben tener los fiscales delegados para tomar decisiones de manera imparcial en los casos particulares?

El establecimiento de criterios y estándares públicos para la ubicación de funcionarios y la asignación de casos –sin que necesariamente impliquen una pérdida total de flexibilidad en la gestión por parte del Fiscal General o el CSJ–, puede, quizás, ayudar a que la sensación de presión que experimentan los fiscales y jueces disminuya; y puede contribuir, también, a disminuir el uso inadecuado de esos mecanismos, que podría estar orientado a limitar la imparcialidad con la que los funcionarios judiciales han de tomar decisiones.

Por otra parte, no todos los funcionarios están expuestos a los mismos niveles de vulnerabilidad. Varios fiscales y jueces mencionaron que ser funcionarios de carrera –en comparación con estar nombrados en provisionalidad– disminuye su nivel de vulnerabilidad frente a las presiones internas, pues si bien la carrera no los libra de las presiones originadas por los procesos sancionatorios, sí los blindas de la amenaza de que sus contratos no sean renovados como resultado de las decisiones que toman¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Un ejemplo de esto ocurrió en el caso del presunto homicidio de Luis Andrés Colmenares (ver nota al pie 60) cuando el fiscal que había llevado el caso desde el inicio de la investigación, Antonio Luis González, fue removido. En su lugar, el Fiscal General de la Nación encargó del caso a la Fiscal coordinadora de fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, Martha Lucía Zamora, quien claramente detentaba un cargo de rango mucho mayor que el fiscal inicial. De acuerdo con la información publicada en los medios de comunicación, la decisión de sustitución fue tomada por el Fiscal General después de conocer el informe de la comisión de fiscales, en el que se señalaba que el progreso del proceso bajo la dirección del Fiscal González contaba con serias falencias. Sin embargo, de acuerdo con lo que conocimos a través de las entrevistas realizadas, el hecho último que había llevado al Fiscal General a reemplazar al Fiscal González fue la decisión del este último de aportar al caso la prueba del testimonio de una experta en la lectura del lenguaje morfológico, autodenominada “la cazamentiras humana” (El Espectador, 31 de mayo de 2012).

¹⁰⁶ Un ejemplo de esa vulnerabilidad de no ser funcionario de carrera es el de la ex Fiscal Ángela María Buitrago. En su calidad de fiscal delegada ante la Corte Suprema de Justicia, Buitrago ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción. Así, aunque en los últimos meses había conseguido logros importantes en casos de alto nivel que involucran a políticos y militares, el Fiscal General encargado, Guillermo Mendoza Diago, le aceptó la renuncia protocolaria alegando ineficiencia de Buitrago, pues de 137 investigaciones que tenía asignadas, 58 no habían tenido ningún movimiento desde hacía dos años. La aceptación de la renuncia fue considerada sospechosa principalmente por dos motivos: por un lado, porque el retraso que tenía esta fiscal no era para nada excepcional en comparación con el de sus compañeros; y, por el otro, porque ocurrió justo después de que hubiera pedido que se llamara a indagatoria a unos militares de alto rango en el caso de atentado del Palacio de Justicia, que llevaba más de 20 años prácticamente en la impunidad. Para un análisis de

Un segundo mecanismo de presión utilizado desde la jerarquía de la FGN es preocupante, a pesar de que fue mencionado con poca frecuencia por los entrevistados. De acuerdo con algunos fiscales de unidades nacionales expuestas a situaciones especiales de riesgo, en el pasado ocurrió que cuando estaban analizando la posibilidad de solicitar la detención de unos militares de alto rango, Luis Camilo Osorio, Fiscal General en la época, se reunió con ellos para intentar disuadirlos. Los fiscales procedieron en todo caso a la imposición de la medida cautelar, tras lo cual, por razones que desconocen, les fueron levantados los esquemas de protección con que contaban. Este señalamiento es tal vez la acusación más grave de presión sobre fiscales, pues si llegare a ser cierta, de ella se desprende que, en ocasiones, la cúpula de la FGN no ha tenido problemas en poner en peligro la vida de sus funcionarios.

Finalmente, se pueden también utilizar canales extra-institucionales. Uno de los fiscales entrevistados señaló que, en una situación en la que él consideró que no era procedente la solicitud de la medida de aseguramiento, el jefe de su unidad lo abordó en la cafetería para preguntarle si él consideraba que en aquel caso no debía pedirse la prisión preventiva, y agregó que “usted sabe que hay muchos ojos puestos sobre este caso, entonces es mejor estar seguro antes de tomar decisiones polémicas”. Asimismo, en el caso de los fiscales de las Unidades de Reacción Inmediata¹⁰⁷ –URI– otra de las situaciones de comunicación informal que puede suponer presiones para sus decisiones relativas a la prisión preventiva es el hecho de que trabajen todo el tiempo de la mano de la Policía Nacional. En tanto los indicadores con que se evalúa el desempeño de la Policía incluyen el número de capturas para periodos de tiempo, es entendible que los agentes de policía presionen a los fiscales para que soliciten mayores números de prisiones preventivas¹⁰⁸.

d. Captura, coerción o ambiente de vulnerabilidad

Otro mecanismo de presión que subsiste en Colombia y afecta el desarrollo de los procesos judiciales es la presencia de actores armados ilegales. En Dejusticia ya hemos descrito este fenómeno con cierto detenimiento¹⁰⁹. Se presenta principalmente en áreas con niveles menores de presencia estatal, aunque también pueden darse situaciones específicas de presión de organizaciones ilegales en las principales ciudades.

Como hemos indicado en otros documentos, la incidencia de los actores ilegales sobre la operación judicial puede clasificarse en tres fenómenos: en primer lugar, los actores pueden infiltrar el aparato de justicia¹¹⁰. Segundo, pueden actuar directamente sobre funcionarios judiciales encargados de casos que les interesan, ya sea amenazándolos y/u ofreciéndoles dinero y otros favores¹¹¹.

la salida de Buitrago de la Fiscalía ver La Silla Vacía (2 de septiembre de 2010).

¹⁰⁷ Estos son los fiscales que conocen en un primer momento de la comisión de las conductas criminales, y a la vez quienes están en contacto directo con la policía.

¹⁰⁸ Puede verse el uso del número de capturas como indicador de éxito de la gestión de la Policía Nacional en su presentación de Informe de Gestión del Cuatrienio, de junio 30 de 2011, o en la Resolución 413 de 2012, sobre metas e indicadores de la Policía.

¹⁰⁹ Algunos de los trabajos de Dejusticia sobre este tema son: García Villegas, Mauricio (2008); Guzmán, Diana, La Rota, Miguel y Uprimny, Rodrigo (2011).

¹¹⁰ Tal vez el mejor ejemplo se presentó en 2008, cuando se descubrió que el entonces Director Seccional de Fiscalías de Medellín, Guillermo Valencia Cossio, era cómplice de grupos paramilitares y narcotraficantes de la región, como explicamos en la nota al pie 98.

¹¹¹ Algunos de los funcionarios entrevistados señalaron haber recibido, o tener conocimiento de que otros ope-

Y tercero, el entorno de vulnerabilidad de los funcionarios judiciales frente a los actores ilegales de las zonas en las que trabajan se traduce en una presión implícita, una especie de censura previa. En múltiples ocasiones los jueces y fiscales se abstienen de tomar decisiones polémicas, y acaban decidiendo acerca de casos de menor sensibilidad social, que saben que no afectan a las organizaciones de las zonas. Esta situación se presenta normalmente por la ausencia de acompañamiento de las autoridades policiales a los jueces, lo cual es descrito en el libro de Mauricio García Villegas, de Dejusticia, *Jueces sin Estado: La justicia colombiana en las zonas de conflicto*.

No tenemos conocimiento de qué tanto estas situaciones pueden responder a decisiones de prisión preventiva. Pero sí tenemos ejemplos de lo que puede suceder, al menos en algunos casos – casi siempre como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento. Un primer ejemplo, es el caso de la Juez de Control de Garantías Jenny Rosanía Jiménez, mencionada anteriormente¹¹², quien impuso la prisión preventiva al ex Director de la Unidad de Información y Análisis Estadístico de Colombia –UIAF-, Mario Aranguren. Tras dicha decisión, la juez fue víctima de amenazas contra su vida. Por ello, el CSJ consideró que la juez se encontraba en condiciones de alto riesgo y le asignó un escolta. Sin embargo, como Jiménez no tenía carro ni el Consejo Superior de la Judicatura podía proporcionarle uno, andaba con su escolta en transporte público¹¹³.

Otro ejemplo, relacionado con el proceso de AIS, es el del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Orlando Fierro. Cuando el Magistrado Fierro impuso la prisión preventiva al ex Ministro Andrés Felipe Arias, además de los ataques personales de parte del ex Presidente Uribe –explicados en el apartado sobre la presión de los medios de comunicación-, recibió también en su casa una visita de una persona que se hacía pasar por policía y que solicitaba le permitieran hacer una revisión del hogar del Magistrado. Aunque al parecer el incidente no tuvo más consecuencias, el Magistrado declaró ante los medios que temía por su seguridad a raíz de la decisión tomada en el caso de Arias (El Tiempo, Agosto 8 de 2011).

Finalmente, conocimos el caso de coacciones a la Juez Carmen Johana Rodríguez, quien revocó la prisión preventiva impuesta al ex Alto Comisionado de Paz, Luis Carlos Restrepo, por su supuesta responsabilidad en la falsa desmovilización de un grupo guerrillero¹¹⁴. A raíz de esa

radores recibieron amenazas. Por ejemplo, una de las fiscales entrevistadas señaló que cuando se encontraba llevando el caso del narcotraficante Alirio de Jesús Rendón, alias ‘El Cebollero’, tanto ella como su asistente recibieron amenazas para impedirle continuar con la investigación. Para el caso de “El Cebollero” ver notas al pie 67, 68, 69 y 70. Asimismo, otro ejemplo de amenaza es el de la Juez de Control de Garantías Jenny Rosanía Jiménez, quien después de ordenar la prisión preventiva al ex Director de la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF, Mario Aranguren, recibió una carta de un recluso que le confesaba que a ella la habían mandado a matar (La Silla Vacía, 31 de julio de 2010). Aunque normalmente los funcionarios son reacios a hablar de eventuales presiones de organizaciones criminales, uno de nuestros informantes calificados aseguró que en múltiples procesos es sencillo detectar coacciones sobre alguno de los intervinientes.

¹¹² Ver nota al pie 85.

¹¹³ Otro ejemplo del ambiente de vulnerabilidad al que se ven sometidos los funcionarios judiciales, y que fue mencionado por los entrevistados es el siguiente. De acuerdo con un juez de control de garantías ambulante (en Colombia se llama así a los jueces creados para hacer el control de garantías de los casos de bandas criminales), en algunas ocasiones ha ocurrido que, en *zonas calientes*, esto es, zonas con problemas de orden público como Barrancabermeja, cuando un juez legaliza la captura de un integrante de una de estas bandas, a la audiencia pública de legalización de la captura asisten también otros miembros de la banda, lo cual resulta intimidante para el juez.

¹¹⁴ Ver la descripción de este caso en la nota al pie 65.

decisión, la funcionaria fue denunciada penal y disciplinariamente. Posteriormente, aunque estaba enfrentando los procesos que se surtían en su contra, renunció a su cargo como funcionaria de la Rama Judicial, argumentando que desde hacía un tiempo ella y su familia estaban recibiendo amenazas relacionadas con la decisión de revocarle la prisión preventiva a Restrepo¹¹⁵.

Estos mecanismos de presión deben ser tomados en serio, a pesar de que, con base en las entrevistas, concluyamos que hasta el día de hoy no parecen tener una alta incidencia en las decisiones relativas a las medidas de aseguramiento. La larga historia de violencia contra jueces, fiscales e investigadores judiciales en Colombia¹¹⁶ nos permite indicar que los riesgos contra la vida de estos funcionarios son tal vez el mayor obstáculo para la independencia judicial en nuestro país.

e. Análisis de los mecanismos de presión. El clima para ejercer funciones penales y la necesidad de estrategias institucionales de protección

En los apartados anteriores observamos las diferentes vías mediante las cuales distintos actores pueden ejercer presión sobre los funcionarios judiciales, hasta el punto de incidir sobre su capacidad de tomar decisiones imparciales. A partir de las entrevistas hemos detectado las formas en las que operan los mecanismos de presión. Aunque existen situaciones explícitas y directas de una supuesta injerencia indebida frente a casos específicos –como cuando en años anteriores se suprimió la protección personal de fiscales, al parecer porque no obedecieron las órdenes del Fiscal General-, la mayoría de mecanismos operan de forma sutil e indirecta, a través de señales implícitas que van siendo internalizadas en el modelo de decisión de los operadores judiciales.

Asimismo, en los casos específicos analizados encontramos dos circunstancias comunes: (1) grandes niveles de presión sobre los funcionarios, a través de la presencia de los medios de comunicación, múltiples manifestaciones públicas en contra de los funcionarios, o la iniciación de trámites disciplinarios o penales en su contra; y (2) unos bajos niveles de argumentación acerca de la razonabilidad de la prisión preventiva, y, en particular, acerca de cómo el caso se ajusta a las condiciones excepcionales demandadas por el CPP y la jurisprudencia constitucional.

Observamos, también, que en tres de los cuatro casos analizados¹¹⁷ se vencieron los términos legales para que los imputados permanezcan privados de la libertad. Ello sugiere que a los fiscales no parece importarles que el sospechoso esté o no privado de la libertad; sí, en cambio, el hecho de detenerlo, más allá de que en el futuro salga libre. Lo que sugiere, a su vez, que la

¹¹⁵ Para oír una entrevista con la ex Juez Carmen Johana Rodríguez, en la que explica las razones que la llevaron a renunciar a su cargo, ir a: W Radio (11 de julio de 2012).

¹¹⁶ Un ejemplo adicional es el asesinato de la Juez Gloria Constanza Gaona Rangel, el 22 de marzo de 2011. Gaona se desempeñaba como juez en el municipio de Saravena, Arauca, cuando fue asesinada por un sicario que le dio cinco tiros. Aunque al momento de su muerte la Juez estaba encargada de varios casos complicados (entre ellos, el de un oficial del ejército investigado por la violación de una menor de edad y posterior asesinato de sus dos hermanos, así como también el de varios procesos por rebelión y terrorismo de miembros de las guerrillas de la FARC y el ELN), según sus familiares y compañeros de trabajo, la Juez Gaona no había recibido amenazas, y, por lo mismo, tampoco había solicitado un esquema de protección (Citytv, 25 de Marzo de 2011).

¹¹⁷ Los casos en los que hubo libertad por vencimiento de términos de al menos alguno de los procesados son: 1) Falsos positivos, 2) Carrusel de la contratación, y 3) Agro Ingreso Seguro.

Fiscalía realmente no persigue el cumplimiento de los valores constitucionales y legales con base en los cuales se permite la restricción de la libertad antes de la condena¹¹⁸.

El interés por detener a las personas procesadas –incluso si en realidad no se cumple con una aplicación estricta de las condiciones legales y constitucionales para ello– puede tener dos objetivos. El primero, es el tradicional carcelazo por razones de populismo punitivo en casos de alta connotación en medios, mediante el que las detenciones se presentan como resultados en la lucha contra la criminalidad, más allá de que los procesos puedan fracasar en el futuro.

El segundo es más complejo: según lo indica una informante calificada, la prisión preventiva se usa para forzar a los procesados a que colaboren aceptando cargos o aportando pruebas en contra de otros sospechosos. La abogada indica que esa es la principal razón por la que los fiscales imputan y solicitan la prisión preventiva, aun cuando no tengan suficiente evidencia para sacar adelante el proceso. La detención es una herramienta dentro de la misma estrategia investigativa. En ambas situaciones, las carencias en la investigación penal, y la resonancia de procesos de alto impacto social, llevan a que los funcionarios estén presionados para detener a los sospechosos.

Estos incentivos, por su parte, pueden ser aún más poderosos en un contexto como el colombiano de enormes falencias en la investigación penal, sobre todo, cuando se trata de crímenes complejos, que no se caracterizan por las flagrancias, y que necesitan de estrategias sofisticadas de pesquisa, y la aplicación y utilización de evidencia técnica y no testimonial¹¹⁹. La presión social y política en contra de la impunidad, y la baja capacidad de conseguir pruebas para llevar a feliz término los procesos, son una combinación poderosa que incentiva la realización de actuaciones arbitrarias.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, tanto los jueces como los fiscales manifestaron no haber sufrido presiones explícitas a la hora de tomar decisiones respecto de la solicitud e imposición de la prisión preventiva. Esto parecería indicar que la incidencia sobre la imparcialidad de los funcionarios solo se presenta en algunos casos especiales como los analizados en esta investigación.

Pero es posible que esto no sea así. Lo que sucede en pocos casos puede tener efectos que van más allá de ellos mismos, al generar *un clima de presión* para los funcionarios frente a otros casos similares. Así, la manera como se comportan los funcionarios judiciales en los casos famosos puede servir de ejemplo para los demás operadores en el resto de procesos. Las malas costumbres

¹¹⁸ Se podría decir que el vencimiento de términos es una consecuencia de la incapacidad de la FGN de continuar con los trámites del proceso dentro de los términos establecidos para ello. Pero esto no parece convincente. A partir de las entrevistas realizadas encontramos que la mayoría de los fiscales sabe que los términos del sistema acusatorio los obligan a tener las acusaciones relativamente completas en el momento de imputar a los sospechosos. Es decir, que deben prever el nivel de información y de alistamiento que necesitan antes de proceder a la imputación y detención de la persona. Por lo que consideramos que el fracaso sistemático de mantener al sospechoso detenido podría deberse a que los casos no están suficientemente listos al momento de detener a los sospechosos, lo que refleja, a su vez, un interés de detener a la persona en un primer momento, y no de mantenerla detenida a lo largo de los trámites para proteger al proceso o a la sociedad.

¹¹⁹ Para un análisis de las dificultades de la investigación penal de delitos complejos en Colombia ver: Hartmann, Mildred (2010) y Bernal, Carolina y La Rota, Miguel (2012).

observadas en los casos paradigmáticos pueden convertirse en ejemplos a seguir por el entramado judicial. Aunque no contamos con datos que lo demuestren, consideramos que no debe ser sorprendente, entonces, que los estándares de argumentación existentes en el país para ordenar la detención de una persona no sean tan diferentes a los que encontramos en los casos paradigmáticos.

Pero tal vez la característica más importante a resaltar del clima generado por unos pocos casos es que promueven un ambiente de vulnerabilidad para los funcionarios. Como observamos en los casos analizados, los pocos operadores que dejaron en libertad a sospechosos de alto perfil han estado expuestos a un linchamiento mediático, a críticas públicas del Gobierno o del CSJ, y a denuncias disciplinarias o penales. Esta combinación deja claros los riesgos para los operadores judiciales, que, de acuerdo con las entrevistas, son conscientes de que cierto tipo de casos –como, por ejemplo, los que involucran a miembros de la guerrilla- puede suponer para ellos ponerse en un dilema, como le ocurrió al Juez Juan de Dios Solano, e, incluso, poner en riesgo la tranquilidad de sus familias, como le pasó al Magistrado Orlando Fierro en el caso de AIS (El Tiempo, 8 de agosto de 2011).

Puede que en algunas situaciones las críticas a la decisión judicial sean razonables. Pero la reacción es parecida para todos los casos que observamos. Lo que concluimos no es que los funcionarios sientan presión por desempeñarse bien, sino que su expectativa de costos es elevada cuando se deja en libertad a un presunto criminal de alto perfil, más allá de la fundamentación legal. O, en el mismo sentido, que no importa tanto el nivel de la argumentación judicial, siempre que se detenga a la persona, a pesar de que sea probable que salga libre en unos meses¹²⁰. Así, el clima generado por lo que sucede en unos casos significa, para un funcionario, que puede ser más riesgoso abstenerse de detener a un procesado, o dictarle la libertad. Ahora, el *clima* que cohibe a los jueces de fallar como lo harían regularmente, y con base en los criterios constitucionales, solo está presente en casos en los que alguna de las partes del proceso es un personaje público, o cuando se trata de otro tipo de casos sobre los que la ciudadanía y los medios tienen fijada su atención –como ocurre en Colombia con los casos de violencia contra menores o mujeres. En suma, cuando se trata de casos de connotación. Por el contrario, en las situaciones en que los funcionarios resuelven sobre casos que no son de connotación, sus decisiones son más libres, pues no sienten ningún clima de presión.

Ahora bien, ¿cuál debe ser la respuesta a este problema? Salvo algunas excepciones, las fuentes de las presiones no disminuirán ostensiblemente en el futuro. De una parte, muchos de los mecanismos de presión descritos son legítimos, e, incluso, son herramientas de expresión

¹²⁰ Podría pensarse que existe una contradicción entre la afirmación de que los funcionarios judiciales no sienten interés por la forma en la que evolucione el proceso después de la detención, y la idea de que es alta la expectativa de costos de dejar en libertad por vencimiento de términos a un procesado determinado. Sin embargo, los funcionarios a los que nos referimos es a los fiscales, que son quienes cargan con la presión de obtener la orden de imposición de la medida de aseguramiento en un primer momento, mientras que, más adelante, la responsabilidad por la liberación por el vencimiento de términos suele ser reconocida por la ciudadanía como en cabeza del juez, incluso, en los casos en los que pudiera producirse por inacción de la FGN. Adicionalmente, para los fiscales y jueces que deciden la medida de aseguramiento, puede ser menos costoso un escándalo futuro por la liberación por vencimiento de términos, o el fracaso del procesos a mediano plazo -cuya responsabilidad es más difusa, puede recaer en diferentes personas y fenómenos, y no tiene tanta atención mediática- en comparación con abstenerse de solicitar o de imponer la detención en el inicio de los procedimientos, cuya responsabilidad recae más directamente sobre ellos.

protegidas constitucionalmente. Esto sucede con la oralidad de las sentencias y la presencia mediática en los procesos penales, con las que válidamente se busca una mayor transparencia y rendición de cuentas del quehacer judicial. La publicación de opiniones y las manifestaciones populares respecto de la actuación de funcionarios judiciales son obviamente ejercicios de la libertad de expresión y del derecho de los ciudadanos a estar informados. Los mecanismos de sanción de fiscales y jueces son necesarios para mantener la disciplina y limitar las arbitrariedades de los servidores públicos. Y, como ya lo analizamos, las herramientas de la FGN tanto de seguimiento y asignación de procesos como de ubicación de funcionarios, son herramientas básicas para la gestión de casos y la coherencia de la política criminal.

Es posible, de una parte, establecer incentivos para que no se abuse de estos mecanismos legítimos. En el apartado ocho proponemos algunos de estos incentivos para intentar confrontar los excesos en las denuncias a funcionarios judiciales, los ataques a estos mismos funcionarios de parte de miembros del Ejecutivo o del CSJ, o la coacción desde el interior de la FGN.

No obstante, es de esperar que algunos de los mecanismos legítimos sean mal utilizados, al menos, de vez en cuando. Es imposible eliminar la estrategia de algunos abogados de litigar a través de los medios de comunicación; o las afirmaciones irresponsables de uno y otro funcionario gubernamental; o el cubrimiento mal informado o perezoso de los medios de comunicación. Los funcionarios judiciales deben poder desempeñar su función de manera independiente dentro de estas circunstancias. Por lo que, necesariamente, las alternativas concebidas deben buscar un fortalecimiento de la protección de los funcionarios judiciales frente a los embates externos. Nos preguntamos entonces, qué herramientas institucionales de protección existen en el momento actual, lo que respondemos en el siguiente apartado.

5. Debilidades institucionales

En el apartado anterior concluimos que la mayoría de mecanismos que se utilizan para hacer presión a los funcionarios judiciales es legítima, y, en algunos casos, constitucionalmente deseable. Esto permite, sin embargo, que algunos de los mecanismos sean utilizados de manera equivocada, y, a la vez, que inevitablemente en ocasiones sean aprovechados de forma abusiva. Todo esto hace previsible que los funcionarios judiciales tengan que trabajar en un ambiente que a veces es hostil, estando en el foco de los medios de comunicación, siendo criticados por la opinión y por otros funcionarios públicos, y, en ocasiones, siendo investigados disciplinariamente. Por ello, la independencia de los funcionarios judiciales depende de los dispositivos de protección que se implementen para detener, o, si es del caso, minimizar el impacto de dichos mecanismos de presión.

A las autoridades judiciales les corresponde resguardar la imparcialidad con la que sus servidores deben ejercer las funciones de justicia penal, frente al ambiente hostil que hemos descrito en los apartados anteriores. Aquí describimos lo que hemos hallado en términos de las protecciones institucionales frente a los mecanismos de presión. Constatamos que los jueces y fiscales tienen muy poco apoyo institucional que los ayude a sobrellevar estas situaciones de manera adecuada.

a. Ausencia de un acompañamiento institucional mínimo

A pesar de que es previsible que, al menos en algunos casos, los funcionarios judiciales estén bajo altos niveles de presión, ni la Fiscalía ni el CSJ tienen herramientas o programas específicamente dirigidos a enfrentar dichas presiones. Las respuestas institucionales que se requieren para enfrentar estas presiones pueden variar en su complejidad y necesidades de recursos; incluso, algunas acciones que no tienen como fin específico contrarrestar dichas presiones pueden, en la práctica, resultar útiles para tal fin.

Una buena práctica que pudimos constatar en unas pocas unidades de la Fiscalía es que cuando los fiscales tienen que trabajar en casos de alto impacto mediático o político, los jefes o coordinadores de unidad los apoyan, acompañándolos en la toma de decisiones, o simplemente dando un soporte profesional. Esta práctica no significa que el fiscal pierda la independencia al momento de decidir acerca de un caso, simplemente que puede cotejar sus apreciaciones con personas que tienen más experiencia que él y, de alguna forma, sentir un apoyo de sus jefes en el manejo del caso. Sin embargo, esta práctica depende enteramente del carácter excepcional de algunos jefes de unidad y no es una política institucional. En el caso de los jueces, el mayor nivel de independencia que tienen al tomar las decisiones implica también mayores niveles de soledad frente a las consecuencias de las decisiones que toman.

Otra práctica positiva que detectamos es la realización de comités técnicos en algunas unidades de la FGN, en los que los fiscales pueden intercambiar opiniones acerca de sus casos con sus colegas. Más allá de la necesidad de estos comités para la coordinación entre operadores, dichos espacios sirven también para que los fiscales se sientan acompañados a la hora de tomar decisiones difíciles. Por la misma razón mencionada antes –la mayor independencia– los jueces tampoco cuentan con herramientas de apoyo como esta.

Otra posibilidad que requiere mayores esfuerzos económicos es que al menos algunos de los funcionarios judiciales tengan acceso a servicios de acompañamiento psicológico. La posibilidad de hablar con un profesional puede dar más tranquilidad y seguridad a los funcionarios.

Una última opción –de muchas que podrían formularse desde las autoridades judiciales– es que el manejo de la presión sea un asunto que desde un inicio haga parte del entrenamiento de los funcionarios. Ya sea a través de los programas de formación o capacitación, o de publicaciones internas, la FGN y el CSJ pueden describir con detalle las presiones que los fiscales o jueces deben esperar, y, si es del caso, proponer alternativas a las que pueden acudir.

De nuestras entrevistas concluimos que, en general, los funcionarios más experimentados tienen una mayor resistencia a las presiones, en parte por el hecho de que no los sorprenden. Por esa razón, el solo hecho de que sepan que estas situaciones son esperables puede hacer una diferencia importante en la capacidad de lidiar con ellas.

Lo ideal sería que los funcionarios pudieran sentir el respaldo de las autoridades judiciales, aun cuando tomen decisiones impopulares. Sin embargo, la mayoría de los funcionarios que hemos entrevistado se sienten solos a la hora de manejar casos difíciles.

b. Inexistencia de ayuda para las relaciones con los medios

El Consejo Superior de Judicatura y la FGN tampoco ofrecen herramientas a sus funcionarios para disminuir el impacto de la presión. Los fiscales o jueces no cuentan con guías acerca de la relación con los medios de comunicación, justamente para indicarles cómo manejar las presiones provenientes de este sector. De acuerdo con la respuesta al derecho de petición que enviamos al CSJ, la razón por la cual no cuentan con protocolos como los mencionados es, sorprendentemente, que entienden que su existencia pondría en riesgo la independencia judicial, ya que los jueces son libres de decidir sobre la prisión preventiva con base únicamente en la ley y la Constitución. Esta respuesta evidencia, no obstante, una confusión entre la posibilidad, por un lado, de contar con protocolos que guíen a los funcionarios en relación con las situaciones en las que pueden imponer la prisión preventiva –lo que también sería válido, como mecanismo que facilita la aplicación de la ley dentro del margen de apreciación judicial- y, por el otro, de contar con protocolos acerca de cómo protegerse de las eventuales presiones que pueden ejercer sobre ellos los medios de comunicación.

La FGN procura, en ocasiones, que la relación con los medios de comunicación sea a través de la oficina de prensa. Pero esto no da resultado. Dicha oficina, en general, no tiene información suficientemente detallada de los procesos, por lo que normalmente los periodistas intentan saltársela y acudir al fiscal delegado directamente.

Ante esta situación, queda al criterio de cada funcionario decidir de qué forma se aproximará a los medios y cómo manejará la presión proveniente de los mismos. Los fiscales y jueces enfrentan un dilema difícil de resolver: una primera opción es decidir no hablar con los medios, y, dado el caso, redirigir todas las pesquisas a las oficinas de prensa. Pero esta opción es arriesgada, pues dejan la interpretación de las decisiones judiciales al arbitrio de la oficina de prensa, otras posibles fuentes –como las partes- y la precisión del periodista. De otra parte, los funcionarios pueden intentar manejar ellos mismos a los medios, buscando tener un poco más de control de la noticia. Pero esta opción también es arriesgada, pues eventuales equivocaciones en el manejo de los periodistas, pueden exponerlos personalmente.

Partiendo de estas dificultades, un grupo de jueces de la ciudad de Bogotá está trabajando en un proyecto de protocolo de comunicaciones con los medios de comunicación. Independientemente de la pertinencia de las propuestas¹²¹, la sola existencia de esta iniciativa revela que los funcionarios no están cómodos con la situación actual, y que buscan alguna protección frente a los medios.

¹²¹ La idea de este grupo de jueces –principalmente integrado por jueces de control de garantías- es que el protocolo reciba algún apoyo del CSJ y, además, que sea implementado tras ser acordado con los medios de comunicación. Aunque aún no se encuentra terminada, esta propuesta contiene los siguientes puntos: “1. Que los medios que transmitan las audiencias no se concentren en el rostro de los jueces, a menos que el funcionario lo pida. 2. Que las entrevistas que hacen los medios a las partes e intervinientes del proceso se realicen exclusivamente en una “sala de medios”, pues actualmente las realizan en los corredores de las salas de audiencias y por ello interrumpen las otras audiencias que se están realizando. 3. Que los medios de comunicación procuren informarse y entender mejor el significado de lo que ocurre en los procesos, para de esa manera evitar las imprecisiones. 4. Que el mismo CSJ publique un boletín informando del avance de determinados casos de interés para la prensa, para que así los medios cuenten también con una versión oficial, que tiene el aval del juez. 5. Que en los procesos de casos emblemáticos solo se deje entrar la cámara de uno solo de los medios (elegido por ellos mismos) para evitar que la sala esté llena de cámaras de video por todos lados”.

Adicionalmente, cuando la oficina de prensa no está a cargo, los intercambios que existen entre estos funcionarios y los medios se realizan de manera informal, y en cualquier momento y espacio. Según explicó un juez entrevistado, ello es problemático porque los toma muchas veces por sorpresa, cuando no tienen claro cómo manifestarse frente a determinados casos.

Por las razones anteriores, y contrario a la idea de que esto afectaría la independencia judicial, es necesario que el Consejo Superior y la Fiscalía ayuden a que los funcionarios judiciales tengan un mejor intercambio con los medios de comunicación. Esto puede hacerse a través del fortalecimiento de oficinas de prensa, de tal forma que éstas cuenten con la capacidad y la información suficiente para tener una versión correcta y completa de las decisiones, y puedan explicar los pronunciamientos judiciales a personas no versadas en derecho.

Igualmente, las autoridades judiciales pueden dictar capacitaciones y distribuir instructivos que guíen a los funcionarios en el manejo de medios. Por ejemplo, los fiscales y jueces que eventualmente deciden hablar con los medios de comunicación podrían beneficiarse con guías para explicar de manera sencilla los puntos esenciales de las resoluciones judiciales.

Por último, también puede ser útil la creación de protocolos que señalen claramente cuáles son los espacios y las condiciones de la comunicación entre funcionarios y medios.

c. Ausencia de apoyo a la defensa disciplinaria o penal de funcionarios

Como lo señalamos en el apartado 5b, los funcionarios judiciales se enfrentan solos a los procesos penales y disciplinarios a los que son vinculados como consecuencia de su actuar como miembros de la Rama Judicial.

Para superar esta falencia, haría falta establecer mecanismos de apoyo a la defensa legal de los funcionarios judiciales, respecto de los procesos que se inician en el ejercicio de sus funciones. Incluso, cuando las decisiones judiciales son equivocadas, éstas corresponden a labores propias de su servicio como funcionarios de la Rama Judicial. Para minimizar excesos, se podría pensar en mecanismos de recobro de los gastos judiciales, cuando se compruebe que el funcionario disciplinado tomó una decisión arbitraria y de mala fe, o en casos similares.

Adicionalmente, como método para evitar el uso de los procesos penales y disciplinarios como estrategia de juicio o de promoción de la gestión de las autoridades del Ejecutivo, puede ser útil que se exija un mayor nivel de argumentación al iniciar dichos procesos¹²².

Por último, la realización de esfuerzos buscando la disminución de la congestión, y la mayor celeridad en la resolución de los procesos disciplinarios tramitados por el CSJ, pueden ayudar a bajar los costos en que incurren los funcionarios. La apertura de muchos de estos procesos puede ser menos costosa para los funcionarios si estos duran menos y, en agregado, no se acumulan tanto como sucede en el presente.

¹²² De acuerdo con el art. 69 de la Ley 734 de 2002 –Código Disciplinario Único–, que regula la oficiosidad y preferencia de la acción disciplinaria, esta “(...) se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos (...)”. En consecuencia, el único requisito para interponer una queja disciplinaria y que se inicie un proceso disciplinario, es que la queja no sea anónima, y que “amerite credibilidad”. La vaguedad de este enunciado permite la instauración de las quejas disciplinarias infundadas.

d. Estancamiento de la carrera en la FGN

Como anotamos en el apartado 5¹²³, los fiscales de carrera sienten una mayor seguridad para afrontar las presiones provenientes tanto de afuera como de adentro de la FGN que los fiscales que están en provisionalidad. Esto es previsible, dada la mayor certeza de los funcionarios de carrera respecto de su permanencia en la Fiscalía y avance profesional.

Pese a estar prevista constitucionalmente¹²⁴, la carrera en la Fiscalía General de la Nación ha sido implantada de forma muy lenta¹²⁵. Como consecuencia de una orden de la Corte Constitucional en 2005, aumentó el ritmo en los últimos años hasta el punto de que a grandes rasgos la FGN tiene hoy en día a la mitad de sus fiscales en carrera. Sin embargo, recientemente se ha empezado a discutir la posibilidad de hacer un cambio en la estructura de la Fiscalía, lo que razonablemente llevó a congelar el avance de los concursos.

El avance gradual de la carrera es necesario para minimizar traumatismos en la nómina y el manejo de casos. Por tanto, en lo posible, la FGN debe evitar las disminuciones de ritmo en la implementación de este objetivo.

e. Debilidad o inexistencia de medidas de protección para los funcionarios judiciales

Como lo mencionamos en el apartado de interferencias a la independencia judicial, las falencias en las medidas para garantizar la protección de los funcionarios –que en muchas ocasiones se limitan a la recomendación de adoptar medidas de autoprotección¹²⁶– han permitido que exista un sentimiento de vulnerabilidad de los jueces, especialmente en los lugares con dificultades de orden público o presencia de actores armados ilegales.

6. Dificultades de acceso a la información

A pesar de que este tema es ya un lugar común en las investigaciones socio-jurídicas de nuestro país, es inevitable hacer un comentario acerca de la carencia o la mala calidad de la información registrada y manejada por las autoridades judiciales.

Durante esta investigación evidenciamos las carencias del manejo de la información respecto de dos aspectos: la información estadística sobre procesos disciplinarios y los registros sobre las audiencias de prisión preventiva.

¹²³ También ver nota al pie 77.

¹²⁴ Artículo 253 de la Constitución.

¹²⁵ Desde el inicio de la Fiscalía hace más de veinte años hasta 2005 cuando la Corte Constitucional ordenó al Fiscal General de la Nación que dispusiera “lo necesario para que se diseñe un plan de implementación del régimen de carrera en la Fiscalía General, con un cronograma de ejecución del mismo y con los indicadores de resultados pertinentes que permitan medir el avance en la ejecución del plan”, no se habían hecho grandes avances (Sentencia T-131 de 2005).

¹²⁶ De acuerdo con varios de los jueces entrevistados, las medidas de autoprotección que les han remendado seguir cuando han solicitado esquemas de protección por sentirse amenazados consisten en cambios de comportamiento sencillos como, por ejemplo, no contarle a desconocidos cuál es su trabajo, no tener rutas fijas de ida y regreso del trabajo, entre otras.

En primer lugar, como lo describimos en el apartado 4, el CSJ no cuenta con información desagregada acerca de los procesos disciplinarios en contra de funcionarios en el país. No recibimos la información estadística que habíamos solicitado acerca de las entradas, salidas y demás actuaciones en los procesos disciplinarios de funcionarios acusados de haber incurrido en falta por sus decisiones respecto de la prisión preventiva. De acuerdo con la respuesta al derecho de petición enviado al CSJ, resultaba imposible filtrar las cifras de los procesos disciplinarios atendiendo a la causa precisa que requeríamos, pues la información sobre estos procesos que recoge el Consejo está agregada por criterios más amplios que no permiten distinguir las situaciones en las que la discusión gira en torno a la prisión preventiva. La información con que cuenta el Consejo Superior es de tal nivel de generalidad, que es inútil para tomar decisiones fundamentadas en datos empíricos.

En segundo lugar, es muy difícil acceder a los registros de grabación o video de las audiencias públicas. Cuando existen, están guardados y clasificados en tal desorden que para encontrar las audiencias de casos específicos sería necesaria una cantidad desproporcionada de tiempo. Dentro de un mismo disco de video, sin divisiones o clasificaciones, es posible encontrar varias audiencias de distintos procesos. En otros casos, a pesar de que la audiencia es pública, en el mismo juzgado que lleva el proceso no se sabe con claridad en dónde están el audio y video grabados. Según los funcionarios de los juzgados, ello ocurre porque: (1) el expediente puede estar en un juzgado o tribunal distinto mientras se surte la apelación de alguna de las actuaciones subsiguientes a la audiencia de prisión preventiva, o (2) el disco que se encuentra en la carpeta no quedó bien copiado y es necesario buscar la grabación original en la sala de audiencias en la que se llevó a cabo la audiencia de que se trate.

7. Conclusiones y alternativas de política

Los funcionarios judiciales enfrentan múltiples presiones, que en este documento clasificamos en cuatro grupos, de acuerdo con los vehículos mediante los que, entre otras personas, las partes en los procesos, la misma cúpula de la FGN o del CSJ, los miembros de la Rama Ejecutiva, o las organizaciones de la sociedad civil pueden incidir en las actuaciones judiciales y llegar a afectar la imparcialidad de fiscales y jueces. Dichos vehículos son los medios de comunicación, los procesos sancionatorios disciplinarios o penales, la interacción entre funcionarios dentro de las mismas estructuras judiciales, y las actuaciones de grupos ilegales violentos.

De otra parte, las normas legales y constitucionales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, son claras en la excepcionalidad de la prisión preventiva, y en la exigencia de estrictos criterios que aseguren que la prisión preventiva se imponga como medida cautelar y no como sanción adelantada, para de esa manera asegurar su armonización con el principio de presunción de inocencia. Pese a esto, múltiples operadores judiciales, incluyendo, en ocasiones, a funcionarios de los más altos niveles jerárquicos de la Fiscalía General de la Nación o del Poder Jurisdiccional, desconocen dichos parámetros. En los casos paradigmáticos analizados para esta investigación encontramos un bajo nivel argumentativo, incluso de la entonces Fiscal General de la Nación, Viviane Morales, para sustentar la razonabilidad de la detención de personas vinculadas a procesos penales¹²⁷.

¹²⁷ En el apartado 4.a., sobre las presiones a los funcionarios que provienen de los medios de comunicación,

Al menos en los casos emblemáticos, la prisión preventiva parece seguir siendo utilizada como mecanismo de presión para conseguir pruebas en los procesos. Sin embargo, en otro tipo de casos también muy mediatizados en Colombia, como, por ejemplo, los de violencia contra mujeres o niños, el uso de la prisión preventiva corresponde más a una forma de sanción adelantada¹²⁸. En este documento sugerimos que dicho problema puede ser el resultado, al menos en parte, de las presiones recibidas por los funcionarios. La necesidad de las autoridades judiciales y gubernamentales de mostrar resultados en la política de persecución penal –en un contexto de enormes falencias de la investigación penal–, en combinación con una vulnerabilidad frente a las diversas presiones a las que pueden estar sujetos, crea fuertes incentivos para que los operadores se aparten de una interpretación razonable de las normas para que una persona imputada pueda ser encarcelada. Estos incentivos pueden llevar a que los funcionarios cedan ante la tradicional confusión entre detención y sanción, y caigan en la tentación de detener para mostrar resultados, aun cuando los procesos correspondientes sean insuficientemente sólidos para llevar a acusación, juicio y condena dentro de los términos legales. O, de manera más perversa, los incentivos funcionan de tal forma que a los funcionarios les conviene solicitar e imponer la prisión preventiva buscando *ablandar* a los imputados para que acepten cargos o entreguen pruebas en contra de otras personas.

En los casos paradigmáticos que estudiamos, los funcionarios que dejan en libertad a procesados –o en general, que toman decisiones que son impopulares o contrarias a intereses políticos en relación a la prisión preventiva–, corren graves riesgos de ser fuertemente criticados por la opinión pública, expuestos por los medios de comunicación –a veces mal informados por las partes de los procesos–, reprendidos públicamente por otros funcionarios públicos, incluyendo miembros del Ejecutivo, y expuestos a procesos disciplinarios o penales. A su vez, muchos funcionarios no sienten apoyo de las estructuras de la FGN o el CSJ, y, al contrario, algunos señalan que la presión también viene desde el interior de esas mismas estructuras.

Hemos detectado estos fenómenos para casos particulares, y no tenemos evidencia suficiente para decir qué tan generalizables son dentro del desempeño del aparato de justicia penal. Nuestro análisis cuantitativo concluye que, en términos generales, los niveles de detención y de imposición de medidas de aseguramiento no parecen tan elevados en comparación con los de varios países de la región. Esto indicaría que la presión sobre funcionarios judiciales, al momento de tener que pronunciarse sobre la libertad de los procesados, solo es un fenómeno relevante en casos especiales, de alta connotación pública, o que afectan los intereses de personas política o económicamente poderosas, como explicamos antes en apartado 4. e. Pero nuestras entrevistas

presentamos, entre otros, los bajos niveles de argumentación presentados por la Fiscalía para solicitar la imposición de la prisión preventiva al ex Ministro Andrés Felipe Arias. Ver más críticas al bajo nivel argumentativo de la Fiscalía en este caso, en las referencias presentadas en la nota al pie 62.

¹²⁸ Las reacciones frente al caso del secuestro de la bebé de pocos días de nacida, que presentamos en la nota al pie 79, representan un ejemplo de que la ciudadanía entiende la imposición de la prisión preventiva como si fuera la decisión definitiva de la justicia. Una muestra de ello son las respuestas a la pregunta formulada por la revista Semana en su portal de internet acerca de qué opinaban sus usuarios sobre la decisión del juez de control de garantías de negar la imposición de la prisión preventiva a la mujer que raptó al bebé, con base en el argumento de que ella no representaba un peligro para la sociedad. Casi sin excepción, los usuarios respondieron señalando que la decisión del juez era una muestra de las deficiencias del sistema de justicia del país que permitían la comisión de delitos graves sin sanción (Revista Semana, Encuesta, 14 de enero de 2013).

tas sugieren que las consecuencias de la utilización de mecanismos de presión en casos específicos pueden ir más allá de lo sucedido en esos mismos casos. Unos pocos procesos pueden generar un clima para la actuación judicial, en el que se fijan escasas exigencias argumentativas para proceder con la detención, y en el que, por adelantado, se establecen los costos esperables por quienes toman decisiones impopulares o que afectan intereses poderosos. Las presiones en procesos específicos, al ser percibidas por fiscales y jueces a lo largo de la Rama, pueden tener externalidades negativas respecto de incontables casos.

Ahora bien, no es previsible que los mecanismos de presión vayan a dejar de ser utilizados. Al revés, varios de estos mecanismos son manifestaciones legítimas de la libertad de expresión, el derecho a la información, de las necesidades de transparencia, rendición de cuentas de la administración judicial, o de las necesidades de eficiencia y eficacia en la gestión de la Fiscalía y el Poder Jurisdiccional. En tanto las autoridades judiciales deben prever que dichos mecanismos seguirán existiendo, y de vez en cuando sirviendo de vehículo para la presión a funcionarios, deben crear dispositivos para desincentivar los abusos y, a la vez, para proteger a los servidores que deben tomar decisiones en contravía de fuertes presiones. No obstante, las autoridades no cuentan con estos mecanismos de protección.

En concordancia con lo establecido en el apartado 5, las siguientes son posibles alternativas de política que pueden ser consideradas por la FGN y el CSJ para solventar la ausencia de mecanismos de protección.

Acompañamiento institucional. Los fiscales y jueces deben sentir el apoyo de las autoridades judiciales a la hora de tomar decisiones impopulares o políticamente costosas. Esto puede incluir diferentes tipos de iniciativas:

- 1) Promover el acompañamiento de los coordinadores o jefes de unidad de la FGN a los fiscales delegados que tengan a su cargo este tipo de procesos. Dicho acompañamiento puede incluir la revisión conjunta de casos o, simplemente, la existencia de espacios en los que el funcionario pueda intercambiar opiniones con sus superiores de manera tranquila.
- 2) Promover, en mayor medida de lo que sucede en el presente, la realización de reuniones entre funcionarios, no obligatoriamente de las mismas unidades, en las que puedan intercambiar opiniones acerca de las estrategias a seguir en sus casos. En estas reuniones debe haber un énfasis en un intercambio sustancial de opiniones, en comparación con lo que sucede hoy en muchos comités técnicos de la FGN en los que los fiscales hacen una presentación formal de sus casos, sin que exista verdaderamente una retroalimentación de sus colegas. Este mismo tipo de reuniones puede realizarse entre jueces, que aunque gozan de mayores grados de autonomía que los fiscales delegados, pueden perfectamente reunirse con sus pares a intercambiar opiniones acerca de sus casos.
- 3) Analizar si sería útil y factible, diseñar e implementar un programa de servicios de ayuda psicosocial a funcionarios, enfocado primordialmente a aquellos que manejan casos por los que enfrentan altos niveles de exposición pública, y otros tipos de presión¹²⁹.

¹²⁹ La interacción entre fiscales y jueces podría ser vista por algunos como una amenaza a la independencia judicial. Pero esto no es así. En el caso de los fiscales, la discusión de casos hace parte de las labores que tiene la FGN para tener una política de persecución penal estratégica y coherente. Aunque el caso de los jueces es más difícil, en tanto no son delegados y su autoridad goza de mayor autonomía, no vemos cómo el

4) Incluir dentro de los programas de formación y capacitación de fiscales y jueces materiales que prevean la inevitabilidad de la presión sobre los mismos funcionarios, describan en detalle las formas en que funcionan los mecanismos de presión, y establezcan alternativas a las que los funcionarios pueden acudir.

Manejo de medios de comunicación. Es necesario aumentar el profesionalismo con el que las autoridades judiciales interactúan con los medios de comunicación, de tal forma que se disminuyan los espacios de manipulación o desacierto en las publicaciones judiciales. Esto incluye las siguientes posibilidades de intervención:

- 1) Fortalecer las oficinas de prensa de la FGN y el CSJ. Dichas oficinas deben contar con personal y recursos idóneos y suficientes para tener completa la información de las decisiones judiciales, y para poder transmitir dicha información de manera exacta, y a la vez sencilla para su comprensión de parte de personas no versadas en derecho.
- 2) Incluir, dentro de los programas de formación y capacitación de funcionarios, materiales acerca de cómo interactuar con los medios de comunicación.
- 3) Diseñar y expedir protocolos institucionales que establezcan las maneras y condiciones en las que deben interactuar los funcionarios y los medios de comunicación. Estos protocolos deben contener como mínimo indicaciones acerca de los espacios, los momentos y condiciones de intercambio con los medios de comunicación.

Gestión de procesos sancionatorios. Las autoridades judiciales han de intentar establecer herramientas para disminuir los costos en los que incurren los funcionarios judiciales vinculados a procesos disciplinarios. Esto incluye:

- 1) Analizar la utilidad y factibilidad de un mecanismo que asista económicamente a los funcionarios judiciales en la defensa técnica en los procesos disciplinarios iniciados en su contra. Dicho mecanismo puede establecer condiciones de asistencia, de tal forma que se puedan recuperar los recursos utilizados para la defensa de las personas responsables de actuaciones de mala fe¹³⁰.
- 2) Iniciar, con mayor frecuencia, procesos disciplinarios a los abogados que interpongan quejas disciplinarias temerarias¹³¹.

Avance de la carrera de la FGN

Una vez sea clara su nueva estructura, la FGN debe acelerar el proceso de implementación de la carrera de fiscales e investigadores:

intercambio de opiniones con personas de la misma o mayor jerarquía puede afectar su imparcialidad en la apreciación de los casos particulares.

¹³⁰ Con la implementación de los mecanismos de acompañamiento institucional que mencionamos antes, la asistencia económica se justificaría aún más pues la decisión a raíz de la cual el funcionario hubiera sido denunciado –penal o disciplinariamente–, difícilmente podría ser de mala fe.

¹³¹ De acuerdo con el artículo 69 del Código Disciplinario Único –Ley 374 de 2002– “[l]as denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes”.

Recomendaciones generales. Algunas alternativas de política se refieren a recomendaciones que usualmente aparecen en diagnósticos generales de la política criminal y del funcionamiento del sistema de persecución penal. Aunque dichas recomendaciones no están directamente relacionadas con la protección de la independencia judicial o con la razonabilidad en la imposición de la prisión preventiva, acaban siendo relevantes para estos dos asuntos:

- 1) Protección personal de los funcionarios. La FGN y el CSJ deben mejorar los sistemas de protección de los funcionarios judiciales, de tal forma que las medidas asignadas sean en lo posible consistentes con la situación de riesgo de las personas.
- 2) Fortalecimiento de la investigación penal. Las autoridades han de diseñar e implementar programas y políticas para vigorizar las técnicas de investigación penal, sobre todo en lo relativo a delitos complejos.
- 3) Adecuación de los criterios de evaluación. La FGN y el CSJ deben ajustar los criterios utilizados para evaluar el desempeño de los funcionarios judiciales, de tal forma que éstos tengan en cuenta los resultados sustanciales de los procesos a largo plazo, y la protección de las garantías procesales y que de esa manera sirvan para contrarrestar los incentivos que tienen los funcionarios para usar la prisión preventiva como método de investigación.

Referencias bibliográficas

ADC, CELS, DPLF, Dejusticia, IDL y otros. (2012). *Uso abusivo de la Prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Washington, 1 de noviembre de 2012. En: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/Informe_PP_2012_CIDH.pdf]. Consultado: 6 de abril, 2013.

Bernal, Carolina y La Rota, Miguel. (2012). *Investigación de delitos complejos. Caso del delito de homicidio en Colombia*. CEJA-JSCA. Biblioteca virtual. Disponible en: [http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/6384-investigacion-de-delitos-complejos-en-colombia]. Consultado: 6 de abril, 2013.

Caracol Radio. (2008). *Apelarán la detención domiciliaria de Valencia Cossio*. En: [<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/apelaran-la-detencion-domiciliaria-de-valencia-cossio/20080926/nota/678555.aspx>]. 26 de septiembre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Presidente Santos pide investigar a juez que ordenó libertad de alias 'Chucho'. La policía trasladó bajo estrictas medidas de seguridad a la capital de la República al guerrillero de las Farc, José Márvel Zamora, alias Chucho*. En: [<http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/presidente-santos-pide-investigar-a-juez-que-ordeno-libertad-de-alias-chucho/20110424/nota/1459359.aspx>]. 24 de abril. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Las razones del cambio del Fiscal Pabón en el caso contra Samuel Moreno*. En: [<http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/las-razones-del-cambio-del-fiscal-pabon-en-el-caso-contrasamuel-moreno/20110626/nota/1495361.aspx>]. 26 de junio. Consultado: 6 de abril, 2013.

Citytv. (2011). *Cuerpo sin vida de la juez Gloria Gaona llegó a Boyacá*. En: [<http://www.citytv.com.co/videos/391960/cuerpo-sin-vida-de-la-juez-gloria-gaona-llego-a-boyaca>]. 25 de marzo. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *El fiscal González iba a imputar dos nuevos cargos para el Exalcalde*. En: [<http://www.citytv.com.co/videos/875186/video-el-fiscal-gonzalez-iba-a-imputar-dos-nuevos-cargos-para-el-exalcalde>]. 11 de octubre. Consultado: 6 de abril, 2013.

Comisión Asesora de Política Criminal. (2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá. Ministerio de Justicia.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-150 de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz. 22 de abril de 1993.

_____. (1994). Sentencia C -395 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz. 8 de septiembre de 1994.

_____. (1997). Sentencia C-327 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. 10 de julio de 1997.

_____. (1997). Sentencia C-425 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz. 4 de septiembre de 1997.

_____. (2001). Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. 25 de julio de 2001.

_____. (2005). Sentencia T-131 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 17 de febrero de 2005.

_____. (2007). Sentencia C-209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. 21 de marzo de 2007.

_____. (2008). Sentencia C-318 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. 9 de abril de 2008.

_____. (2008). Sentencia C-1198 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. 4 de diciembre de 2008.

Cortés, Carlos. (2012). *Cara a cara entre Granados y Lombana. La escuela de litigio de última hora*. En: La Silla Vacía. 28 de Mayo. Disponible en: [<http://www.lasillavacia.com/elblogueo/ccortes/33588/cara-cara-entre-granados-y-lombana-la-escuela-del-litigio-de-ultima-hora>]. Consultado: 6 de abril, 2013.

El Espectador. (2010). *No existe responsabilidad mía*. En: [<http://www.elespectador.com/node/219180>]. 14 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *Polémica por relevo de fiscal en caso de Agro Ingreso Seguro*. En: [<http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-230888-polemica-relevo-de-fiscal-caso-de-agro-ingreso-seguro>]. 21 de octubre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Magnífica defensa*. En: [<http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-265481-magnifica-defensa>]. 26 de abril. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011) *‘Me voy por la puerta grande’, dijo destituido fiscal Pabón*. En: [<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-282922-me-voy-puerta-grande-dijo-destituido-fiscal-pabon>]. 8 de julio. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Burla a la justicia*. En: [<http://www.elespectador.com/opinion/editorial/articulo-326031-burla-justicia>]. 2 de febrero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Procuraduría pide archivar investigación al juez que le dio la libertad al ‘Cebollero’*. En: [<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-341104-procuraduria-pide-archivar-investigacion-al-juez-le-dio-libertad>]. 24 de abril. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Fiscal de caso Colmenares fue removido de la investigación*. En: [<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-350271-fiscal-del-caso-colmenares-fue-removido-de-investigacion>]. 31 de mayo. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Polémica por jueza del caso Mario Aranguren*. En: [<http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-207004-polemica-jueza-del-caso-mario-aranguren>]. 4 de junio. Consultado: 6 de abril, 2013.

El Tiempo. (2009). *Diecisiete mil campesinos de todo el Huila marcharán en Neiva contra el programa Agro Ingreso Seguro*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6343227>]. 13 de octubre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *'Extremadamente preocupada' por liberación de implicados en falsos positivos se declara ONU*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6916187>]. 8 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Juez de Arias teme por su seguridad*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10112053>]. 8 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *No hay evidencia de dilaciones o irregularidades en casos de falsos positivos: Judicatura*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6938187>]. 12 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *Grupos armados ilegales siguen violando los DD.HH. en Colombia, según Human Rights Watch*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6993208>]. 20 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *Corte Penal Internacional indaga por la libertad de militares de los 'falsos positivos'*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7691492>]. 2 de mayo. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Fiscal: 'AIS, el peor caso de corrupción en historia del agro'*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9128024>]. 6 de abril. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Editorial: La hora de la justicia*. En: [http://www.eltiempo.com/opinion/editoriales/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9180595.html]. 16 de abril. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Arias usó Agro Ingreso Seguro con fines políticos: Fiscal*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9964784>]. 21 de julio. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *'Nunca favorecí a los Nule', asegura el Fiscal Germán Pabón*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9851325>]. 9 de julio. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Juez de Arias teme por su seguridad*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10112053>]. 8 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Suspenden por tres meses a juez que dio casa por cárcel al 'Cebollero'*. En: [<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-10244829>]. 29 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Familiares de víctimas de ejecuciones acudirán a Corte Penal Internacional*. En: [<http://>

www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6928247. 11 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

El Universal. (2011). *Santos pide investigar casa por cárcel de 'El Cebollero'*. En: [<http://www.eluniversal.com.co/cartagena/nacional/santos-pide-investigar-casa-por-carcel-de-%E2%80%98el-cebolle-ro%E2%80%99-40694>]. 28 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

García Villegas, Mauricio (2008). *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores.

Guzmán, Diana, La Rota, Miguel y Uprimny Rodrigo. (2011). *Factores de impunidad frente a violaciones graves de los derechos humanos ocurridas en el contexto del conflicto armado colombiano*. S/R.

Hartmann, Mildred. (2010). "La capacidad del sistema judicial colombiano para dar resultados en delitos de connotación social. Estudio exploratorio". En: *Persecución de delitos complejos. Capacidades de los Sistema Penales en América Latina*. Santiago de Chile. CEJA – JSCA, pp. 221 a 276.

La Rota, Miguel (2011). *El carcelazo a los funcionarios de AIS*. En: La Silla Vacía. 14 de abril. Disponible en: [<http://www.lasillavacia.com/elblogueo/dejusticia/23309/el-carcelazo-los-funcionarios-de-ais>]. Consultado: 6 de abril, 2013.

La Silla Vacía. (2010). *Así cambió la vida de la juez que envió a Mario Aranguren a la cárcel*. En: [<http://www.lasillavacia.com/historia/16941>]. 31 de julio. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2010). *¿Sale la fiscal Ángela María Buitrago por ineficiente o por demasiado eficiente?* En: [<http://www.lasillavacia.com/historia/17759>]. 2 de septiembre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *Estos son algunos indicios de cómo Guillermo Valencia Cossio favoreció al paramilitarismo en Antioquia*. En: [<http://www.lasillavacia.com/historia/estos-son-algunos-indicios-de-como-guillermo-valencia-cossio-favorecio-al-paramilitarismo-e>]. 2 de febrero. Consultado: 6 de abril, 2013.

Policía Nacional. (2011). *Audiencia pública de rendición de cuentas*. Bogotá. Policía Nacional. Disponible en: [http://oasportal.policia.gov.co/portal/page/portal/INSTITUCION/balance_gestion/informe-gestion-cuatrenio.pdf]. Consultado: 6 de abril de 2013.

_____. (2012). *Resolución 413 de 15 de febrero de 2012. "Por la cual se modifica parcialmente la Resolución No. 02611 del 29 de Julio de 2011"*. Disponible en: [http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/HOME/20_operaciones_semanales/metas_indicadores.pdf]. Consultado: 6 de abril de 2013.

Presidencia de la República de Colombia (2010). *Comunicado de Prensa*. Medellín. En: [<http://web.presidencia.gov.co/sp/2010/enero/11/01112010.html>]. 11 de enero. Consultado: 6 de abril de 2013.

Revista Semana. (2009). *Furia por agro ingreso seguro en Facebook*. En: [<http://www.semana.com/nacion/furia-agro-ingreso-seguro-facebook/129499-3.aspx>]. 1 de octubre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2011). *¿Por qué cambiaron al fiscal Pabón?* Junio 26 de 2011. En: [<http://www.semana.com/por-clasificar/cambiaron-fiscal-pabon/159220-3.aspx>]. 26 de junio.

_____. (2011). *Pondrán 'lupa' al proceso judicial contra los Nule*. En: [<http://www.semana.com/na>

cion/pondran-lupa-proceso-judicial-contranule/168845-3.aspx]. 9 de diciembre. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Las dos caras de caso Colmenares*. En: [<http://www.semana.com/nacion/dos-caras-del-caso-colmenares/173002-3.aspx>]. 1 de marzo. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2012). *Hay que respetar la presunción de inocencia*. En: [<http://www.semana.com/nacion/respetar-presuncion-inocencia/177798-3.aspx>] 26 de mayo. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2013). *¿Mujer que raptó bebé no es un peligro para la sociedad?*. En: [<http://www.semana.com/nacion/articulo/mujer-rapto-bebe-no-peligro-para-sociedad/329535>]. 13 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2013). *¿Quién es el juez que dejó en libertad a la raptora de Brigitte?* En: [<http://www.semana.com/nacion/articulo/quien-juez-dejo-libertad-raptora-brigitte/329608>]. 14 de enero. Consultado: 6 de abril, 2013.

_____. (2013). *La mujer que raptó a la bebé en el sur de Bogotá quedó libre. ¿Qué opina de esta decisión?* En: [<http://www.semana.com/nacion/articulo/la-mujer-rapto-bebe-sur-bogota-queda-libre-que-opina-esta-decision/329586>]. 14 de enero. Consultado: 6 de abril de 2013.

Uprimny, Rodrigo. (2011). *Los excesos de la detención preventiva*. En: El Espectador. Disponible en: [<http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-288722-los-excesos-detencion-preventiva>]. 1 de agosto. Consultado: 6 de abril, 2013.

W Radio. (2012). *Carmen Johana Rodríguez, la Juez de la polémica decisión del excomisionado Luis Carlos Restrepo, expresó que renunció por amenazas de muerte*. En: [http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/carmen-johana-rodriguez-la-juez-de-la-polemica-decision-del-excomisionado-luis-carlos-restrepo-expreso-que-renuncio-por-amenazas-de-muerte/20120711/oir/1720342.aspx]. 11 de julio. Consultado: 6 de abril, 2013.

**Independencia judicial
insuficiente, prisión preventiva
deformada**

Informe Ecuador

Jaime Vintimilla y Gabriela Villacís

2013

Índice

1. Introducción	117
2. Régimen legal de la prisión preventiva	119
3. Estadísticas de la prisión preventiva	122
4. Interferencias en la independencia judicial	126
a. Declaraciones públicas de autoridades no judiciales	126
b. Obligatoriedad de la aplicación de la prisión preventiva.....	128
c. Errores procesales	129
d. Asistencia a audiencias de funcionarios públicos.....	130
e. Medios de comunicación	130
f. Políticas o disposiciones no escritas contrarias a la supremacía constitucional.....	130
5. Actores de las presiones o interferencias	131
a. Autoridades políticas.....	131
b. Autoridades judiciales y policía	133
c. Medios de comunicación	134
d. Otros actores.....	135
6. Carencias o debilidades institucionales que el juez encuentra cuando decide sobre la prisión preventiva	135
7. Dificultades de acceso. Problemas encontrados al momento de solicitar información de las autoridades o los órganos judiciales	138
8. Conclusiones	139
9. Recomendaciones	141
Referencias bibliográficas	143

Los anexos a los que se hace referencia en el presente informe se encuentran disponibles
en el sitio web de la Fundación para el Debido Proceso

<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>

1. Introducción

Ecuador se halla inmerso en un proceso de consolidación del modelo acusatorio penal y para ello ha realizado varios esfuerzos que van del 13 de enero del año 2000, fecha en la que, de modo parcial, entra en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal¹³², hasta la última reforma legal acaecida el 29 de marzo 2010, sin dejar de lado los cambios propiciados por la consulta popular de 7 de mayo de 2011. Cabe recalcar, además, que, a partir de la vigencia de la Constitución de Montecristi¹³³ de 2008, se ha iniciado un proceso de cambio integral de la Función Judicial¹³⁴ que ha sido acelerado con la posesión de los vocales del Consejo de la Judicatura en transición que laborarán desde el 26 de julio de 2011 hasta enero de 2013, gracias a los resultados de la voluntad popular¹³⁵.

No obstante, resulta importante destacar algunos aspectos presentes a lo largo de la realidad nacional:

- Desde la fundación misma de la república, el Ejecutivo, de varias maneras, ha mantenido injerencia sobre la Función Judicial.
- La existencia de una irrazonable dispersión normativa y la obsolescencia del Código Penal han sido, entre otras, dos de las razones por las cuales en el país se ha inaugurado un debate, no siempre técnico jurídico como inoportuno, sobre la necesidad de aprobar un nuevo Código Penal unificado o Código integral penal que en un mismo cuerpo normativo se permite incorporar disposiciones sustantivas penales, de procedimiento y ejecutivas.
- Ha existido un divorcio entre la norma vigente y su aplicación. La Constitución de Montecristi, a pesar de ser nominalmente garantista, en la práctica, de manera desafortunada, ha sido objeto de frecuentes inadvertencias y vulneraciones, llegando inclusive a esgrimirse que al defender un hipergarantismo la Carta Magna debería ser necesariamente reformada.
- En las últimas décadas el abuso de la prisión preventiva ha sido la máxima o la conducta recurrente, llegándose hasta el extremo de crear una figura como la detención en firme que felizmente fue declarada inconstitucional¹³⁶, aunque también

¹³² El Código de Procedimiento Penal fue aprobado por el Congreso Nacional el 11 de enero del 2000 y publicado en el Registro Oficial del 13 de enero del mismo año. Inicialmente estuvieron vigentes 47 artículos referidos a las garantías del debido proceso y para el resto del articulado hubo una *vacatio legis* de 18 meses. Así, el Código entró en vigencia el 13 de julio de 2001. Segunda evaluación del Sistema Procesal Penal, Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel-Usaid, Quito, 2006.

¹³³ Se denomina así por la ciudad donde se reunió la Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la Carta Magna.

¹³⁴ Se ha denominado Función Judicial desde 1830 y actualmente el capítulo cuarto de la Constitución no es la excepción, así como ha sido publicado un nuevo Código Orgánico de la Función Judicial.

¹³⁵ El 7 de mayo de 2011, parte de la población ecuatoriana aceptó que un plazo de 18 meses se diera inicio a un proceso de profunda transformación de la justicia. Al respecto, el Consejo de la Judicatura inició un plan de trabajo dividido en seis ejes estratégicos: Talento Humano, Modelo de Gestión, Infraestructura Civil, Cooperación Interinstitucional, Infraestructura Tecnológica y Gestión Financiera Equitativa.

¹³⁶ En el estudio citado de la Fundación Esquel se advierte que entre 1994 y 2004 hubo una media de un 70% de presos sin condena y hasta el año 2006 en Quito y Guayaquil la única medida cautelar que se pedía era la

se pueden advertir casos en los cuales existe una suerte de percepción selectiva que hace que la medida cautelar no se utilice en contra de ciertas personas que gozan de un status político privilegiado o se suspenda frente a interferencias claramente determinadas¹³⁷.

- La prisión preventiva no ha sido considerada como una medida de última *ratio* y, al contrario, se ha transformado en mecanismo de *prima ratio*, pues gracias a la ideología de la seguridad ciudadana imperante se la usa indistintamente en muchos tipos de delitos: sexuales, tributarios, ambientales, contra la fe pública, narcotráfico, tenencia de armas, robo, etc. En este sentido, penalistas como Ramiro García Falconí expresan que “en lugar de mejorarse las prácticas claramente autoritarias de nuestro sistema judicial y el evidente irrespeto al derecho a la libertad de las personas, se ha presionado a los jueces penales para que constituyan a la prisión preventiva en la práctica general, al punto de que se ha encarcelado a algunos por ordenar libertades” (2012).

Se habla de la existencia de un hiperpunitivismo (García, 2012), pues a pesar de la disminución de presos sin sentencia¹³⁸, se advierte que la población carcelaria ha crecido en márgenes que desbordan la capacidad institucional, ya sea debido a la instauración de una suerte de estado policía postmoderno o poder represivo, ya sea por el uso de técnicas que atentan contra los derechos humanos como el programa “los más buscados”, o ya sea por los efectos nocivos de la imagen bélica del poder punitivo basado en la defensa de la seguridad ciudadana¹³⁹.

El presente estudio busca identificar las principales presiones e injerencias a las que en Ecuador se sujetan los operadores judiciales cuando deben tomar decisiones relativas a la aplicación de la prisión preventiva¹⁴⁰. Este informe es parte de un estudio comparado desarrollado

prisión preventiva, mientras que en Cuenca se solicitaban prisiones preventivas en un 80.6% de los casos. Estos datos son ratificados por Diego Zalamea que citando cifras oficiales de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social expresa que “durante los últimos 15 años la regla general ha sido que entre el 60% y 70% del total de los internos sean presos preventivos” (Zalamea, 2012:135).

¹³⁷ En el primer caso el ejemplo más claro que ha sido relatado por tres expertos juristas entrevistados es el del ex ministro del Deporte Raúl Carrión que fue acusado de Peculado, pero a pesar de existir los indicios necesarios para disponer una medida cautelar personal se ordenaron medidas sustitutivas. En lo referente a lo segundo se han advertido casos en los cuales la prisión preventiva ha quedado sin efecto gracias a la intervención directa del Presidente de la República, tal es el caso denominado COFIEC referente a un préstamo bancario irregular o el del bloguero Paulcoyote que por demostrar las debilidades del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos fue acusado de “acceso fraudulento a sistemas informáticos y bases de datos”, ya que empleó los datos del Presidente de la República, Rafael Correa, para demostrar, según él, la vulnerabilidad del sistema gubernamental Dato Seguro.

¹³⁸ Regresamos a lo dicho por Diego Zalamea en el sentido que durante los últimos quince años la regla general ha sido que entre el 60% y 70% del total de los internos han sido presos preventivos.

¹³⁹ El Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos informa que hasta la tercera semana (15 al 21) de octubre de 2012 existen 20.965 Personas Privadas de Libertad (PPL), de las cuales el 91,87% son hombres. Con relación al tipo de centro de privación de libertad, los Centros de Rehabilitación Social (CRS) concentran el 90,8% de las personas presentes. El hacinamiento total (Centros de Rehabilitación Social, Centros de Detención Provisional y Casas de Confianza) es del 72,89%, registrando una disminución del 0,23%, con relación a la semana anterior.

¹⁴⁰ En la legislación ecuatoriana la prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional que opera cuando otras medidas de carácter personal no son suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

por cuatro organizaciones de América Latina¹⁴¹ debidamente coordinadas por la Fundación para el Debido Proceso –DPLF, por sus siglas en inglés.

Como en los otros países, la investigación parte de la hipótesis de que los operadores judiciales de la región son, en menor o mayor medida, vulnerables a presiones externas, legítimas e ilegítimas, que les dificultan interpretar y aplicar razonable y constitucionalmente la normatividad de la detención preventiva. En el estudio se advierten evidencias cualitativas que nos muestran que la hipótesis si tiene asidero, al menos, para ciertos casos revestidos de condiciones peculiares.

La metodología presenta varias actividades que van desde el análisis de casos paradigmáticos como aquellos de los *Combatientes Populares*, el caso del *Coronel Carrión* o del *ex gobernador de Manabí César Fernández* hasta el estudio de la legislación y doctrina existente sobre la prisión preventiva, la jurisprudencia interamericana y los datos estadísticos oficiales disponibles. Se complementó el trabajo con el desarrollo de 22 entrevistas a diversos actores que conocían la realidad procesal. Por último, se contó con material digital así como con reportajes o noticias.

Uno de los hallazgos fue precisamente la falta de armonía existente entre las medidas sustitutivas, las salidas alternativas, los procedimientos especiales y la prisión preventiva que se ha transformado en la medida primera y obligatoria.

2. Régimen legal de la prisión preventiva

El ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene normas de diversa jerarquía que regulan la figura de la prisión preventiva y claramente se pueden advertir dos tendencias que aparentemente no colisionan, pero que guardan profundas diferencias.

Conforme los resultados de la consulta popular de mayo de 2011, la privación de libertad constitucionalmente deja de ser excepcional. Así, la Constitución establece que

no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley¹⁴².

En cambio, el artículo 159 y el numeral 5 del artículo 167 del código adjetivo penal continúan defendiendo el estándar de excepcionalidad, pues la adopción de la medida cautelar, de aseguramiento o precautoria de privación de la libertad, se hará en forma excepcional y restrictiva, y procederá en los casos en los que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

¹⁴¹ En Argentina, el *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*; en Ecuador, el *Centro de Derecho y Sociedad (CIDES)*; en Perú, el *Instituto de Defensa Legal (IDL)*; y en Colombia, *Dejusticia*.

¹⁴² Numeral 1 del artículo 77 de la Constitución de la República.

En el sistema procesal penal ecuatoriano se reserva al Juez de Garantías Penales la ejecución de esta medida cautelar, advirtiendo que le corresponde al fiscal la solicitud y dejando claro que el juez debe ponderar entre lo conveniente a los intereses del Estado y la mínima afectación de los derechos del sospechoso o procesado.

En este sentido, podemos concluir que antes de la reforma constitucional, aprobada por la consulta popular del 2011, el principio que regía la prisión preventiva era el de estricta legalidad o constitucionalidad, donde los operadores de justicia debían observar el ordenamiento jurídico en su integridad antes de autorizar una orden de prisión preventiva y no solamente sujetarse a la ley.

Por el contrario, desde esta reforma constitucional y gracias, incluso, a la práctica judicial se ha introducido el principio de mera legalidad o simple legalidad como base de aplicación de la prisión preventiva, pues la parte *in fine* del artículo constitucional 77.1 cambia de redacción y pasa de una visión de aplicación directa constitucional a una simple remisión legal, al derogarse la frase “la jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva” y aprobarse aquella que indica que “las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos, establecidos en la ley”¹⁴³.

Por otro lado, se advierte que la legislación nacional¹⁴⁴ confunde medidas de seguridad, que son mecanismos preventivos de asistencia que procuran la readaptación del individuo,

¹⁴³ Guarda relación con lo explicado: que el artículo constitucional 77.11 cambia su redacción desde lo prioritario y equitativo a lo meramente legal y restrictivo, pues del hecho que “la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada” se pasa a una norma que restringe los derechos, ya que “la jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley”. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”. Además, en la práctica se advierte, gracias a los jueces y abogados entrevistados, que el artículo 171 del CPP es trascendental para determinar en qué delitos o casos procede la prisión preventiva y en cuáles no. Para comprensión de lo explicado citamos la norma: “Artículo 171. Revisión.- El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando: a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen; b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con pena de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que la persona procesada tenga una discapacidad mayor al cincuenta por ciento certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de sesenta años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen”.

¹⁴⁴ Entre las medidas cautelares de carácter personal descritas por el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal encontramos equivocadamente siete medidas de seguridad: la obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares; la obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas; suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; y, privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6 del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia.

persiguiendo un fin utilitario de prevención con medidas cautelares personales que se relacionan con procesos investigativos y con la eventual imposición de una sanción al responsable (Vaca, 2009).

De igual modo, conforme lo reitera el profesor Ricardo Vaca (2009: 713 a 716)¹⁴⁵, considerando el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal y el 77.1 de la Constitución, los objetivos de la prisión preventiva son: asegurar el cumplimiento de la pena, evitar la paralización del proceso, garantizar la inmediación del procesado con el proceso y evitar que el procesado obstaculice la acción de la justicia.

Los requisitos de fondo para que proceda la figura preventiva aparecen claramente descritos en el artículo 167 del Código Adjetivo Penal y son: que se trate de un delito de acción pública, que el delito sea sancionado con pena mayor a un año de prisión, que existan indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, que existan indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito y que el juez adopte esta decisión en forma libre, razonada y responsable; y, principalmente, cuando crea que es realmente necesario (Vaca, 2009: 717 a 726).

Sobre la caducidad de la prisión preventiva el numeral 9 del artículo 77 de la Carta Magna expresa que

bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto. La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley¹⁴⁶.

Otras disposiciones normativas que regulan la institución de la prisión preventiva son la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico de la Función Judicial, correspondiendo a la primera explicar la acción constitucional de Hábeas Corpus que permite reclamar la inmediata excarcelación cuando ha ocurrido la caducidad constitucional de la prisión preventiva, en tanto que la segunda establece como infracción grave

¹⁴⁵ Por su parte, el artículo 167 del Código de Procedimiento penal indica que “cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio. 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”.

¹⁴⁶ Inciso incorporado por la aprobación de la pregunta número 1 del Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011, resultados publicados en el Suplemento del Registro Oficial No. 490 de 13 de julio de 2011.

del operador judicial la conducta que permite que opere la caducidad de la prisión preventiva, debiendo ser sancionado con suspensión y hasta con destitución en caso de triple reiteración¹⁴⁷.

Debe destacarse, además, un importante esfuerzo normativo a nivel interno, pues existe la Resolución Número 73 de la Defensoría Pública que establece los denominados “Estándares de calidad para la actuación de las y los defensores públicos en patrocinio penal” donde claramente se busca que los defensores velen para que los operadores judiciales, en especial los fiscales y los jueces de garantías, se ciñan dentro del litigio penal a las reglas constitucionales vigentes, entre ellas, cuidar que no se abuse de la prisión preventiva¹⁴⁸.

Una de las sentencias más importantes que describe la arbitrariedad de la prisión preventiva es, sin duda, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*; de igual modo, en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* se advierten violaciones relacionadas con el encarcelamiento preventivo¹⁴⁹.

Uno de los aspectos sobresalientes en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez* fue, sin duda alguna, que el Estado ecuatoriano violó el artículo 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el derecho que tiene toda persona privada de libertad a la presentación de un recurso de hábeas corpus. Por su parte, en el *Caso Suárez Rosero* y frente a la detención arbitraria, se advierte que la prisión preventiva, además de ser legal, requiere ser también necesaria y razonable.

3. Estadísticas de la prisión preventiva

La información ha sido obtenida directamente del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, así como de publicaciones de la Defensoría Pública y del Consejo de la Judicatura.

Los cuadros 1 y 2 muestran el número de procedimientos disciplinarios seguidos en contra de operadores judiciales, donde las destituciones ascienden a 335. Debe destacarse que algunas guardan relación estrecha con la aceptación o rechazo de la prisión preventiva. Empero, constituye un trabajo pendiente y urgente el establecer un seguimiento de la relación existente entre el control disciplinario de los operadores judiciales y el uso de la prisión preventiva.

¹⁴⁷ Además, el último inciso del artículo 32 del Código Orgánico de la Función Judicial expresamente indica que “cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada en virtud de un recurso de revisión, o cuando alguien haya sufrido prisión preventiva y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia, en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”.

¹⁴⁸ Registro Oficial Suplemento 767 de 15 de agosto de 2012.

¹⁴⁹ También se deben considerar las sentencias en el *Caso Tibi vs Ecuador* y en el *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. En Tibi se advierte el abuso de la prisión preventiva como un fenómeno estructural de Ecuador, pues la víctima estuvo detenida de manera “preventiva” durante 28 meses, mientras que en el caso Acosta se advierte que la víctima permaneció bajo custodia del Estado por seis años y ocho meses, incluyendo los cinco años y un mes que permaneció bajo prisión preventiva. En estos casos se advierte que el Ecuador ha sido condenado, entre otras causas, por un abuso institucionalizado de la prisión preventiva y por la duración excesiva del proceso penal.

Se advierte que hasta agosto de 2012, según el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la población carcelaria ha aumentado¹⁵⁰ en un 44%, pues las instalaciones carcelarias tienen una capacidad para tan solo 10.000 reclusos y se considera, además, que el 55% de los detenidos está en prisión preventiva¹⁵¹. Claramente se puede apreciar que los jueces de garantías penales no han podido cambiar las estadísticas promedio y más bien se observa que proceden a ordenar la prisión preventiva con más frecuencia, así como los fiscales solicitan su aplicación universal en la gran mayoría de casos¹⁵². No obstante, de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, dicho índice no ha crecido demasiado, ya que de una población de 20.965 personas privadas de libertad entre el 54 y 58% tienen ya sentencia¹⁵³.

¹⁵⁰ Según el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en los 35 centros de rehabilitación social que funcionan en 19 provincias del país permanecen actualmente 17.823 ciudadanos ecuatorianos y extranjeros privados de la libertad. A este grupo se suman quienes están en los Centros de Detención Provisional (CDP) y Casas de Confianza (internos en fase de prelibertad). Con ellos, el total de reclusos llega a los 19.440, de estos el 91,72% es de sexo masculino, de los cuales el 9,7% corresponde a extranjeros, quienes en su mayoría pagan penas por tráfico de drogas. Ver: El Telégrafo (31 de agosto de 2012).

¹⁵¹ James Haines, experto consultor inglés e investigador del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de la ONU, consideró que el Ecuador y otros países deben dar la importancia que se merece a la administración de las prisiones, dentro de un contexto ético que respete la calidad humana. Además, expresó que “lo que sí es casi universal es que se ha visto un abuso en el uso del encarcelamiento. En el caso del Ecuador, se sabe que un 45% de la población carcelaria es procesado, mientras que el resto tiene prisión preventiva. Hay que definir si eso es un uso apropiado o un abuso, pero para ello hay que involucrar a los actores relevantes: fiscales, defensores, poder jurídico, etc., para establecer si hay demora en los procesos, si hay una sensibilidad excesiva a la seguridad ciudadana, o sea que se detiene a gente que realmente no es peligrosa”. Ver: Hoy (18 de febrero de 2011).

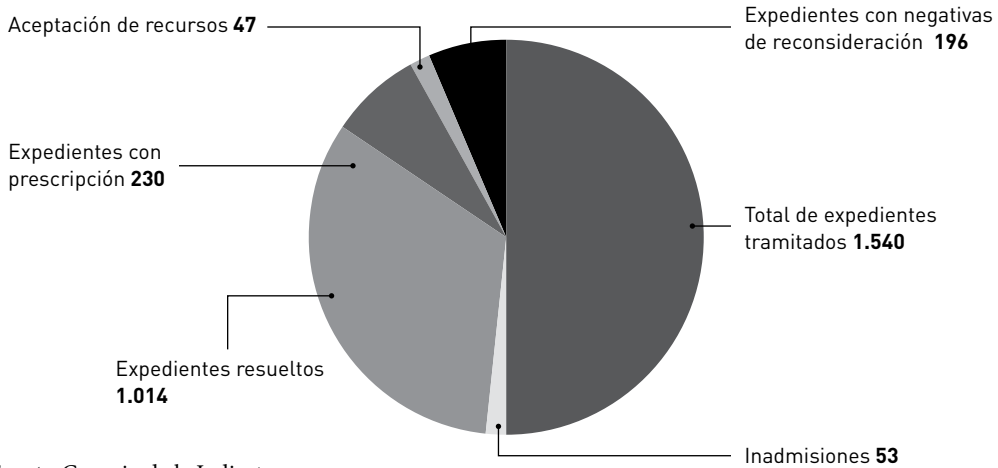
¹⁵² Citando a Riego, Cristian, y Andrade Malo, Roberto (2011), señala que a pesar de la búsqueda infructuosa por mejorar el uso de la prisión preventiva, durante el período comprendido entre 1978 y 1992 el 64% de las personas privadas de libertad correspondían a presos sin sentencia, dato confirmado por Diego Zalamea León que explica que durante los últimos quince años (1987 a 2012) la regla general ha sido que entre el 60% y 70% del total de los internos han sido presos preventivos.

¹⁵³ De la información Estadística Semanal de Centros de Privación de Libertad - Personas Privadas de Libertad (PPL), preparado por el Equipo de Estadística y Análisis del Ministerio de Justicia (1 de noviembre de 2012) para la semana del 15 al 21 de octubre del 2012 se puede extraer la siguiente información: respecto al estado de causa según el tipo de Centros de Privación de Libertad (CPL), los Centros de Rehabilitación Social (CRS) cuentan con un mayor número de sentenciados (58,09%), mientras que los Centros de Detención Provisional (CDP) cuentan en su mayoría con procesados (62,50%) y contraventores (19,24%). En lo referente al estado de causa de manera general entre todos los CPL hay un porcentaje de población sentenciada del 54,09%, frente a una población de procesados de 41,77%, contraventores del 2,16% y apremio 1,95%.

Cuadro 1

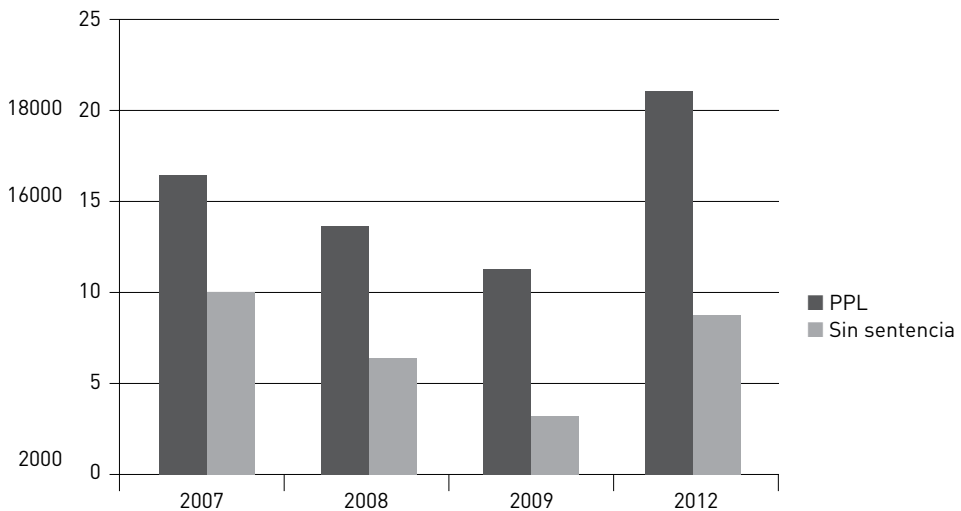
DETALLE POR PROVINCIAS DE EXPEDIENTES RESUELTOS CON PRONUNCIAMIENTO DE FONDO										
Provincias	Destituciones	Remociones	suspensiones	Multas	Amonestaciones	Absueltas	Desechadas	Archivadas	Prescritas	TOTAL
Azuay	5	0	8	2	1	1	2	0	0	19
Bolívar	2	0	3	2	0	5	0	1	0	13
Cañar	1	0	0	1	0	2	0	0	1	5
Carchi	4	0	0	2	0	1	1	1	1	10
Chimborazo	2	0	0	4	3	3	2	0	0	14
Cotopaxi	6	0	3	3	3	3	1	0	0	19
El Oro	9	0	4	5	0	4	0	0	0	22
Esmeraldas	21	0	3	0	0	6	0	0	0	30
Guayas	136	0	125	56	13	69	14	3	7	423
Imbabura	4	0	3	0	0	2	1	0	1	11
Loja	9	0	11	3	0	3	1	0	4	31
Los Ríos	12	0	1	4	0	4	2	0	1	24
Manabí	37	0	20	15	5	12	5	0	0	94
Morona Santiago	0	0	3	0	0	1	0	0	0	4
Napo	0	0	3	0	0	0	0	0	0	3
Pastaza	0	0	0	1	0	1	0	0	0	2
Pichincha	49	0	40	37	12	58	13	3	8	220
Santa Elena	14	0	5	2	1	1	1	0	0	24
Sto. Domingo los Tsáchilas	8	0	2	2	1	3	0	0	0	16
Sucumbios y Orellana	11	0	1	1	0	3	0	0	0	16
Tungurahua	5	0	1	2	0	2	1	0	0	11
Zamora Chinchipe	0	0	0	1	0	2	0	0	0	3
TOTAL	335	0	236	143	39	186	44	8	23	1014

Fuente: Consejo de la Judicatura

Cuadro 2. Resoluciones del 26 de julio de 2011 al 23 de julio de 2012

Fuente: Consejo de la Judicatura

En ese sentido, el cuadro 3 muestra datos de cuatro años donde aparece el número de personas privadas de la libertad (en adelante, también PPL) y las que carecen de sentencia, así: (1) En el 2007 hubo 16.470 personas privadas de la libertad y 9.874 sin sentencia, (2) En el año 2008 las cifras disminuyeron a 13.532 PPL y 6.368 sin sentencia, (3) En el año 2009 descendieron a 11.279 PPL y 3.200 sin sentencia, y (4) Hasta fines de octubre del año 2012, los números crecieron a 20.965 PPL y 8.757 sin sentencia.

Cuadro 3.

Fuente: Defensoría Pública y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

4. Interferencias en la independencia judicial

A pesar de la inexistencia de estudios previos que prueben la relación entre el uso de la prisión preventiva con el respeto a la independencia judicial, al menos en el caso ecuatoriano, se advierte que su aplicación ha pasado a ser prácticamente automática e inmediata, pues existe una política gubernamental para dejar de lado las medidas sustitutivas y su frecuente uso se ha transformado en el discurso oficial que representa la seguridad ciudadana¹⁵⁴, más aún cuando en las normas se dispone que los jueces de garantías penales tienen la facultad o prerrogativa de decidir si ordenan o no la medida cautelar, conforme con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

En este contexto, conviene analizar la existencia de algunas injerencias o interferencias¹⁵⁵ que afectan directamente a la independencia judicial y al uso de la prisión preventiva.

Entre las principales injerencias o interferencias podemos encontrar las siguientes: declaraciones públicas de autoridades no judiciales, asistencia a ciertas audiencias de representantes de otro poder o función, políticas o disposiciones no escritas contrarias a la supremacía constitucional, influencia de los medios de comunicación y actos de corrupción de operadores judiciales.

Todas estas injerencias, en conjunto, han generado una suerte de clima o *humor social* respecto a las tendencias legislativas, de políticas públicas y de criterios de interpretación judicial sobre la procedencia de la prisión preventiva.

a. Declaraciones públicas de autoridades no judiciales

El primer aspecto que ha contribuido a la perpetuación de este clima y se ha transformado en una verdadera interferencia fue el debate sostenido antes de la consulta popular del 7 de mayo de 2011, en donde una de las premisas de la reforma pregonada por el Ejecutivo fue, precisamente, la necesidad de reformar la administración de justicia para cambiar a aquellos operadores judiciales que favorecían a los delincuentes en detrimento de la seguridad de todos los ciudadanos, así como la urgencia de reformar los artículos constitucionales referentes a la prisión preventiva¹⁵⁶.

¹⁵⁴ En la sabatina o enlace de 7 de julio de 2012 el presidente Correa expresó que “en el pasado del 100% de los presos en delito flagrante más de la mitad quedaba en libertad y solo una parte guardaba prisión. Lo que sucede en la actualidad con la transformación en el sector de la justicia, repercute en mejor seguridad ciudadana, porque si a un delincuente lo sueltan, vuelve a delinquir”. Ver: Hoy.com.ec (9 de julio de 2012) Por su parte, durante el enlace ciudadano 271 de 12 de mayo de 2012, el Presidente Correa presentó una lista de ocho jueces (tres de ellos de flagrancia) y los denunció por el hecho de haber otorgado medidas alternativas en lugar de aplicar la prisión preventiva. Debe aclararse que las llamadas sabinas son las presentaciones que el Presidente Correa hace semanalmente a la ciudadanía donde rinde cuentas de las diversas actividades desarrolladas.

¹⁵⁵ El concepto de *interferencia* se refiere a una *presión indebida* que causa o que tiene el potencial de generar un impacto o cambio en la decisión judicial apartándola de la libre convicción.

¹⁵⁶ Que el abuso de las figuras de la caducidad de la prisión preventiva y la aplicación de medidas cautelares alternativas había favorecido a los delincuentes –que salían en libertad rápidamente– fue el argumento que esgrimió el Gobierno para plantear reformas constitucionales en esos temas y combatir la inseguridad. Ver:

El resultado inmediato fue el cambio de los criterios para ordenar las medidas cautelares distintas a la supresión de la libertad. De la facultad constitucional que permitía a la jueza o juez ordenar medidas precautorias distintas a la prisión preventiva, aprobada en Montecristi en el 2008, se pasó a la convicción meramente legal y condicionada en el sentido que “las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”. Es decir, se logró que la norma legal pueda aplicarse jerárquicamente por encima de la Carta Magna, pues la nueva lógica defiende que las reglas procesales penales pueden interpretarse directamente, incluso, como ya se ha advertido en varios casos¹⁵⁷, en contra de reglas y principios constitucionales, técnica que afecta directamente la concepción de un estado constitucional de derechos y, en especial, vulnera los principios 4, 5, 7 y 8 del artículo 11 de la Constitución que regula el ejercicio de derechos¹⁵⁸. Por último, el numeral 11 del artículo 77 de la Carta Política fue también modificado, ya que actualmente “la jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”¹⁵⁹, siguiendo la línea que “las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”. De este modo, se eliminó la tendencia conforme a la cual

El Universo (6 de mayo de 2012).

¹⁵⁷ Hay dos casos que sirven de referencia: (1) el del ex gobernador de Manabí César Fernández, y (2) el de los Combatientes Populares. El primer caso se relaciona con el desarrollo de la operación “Jaqué” efectuada en agosto de 2012 donde la Policía Antinarcoóticos decomisó 115,8 kilogramos de cocaína, 5 carros, municiones, armas, celulares y dinero en una vivienda en el cantón Samborondón y detuvo a los presuntos implicados, entre ellos, el ex-gobernador del Manabí César Fernández, a quien se le acusa de ser el líder de la banda, vinculada al narcotráfico. El Fiscal Leónidas Lema solicitó al juez del proceso que se le conceda arresto domiciliario, por tratarse de un adulto mayor, empero, el Ministro del Interior en rueda de prensa señaló públicamente que “esta banda está liderada tanto por César Fernández Cevallos, como por Héctor Wílber Lafferty Rodríguez”. El Consejo de la Judicatura abrió un sumario administrativo contra el Fiscal Leónidas Lema por haber solicitado el arresto domiciliario y no la prisión preventiva. El Código de Procedimiento Penal señala que la sustitución de la prisión preventiva se otorga siempre que no se trate de un delito sancionado con pena que no exceda de cinco años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por el delito. En este caso, Fernández ya fue sancionado antes a doce años de reclusión por su participación en una banda delictiva desarticulada en 2003. Lema señaló, sin embargo, que actuó acogiendo a la Carta Magna, la cual indica, de acuerdo al artículo 38, que los adultos mayores (65 años y más) en caso de prisión preventiva se acogerán al arresto domiciliario. Por su parte, el caso denominado como *Combatientes Populares* o los diez de Luluncoto muestra el hecho que un grupo de diez jóvenes supuestamente integrantes del denominado grupo Combatientes Populares GCP habrían participado en la colocación de bombas planfletarias y planeaban actos de desestabilización en contra del régimen en la marcha del 8 de marzo, por esta razón fueron detenidos el 3 de marzo de 2012, cuando la policía irrumpió en un inmueble en donde se encontraban reunidos, durante la operación “Sol Rojo”. Se conoce que el juez de flagrancia ordenó la prisión preventiva para los implicados en un supuesto delito de terrorismo.

¹⁵⁸ La parte pertinente del artículo 11 de la Constitución indica: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:...4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia...7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

¹⁵⁹ El artículo 160 del Código de Procedimiento Penal vigente establece trece medidas precautorias de carácter personal y coloca en el último lugar al encarcelamiento preventivo.

la jueza o juez aplicaría, de forma prioritaria, sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley, y tendría en cuenta, además, para aplicar las sanciones alternativas, las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada. En definitiva, las normas constitucionales se tornaron en simplemente programáticas.

En la misma línea la existencia de declaraciones de funcionarios públicos que compelen a los jueces de garantías penales a utilizar esta medida, so pena de sanciones disciplinarias o el sometimiento al escarnio y la denuncia pública constituyen una injerencia. Esta realidad es fácilmente demostrada con los enlaces ciudadanos que los sábados realiza el Presidente de la República o con las declaraciones de ministros que reclaman la aplicación de ciertas normas legales y recomiendan sanciones penales¹⁶⁰.

b. Obligatoriedad de la aplicación de la prisión preventiva

Un segundo aspecto que contribuye a este clima proclive al abuso de la prisión preventiva es que, de acuerdo con el Colegio de Abogados de Pichincha, durante los últimos cinco años “alrededor de 10.000 órdenes de prisión preventiva se encuentran incumplidas a nivel nacional, esto es, dictadas y no efectivizadas”¹⁶¹, es decir, no ha sido posible cumplir con la gran cantidad de órdenes emanadas de los jueces. Esto demuestra que los operadores judiciales han iniciado una suerte de campaña de aplicación masiva de esta figura cautelar que ha dejado de ser excepcional para transformarse en obligatoria, al convertirse en un mecanismo que ofrece recuperar la paz y seguridad ciudadanas. Esta situación coincide con el hecho que en la práctica forense, y muy a pesar de que el principio de inocencia es reconocido por nuestra Constitución y los instrumentos internacionales, los operadores judiciales omiten también la aplicación del principio “*favor libertatis*”, esto es, que todas las instituciones procesales deben buscar la libertad del imputado previo a la condena, pues la prisión preventiva únicamente procede cuando sea imprescindible o necesaria, en la medida en que la injerencia penal es requerida exclusivamente para el mantenimiento de la organización política dentro de los marcos propios de la concepción democrática.

¹⁶⁰ Para demostrar este aspecto revisar los enlaces sabatinos citados en la nota de pie 21. Además, se puede advertir que el Presidente en su enlace ciudadano 265 de 31 de marzo de 2012 explicó que el Gobierno denunciará públicamente a los jueces y fiscales que por inacción o por corrupción propicien la impunidad a través de la liberación de delincuentes peligrosos. Ver: El ciudadano.gov.ec (31 de marzo de 2012). De igual modo, se puede revisar abundante material periodístico sobre las denuncias presentadas por el Ministro del Interior en contra de operadores judiciales. Ver: ecuador inmediato.com (13 de febrero de 2012) y La Hora (26 de abril de 2012).

¹⁶¹ “Se ha generado el mito, de los tantos que se producen dentro del discurso defensivo, de la prisión preventiva como instrumento que contribuye a la seguridad ciudadana por una parte y a evitar la impunidad por otra. Esto se lo repite como mantra tanto por políticos como por juristas, sin reflexión previa y sin ningún dato que lo sustente. Nada más lejos de la realidad, pues las cifras nos muestran que la prisión preventiva abusivamente dictada más bien abona a una mayor impunidad y en muchos casos evita que el proceso pueda llegar a su fin. Existe al momento alrededor de diez mil órdenes de prisión incumplidas a nivel nacional, esto es, dictadas y no efectivizadas. Esto significa que existe igual número o muy cercano de procesos, que deberán ser archivados por no comparecencia del procesado, es decir, en lugar de asegurarnos que los procesos terminen en una sentencia, mediante la prisión preventiva nos estamos asegurando de que fracasen, pues un proceso archivado es un proceso fallido”. García y Alvear (S/F).

c. Errores procesales

Un tercer aspecto se refiere a la mala práctica procesal de los operadores judiciales que abusan de las atribuciones de los Juzgados de Flagrancia o de turno para emitir órdenes de prisión preventiva en casos donde supuestamente se cometieron delitos mucho tiempo atrás, dejando de lado la audiencia de formulación de cargos que debería proceder en este tipo de situaciones¹⁶². Este tema se ilustra con dos casos. El primero de ellos, el denominado *30 de septiembre*, donde el coronel César Carrión, después de 28 días de los infaustos acontecimientos, fue acusado de secuestro y tentativa de asesinato o magnicidio contra el Presidente Correa y, ante un juez de flagrancia, se logró que se procediera con la prisión preventiva¹⁶³. Y, el segundo caso, el de los ex rectores de las universidades cerradas por insuficiencia académica, que fue calificado de delito flagrante cuatro meses después de haber supuestamente cobrado, de forma indebida, dineros a estudiantes cuando se encontraban legalmente prohibidos de hacerlo¹⁶⁴.

Otro aspecto que es vital para comprender el fenómeno se refiere al hecho que en Ecuador se ha desconocido la naturaleza eminentemente procesal de aseguramiento excepcional de la prisión preventiva, pues los operadores judiciales, otras autoridades públicas y la misma ciudadanía, han permitido y hasta han exigido que esta medida cautelar se transforme en un mecanismo de control social. En efecto, nuestro país sufre de una aplicación de la prisión preventiva, apartada de la juridicidad, con la cual

el Estado busca privar de su libertad a una persona para aplacar la alarma social que genera la comisión del delito, transmitiendo de esta forma en los medios seguridad a la ciudadanía, y así de una manera no convencional, ni racional, acrecentar la credibilidad en las instituciones, esto es, se aplica una suerte de *populismo punitivo* que no soluciona jamás el problema de fondo que es la delincuencia (Aguirre, 2008).

¹⁶² Debe diferenciarse que la detención, en la legislación ecuatoriana, se refiere exclusivamente a la posibilidad de privar de la libertad a una persona que ha sido sorprendida cometiendo un delito de acción pública, conforme lo dispone el artículo 164 del Código adjetivo penal.

¹⁶³ Como consecuencia de la Revuelta Policial que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2010, el Coronel César Carrión, Director del Hospital de la Policía, fue acusado de intento de magnicidio por “haber impedido el ingreso del Presidente cuando intentaba entrar para ser atendido” al hospital de la Policía Nacional. El Juez de Garantías Penales Juan Pablo Hernández, decidió acoger el pedido de prisión preventiva presentado por la Fiscalía en contra del acusado. Posteriormente, el Tribunal Quinto de Garantías Penales al que le correspondió el conocimiento de la causa, lo declaró inocente y su sentencia fue ratificada por todas las instancias superiores. No obstante, cabe recalcar que los jueces miembros del tribunal que absolvió a Carrión (Hugo Sierra, Luis Fernández Piedra y Jacqueline Pachacama), fueron destituidos por “infracción gravísima”, mediante Resolución de 3 de abril del 2012 del Consejo de la Judicatura porque, al decir se esta entidad, “si los jueces consideraban que no se trataba de magnicidio debieron remitir el caso a la fiscalía para que juzguen por otro delito”.

¹⁶⁴ El 14 de junio de 2012 el Juez Vigésimo Primero de Flagrancia, Carlos Erazo, acogió el pedido de prisión preventiva solicitado por la Fiscalía, en contra de seis funcionarios de la UNAQ y otorgó medidas alternativas para dos servidores de la UCL, por el presunto delito de estafa por haber inscrito a más de 12.000 estudiantes en aquellas universidades, a pesar de que la ley les impedía hacerlo. Cabe señalar, sin embargo, que no se trataba de un delito flagrante pero fue manejado como tal “por tratarse de un caso de conmoción social”, como afirmó el juez para poder así ordenar prisión preventiva en contra de los implicados.

En este sentido, la Constitución garantista de Montecristi, orientada a respetar los derechos humanos de los ciudadanos, sin dejar de lado la presunción de inocencia y la necesidad de un juicio previo, ha sido ignorada, pues su interpretación adolece de una percepción selectiva, que se puede advertir tanto en el caso del ex gobernador de Manabí, César Fernández Cevallos, como en el caso de los Combatientes Populares.

d. Asistencia a audiencias judiciales de funcionarios públicos

Un aspecto que es bastante polémico es la presencia de funcionarios públicos no judiciales en ciertas audiencias, situación que genera presión para que los operadores resuelvan aplicar la recomendada prisión preventiva de forma casi inmediata¹⁶⁵, es decir, existe una clara afectación en la decisión que el juzgador debe tomar.

e. Medios de Comunicación

Otro tema que guarda relación con el clima comentado es la presencia y orientación de los medios de comunicación que informan sobre hechos delictivos, observándose que ha aumentado la sección de la crónica roja tanto en periódicos como en radio y televisión. Esto ha generado el apareamiento de editoriales que reclaman la aplicación de normas legales y constitucionales en defensa de los derechos de los ciudadanos y la seguridad¹⁶⁶. Sin embargo, debe destacarse que los medios privados, se han transformado en simples agentes que abogan para que los jueces tomen decisiones oportunas en salvaguarda de la seguridad ciudadana y permiten tener acceso a la gran mayoría de datos sobre casos de importancia. En cambio, los medios públicos, con más énfasis, se han transformado en una herramienta del gobierno para presionar a los operadores judiciales cuando se considera que fallan o resuelven en contra de los intereses de las grandes mayorías. Muchas veces han sido canales que propician un clima para presionar a los jueces en su decisión o para el inicio de procedimientos disciplinarios en contra de operadores judiciales. En este sentido, como ya se advirtió, existen declaraciones de autoridades en contra de “jueces que dejan libres a criminales” a las que estos medios les han dado bastante cobertura.

f. Políticas o disposiciones no escritas contrarias a la supremacía constitucional

Finalmente, esta atmósfera se complica aún más con el cambio constante de operadores judiciales y el excesivo número de procedimientos disciplinarios, muchos incoados por causales

¹⁶⁵ Un ejemplo, es el denominado *caso Quicentro Sur*, pues el 18 de junio de 2012 un grupo de sujetos armados asaltó un carro blindado de valores que transportaba cerca de \$50 mil a una agencia bancaria ubicada en el Centro Comercial Quicentro Sur. Este altercado ocasionó la muerte de una persona e hirió a otras siete. Durante los días siguientes la policía llevó a cabo un operativo en algunos sectores de Quito para capturar a los implicados, logró detenerlos y el juez ordenó prisión preventiva en su contra, por el delito de robo calificado y muerte. No obstante, el Ministro Serrano estuvo presente en la audiencia de formulación de cargos en contra de los implicados y días después, en declaraciones públicas, señaló: “Solicito que se determinen responsabilidades de los detenidos y de los administradores y propietarios del centro comercial también”. “Los implicados deben ser condenados de 16 a 25 años de prisión y sin rebajas”.

¹⁶⁶ Al respecto, por ejemplo, Diario Hoy (22 de agosto de 2010); Diario Hoy (5 de diciembre de 2010); y Diario Hoy (11 de julio de 2012).

extremadamente generales como el error inexcusable¹⁶⁷. A esto se suma una debilidad de la independencia judicial interna, producida, entre otras causas, por las constantes declaraciones de funcionarios del Consejo de la Judicatura en contra de actuaciones de jueces, así como por la presencia sempiterna de la sombra de la corrupción o por el desconocimiento técnico jurídico que en diversas modalidades perdura en la administración de justicia, y que se expresa en la forma como se interpreta el derecho, no siempre en base a los principios y reglas constitucionales sino conforme a disposiciones o políticas institucionales que muchas veces pueden herir los derechos de los ciudadanos, pues se las dispone en contra de la supremacía constitucional.

5. Actores de las presiones o interferencias

Como en otros Estados, en el país ha habido cambios legislativos orientados a establecer categorías de delitos respecto de los cuales la prisión preventiva se hace prácticamente automática, prohibiendo la sustitución de la prisión preventiva por alguna otra medida, o incorporando nuevas y polémicas causales de procedencia de la misma (Lorenzo, Riego y Duce, 2011). Si bien constituye un problema de técnica legislativa, genera un escenario donde los distintos actores son claramente influenciados en su accionar.

Esta criticable realidad legislativa ha permitido que en Ecuador existan varias formas de interferencias o presiones que buscan que la prisión preventiva se convierta en la base de la protección de la seguridad ciudadana. Entre los actores de esas presiones o interferencias podemos encontrar a los siguientes:

a. Autoridades políticas

Indiscutiblemente existe una política de estado contradictoria en contra de la aplicación de las medidas sustitutivas¹⁶⁸ y alternativas¹⁶⁹, y hay, en consonancia, una grave presión a los jueces para que dicten prisión preventiva, que se ejerce a través del Presidente de la República, el Ministro del Interior u otros secretarios de estado, los alcaldes¹⁷⁰ y los gobernadores, llegando incluso a la sanción disciplinaria y hasta penal en contra de aquellos operadores que deciden

¹⁶⁷ En el período del 26 de junio de 2011 al 23 de julio de 2012 la Unidad de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura tramitó 1.540 expedientes, es decir, un promedio de 128 cada mes, de estos se resolvieron 1.014 expedientes con 335 destituciones, 236 suspensiones, 143 multas, 39 amonestaciones, 186 absueltas, 44 desechadas, 8 archivadas y 23 prescritas. Ver: Consejo de la Judicatura (2012).

¹⁶⁸ Las medidas sustitutivas son aquellas medidas u opciones procesales que reemplazan a la prisión preventiva y permiten la aplicación del principio de subsidiaridad.

¹⁶⁹ Las salidas alternativas al proceso penal son mecanismos o fórmulas extra sistémicas de resolución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos, con el fin de evitar dirimir los problemas en el sistema penal. Esta tercera vía se manifiesta en el Código de Procedimiento Penal en dos instituciones: los acuerdos de reparación y la suspensión condicional del procedimiento, denominados genéricamente como “salidas alternativas”. Ver: EWMI (2012). Al respecto también resulta importante estudiar el memorando No.0910-S-CJT-2011 de ratificación de la vigencia de las Políticas dictadas por el Consejo Consultivo y su aplicación obligatoria extendido por el Consejo de la Judicatura de Transición para la aplicación prioritaria de salidas alternativas y procedimientos especiales establecidos en el Código de Procedimiento Penal.

¹⁷⁰ El alcalde de Guayaquil ha solicitado la destitución de varios jueces de su ciudad por no haber aplicado la prisión preventiva.

apartándose de la línea oficial, pues la medida cautelar de privación de libertad se ha tornado en necesaria y normal para mantener el orden.

Un caso que sirve de ejemplo para demostrar lo dicho es el denominado *Grupo de los Combatientes Populares GCP*, que, acusados de atentar contra la seguridad del estado por terrorismo, inmediatamente recibieron orden de prisión preventiva mientras el Ministro del Interior explicaba la naturaleza de los delitos cometidos, así como el peligro que los integrantes de este grupo representaban para la democracia. En detalle, sus declaraciones se pueden revisar en todos los periódicos y canales de televisión del 5 de marzo de 2011¹⁷¹.

Otro aspecto que permite advertir la injerencia es la remisión a diversos enlaces ciudadanos sabatinos en los cuales el Presidente reclama constantemente a los operadores judiciales el control de la delincuencia, se permite increparlos y solicita a la Consejo de la Judicatura su sanción. Un ejemplo claro de esto es el enlace 271 de 12 de mayo de 2012, mediante el cual públicamente se denunció a ocho jueces por haber otorgado medidas alternativas en lugar de aplicar prisión preventiva- Es el caso de la jueza Tania Molina González, a quien se acusó de otorgar demasiadas libertades, cuando en realidad en una muestra de 82 casos, 58 tenían prisión preventiva y 24 se acogieron a medidas alternativas, pues no existía suficiente evidencia para tomar otras medidas.

Varios expertos consultados coinciden en expresar que las declaraciones públicas, especialmente aquellas provenientes del Ministerio del Interior y del Presidente de la República, influyen de manera ostensible sobre las decisiones de los jueces, sobre todo, por el miedo a las represalias y hasta por conservar su empleo, ya que el juez no tiene más opción que ordenar la medida exigida por los representantes del Ejecutivo. En este sentido, otros consideran que estas declaraciones no son solamente influyentes, sino que en realidad son absolutamente determinantes y vinculantes.

Por otro lado, se han podido advertir dos mecanismos de injerencia: 1) Declaraciones públicas de autoridades que se pronuncian directamente acerca de la manera de fallar de los jueces en aquellos casos que afectan a personas involucradas en el gobierno, como en el proceso seguido en contra del Coronel Carrión y, en otros temas, en el caso *el Universo*, y 2) Declaraciones más generales que, sin referirse a casos concretos, proceden a atacar a los jueces que “dejan libres a delincuentes peligrosos”¹⁷².

Finalmente, no se debe dejar de lado la presencia del Ministro del Interior o de otras carteras en las distintas audiencias, ya sean de formulación de cargos o de flagrantia, aspecto que contribuye para que los jueces y fiscales actúen presionados o bajo una determinada consigna.

Un mecanismo de presión relatado por varios expertos es el de los denominados evaluadores, que son grupos de personas, algunos sin experiencia judicial, que son enviados por el Consejo de la Judicatura, el Ministerio del Interior y/o el Ministerio de Justicia para “supervisar” los

¹⁷¹ Al respecto, *El Universo* (5 de marzo de 2012) y PP el verdadero (6 de marzo de 2012). Una explicación del caso se encuentra en la nota 157.

¹⁷² También debe advertirse que, no obstante, sí se usan medidas sustitutivas, incluso cuando existen claros indicios y evidencias, en especial en aquellos casos de ex funcionarios públicos como el del señor Raúl Carrión, ex Ministro de Deportes, denominado *el caso de los come cheques*.

procesos en los juzgados y tribunales del país, traduciéndose en una clara injerencia del poder Ejecutivo sobre el Judicial, lo que demuestra la carencia de independencia.

b. Autoridades judiciales y policía

Otra fuente de injerencias o presiones proviene de las declaraciones y acciones de las autoridades judiciales, en especial de las administrativas, disciplinarias o de gobierno como las del Consejo de la Judicatura.

Algunos expertos consideran que la conformación del actual Consejo de la Judicatura en transición, muy a pesar de su origen democrático en consulta popular, ha sido en realidad directamente determinada por el Ejecutivo, aspecto que ha consolidado una dependencia de la administración de justicia¹⁷³.

En este sentido, el Consejo de la Judicatura ha mantenido una gran injerencia sobre las decisiones de los jueces, gracias a la cantidad de sumarios administrativos que se han abierto en los últimos tiempos, muchos de ellos directamente relacionados con casos analizados, como los seguidos en contra de la ex jueza Molina y los ex jueces Ricardo Lamota y Juan Pablo Hernández¹⁷⁴.

Por otro lado, dentro del caso Fernández, uno de los miembros vocales del Consejo de la Judicatura explicaba cómo debía procederse en el tema, así como cuál debería ser la interpretación normativa para aplicar la prisión preventiva¹⁷⁵. Los resultados de estas declaraciones fueron la apertura del sumario administrativo en contra del fiscal que solicitó el arresto domiciliario y no la prisión preventiva que posteriormente sí fue ordenada.

De igual forma, en algunos casos, la presión ejercida por la policía es notoria, ya que los gendarmes exigen públicamente, ya sea directamente, ya sea a través del Ministro del Interior o del Presidente de la República, que a los detenidos se los ponga en prisión preventiva. Un ejemplo es el oficio No 2012-2045-JEF-PJP de 26 de abril de 2012 que sirvió de base para la intervención del Presidente en el enlace ciudadano de 12 de mayo de 2012.

Además, los operadores judiciales entrevistados han coincidido en expresar que en la gran mayoría de casos proceden a dictar prisiones preventivas, porque temen que si no lo hacen hay grandes posibilidades de que se inicie un procedimiento disciplinario en su contra. Por ello, esta medida cautelar es utilizada como primera opción en la mayoría de casos, y los fiscales y jueces de garantías penales consideran al encarcelamiento preventivo como la regla general.

Por último, un experto entrevistado sostiene que sin la prisión preventiva el sistema penal no funcionaría adecuadamente, y recomienda observar, al respecto, la impunidad imperante en los casos de tránsito y en delitos de acción privada.

¹⁷³ Los vocales fueron designados uno por el Ejecutivo, otro por la Asamblea Nacional y un tercero por la Función de Transparencia.

¹⁷⁴ La Jueza Molina y el Juez Hernández fueron sancionados por el exceso de libertades otorgadas o el uso equivocado de las medidas sustitutivas. En el caso del Juez Lamota fue sancionado a causa de un caso de tenencia de armas donde otorgó medidas sustitutivas.

¹⁷⁵ Al respecto, El comercio.com (15 de agosto de 2012).

c. Medios de comunicación

Se parte de una percepción compartida por expertos de que los jueces se dejan llevar por la alarma social concebida gracias a la publicidad que se da a ciertos casos en temas como delitos sexuales, tributarios, seguridad interna, etc. En este sentido, los medios han contribuido a describir y transmitir la inseguridad que aqueja a la ciudadanía y esta situación ha impulsado a los jueces a disponer más prisiones preventivas de las que realmente deberían emitir, para evitar enfrentar problemas por los reclamos de los usuarios del sistema, que de seguro serán canalizados y atendidos por el órgano disciplinario.

Los medios mantienen una cierta presión sobre las decisiones de los jueces, aunque no podría decirse que existe “dependencia”. Así, respecto de los casos del ex gobernador Fernández y Combatientes Populares¹⁷⁶, los medios de comunicación han dado una cobertura importante y eso contribuye para que la opinión pública tome una posición determinada. Sin duda, esta situación presiona a los operadores judiciales a actuar y fallar de determinada manera, ya que, de lo contrario, podrían ser condenados por la ciudadanía descontenta de los resultados, y si el juez fallara de forma distinta, probablemente sería removido o destituido.

Por otro lado, en algunas ocasiones y una vez que un medio ha presentado acusaciones en contra de un procesado, resulta sumamente difícil que el juez competente se atreva a fallar en contra de dicha realidad. Esta situación muestra que los medios tienen incidencia clara en los operadores judiciales, debido a que permiten que la opinión pública adelante o se forme un criterio respecto a la resolución de los casos judiciales y los jueces se ven compelidos a responder frente a ello. Esta realidad se torna incluso peligrosa en aquellos casos respecto de los cuales los medios de comunicación se encuentran alineados con un cierto pensamiento político y lo transmiten a la audiencia o público.

Los medios también presionan a los jueces cuando, a través de entrevistas o editoriales, critican a aquellos que dejan en libertad a sospechosos, obligando a los operadores a actuar de forma condicionada para evitar reproches y más reportajes. Muchas veces, entrevistan a las víctimas y aumentan en la audiencia la impresión de inseguridad, y entrevistan, asimismo, a los detenidos, presionando de este modo a los operadores para que “tomen medidas” y si no lo hacen se procede a una crítica dura para lograrlo¹⁷⁷.

Sin embargo, existe una propuesta para que una vez expedido el nuevo Código Integral Penal la influencia de los medios sea muy baja, debido a que los periodistas no podrán ni siquiera entrevistar a los abogados de las partes, aspecto que podría atentar contra el derecho de acceso a la información.

¹⁷⁶ Estos casos están detallados en la nota 157.

¹⁷⁷ Se pueden leer editoriales en este sentido, en *El Tiempo*. com.ec (29 de mayo de 2012); *El Mercurio* (1 de diciembre de 2010); y *El Universo* (7 de diciembre de 2011). En el primer caso, se critica el mal uso de las medidas cautelares y su relación con la impunidad, mientras que Lauro López del *Mercurio* explica las inconsistencias del procedimiento penal donde todos los funcionarios judiciales y públicos se echan la culpa y lo único que se gana es inseguridad. Por último, *El Universo* resalta los criterios de Amnistía Internacional cuando condena al sistema de justicia penal en Ecuador por el uso político del derecho penal y la asistencia de funcionarios públicos a audiencias.

d. Otros actores

Por último, existen otros actores que, en menor intensidad, propician injerencias. Tal es el caso de las víctimas, el crimen organizado y las influencias de los abogados, pues muchos profesionales del derecho se valen de sus contactos políticos o de diversa índole para ejercer presiones sobre funcionarios judiciales; aunque, cada vez más, al menos normativamente, se hace más difícil que los jueces se reúnan con una de las partes del proceso sin que la otra se encuentre también presente.

Al decir de varios expertos los grupos de víctimas todavía son débiles y únicamente influyen en las decisiones de los jueces cuando cuentan con el apoyo de otras funciones del Estado o de medios de comunicación.

El crimen organizado ha empezado a ganar terreno en el país y paulatinamente ha logrado concentrar poder e influencia en la sociedad. Así, el narcotráfico y el lavado de dinero han empezado a convertirse en una amenaza para los operadores judiciales, la policía y los funcionarios públicos, por las tentaciones económicas que presentan para favorecer ciertos intereses de grupo y lograr resoluciones beneficiosas. En este terreno, las amenazas (de muerte, de atentar contra familiares) atemorizan a los operadores judiciales y pueden inducir al cambio obligado de decisión.

Algunos abogados en libre ejercicio y expertos explican que desafortunadamente todavía persiste una práctica taimada, mediante la cual ciertos funcionarios judiciales se niegan a resolver el caso si no reciben “incentivos” de los litigantes o partes. Esta situación ha obligado al Consejo de la Judicatura a establecer un procedimiento de seguimiento minucioso de los actos y omisiones de los operadores judiciales. Con ello se busca que la conducta de los abogados y jueces sea más ética y profesional.

6. Carencias o debilidades institucionales que el juez encuentra cuando decide sobre la prisión preventiva

La primera debilidad que los jueces de garantías penales deben enfrentar es la contradicción existente entre la norma constitución y la ley procesal penal, antinomia que desafortunadamente ha sido interpretada en favor de la ley por encima de la Constitución y los estándares internacionales sobre aplicación de la medida cautelar personal. No obstante, algunos expertos entrevistados consideran que el elemento que más pesa para decidir la aplicación o no del encarcelamiento preventivo es la existencia de una suerte de “agenda oculta” del Ejecutivo que demuestra que “mientras más prisión preventiva se imponga, habrá una mayor sensación de seguridad ciudadana”, o sea, al parecer, la inobservancia normativa obedece al aumento de la inseguridad que obliga a optar por su preferencia en un mayor número de causas, dejando de lado su carácter eminentemente excepcional.

En definitiva, la interpretación de las normas ha cedido espacio a la obediencia irrestricta de disposiciones no escritas que imponen las actuaciones de los jueces penales y fiscales, obligándolos a ordenar la mayor cantidad de prisiones preventivas posibles. En esta línea, algunos operadores judiciales nos han indicado que los fiscales solicitan al juez la aplicación de la prisión

preventiva en la mayoría de casos penales y no la consideran como una medida excepcional o de última ratio, pues, al contrario, se ha convertido en la primera opción para ser aplicada casi universalmente¹⁷⁸. Esto se puede apreciar, por ejemplo, en delitos sexuales donde las medidas sustitutivas no son una opción, pidiendo siempre el fiscal la prisión preventiva.

Por otra parte, existe una debilidad en la formación de los jueces, aspecto que, sin duda, les resta independencia y seguridad, pues se someten a las disposiciones o prácticas superiores y las aplican sin derecho a interpretarlas de forma distinta. Existe, también, al respecto, una práctica aceptada y estandarizada en relación con la tenencia de armas donde se aplica exclusivamente el artículo 31 de la Ley especial, dejando de lado la posibilidad de salidas alternativas. De igual modo, en el caso Fernández, ya mencionado, se inició un procedimiento disciplinario en contra de un fiscal que solicitó, basado en el artículo 38 de la Constitución, el arresto domiciliario a favor de una persona de tercera edad acusada de reincidencia en narcotráfico y lavado de activos.

Es decir, se advierte que en cada caso los jueces ya no aplican libremente el ordenamiento jurídico, donde su buen criterio debería ser valorado frente a los riesgos que pueden correr las víctimas, el peligro de fuga y la no comparecencia al proceso, pues desafortunadamente prima la posición del gobierno respecto al juicio. Si sus funcionarios expresan públicamente que a un procesado hay que dictarle prisión preventiva, el juez no tiene más opción que ordenarla¹⁷⁹.

Una debilidad institucional que también podría ser catalogada de interferencia es el control disciplinario de los operadores judiciales, no por su existencia que es necesaria en todo país democrático, sino por la oportunidad y pertinencia de su uso, en especial, en aquellos casos donde los jueces se han apartado de disposiciones superiores o han aplicado normas que el órgano contralor considera equivocadas. Además, se han incorporado en el Código Orgánico de la Función Judicial causales extremadamente generales que, como argumentos abiertos, necesitan ser motivados en cada caso y no meramente enunciados, como ocurre en muchos procedimientos o sumarios disciplinarios incoados en contra de jueces. Esto lo observamos en los casos iniciados en contra de los jueces Ricardo Lamota Pimentel, Juan Pablo Hernández y Tania Molina¹⁸⁰. En definitiva, y sin ánimo de defender a los jueces destituidos, se advierte que

¹⁷⁸ Si bien la Función Judicial no ha emitido ningún instructivo, directiva o protocolo de actuación de los operadores judiciales frente a la prisión preventiva, lamentablemente, se nos ha informado que existe un orden verbal para que los jueces dispongan el encarcelamiento preventivo en todos aquellos casos que sean posibles. El profesor Ricardo Vaca explica que de haberse expedido algún instructivo sería violatorio de la independencia judicial y constituiría un atentado contra la personalidad de los jueces que deben decidir de acuerdo a su criterio y según las circunstancias materiales y personales de cada caso que llega a su conocimiento. Definitivamente no pueden haber modelos o patrones para decidir cuándo es procedente dictar un orden de prisión o no, pues sería un ataque directo a la independencia judicial.

¹⁷⁹ Algunos entrevistados coincidieron en indicar que el temor que sufren los jueces de ser destituidos siempre que no cumplan con las disposiciones que emite el gobierno es uno de los graves obstáculos para la aplicación de las medidas sustitutivas.

¹⁸⁰ Las causales para la destitución tanto en el caso de Lamota, quien en un caso de tenencia de armas otorgó medidas sustitutivas, como en los casos de Hernández y Molina han sido las muchas libertades otorgadas o el uso equivocado de las sustitutivas. La causal argumentada ha sido el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial que expresamente indica: "Art. 109.- INFRACCIONES GRAVISIMAS.- A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias: ...7. Intervenir en las causas que debe actuar, como Juez, fiscal o defensor público, con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable;...".

el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura ha sido aplicado con una consideración condicionada del debido procedimiento administrativo, y las normas constitucionales garantistas -que deberían primar en el análisis jurídico sancionador- han sucumbido ante causales legales ambiguas que se prestan a equívocidades y sobre generalizaciones¹⁸¹.

En este sentido, si se procede al estudio de lo que significa *error inexcusable*, que ha sido la causal predominante invocada contra los jueces que no ordenan la prisión preventiva o deciden sustitutivas, se puede advertir que el Consejo de la Judicatura ha argumentado, entre otros, los siguientes conceptos denominados reglas y que son aplicados gracias a las llamadas resoluciones ratificadoras: 1) Inobservancia de norma adjetiva expresa: la jueza o juez incurre en un error inexcusable cuando existe una norma procesal que le obliga a realizar actos procesales y ésta no es acatada¹⁸². 2) Las decisiones adoptadas en contra de norma jurídica expresa, legítima, pertinente o en base a interpretaciones irrazonables constituye un error inexcusable¹⁸³. 3) Doblepronunciamiento: la autoridad que se pronuncie más de una vez sobre el asunto de fondo de la causa, incurre en error inexcusable¹⁸⁴. Asimismo, los expedientes seguidos en contra de los jueces Lamota y Hernández únicamente se fundamentan en el numeral 7 del artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁸⁵, aspecto que demuestra que esta causal puede tener varias interpretaciones, tornando al procedimiento disciplinario en una herramienta relativa de control.

¹⁸¹ El Reglamento en mención fue publicado en el Registro Oficial 567 de 30 de octubre de 2011 y establece procedimientos acordes con los principios de intermediación, concentración, publicidad, contradicción. Por su parte, el objetivo principal de la Unidad de Control Disciplinario es el informar a la autoridad sancionadora la existencia de pronunciamientos efectuados en casos análogos previos, que permitan al Consejo de la Judicatura mantener una línea de coherencia argumentativa en sus decisiones, con el propósito de garantizar a los sujetos disciplinables su derecho a la igualdad y un resguardo a la seguridad jurídica. Lamentablemente, en la práctica se observa que las resoluciones disciplinarias carecen de argumentación y se aplican con moldes o formatos que se usan sin distinción para casos aparentemente similares.

¹⁸² Esta noción se puede ver en el expediente disciplinario MOT-137-UCD-012-MEP iniciado el 23 de agosto de 2011 y resuelto el 3 de abril de 2012, las partes procesales son la Ministra de Justicia como accionante y los servidores judiciales sumariados, la Jueza del Tribunal Quinto de Garantías Penales de Pichincha y otros.

¹⁸³ La aplicación de esta regla se puede estudiar en el expediente disciplinario MOT 289-UCD-011-PM (OF-DPM-104-2010), iniciado el 26 de agosto de 2010 y resuelto el 18 de agosto de 2011 en contra del juez temporal encargado del juzgado tercero de garantías penales de Manabí. Claramente se advierte que no hay argumentación y que, de todas formas, existe un castigo al juez por “invocar los fundamentos legales y constitucionales a fin de revocar la prisión preventiva, sin considerar la obligatoria aplicación del Art. 122 de la Ley de Estupefacientes y Psicotrópicas”, que señala: “Consulta obligatoria: No surtirá efecto el auto en que se revoque la prisión preventiva, de suspensión o cesación de medidas de aprehensión, retención e incautación, si no es confirmado por el superior, previo informe obligatorio del Ministro Fiscal correspondiente, quienes emitirán su opinión en el término de veinte y cuatro horas posteriores a la recepción del proceso”.

¹⁸⁴ Expediente disciplinario MOT. 316-UCD-011-PM (DPLR-014-10-AR) iniciado el 6 de septiembre de 2010 en contra del Juez Sexto de Garantías Penales de Los Ríos con sede en el cantón Ventanas y resuelto el 26 de agosto de 2011.

¹⁸⁵ Contra el Juez Trigésimo Segundo de Garantías Penales de Durán se abrió el expediente 518-UCD-012 (OF-225-2012 DG) y la destitución fue resuelta el día 29 de junio de 2012. En cambio, se abrió el expediente Mot-391-UCD-012 (227-011 DP) en contra del Juez Juan Hernández para ser destituido el 30 de mayo de 2012.

Finalmente, llama la atención el expediente abierto en contra de la Doctora Tania Molina a quien se le acusa de cometer “una infracción disciplinaria tipificada en los artículos 107, 108 y 109 del Código Orgánico de la Función Judicial”, algo que resulta insólito, ya que prácticamente se le acusa de las 34 infracciones descritas en las normas referidas. Además, resulta muy triste que el procedimiento disciplinario nazca de un oficio que contiene un análisis estadístico del director Provincial de la Policía Judicial estableciendo que durante el período de enero a abril de 2012, han existido 363 detenidos por delito de robo y 66% se encuentran en libertad¹⁸⁶. Posteriormente, el 11 de mayo de 2012 el Consejo de la Judicatura solicitó a los juzgados de garantías penales que remitieran la lista de los procesos por delito de tenencia ilegal de armas tramitados en los años 2011 y 2012; y en el enlace ciudadano de 12 mayo de 2012 el Presidente Correa, fundamentándose en un informe de la Policía Judicial, denunció a varios jueces, entre los que se encontraba la Doctora. Molina, por “dejar en libertad” a delincuentes acusados de robo.

Como inmediata consecuencia, y mediante providencia de 15 mayo de 2012 del Director Provincial del Consejo de la Judicatura, en virtud del oficio mencionado 2012-2045-Jef-PJP y de “investigación in situ” del Consejo de la Judicatura, se procedió a abrir un sumario administrativo de oficio en contra de la Doctora. Molina, como ya se dijo, “por infracción disciplinaria tipificada en los Arts. 107, 108 y 109 COFJ”, cuya providencia fue notificada el mismo día.¹⁸⁷

7. Dificultades de acceso. Problemas encontrados al momento de solicitar información de las autoridades o los órganos judiciales

En general, se puede decir que la información en Ecuador es asequible, pues producto de la reforma judicial el Consejo de la Judicatura ha organizado un Departamento de Infraestructura Tecnológica que se orienta a la implementación de tecnologías para incrementar y garantizar la disponibilidad y acceso a la información de los usuarios del sistema judicial. Al respecto, uno de los productos más innovadores es el denominado *justicia 2.0* que, entre sus módulos, tiene a la Gestión Procesal que se refiere a la información virtual de los expedientes judiciales de las diferentes materias desde su inicio hasta la finalización, pasando por el registro, sorteo, tramitación y resolución¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Oficio No. 2012-2045-Jef-PJP de 26 de abril de 2012.

¹⁸⁷ Esta acusación adolece de varias anomalías: (1) atenta contra el derecho a la defensa al acusarla por la comisión de faltas leves, graves y gravísimas, (2) el Consejo de la Judicatura no puso en conocimiento de la funcionaria el contenido del informe de la Policía Judicial ni el informe de la Dirección Provincial de Consejo de la Judicatura en los que se fundamenta el sumario, (3) el informe de la Policía Judicial fue el **único documento anexo** como motivación para el sumario, (4) dentro de la formación impartida a los jueces por el propio Consejo de la Judicatura se insiste en que la prisión preventiva es una medida de última ratio, privilegiando a las medidas sustitutivas, (5) el hecho de que la Policía presente un informe que contiene el *Análisis Estadístico* acerca de las libertades concedidas y se lo use como herramienta de control disciplinario, podría constituir un atentado flagrante contra la independencia judicial, y (6) las Resoluciones No. 001-2011 y No. 002-2011, tomadas por el Pleno del Consejo de la Judicatura el 18 de mayo 2011, establecen la *aplicación prioritaria de salidas alternativas establecidas* en el Código de Procedimiento Penal; habiéndose comunicado mediante oficio circular N. 82-DG-CJT-11-DR del Director General del Consejo de la Judicatura, a los Directores Provinciales del país, que las políticas han sido ratificadas y que son de aplicación obligatoria.

¹⁸⁸ Al respecto, Consejo de la Judicatura (2012: 133 a 138).

De igual modo, la potestad disciplinaria es ejercida por el Pleno del Consejo de la Judicatura, la Dirección General del Consejo y las Direcciones Provinciales del Consejo de la Judicatura, siendo canalizada y gestionada mediante la Unidad de Control Disciplinario, que acertadamente ha desarrollado un sistema informático de precedentes resolutivos, que se encuentra disponible en el portal oficial de la institución¹⁸⁹. Desafortunadamente, algunos expedientes disciplinarios no se pueden encontrar en la base de datos que maneja, razón por la cual se hace necesario solicitar la información directamente en la Unidad, observándose que la respuesta es demorada, pues toma entre dos y cuatro meses obtener el resultado pedido.

Muestra de lo anterior, es que las solicitudes de copias de los sumarios o expedientes disciplinarios seguidos en contra de Juan Pablo Hernández y Ricardo Lamota no han sido despachadas en un tiempo prudencial y a la fecha de corte de este informe no había sido factible contar con esa información.

Asimismo, cabe destacar que ha sido una tarea difícil obtener estadísticas actualizadas sobre la población carcelaria y el número de prisiones preventivas, aunque el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, que se encuentra en una fase de reestructuración, ha iniciado un proceso para mejorar este particular y preparar y difundir estadísticas semanales¹⁹⁰.

8. Conclusiones

Los resultados de nuestra investigación nos permiten llegar a las siguientes conclusiones:

a. A pesar del contenido de las normas constitucionales y legales vigentes, en la práctica hay temor de aplicar la prisión preventiva como una medida de aseguramiento o precautoria personal que debe ser ordenada de forma excepcional, en especial, al ser de última o extrema ratio. De la lógica restrictiva se ha pasado a una aplicación mecánica de la ley donde el juez, a pesar de su facultad, no aplica las medidas sustitutivas o cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en el Código de Procedimiento Penal.

¹⁸⁹ El portal es: [<http://app.funcionjudicial.gob.ec/ucd/>].

¹⁹⁰ Mediante Acuerdo Ministerial 315 de 21 de octubre de 2011 el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos “con el fin de centralizar el proceso y análisis de toda la información estadística del Ministerio, así como para realizar análisis comparados y de impacto; y, para atender de manera oportuna y a tiempo a los usuarios internos y externos; se acuerda el traspaso a la Coordinación General de Planificación de los siguientes productos y servicios que actualmente pertenecen a la Subsecretaría de Atención Integral a Persona Privadas de la Libertad: a) De la Coordinación Técnica y Gestión de Centros de Rehabilitación Social (CRS) y Centros de Detención Provisional (CDP): Informes técnicos sobre la base de la recopilación, procesamiento, análisis e interpretación de la información estadística; b) Del Monitoreo y Estadística de los Centros de Rehabilitación Social (CRS), Centros de Detención Provisional (CDP) y Centros de Internamiento de Adolescentes Infractores (CAI): Reportes estadísticos mensuales de los Centros de Rehabilitación Social, Centros de Detención Provisional y Centros de Internamiento de Adolescentes Infractores a nivel nacional”. Entre otros datos, la información contendrá: Cifras de la Población que se refiere a las Personas Privadas de Libertad (PPL) presentes al último día de la semana de reporte, y la información de Población Presente por Sexo, Estado de Causa, Nacionalidad, Prelibertad, Libertad Controlada y Motivo de Ingreso se registra con las PPL presentes al último día de la semana”.

En este sentido, se advierte que la aceptación de medidas sustitutivas enfrenta varios obstáculos, a saber: 1) Dependencia política que obliga a los jueces a descartar su uso. 2) La amenaza que tienen los operadores judiciales de que el ofendido presente una denuncia ante el Consejo de la Judicatura o ante la propia Fiscalía a causa de la libertad del acusado por la falta de acción del juez. Esta realidad se complica con el hecho que el seguimiento del cumplimiento de las medidas alternativas no fue siempre técnico, aspecto que generó desconfianza acerca de su efectividad. Desafortunadamente esta calificación o percepción se mantiene hasta la fecha a pesar del mejoramiento de su evaluación. 3) La sociedad ecuatoriana todavía no se encuentra preparada para aceptar que la prisión preventiva es una medida excepcional de última ratio y este particular sociológico ha influenciado directamente también en la actuación de los jueces, ya que, en la práctica, los criterios que más pesan para preferir la medida cautelar privativa de la libertad son: si el delito es sancionado con reclusión, la prisión preventiva aplica casi inmediatamente, y si el delito es castigado con prisión, el juez se permite analizar la evidencia presentada antes de tomar una decisión. 4) Las normas constitucionales y legales que defienden la excepcionalidad de la prisión preventiva no han contado con acciones oficiales para que estas disposiciones sean realmente eficaces. Como consecuencia, se experimenta un hacinamiento de reclusos. Además, se requiere evitar la congestión de causas y determinar parámetros más claros para la aplicación de medidas alternativas. 5) Los operadores judiciales adolecen de falta de conocimientos especializados sobre la procedencia de la prisión preventiva.

b. En muchas ocasiones, el juez de garantías penales no actúa de forma libre, pues se encuentra presionado, interna y externamente, para ordenar el auto de prisión preventiva, desechando así las otras posibilidades en virtud que se las considera como elementos que favorecen la inseguridad y la impunidad¹⁹¹. Esta realidad ha sido una de las principales causas para que los jueces no utilicen otras alternativas tales como medidas sustitutivas o medidas cautelares no privativas de libertad, procedimientos especiales y salidas alternativas.

c. Existe un retroceso en la recurrencia del abuso de la prisión preventiva, tanto es así que hemos regresado a los niveles de hacinamiento carcelario que tuvimos en el años 2007 con alrededor de 19.000 internos, conforme se puede estudiar en el cuadro estadístico número 3.

d. Las declaraciones públicas de autoridades constituyen claras injerencias en la independencia judicial, pues generan criterios vinculantes que deben necesariamente ser usados por los jueces y, además, atemorizan a los operadores judiciales con el uso del control disciplinario inmediato. La prisión preventiva se ha convertido en la gran medida para proteger a la sociedad de los delincuentes y se han dejado de lado todas las resoluciones de la Función Judicial que recomendaban la aplicación prioritaria de las salidas alternativas establecidas en el Código Adjetivo Penal.

e. Los medios de comunicación todavía pueden ser considerados como una injerencia, pero cada vez más se observa que se centran en la información más que en la presión y, por ello, ha aumentado la sección de la crónica roja tanto en periódicos como en radio y televisión. Se debe destacar que los medios privados se han transformado en simples agentes que abogan para que los jueces tomen las decisiones más adecuadas siempre que se relacionen con la seguridad, em-

¹⁹¹ Como ya se ha visto en el informe, las presiones ejercidas en contra de los operadores judiciales provienen tanto de algunos funcionarios del Ejecutivo como del mismo Consejo de la Judicatura.

pero, son instituciones que permiten al ciudadano tener acceso a la gran mayoría de datos sobre casos de importancia, aunque han perdido su espíritu crítico y analítico.

f. Se ha formado un clima especial respecto al uso frecuente de la detención provisional y esto ha propiciado reformas constitucionales, cambios de políticas institucionales del Consejo de la Judicatura, así como de la actuación judicial de los operadores. La idea generada ha sido que a más gente encarcelada mayor seguridad.

g. Existe limitado conocimiento del funcionamiento de las medidas cautelares y se las confunde con medidas de seguridad.

h. No existen políticas institucionales que protejan la independencia judicial, sobre todo, la actuación de los jueces en lo relacionado a la aplicación o no de la prisión preventiva.

i. Los sumarios o procedimientos disciplinarios son utilizados como mecanismos de presión, pues influyen directamente en las conductas y decisiones que el operador debe tomar en relación a las medidas cautelares. Esto puede advertirse en la gran cantidad de expedientes disciplinarios que se han abierto únicamente en un año, algunos directamente relacionados con la aplicación de la prisión preventiva.

j. El uso del encarcelamiento preventivo ha dejado de ser racional, razonable y basado en la convicción del juez para transformarse en un instrumento de control social que cobija la idea exclusiva de la defensa contra la delincuencia.

9. Recomendaciones

En virtud de los resultados obtenidos y con la consigna que la prisión preventiva recupere su esencia y se la pueda usar conforme lo dispone la Constitución, las normas legales adjetivas y sustantivas así como los estándares internacionales de derechos humanos, el estudio se permite recomendar lo siguiente:

a. Resulta trascendental forjar un cambio en las prácticas de los operadores judiciales y para ello se necesita un trabajo sostenido y coordinado para formar debidamente a fiscales, jueces, policías y funcionarios administrativos. Al respecto, son importantes y referenciales normas como la Resolución Número 73 de la Defensoría Pública que establece los denominados “Estándares de calidad para la actuación de las y los defensores públicos en patrocinio penal”.

b. Urge que los órganos judiciales y constitucionales competentes aclaren la debida aplicación de las medidas sustitutivas, pues hay casos obligatorios como cuando el procesado es mayor de 65 años o la mujer está embarazada. Igualmente, hay casos donde el juez debe usar su convicción para decidir cuándo utilizar las medidas de menor intervención que tienen el carácter de sustitutivas o alternativas, donde la detención preventiva es la última.

c. Es necesario determinar la función real de un juez de garantías penales en la protección de los derechos de los procesados, aunque también se debe insistir en el análisis del modelo procesal penal imperante para estudiar si realmente brinda las facilidades del caso para que la tesis garantista constitucional sea una realidad o sencillamente una ficción normativa.

d. Es preciso que se mejore el sistema de control disciplinario de los operadores judiciales ciñéndose a las normas constitucionales, pues debe desterrarse la práctica de acusarlos con causales extremadamente generales que luego carecen de argumentación fáctica, jurídica y pragmática o, al menos, suficiente motivación para explicar las razones de su sanción. En definitiva, se debe propender para que los procedimientos disciplinarios sean instrumentos de sanción de las actuaciones apartadas de los deberes de los operadores judiciales y no herramientas para cumplir políticas o conductas determinadas.

e. Urge fomentar la aplicación de los estándares internacionales sobre independencia judicial interna y externa, que conforme la Constitución prevalecen sobre las normas internas, para que así la administración de justicia no tenga nexos indebidos que puedan empañar su recto accionar.

f. Resulta imprescindible contar con procesos continuos de formación sobre la naturaleza del nuevo sistema procesal, en especial, del manejo de audiencias previas al juicio. Temas como la discusión y predeterminación o preferencia de las medidas cautelares y alternativas al encierro cautelar, la exención de la prisión preventiva, entre otros, deben ser necesariamente tratados.

g. Es preciso iniciar un proceso de difusión de las sentencias que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado en contra de Ecuador precisamente por el abuso institucionalizado del encarcelamiento preventivo, la duración excesiva del proceso penal y el irrespeto de los derechos humanos de los reclusos en las cárceles locales.

h. Resulta necesario crear un observatorio ciudadano independiente para el seguimiento y evaluación de la justicia penal, en especial, para dar seguimiento al grado de cumplimiento de las medidas alternativas y su consecuencia con la permanencia de los operadores.

i. Es necesario comprender que la Fiscalía tiene una intervención indispensable y determinante en el otorgamiento de medidas alternativas o prisión preventiva, debido a que es el órgano independiente que realiza la investigación y, en consecuencia, se permite solicitar al juez uno u otro tipo de medida. Por eso, deben mejorarse los procedimientos para que los fiscales no traten más a la prisión preventiva como la regla general.

j. Urge solicitar al Ministerio de Justicia que divulgue por todos los medios posibles los datos estadísticos sobre población carcelaria, prisión preventiva, procedimientos disciplinarios, etc.

k. Urge implementar un nivel de seguimiento del grado de cumplimiento de las medidas alternativas por parte de los procesados, ya que esta actividad serviría para demostrar la posibilidad cierta de la existencia de un buen porcentaje de casos en los cuales estas medidas podrían ser eficaces, descartando así la idea preconcebida de que solamente la prisión preventiva garantiza su comparecencia.

Referencias bibliográficas

Andrade Malo, Roberto. (2011). *¿Prisión preventiva o pena anticipada?* En: [http://www.ecuadorlibre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=905:rl-no-218-iprision-preventiva-o-pena-anticipada&catid=5:resena-legislativa&Itemid=15]. 8 de agosto.

Consejo de la Judicatura. (2012). *Rendición de cuentas: julio 2011 a julio 2012*. Quito. Disponible en: [www.funcionjudicial.gob.ec].

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

_____. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

_____. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

_____. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.

Diario Hoy. (2010). *La prisión preventiva*. En: [<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/la-prision-preventiva-425814.html>]. 22 de agosto.

_____. (2010). *La caducidad de la prisión preventiva*. En: [<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/la-caducidad-de-la-prision-preventiva-445577.html>]. 5 de diciembre.

_____. (2012). *Prisión preventiva y excesos*. En: [<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/prision-preventiva-y-excesos-555041.html>]. 11 de julio.

Ecuador inmediato.com. (2012). *Ministro del Interior presenta denuncia por prevaricato en contra de 3 jueces del Azuay*. En: [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=167169&umt=ministro_del_interior_presenta_denuncia_por_prevaricato_en_contra_3_jueces_del_azuay]. 2 de febrero.

El ciudadano.gov.ec. (2012). *Jueces y fiscales que propician la impunidad serán denunciados públicamente*. En: [http://elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=31642:jueces-y-fiscales-que-propician-la-impunidad-seran-denunciados-publicamente&catid=40:actualidad&Itemid=63]. 31 de marzo.

El Comercio.com. (2012). *Juez dispuso traslado de César Fernández a la Penitenciaría*. En: [http://www.elcomercio.com/seguridad/Cesar-Fernandez-trasladado-Penitenciaria_0_755924570.html]. 15 de agosto.

El Mercurio. (2010). *Seguridad: círculo perverso*. En: [<http://www.elmercurio.com.ec/261044-seguridad-circulo-perverso.html>]. 1 de diciembre.

El Telegrafo. (2012). *El hacinamiento en cárceles del país se ubica en el 44%*. En: [http://www.eltelgrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=51964&Itemid=17]. 31 de agosto.

El Tiempo.com.ec. (2012). *Justicia y delincuencia*. En: [<http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/5500-justicia-y-delincuencia/>]. 29 de mayo.

El Universo. (2011). *Amnistía Internacional condena sistema de justicia penal en Ecuador*. En: [<http://www.eluniverso.com/2011/12/07/1/1355/amnistia-internacional-condena-sistema-justicia-penal-ecuador.html>]. 7 de diciembre.

_____. (2012). *Prisión a 9 acusados de atentar contra la seguridad del Estado*. En: [<http://www.eluniverso.com/2012/03/05/1/1355/policia-detiene-once-miembros-mpd-atentar-contra-seguridad.html>]. 5 de marzo.

_____. (2012). *Legislación, pendiente a un año de la consulta*. En: [<http://www.eluniverso.com/2012/05/06/1/1355/legislacion-pendiente-un-ano-consulta.html>]. 6 de mayo.

EWMI. (2012). *Manual para la Aplicación de Procedimientos Especiales y Salidas Alternativas. Soluciones Rápidas y Efectivas al Conflicto Penal*.

Fundación Esquel. (2006). *Segunda evaluación del Sistema Procesal Penal. Fondo de Justicia y Sociedad*. Quito. Fundación Esquel-USAID.

García Falconí, Ramiro. (2012). *¿Hipergarantismo o hiperpunitivismo?* En: [www. eluniverso. com]. 15 de octubre.

García Falconí, Ramiro y Alvear Burbano, Carlos. (S/F). *El lamentable estado del derecho a la libertad personal en nuestras Cortes, Tribunales y Juzgados de Garantías Penales. Un breve análisis de cómo se abusa de la prisión preventiva, día a día en el sistema judicial ecuatoriano*. Suplemento. Colegio de Abogados de Pichincha. Disponible en: [<http://es.scribd.com/doc/104212216/El-lamentable-estado-del-derecho-a-la-libertad-personal-en-nuestras-cortes-tribunales-y-juzgados-de-garantias-penales>].

Guamán Aguirre, Ricardo Alfredo. (2008). "Los Límites normativos de la prisión preventiva en el Ecuador". En: *Libro de Memorias del XIX Congreso Latinoamericano, XI Iberoamericano y II Nacional de Derecho Penal y Criminología*. 25, 26, 27 y 28 de Septiembre de 2008. Loja, Ecuador. Universidad Nacional de Loja, pp. 135 a 146.

Hoy. Com.ec. (2011). *El 55% de encarcelados tiene prisión preventiva*. Entrevista. James Haines: Consultor inglés e investigador del Centro Internacional de Estudios Penitenciarios de las Naciones Unidas. En: [<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/el-55-de-encarcelados-tiene-prision-preventiva-459308.html>]. 18 de febrero.

_____. (2012). *Correa: hoy delincuentes permanecen detenidos*. En: [<http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/correa-hoy-delincuentes-permanecen-detenidos-554767.html>]. 9 de julio.

La Hora. (2012). *Serrano advierte acciones penales contra jueces que se 'burlan dando medidas sustitutivas'*. En: [<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101320509/-Serrano%20advierte%20acciones%20penales%20contra%20jueces%20que%20se%20'burlan%20dando%20medidas%20sustitutivas'.html>]. 26 de abril.

Lorenzo, Leticia, Riego, Cristián y Duce, Mauricio. (ed.) (2011). *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Volumen 2. Santiago. CEJA.

PP El verdadero. (2012). *Llamadas explosivas, en planes del grupo GCP*. En: [<http://www.ppel-verdadero.com.ec/index.php/actualidad/item/llamadas-explosivas-en-planes-del-grupo-gcp.html>]. 6 de marzo.

Vaca Andrade, Ricardo. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo 2. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zalamea, Diego. (2012). *Manual de Litigación Penal: Audiencias previas al juicio*. Quito. Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa. Volumen 3.

**Independencia judicial
insuficiente, prisión preventiva
deformada
Informe Perú**

IDL

2013

Índice

1. Introducción	149
2. Régimen legal de la prisión preventiva	149
a. Garantías judiciales y principios de la prisión preventiva	150
b. Presupuestos materiales y de cautela.....	152
c. La audiencia de prisión preventiva	154
d. La cesación de la prisión preventiva.....	154
e. Medidas alternativas a la prisión preventiva	155
3. Estadísticas sobre el funcionamiento de la prisión preventiva	157
a. Frecuencia de la prisión preventiva.....	157
b. El sistema penitenciario y la condición procesal de las personas privadas de libertad	159
4. Interferencias en la independencia judicial	160
a. El clima o contexto bajo el cual se desarrolla el proceso de prisión preventiva	161
b. Interferencia puntual.....	164
5. Actores de la interferencia	164
a. Las autoridades públicas	164
b. Los medios de comunicación.....	167
c. Los órganos de control: la OCMA.....	170
d. La opinión pública: estereotipos y prejuicios públicos	171
e. Los abogados particulares	173
f. La corrupción	174
g. Los jueces superiores.....	174
6. Debilidades institucionales	174
a. Los fiscales	175
b. Los jueces	175
7. Dificultades de acceso	177
8. Conclusiones	177
9. Recomendaciones	179
Referencias bibliográficas	181

Los anexos a los que se hace referencia en el presente informe se encuentran disponibles
en el sitio web de la Fundación para el Debido Proceso

<http://www.dplf.org/es/prision-preventiva>

1. Introducción

La prisión preventiva -o el sometimiento de una persona sospechosa de haber cometido un delito a una medida ordenada por el Estado de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad- suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad penal; por el otro, la obligación del Estado de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos de forma efectiva, asegurando que el presunto responsable comparezca en el proceso y que, en caso de ser declarado culpable, esté garantizado el cumplimiento de la pena a ser impuesta.

En este conflicto intervienen diversos factores: por un lado, una sociedad preocupada por los niveles de delincuencia y la sensación de amenaza, y que por ello exige soluciones prontas y efectivas. Por el otro, un Estado cuyas instituciones encuentran dificultades para operar en condiciones que les permita contrarrestar dicha situación. Paralelamente los medios de comunicación cumplen un rol importante en la transmisión de información, pero también contribuyendo a generar alarma en la población e influenciando a la opinión pública.

Con base en este contexto y confluencia de elementos, el presente trabajo tiene por objetivo intentar identificar y analizar los diversos factores que pueden afectar la independencia judicial en Perú y los efectos que pueden tener en la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar. Para ello, se presenta inicialmente el marco legal que regula a la prisión preventiva y las estadísticas más resaltantes respecto del funcionamiento de dicha medida en nuestro país. Posteriormente se analizan los elementos que ejercen una interferencia directa o indirecta en el proceso de imposición de la prisión preventiva. Como insumos metodológicos se tomó una muestra de casos judiciales emblemáticos donde se discutió la aplicación o no de la medida cautelar. Por último, se presentan las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

2. Régimen legal de la prisión preventiva en Perú

La reforma procesal penal, común a muchos países de la región, tuvo su inicio en Perú mediante la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 957, de julio de 2004, implementando el nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP 2004) en el distrito judicial de Huaura en julio de 2006. El Código ha sido implementado a lo largo del país de manera progresiva: hasta junio de 2012 se aplicaba ya en su totalidad en 21 distritos judiciales, quedando pendientes los distritos de Loreto, Ucayali, Lima y Callao.

De acuerdo con el Ministerio de Justicia (MINJUS)¹⁹², la entrada en vigencia del nuevo código implica la instauración de numerosos cambios en materia de justicia penal dirigidos a encontrar el equilibrio entre una mayor eficiencia procesal, por un lado, y el pleno respeto a las garantías judiciales-constitucionales de sus actores, por el otro. La principal característica de dicha reforma procesal penal es el reemplazo del modelo inquisitivo por el modelo acusa-

¹⁹² MINJUS. Secretaría Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F).

torio. Se establece a la vez una “metodología basada en la oralidad como garantía principal del proceso penal para la obtención y el procesamiento de la información para adoptar decisiones jurisdiccionales”¹⁹³.

A partir del modelo acusatorio, las modificaciones más resaltantes son las siguientes¹⁹⁴: (1) la clara separación de funciones de investigación entre la policía y la fiscalía¹⁹⁵, (2) la igualdad de armas; favoreciendo a la defensa para que ejerza un rol activo con su presencia en todas las instancias del proceso penal, (3) el carácter público de las audiencias, el cual fomenta mayor transparencia, y (4) el debate contradictorio entre las partes ante la presencia del juez. De ahí que en el propio texto del NCPP 2004 se reconozca el carácter acusatorio, oral, público y contradictorio del actual proceso penal¹⁹⁶.

En este contexto, la medida de coerción procesal de mayor afectación a la libertad de la persona es denominada como “prisión preventiva”. Ésta ha sido regulada como una medida cautelar de excepcional aplicación judicial por ocasionar una consecuencia intensa y grave sobre la libertad de toda persona sometida a un proceso penal. Siguiendo lo dispuesto por el principio de instrumentalidad, dicha medida debe ser impuesta únicamente con la finalidad de asegurar los fines del proceso penal (asegurar la presencia del procesado y garantizar el cumplimiento de la pena a ser impuesta), debe ser solicitada expresamente por el fiscal y decidida -tras una audiencia- por el juez de investigación preparatoria.

a. Garantías judiciales y principios de la prisión preventiva

Según está regulada normativamente, se exige que la aplicación de la prisión preventiva sea impuesta bajo ciertas garantías y controles judiciales, los que son de ineludible cumplimiento por parte de los operadores judiciales. A modo de resumen, se señala: (1) la comprobación de presupuestos materiales y formales que justifiquen su aplicación¹⁹⁷, (2) la legitimidad procesal en el Ministerio Público para su requerimiento¹⁹⁸, (3) el debate y contradicción de dicho requerimiento por parte de la defensa del imputado, expresado en una audiencia creada exclusivamente para ello¹⁹⁹, (4) la oralidad y la inmediatez como garantías judiciales de una verdadera tutela procesal efectiva²⁰⁰, (5) plazos mínimos y máximos establecidos para su duración y para su consideración por una instancia revisora²⁰¹ y, finalmente, (6) otras medidas de coerción pro-

¹⁹³ MINJUS. Secretaria Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F).

¹⁹⁴ Extraído del texto publicado por el MINJUS. Secretaria Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F).

¹⁹⁵ El fiscal es quien dirige la investigación durante el proceso, trabajando conjunta y coordinadamente con la policía nacional quien provee de una investigación técnico-operativa.

¹⁹⁶ Numeral 2 del artículo I del Título Preliminar del NCPP 2004.

¹⁹⁷ Los presupuestos materiales establecidos son: (1) la existencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito, (2) la prognosis de la pena superior a cuatro años, y (3) el peligro procesal. Todos estos se encuentran regulados por el artículo 268 del NCPP 2004.

¹⁹⁸ El Ministerio Público es el “titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos”, según lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del NCPP 2004 y, a su vez, dispuesto por el numeral 1 del artículo 268° del NCPP 2004.

¹⁹⁹ Numeral 1 del artículo 71 del NCPP 2004 y artículo 271 del NCPP 2004.

²⁰⁰ Numeral 2 del artículo I referido a la Justicia Penal del Título Preliminar del NCPP 2004.

²⁰¹ Artículo 272 del NCPP 2004.

cesal como alternativas a la prisión preventiva²⁰².

Ahora bien, el numeral 3 del artículo 253 del NCPP 2004 establece que los fines del proceso cautelar serán: (1) prevenir, según los casos, los riesgos de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, y (2) evitar el peligro de reiteración delictiva²⁰³. En la misma línea, la Sentencia Casatoria N° 01-2007 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia²⁰⁴ señaló como fines de la prisión preventiva, adicionalmente: (1) garantizar una normal y exitosa investigación de los hechos y actos que se atribuyen al imputado; y, (2) asegurar la futura ejecución penal.

Asimismo, está establecido ya a nivel interamericano que imponer una prisión preventiva no puede significar de ninguna manera un adelanto de juicio por parte de los operadores judiciales ni constituir, en la práctica, una pena anticipada²⁰⁵. La prisión preventiva recae sobre una persona a quien asiste el principio de presunción de inocencia²⁰⁶, en virtud del cual toda persona es considerada inocente mientras judicialmente no se declare su responsabilidad mediante una sentencia firme. En ese sentido, las decisiones judiciales ajustadas a presiones mediáticas, sociales o incluso políticas, sea por la naturaleza del delito o las condiciones particulares de la persona acusada, pueden devenir en una medida ilegal y arbitraria.

El principio de presunción de inocencia es sólo uno de los principios que, de acuerdo a lo establecido por el NCPP 2004, se deben respetar para la aplicación de la prisión preventiva. De igual manera, se deben respetar criterios de legalidad (principio de legalidad), en cuya postulación se deben analizar los presupuestos constitutivos para su aplicación. Igualmente, la prisión preventiva debe ser determinada de manera exclusiva por un órgano jurisdiccional competente (principio de jurisdiccionalidad), su ofrecimiento debe ser requerido por el órgano legitimado para iniciar la acción penal pública (principio de oficiosidad a cargo del Ministerio Público) y, finalmente, en igual grado de importancia, debe ser realizada mediante un acto judicial de motivación real.

Así, si bien un juez puede limitar la libertad personal, también es cierto que medidas como la prisión preventiva están –por expreso mandato de la ley- necesaria y obligatoriamente acom-

²⁰² Títulos IV, V, VI, VII de la Sección III referida a las medidas de coerción procesal en el NCPP 2004.

²⁰³ Artículo No. 253 del NCPP 2004.

²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, (Sentencia Casatoria N° 01-2007).

²⁰⁵ El artículo 8.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos referido a las garantías judiciales establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.” La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* lo siguiente: “De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad (...) Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.”

²⁰⁶ Derecho reconocido expresamente por el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política de Perú de 1993 y el artículo II. Numeral 1 del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal.

pañadas del criterio de proporcionalidad que deberá ser analizado en la situación concreta²⁰⁷. La observación íntegra de este criterio, acompañado indudablemente de las exigencias requeridas en los presupuestos materiales y de cautela de la prisión preventiva, debería convertirse en obligatoria para cualquier órgano jurisdiccional.

b. Presupuestos materiales y de cautela

El artículo 268 del NCPP 2004 señala expresamente los requisitos, denominados *presupuestos materiales*, que sustentan la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar. El juez de investigación preparatoria deberá analizar los hechos según lo expuesto por el fiscal y la defensa para determinar la existencia de tres presupuestos de forma concurrente y obligatoria:

Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

Que la sanción a imponerse por el caso concreto será superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y,

Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)²⁰⁸.

Asimismo, el citado artículo señala que también será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Dentro de los presupuestos, merece especial importancia el tercer presupuesto referido al peligro procesal o *periculum in mora*. Este tercer presupuesto se encuentra relacionado con el comportamiento de la persona imputada y con la posibilidad de que demuestre actitudes que denoten un posible riesgo de evadir o dificultar la acción de la justicia y, en tal sentido, buscar frustrar el normal desarrollo de la investigación abierta en su contra.

1) Peligro de fuga

Este peligro se encuentra relacionado con la probabilidad de sustracción o evasión de la justicia por parte del imputado. Para llegar a tal conclusión y evitar interpretaciones arbitrarias de los operadores judiciales, el artículo 269 de la norma procesal señala que deberán tomarse en cuenta los siguientes elementos:

²⁰⁷ Artículo No. 253 del NCPP 2004.

²⁰⁸ Artículo 268 del NCPP 2004.

*“El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto”. En sentido procesal, arraigo significa el sometimiento o vinculación del imputado con otras personas o cosas. Estos criterios delimitadores del arraigo procesal en sus diferentes manifestaciones (arraigo patrimonial, familiar y laboral) deben ser evaluados por el juzgador al momento de su decisión. Además, habrá de tenerse en cuenta lo mencionado por el Presidente de la Corte Suprema, en la Circular de fecha 13 de setiembre de 2011, a razón del tercer presupuesto material para aplicar la prisión preventiva, al indicar que

...dato fundamental que es de tener en cuenta en la valoración de los criterios establecidos por los artículos 269° y 270° del mencionado Código, es que se está ante lo que se puede denominar “tipologías referenciales”, destinadas a guiar el análisis del riesgo de fuga u obstaculización (peligro procesal). No se está frente a causales de tipo taxativo, ni frente a presupuestos materiales de la prisión preventiva. Por lo tanto, es necesaria una valoración del conjunto de todas las circunstancias del caso para evaluar la existencia o inexistencia del peligro procesal²⁰⁹.

*“La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”, la cual debe ser complementada con los demás criterios recogidos en la norma procesal.

*“La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él”. Cabe señalar que la falta de interés en el resarcimiento como consecuencia del daño causado no es un criterio determinante para sostener que un imputado tenga propósitos evasivos u obstaculizadores. Asimismo, resulta difícil cuantificar un daño cuya ocurrencia y autoría aún no está judicialmente probada.

*“El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal²¹⁰”

2) Peligro de obstaculización

El peligro de obstaculización consiste en determinar si la conducta del imputado está dirigida a perturbar u ocultar la evidencia probatoria, que bien puede tratarse de una evidencia por identificar y presentar ante un juez, o bien evidencia ya incorporada en el expediente.

De acuerdo con el Artículo 270 NCPP 2004, existirá perturbación probatoria cuando el imputado pretenda realizar los siguientes comportamientos: (1) destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar fuentes de prueba, (2) influir para que los coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, o (3) inducir a otros a realizar tales comportamientos. Se trata de cambiar la voluntad en el testimonio de determinados actores en la investigación (coimputados, peritos, testigos de manera general y afines) o motivar conductas inadecuadas o impropias para un correcto desarrollo de un proceso penal²¹¹.

²⁰⁹ San Martín (2011: p.4, considerando SEXTO).

²¹⁰ Desarrollo a partir del artículo 269 inciso 1 del NCPP 2004. Elaboración propia.

²¹¹ NCPP 2004.

c. La audiencia de prisión preventiva

En lo que respecta al procedimiento a seguir para la imposición de prisión preventiva, la regulación de una audiencia pública específicamente para ello constituye una de las mayores novedades del NCPP 2004. Se establece así como el escenario judicial en el cual la Fiscalía y la defensa presentarán sus respectivos descargos y medios probatorios en torno a la necesidad o no de la prisión preventiva como mecanismo de salvaguarda.

El requerimiento de prisión preventiva está a cargo del Ministerio Público. Así, será el fiscal quien deberá solicitar expresamente la realización de una audiencia para tal efecto. La convocatoria a la audiencia de prisión preventiva será llevada a cabo por el juez de investigación preparatoria dentro de las 48 horas de realizado el requerimiento. En la audiencia es obligatoria la presencia no sólo del juez sino también del fiscal y el abogado defensor.

Una vez llevado a cabo el debate oral y público, el artículo 254 del NCPP 2004 señala que la resolución conteniendo las medidas coercitivas que el juez de investigación preparatoria imponga deberá estar debidamente motivada, siendo obligatoria una descripción breve de los hechos narrados en la audiencia, los criterios que originan la medida y el plazo de duración.

Respecto a dicho plazo, cabe advertir el carácter provisorio o temporal de la prisión preventiva. El artículo 272 del Código Procesal Penal establece de manera taxativa los tiempos de duración de la prisión preventiva: no tendrá una duración mayor a nueve meses, salvo que el caso revista características de complejidad. De ser así, el plazo de la detención se podrá extender a 18 meses. Adicionalmente, el artículo 274 del Código Procesal establece una segunda prolongación por 18 meses más (es decir, 36 meses en total), previa solicitud fundamentada del fiscal. Esta última extensión será admitida siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación preparatoria y que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Así, la temporalidad de esta medida se encuentra directamente relacionada con el derecho a no ser sujeto de un proceso penal ni mantenido en prisión sino por plazos razonables.

Ahora bien, contra la resolución que deniega o impone la prisión preventiva procederá recurso de apelación. Además, las resoluciones judiciales que imponen una determinada medida coercitiva permanecerán sujetas a modificación, si el fiscal advierte que el comportamiento del procesado ha variado de tal forma que se puede presumir un riesgo procesal mayor, o la defensa considera que el riesgo ha disminuido o desaparecido. De ser el caso, tanto el fiscal como la defensa podrán solicitar la variación de la medida cautelar inicial.

d. La cesación de la prisión preventiva

La cesación de la prisión preventiva, incorporada en esta reforma procesal, consiste en un pedido realizado por la defensa del imputado detenido, en virtud del cual se solicita la finalización de la prisión preventiva debido a que los presupuestos materiales que inicialmente la justificaron han cesado de existir. El artículo 283 del NCPP 2004 establece que la cesación será declarada procedente siempre que se presente uno de los siguientes escenarios: (1) cuando nuevos elementos de convicción demuestren que ya no concurren los presupuestos materiales que la determinaron, y (2) cuando el plazo de la prisión preventiva haya concluido.

Frente a esta decisión, sea otorgándole la libertad o sea denegándola, procede recurso impugnatorio de apelación.

e. Medidas alternativas a la prisión preventiva

EL NCPP 2004 ofrece las siguientes medidas alternativas a la imposición de prisión preventiva:

1) La comparecencia

Regulada en los artículos 286 al 292 del Código Procesal Penal, la comparecencia constituye una medida coercitiva de menor severidad respecto del derecho ambulatorio de la persona sometida a un proceso penal. A continuación, las dos modalidades de comparecencia:

a) La comparecencia simple

Consiste en la exigencia al imputado en libertad de presentarse en sede judicial cada vez que sea requerido, a efectos de realizarse las diligencias judiciales propias del proceso penal. De tal manera, constituye la modalidad de comparecencia de menor intensidad, aplicable cuando el hecho punible denunciado esté penado con una sanción leve²¹² o cuando de los actos de investigación aportados no se justifique imponer restricciones adicionales.

Asimismo, según el primer párrafo del artículo 286 del NCPP 2004 el juez de investigación preparatoria podrá dictar mandato de comparecencia simple en caso que el fiscal no solicite prisión preventiva dentro del plazo permitido para la detención preliminar.

b) La comparecencia restrictiva

Bajo la comparecencia restrictiva el imputado mantiene su libertad ambulatoria pero con la obligación de cumplir rigurosamente las restricciones judiciales que imponga el juez. De no cumplirlas, la norma procesal establece la inmediata detención del imputado y la consecuente revocación por la medida de prisión preventiva.

En lo que se refiere a los presupuestos necesarios para la aplicación de una comparecencia restrictiva, el NCPP 2004 se limita a regular las restricciones. Podemos, sin embargo, concluir que serán los mismos que aquellos para imponer prisión preventiva, incluidos en el artículo 268 del NCPP 2004, mediante la siguiente interpretación:

En primer lugar, el artículo 286.2 del NCPP 2004 señala que, en caso de que no concurren los supuestos materiales para la imposición de prisión preventiva, el juez deberá imponer comparecencia simple²¹³. La norma no hace mención de otras opciones (si bien es cierto que tampoco prohíbe expresamente alguna de esas otras opciones). Segundo, el artículo 287 refuerza esta posición. De él se entiende que la comparecencia restrictiva se aplicará cuando el nivel del peligro de fuga y el peligro procesal exista, pero “puede razonablemente evitarse” –según establece el artículo 287.1- sin necesidad de imponer una prisión preventiva. Es decir, existe un peligro latente pero no

²¹² Debemos entender como hecho punible leve aquel en donde la pena a imponerse no supera los cuatro años (ello, en contraposición a la pena superior a cuatro años que exige el dictado de prisión preventiva).

²¹³ Artículo 286(2): “También lo hará [dictar mandato de comparecencia simple] cuando, de mediar requerimiento Fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268°”.

suficiente como para imponer la prisión preventiva, ni tan leve como para que no concurran los supuestos materiales del artículo 268, y, por tanto, se deba aplicar un mandato de comparecencia simple. Puede ser razonablemente evitado mediante la imposición de restricciones, aquellas contempladas en el artículo 288. Para ello, el juez ordenará la ejecución de estas medidas de forma aislada o combinadas (artículo 287.2). En tercer lugar, de no cumplirse con las restricciones impuestas, el artículo 287.3 establece que el juez, previo requerimiento del fiscal, revocará dicha medida y la variará por la de prisión preventiva – para lo cual, evidentemente, será menester cumplir con los supuestos materiales propios de esta medida.

2) La detención domiciliaria

La detención domiciliaria encuentra regulación en el artículo 290 del NCPP 2004. Es la única medida alternativa que es impuesta de manera obligatoria por el juez, siempre y cuando el imputado sea mayor de 65 años, adolezca de una enfermedad grave o incurable, sufra de una discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, o sea una madre gestante. Resulta necesario también que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse de manera razonable con la imposición de esta medida (artículo 290.1).

La detención domiciliaria podrá cumplirse tanto en el domicilio del imputado como en otro lugar designado por el juez. Para garantizar el cumplimiento de esta medida, el juez no solo contará con la labor de resguardo que pueda realizar la Policía Nacional sino también con el trabajo –de cuidado- que realice determinada institución pública o privada. Una vez impuesta la medida de detención domiciliaria, el juez además podrá limitar la comunicación que tenga el imputado con determinadas personas. Asimismo, este artículo contempla la opción del juez de imponer el pago de una caución.

En cuanto al plazo de la detención domiciliaria, éste será el mismo que se fija para el de la prisión preventiva, para lo cual se aplicará lo dispuesto en los artículos 272 al 277 del NCPP 2004.

3) Internación preventiva

El internamiento preventivo es una medida alternativa dirigida a aquellos imputados que sufren de graves alteraciones mentales y su dictado, al igual que las anteriores medidas, es realizado por el juez. A diferencia de estas otras medidas, sin embargo, el juez requiere la opinión sobre el particular de un especialista, la cual se manifestará en un examen pericial. Del propio artículo 293 se puede desprender que el fin que se persigue con la dación de esta medida es el de proteger al propio imputado y a otros.

Los presupuestos para la aplicación de esta medida –dejando de lado el examen pericial–, en concreto, los mismos que para la prisión preventiva, con la excepción de la prognosis de la pena. Es decir, tiene que demostrarse la vinculación del imputado al delito investigado y el peligro procesal.

4) Impedimento de salida

El impedimento de salida al que hacen referencia los artículos 295 y 296 del NCPP 2004 se encuentra condicionado a que el delito por el cual se está investigando a determinada persona tenga una sanción superior a los tres años. Este impedimento no se limita a salir del país; podrá ser aplicable también a nivel regional, distrital, provincial, local.

Como toda medida restrictiva, está sujeto a ciertos procedimientos y plazos. En el primer caso, a lo dispuesto por los incisos 2 y 3 del artículo 279 del NCPP 2004, es decir, a la realización de una audiencia y a la posibilidad de impugnar la decisión que en ella se dé. En relación al plazo, el impedimento de salida no podrá durar más de cuatro meses. En caso de requerirse una prolongación, será por el mismo plazo impuesto originalmente y ciñéndose a las reglas establecidas para la prolongación de la prisión preventiva (artículo 274).

3. Estadísticas sobre el funcionamiento de la prisión preventiva

Como fuera mencionado anteriormente, Perú ha variado su aproximación al proceso penal, tal como lo han hecho muchos países de la región. Así, ha pasado de un modelo tradicionalmente inquisitivo y se ha decantado por el modelo acusatorio. Las razones para esto y los objetivos trazados, referente a la etapa de investigación preparatoria y a la imposición de prisión preventiva en particular, son también comunes a países cercanos y se resumen en: (1) la necesidad de hacer de la medida cautelar una decisión judicial verdaderamente excepcional y de ultima ratio, y (2) proveer al imputado la posibilidad de hacer efectivo el principio de contradicción y la igualdad de armas, obligando a que la decisión sobre la privación de su libertad se tome en una audiencia oral, pública, en un plazo inmediato y por un juez habilitado para ello.

Con estos objetivos en mente, presentamos brevemente la realidad de la prisión preventiva en Perú y su funcionamiento, en virtud de lo cual se podrá analizar si efectivamente la aplicación de la misma viene utilizándose de manera adecuada, siguiendo los preceptos normativos establecidos por el NCPP 2004.

a. Frecuencia de la prisión preventiva

De acuerdo con la información oficial publicada por el MINJUS²¹⁴, del total de denuncias que llegaron a manos del Ministerio Público afirmando la comisión de un delito entre julio 2006 y marzo 2010, en los distritos donde ya estaba vigente el NCPP 2004, sólo el 2% fue luego sujeto de un requerimiento de prisión preventiva.²¹⁵ De estos requerimientos, el 76% fue encontrado fundado, dictando prisión preventiva para el imputado.

De manera similar se publicaron datos oficiales para algunos distritos judiciales. Por ejemplo, en La Libertad, el total de requerimientos de prisión preventiva en el período comprendido entre abril de 2007 y marzo 2010 sumó 941 casos, representando sólo un 2% de la totalidad de denuncias. Según el MINJUS, el 83% se declaró fundado²¹⁶. En Arequipa, luego de dos años

²¹⁴ MINJUS. Secretaria Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F).

²¹⁵ Datos oficiales sobre el número de requerimientos de prisión preventiva son sistemáticamente recabados y presentados por el Ministerio de Justicia con referencia al número total de denuncias, y no sobre el número de casos en etapa de investigación preparatoria. Consultados al respecto, explicaron no contar ni tener acceso al número de denuncias que son formalizadas por el Ministerio Público.

²¹⁶ Sobre este porcentaje vale resaltar que según la información publicada por el MINJUS, la cifra que consta en la gráfica es que el 17% de requerimientos son fundados; sin embargo, en la explicación a la gráfica se hace referencia al nivel de aplicación pero se señala que el 17% serían infundadas. Fuente: MINJUS. Secretaria Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F: p.240).

de entrada en vigencia del NCPP 2004, período comprendido entre octubre 2008 y marzo 2010, de todas las denuncias presentadas sólo un 1% tuvo requerimientos de prisión preventiva; y, de ellos, se declaró fundado el 80%.

Buscando ahondar en mayores detalles, estadísticas publicadas por el Ministerio Público sobre el nuevo proceso penal reflejaron lo siguiente²¹⁷: en primer lugar, en el período de diez meses entre el 2009 y 2010, La Libertad registró un total de 32.063 denuncias, de las cuales 2.229 (7%) pasaron a etapa de investigación preparatoria, abriéndose así un caso penal para cada una. En segundo lugar, de ese número, 781 casos fueron sujeto de requerimientos de prisión preventiva, esto es, el 35% (y el 2.4% del total de denuncias). Finalmente, de ellos, el 69% (537 casos) fueron encontrados fundados, 16% fueron denegados y 15% se encontraban aún en proceso.

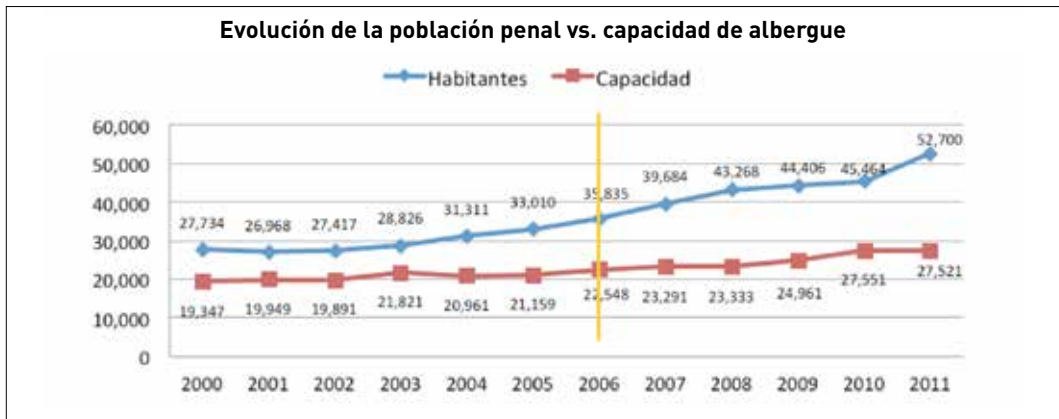
De forma similar, en Arequipa, en el mismo período, hubo un total de 39.219 denuncias ingresadas, de las cuales 1.383 pasaron a etapa de investigación preparatoria. De esa cifra, 453 casos (33%) fueron sujetos a requerimientos de prisión preventiva (1.2% del total de denuncias), de los cuales el 55% (250 casos) fueron concedidos, 13% (59 casos) fueron denegados y 32% (144) se encontraban aún en proceso.

Como se puede observar de las cifras expuestas, tanto el MINJUS como también el Ministerio Público presentan un escenario en el cual el porcentaje de requerimientos de prisión preventiva respecto del total de denuncias presentadas ante el fiscal es bajo. Si bien esto favorecería un argumento sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva, el porcentaje sube significativamente cuando se observa en más detalle que el Ministerio Público solicitó prisión preventiva en alrededor del 35% y el 32.7% de casos – ya no de denuncias – que consideró meritorios de pasar a proceso de investigación fiscal. En otras palabras, un tercio de los casos bajo investigación preparatoria son sujeto de un requerimiento de prisión preventiva.

Vemos también que alrededor de tres de cada cuatro pedidos de prisión son concedidos. Esto puede interpretarse desde dos puntos de vista: por un lado, puede reflejar una tendencia judicial a imponer prisión preventiva a casi todo el que pasa por una audiencia para tal efecto. Por el otro, podría argumentarse a favor del Ministerio Público en el sentido de que sólo aquellos casos para los que considera necesaria la medida y se ve en capacidad de justificarla (un tercio) son los casos en los que hará el requerimiento respectivo. A partir de la data recolectada y los objetivos de esta investigación, sin embargo, fue imposible confirmar alguna de las dos opciones. De hecho, fue imposible determinar los criterios utilizados por el Ministerio Público en su accionar diario para determinar la viabilidad penal de cada denuncia recibida.

²¹⁷ Ministerio Público. Fiscalía de la Nación. Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP. (S/F).

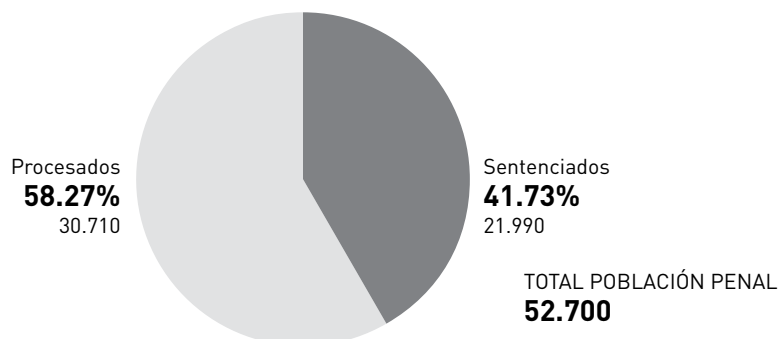
b. El sistema penitenciario y la condición procesal de las personas privadas de libertad



Fuente: INPE, datos actualizados a junio de 2012.

*La marca en 2006 indica entrada en vigor del NCPP 2004

Respecto a las condiciones del sistema penitenciario y tomando cifras de 2011²¹⁸, existen en Perú 67 establecimientos penitenciarios, con una capacidad total de albergue de 28.251 personas. Actualmente albergan a 53.971 internos. Se da, por tanto, una sobrepoblación de 25.714 presos, lo cual representa 91% de sobrepoblación. Por cada 100.000 habitantes hay 180 personas presas²¹⁹.



Fuente: INPE, datos actualizados a junio de 2012

²¹⁸ Último balance anual presentado por INPE.

²¹⁹ Pérez (2012).

Asimismo, la población penal en el 2011 se dividía de la siguiente manera: el número de procesados detenidos en un establecimiento penitenciario se elevaba a 30.710 internos o 58% (tomando como total la cifra oficial del INPE de 52.700 presos). Sólo 21.990 internos o el 42% se encontraban cumpliendo una pena privativa de libertad.

De acuerdo con información publicada por el INPE²²⁰, en el año 2011 once departamentos tenían una población penal en calidad de procesados que superaba aquella población penal en calidad de sentenciados²²¹.

Vale mencionar que no existe ningún tipo de registro que constate, en ninguno de los penales, la separación física entre procesados y condenados, tal como dictan las normas de derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, cabe señalar que los delitos por los que se encuentra el mayor número de presos en los establecimientos penitenciarios son: el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado (29.24%), el tráfico ilícito de drogas (TID) con 24.78%, y posteriormente los delitos contra la libertad sexual con un 9.96%²²².

4. Interferencias en la independencia judicial

Habiendo considerado la dinámica de aplicación de la prisión preventiva en Perú, pasaremos a desarrollar el punto central de la presente investigación: la interferencia en la independencia judicial y su impacto en los procesos de prisión preventiva.

El análisis consta de dos momentos: parte de identificar el contexto en el cual los operadores de justicia llevan un proceso de prisión preventiva, y ver en qué medida dicho contexto contribuye o no a crear un clima propicio para la interferencia en tal proceso. Para ello, se considerarán aquellos factores que componen un contexto determinado y de qué manera la combinación de éstos puede constituir una afectación en el proceso.

Posteriormente, se analizarán fuentes de interferencia puntual, identificando las principales características y elementos que pueden generar presión en los operadores judiciales.

A modo de aclaración, la diferencia entre una interferencia a partir del clima en que se desarrolla el proceso y una interferencia puntual radica en que la primera se constituye por el contexto en el cual los operadores de justicia desarrollan sus funciones. Los factores que lo componen no se vinculan necesariamente de manera directa con el caso. Por su parte, la in-

²²⁰ MINJUS e INPE. Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Unidad de Estadísticas. Estadística de Población Penal (2011).

²²¹ Los casos más resaltantes se encuentran en departamentos pequeños y alejados de la capital. En el departamento de Pasco de un total de 141 presos, sólo 24 son sentenciados mientras que 117 son procesados; es decir, el 82% de la población penal. Asimismo, en el departamento de Apurímac, de un total de 378 presos, 115 son sentenciados y 263 son procesados, esto es, el 70% de la población penal. De manera similar es el caso del departamento de Madre de Dios en el cual hay una población penal total de 429 presos, de los cuales 91 son sentenciados y 338 son procesados, es decir, el 79% de la población penal.

²²² Pérez (2012).

terferencia puntual se compone por circunstancias que generan una presión directa sobre los operadores de justicia durante el proceso de prisión preventiva y parte de factores vinculados directamente con el caso específico.

Para dicho análisis se utilizaron instrumentos metodológicos tales como entrevistas a informantes calificados y operadores del sistema de justicia, el estudio de cinco casos emblemáticos de procesos de prisión preventiva y un proceso disciplinario por el organismo de control.

a. El clima o contexto en el cual se desarrolla el proceso de prisión preventiva

La interferencia en la independencia judicial se ve muchas veces facilitada por el desarrollo de un clima o contexto determinado. Tal contexto se construye a partir de circunstancias particulares afectando a la sociedad y el ambiente en el que se discute la imposición de la medida. Entre las principales circunstancias se identifican temas de interés público como cuestiones coyunturales de nivel político, socioeconómico y/o cultural. Algunos de estos factores perduran en el tiempo e influyen en un amplio número de casos.

A lo largo de esta investigación encontramos los siguientes:

1) Coyuntura y realidad nacional²²³

Dentro de la realidad nacional, identificamos primero a la inseguridad ciudadana, tanto percibida como real. Según una primera encuesta llevada a cabo por la organización Ciudad Nuestra en 2011 a nivel nacional, el 71.9% de ciudadanos se sentían algo o muy inseguros frente a la posibilidad de ser víctimas de un delito. Asimismo, el 41.3% de peruanos a nivel nacional fue víctima o algún miembro de su hogar fue víctima de un delito²²⁴. Ello necesariamente contribuye al reclamo de impartición de justicia y discursos de “mano dura”, tanto de la población como de la clase política²²⁵.

Así, y de acuerdo con la opinión del abogado Carlos Yábar²²⁶ este tipo de interferencia afectaría mayormente a los jueces de investigación preparatoria, quienes luego deben decidir sobre qué medida cautelar imponer. Esto, en su opinión, se vería agravado en algunos distritos judiciales, entre ellos Huaura, donde muchos de los jueces de primera instancia desempeñan sus

²²³ Para efectos del presente texto, entenderemos como realidad nacional características y/o procesos de amplio alcance y prolongación en el tiempo, versus situaciones más específicas y concretas, propias de un tiempo corto y lugar particular a las que llamaremos coyuntura.

²²⁴ Cf. Ciudad Nuestra (2011: p.2). De acuerdo con la Corporación LatinoBarómetro (2011: p. 66) esta relación entre los niveles de percepción de inseguridad y la delincuencia es una realidad que se vive a nivel regional en todo América Latina.

²²⁵ En Lima es posible identificar múltiples ejemplos de autoridades públicas pronunciándose a favor de la mano dura. A continuación algunos ejemplos: “El fiscal de la Nación, José Antonio Peláez, propuso que se eliminen los beneficios penitenciarios a los hampones que cometan robo agravado a mano armada y homicidio”, En: Perú21 (9 de agosto de 2011). Coronel Carlos Remi, Jefe del escuadrón de Emergencia: “No permitiremos que estos criminales continúen en las calles, como si nada.” Criminales no deben dejar las cárceles”. En: La República (14 de agosto de 2011). Enrique Mendoza, Jefe de la OCMA: “Los beneficios penitenciarios solo deben ser para los primarios que no hayan cometido delitos graves”. En: El Comercio (9 de agosto de 2011).

²²⁶ Dr. Carlos A. Yabar Palomino, abogado privado del distrito judicial de Huaura, experto en el NCPP 2004. Los detalles de la entrevista se pueden encontrar en el Anexo 3. Entrevista 1.

funciones en calidad de jueces provisionales²²⁷. Ante la vulnerabilidad de dichos puestos en la jerarquía judicial, los magistrados podrían verse inclinados a tomar decisiones que no choquen con la exigencia social de aplicar “mano dura” contra la delincuencia y el temor al escándalo mediático.

Consultado sobre esto, el Dr. Añanca, juez de investigación preparatoria en Huaura manifestó lo siguiente: “Yo personalmente no he tenido una experiencia directa con los medios pero siempre hacen una corriente de opinión que pesa en la colectividad pero los magistrados no estamos sujetos a ninguna presión u opinión en base a ello”²²⁸.

Un segundo factor de análisis estrechamente vinculado al anterior fue la influencia de ciertos temas de coyuntura nacional, tales como el clima de conflictividad social que se vive en varios puntos del país. Asumido por cierto sector de la población como un tema principalmente delincencial, la solución pasaría, nuevamente, por imponer “mano dura”.

Ejemplo de ello es el caso de los Serenos de Espinar²²⁹. En este caso, los hechos se dieron en un contexto de violencia en la localidad de Espinar debido a conflictos sociales entre la empresa minera Xtrata Tintaya y los pobladores de la localidad. Los trabajadores de seguridad de la Municipalidad de Espinar pertenecientes a la unidad de Serenazgo (de ahí que sean conocidos comúnmente como Serenos²³⁰) fueron acusados de una serie de delitos contra el orden público, luego de una campaña fuerte de medios²³¹ exigiendo que todos los responsables de los disturbios – no los Serenos específicamente – en Espinar recibieran sanciones legales y que se pusiera mano dura para establecer el “principio de autoridad” en esta región.

A raíz de ello, el Presidente de la República convocó a una reunión a los titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público. En esta reunión se decidió, por cuestiones de orden público, trasladar todos los casos judicializados a raíz de los disturbios al distrito judicial de Ica, violando el principio de juez natural.

A partir del caso específico, se puede advertir que a raíz de la coyuntura nacional del momento, léase la creciente preocupación con respecto a los conflictos sociales existentes, se creó un clima de crítica y rechazo por la impunidad de los responsables de los disturbios. Sumado al rol cumplido por los medios en la medida que propagaban la noticia, se propició un espacio para que se ejerza una interferencia por parte del gobierno.

²²⁷ En Perú se conoce como jueces provisionales a aquellos llamados a ocupar temporalmente una plaza superior vacante. Lamentablemente, la designación y/o remoción de jueces de dichas plazas responde a criterios no establecidos públicamente, volviéndose una herramienta potencial de premio o castigo y ergo de presión sobre la actuación del magistrado.

²²⁸ Dr. Laureano Añanca Chumbe, Juez Supernumerario del Juzgado Penal Liquidador de Huaura. Los detalles de la entrevista se encuentran en el Anexo 3. Entrevista 2.

²²⁹ El resumen del caso se puede encontrar en el Anexo 1. Caso 1 del presente informe.

²³⁰ Los denominados “serenos” pertenecen a la unidad de Serenazgo regulada por la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

²³¹ Reseña de los hechos y de las medidas adoptadas por los actos de violencia se pueden encontrar en: RPP (31 de mayo de 2012); El Comercio (29 de mayo de 2012); y El Comercio (29 de mayo de 2012b).

El punto importante de advertir con este ejemplo es que dicho escándalo surgió principalmente por la preocupación sobre el trato y reacción del Estado a los conflictos sociales existentes en el país y la violencia generada a raíz de los mismos. Así, el clima en este caso se construye a partir de una realidad nacional de importante sensibilidad para la opinión pública.

En suma, la coyuntura y realidad nacional son un factor importante, duradero en el tiempo que contribuye a un clima propicio para la aparición de interferencias concretas. Como veremos a continuación, mucho de esto se ve multiplicado por el impacto de los medios de comunicación.

2) Medios de Comunicación

Luego de analizar los casos emblemáticos materia de estudio y la respuesta de los medios de comunicación frente a ellos, cabrían pocas dudas respecto de que los medios serían uno de los principales generadores de un clima que propicia interferencias en procesos de justicia antes del juicio.

Carlos Cerna²³², periodista de Trujillo, distinguió entre “*medios de comunicación éticos y serios de otros sensacionalistas*”. Del análisis realizado fue posible verificar la existencia de diferencias en el enfoque que diversos medios de comunicación le dan a un mismo hecho noticioso. Un ejemplo de esta diferencia entre los medios se vio en la manera como se cubrió el caso de Abencia Meza, cantante folklórica acusada de asesinar a su pareja, la también cantante folklórica Alicia Delgado²³³. Al llevarse el caso en vía judicial, luego de un primer mandato de prisión preventiva impuesto en contra de Meza, se varió la medida por una comparecencia restrictiva²³⁴. No obstante, tiempo después de salir en libertad se inició un debate público sobre una posible revocación de la comparecencia debido al comportamiento demostrado por la procesada.

Medios como el diario Ajá, de corte popular, difundieron la noticia en los siguientes términos: “[El penal] Santa Mónica la espera”²³⁵ y “Abencia Meza manejó ebria y podría volver a prisión”²³⁶. Por otro lado, el diario El Comercio (más comedido en su lenguaje), publicó titulares como “Abencia Meza podría volver a prisión por violar normas de conducta”²³⁷ y “Abencia Meza podría perder libertad condicional por manejar ebria”²³⁸. Claramente algunos medios de comunicación son más cuidadosos con el manejo de la información que otros.

Paralelamente, según señalaron otros informantes calificados²³⁹, la primera acción de los medios es criticar el trabajo realizado por las instituciones del Estado. Posteriormente, una vez que

²³² Carlos Cerna Bazán, periodista en el departamento de Trujillo. Los detalles de la entrevista se pueden encontrar en el Anexo 4.

²³³ El resumen del caso de encuentra en el Anexo 1: Caso 1 del presente informe.

²³⁴ Como fuera descrito supra, la comparecencia restrictiva es una medida cautelar por la que se impone restricciones a la libertad de movimiento y reunión al imputado, pero que no llegan al extremo de la detención en un centro penitenciario. Cf. Artículo 287 NCPP 2004.

²³⁵ Cf. Ajá (11 de octubre de 2011).

²³⁶ Cf. Ajá (20 de setiembre de 2011).

²³⁷ Cf. El Comercio (24 de julio de 2011).

²³⁸ Cf. El Comercio (20 de setiembre de 2011).

²³⁹ Los detalles de las entrevistas se pueden encontrar en el Anexo 4 correspondiente a las entrevistas con informantes calificados.

se inicia el proceso, las críticas de los medios se dirigen a los operadores de justicia involucrados en el caso: el juez y el fiscal. Todo ello se incrementa si no se dicta la prisión preventiva.

Esta crítica a las instituciones del Estado se ve reflejada en el caso de Walter Oyarce, joven de 23 años hincha de Alianza Lima –club de fútbol limeño- que murió al ser empujado de un palco en el estadio Monumental durante un partido entre dicho equipo y Universitario de Deportes (equipos peruanos de máxima rivalidad). Viendo que el hecho ocurrió a raíz de disturbios generados por los hinchas del equipo perdedor (Universitario de Deportes) y sin perjuicio de los comentarios específicos referidos al caso, los hechos generaron un clima de fuerte crítica con respecto a la seguridad en los estadios y contra el trabajo de las autoridades.

Ejemplo de ello, si bien referido a la policía específicamente, es el artículo publicado por el diario Diario16 en el cual se expresa la indignación por la actuación de la policía con argumentos como los siguientes: “Ni los cuatro mil policías dispuestos para brindar seguridad al clásico fueron suficientes” o “En el colmo de la vergüenza, los agentes policiales encargados de la seguridad de dicha zona no solo no cumplieron con su misión, sino que tras haber capturado a los agresores los dejaron ir, debido a la presión de los amigos”²⁴⁰.

Finalmente, la combinación de ambos temas, la coyuntura y realidad nacional con el trabajo de los medios de comunicación, suma mediante la retroalimentación mutua a un clima doblemente propicio para una interferencia sobre la aplicación de la prisión preventiva. En efecto, los medios de comunicación no sólo reportan sino que contribuyen –mediante sus informativos- a la construcción de la coyuntura en la que prima el saludo al castigo y la mano dura, dejando de lado la problemática que este tipo de políticas que privilegian la sanción penal puede acarrear.

b. Interferencia puntual

Tal como mencionamos más arriba, la diferencia entre la interferencia ejercida a partir de un clima determinado y la interferencia puntual se basa en que esta última se constituye por acciones que influyen y buscan influir directamente en un caso en particular.

La interferencia a los procesos judiciales involucra en distinto grado a diversos actores, desde los participantes directos en los hechos y sus allegados (el o las víctimas, sus familiares, el o los procesados, su propio grupo social) hasta altas autoridades públicas. A continuación desarrollaremos en qué medida y de qué modo cada uno de ellos interfiere en el proceso, empezando por aquellos altamente influyentes y siguiendo con aquellos que, a pesar de no tener un vínculo de igual intensidad con el caso, aun así pudieron influir sobre su devenir.

5. Actores de la interferencia

a. Autoridades públicas

Luego de realizar un análisis detallado del grupo de casos emblemáticos elegidos, fue posible identificar que las autoridades públicas son capaces de generar una interferencia de tres maneras: primero, a través de *conversaciones directas* con los operadores de justicia involucrados en el

²⁴⁰ Ver: Diario 16.com.pe (25 de septiembre de 2011).

caso; luego, tomando medidas directas sobre el mismo proceso; y, por último, a través de declaraciones públicas brindadas a medios de comunicación. Si bien estas acciones no son comunes a todas las autoridades públicas, a continuación proporcionamos algunos ejemplos que permiten notar cómo –al actuar de determinada manera- son capaces de ser fuertes actores que ejercen una presión sobre el proceso de imposición de prisión preventiva.

Con respecto a aquellas conversaciones directas, podemos citar el caso, según fue narrado por diversas fuentes en entrevistas separadas²⁴¹, de las acciones realizadas por la entonces Ministra de la Mujer, Ana Jara, en el año 2011 en el distrito de Huaura. Si bien no fue un caso penal emblemático en el sentido de recibir cobertura masiva en los medios, vale la pena resaltar lo ocurrido debido al impacto directo que tuvo sobre el proceso de prisión preventiva.

La actuación de la Ministra de la Mujer se dio a raíz de tomar conocimiento del caso de una mujer involucrada en una situación de violencia de género. Los hechos cobraron gran relevancia a nivel local luego de que la víctima fuera golpeada y quemada con agua hirviendo por su esposo en agosto de 2011.

Al llevarse el caso en sede judicial, el juez de investigación preparatoria desestimó imponer prisión preventiva en primera instancia, basándose en el informe preparado por el médico legista, quien calificó las consecuencias del agravio contra la mujer como “lesiones leves”. Según el Código Penal, dicha calificación implica que la conducta del agresor podrá sancionarse con una pena de menos de cuatro años de pena privativa de libertad, imposibilitando así – tal como se vio al presentar el marco legal peruano - la concurrencia de los tres requisitos materiales para la aplicación de la medida cautelar. Al tomar conocimiento de los hechos, la Ministra de la Mujer acudió al distrito de Huaura, solicitando comunicarse directamente con el médico legista y criticando el actuar del Juzgado.

Según lo informado por los medios, la Ministra se reunió efectivamente con el médico legista para exigirle una calificación distinta sobre las lesiones. Según declaraciones del propio médico legista, la Ministra le “[exigió] que modifique el certificado médico legal y que eleve la calificación a más de 30 días de incapacidad médico legal”²⁴². Poco después, el médico legista modificó su diagnóstico calificando las lesiones de la víctima como lesiones graves, permitiendo así que se variara la medida por una de prisión preventiva en segunda instancia. Queda claro que, aún cuando lo realizado por la Ministra podría interpretarse como un esfuerzo máximo por defender los derechos de la mujer tal como establece su mandato, se trata igualmente de una interferencia puntual desde el Poder Ejecutivo sobre un caso judicial y, por tanto no el mecanismo más adecuado.

La segunda manera en que las autoridades serían capaces de ejercer interferencia puntual en el proceso es a través de medidas judiciales directas. Ejemplo de ello es lo sucedido a raíz de los conflictos sociales en Espinar. Tal como reseñamos anteriormente, el clima de crítica

²⁴¹ El detalle de las entrevistas se encuentra en el Anexo 3: entrevista al Dr. Añanca, Juez de Investigación Preparatoria; entrevista al Dr. Reyes, Juez Presidente de Sala de Apelaciones del distrito de Huaura ;y, entrevista al Dr. Rodas, Fiscal en el distrito judicial de Huaura.

²⁴² Declaraciones del médico legista, Dr. Jorge Albinez Pérez. Ver: La Jornada (7 de agosto de 2012).

pública por la supuesta impunidad de los procesados, la fuerte campaña crítica de los medios y la preocupación general respecto de los conflictos sociales coyunturales al momento de los hechos, llevaron al Estado a tomar medidas directas. La decisión de trasladar todos los casos judicializados al distrito judicial de Ica, si bien no ejerció presión directamente sobre la toma de decisiones respecto de imponer o no prisión preventiva, sí generó una situación de indefensión en los procesados al disminuir su capacidad de recolección de pruebas, la colaboración y apoyo de su familia y entorno, y los alejó de sus centros de labores y domicilios.

Por último, las autoridades públicas también ejercen interferencia puntual sobre el proceso a través de declaraciones públicas, aun si en menor intensidad que las conversaciones directas y la toma de medidas afectando el caso específico.

En el caso de Huaura y el médico legista, la Ministra de la Mujer brindó declaraciones públicas a distintos medios de la localidad, expresándose de la siguiente manera: “es una vergüenza la clase de médicos que tiene el instituto de medicina legal que tiene Huacho, (Dr. Jorge Albinez Pérez) (...) exijo que se aplique las leyes en un estado de derecho, estos hechos no deben quedar impunes”²⁴³. Entre otras declaraciones también expresó: “yo exhorto a los operadores de derecho a ponerse los pantalones y a devolverle la credibilidad en [sic] la justicia peruana, y le den detención preventiva al agresor [*nombre completo del imputado*], porque el Centro de Emergencia Mujer de Huacho va a pedir la medida de protección, es decir, que el agresor no regrese a la casa”. Ello inclusive llevó a que se generaran titulares como: “Ministra de la Mujer causó revuelo en Huacho: Sobre caso de esposa maltratada y quemada pidió detención preventiva por tentativa de feminicidio”²⁴⁴.

Similar situación ocurrió en el caso de Carlos Cacho, personaje público por su trabajo como conductor de televisión y maquillador. Las circunstancias especiales del caso se dieron a partir de que el Sr. Cacho atropelló a un peatón manejando bajo los efectos del alcohol y sin licencia de conducir al momento de los hechos. Una vez iniciado el proceso judicial en su contra, la jueza Morocho Mori dictó mandato de comparecencia restringida en primera instancia. El Ministro del Interior, Oscar Valdéz, criticó públicamente el fallo del Juzgado²⁴⁵. Sus declaraciones fueron difundidas por la prensa y, con posterioridad, se varió el mandato de comparecencia restrictiva por uno de prisión preventiva.

Por último, cabe señalar que, de acuerdo a informantes calificados consultados, si bien las autoridades públicas –al menos en provincias²⁴⁶– sí estarían a disposición de los medios y existiría un alto grado de acceso para conversar de los temas de interés de esta investigación,

²⁴³ Declaraciones de la Ministra de la Mujer sobre el incidente en Agosto de 2012. Ver: Huacho. En Línea. Com (6 de agosto de 2012); Región Lima Noticias (6 de agosto de 2012); Norte Chico (6 de agosto de 2012); Frecuencia Latina. En: [http://www.frecuencialatina.com/mediaplayer/flvplayer_90.php?not=1/4760]; y Buenos Días Perú. En: [http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=LDlJb11qM8].

²⁴⁴ Ver: La Jornada (7 de agosto de 2012).

²⁴⁵ El resumen del caso se puede encontrar en el Anexo 1. Caso 2 del presente informe. Asimismo, ver: El Comercio (28 de octubre de 2010).

²⁴⁶ La distribución territorial-administrativa del Estado peruano se divide en departamentos o regiones, conformados por una serie de Provincias. Por otro lado, la administración de justicia se divide en distritos judiciales, los que responden a otros criterios de distribución.

pocas veces tomarían ellas la iniciativa de buscar dar declaraciones. De acuerdo con periodistas entrevistados²⁴⁷, esto se debería a temor de que los medios de comunicación publiquen críticas fuertes contra su trabajo.

Así, en opinión de Carlos Cerna, periodista de Trujillo, se trataría de un cambio importante dado a partir de la implementación del NCPP 2004. En su entrevista recordó que bajo el régimen del antiguo código procesal era muy difícil encontrar autoridades abiertas a prestar declaraciones. Ahora existiría un mayor énfasis en generar una impresión de transparencia de la gestión, algo que, en su opinión, respondería a una política sólida al respecto. Destacó que inclusive el Ministerio Público en Trujillo tiene ahora oficinas de prensa que emiten notas de prensa con frecuencia.

Esto sería reflejo de un impacto positivo que, en líneas generales, ha tenido la implementación del NCPP 2004 y su objetivo de promover la transparencia y la publicidad del proceso.

b. Los medios de comunicación

Si bien los medios de comunicación son considerados como factor que contribuye a generar un clima propicio para la interferencia –según lo desarrollado anteriormente– también ejercen una interferencia puntual. Hacen esto a través de tres vías: en primer lugar, canalizan la interferencia de otros actores al utilizar su capacidad de llegada a la población para difundir sus posiciones, sea reportando hechos o dando cabida a mensajes u opiniones directas. En segundo lugar, expresan sus propias opiniones o posiciones sobre el caso o el clima que lo rodea, a través de editoriales u otros mensajes, en lo que podría identificarse como la posición editorial del medio. Finalmente, interfieren con el trabajo de recopilación de testimonios, evidencias y otros elementos realizando trabajos de *investigación* propios. Esto, si bien en teoría sería parte del rol indagador de la prensa (en algunos casos se han incluido trabajos periodísticos como pruebas al proceso penal)²⁴⁸, en la práctica no siempre se lleva a cabo con la rigurosidad e imparcialidad necesarias, generando mayor confusión alrededor de los hechos y del trabajo judicial.

Respecto a la primera vía de interferencia, y de acuerdo con las impresiones de los informantes calificados entrevistados, estaríamos ante un nivel de interferencia trascendental. Según la información recabada, los medios sirven como enlace para exponer a los distintos actores involucrados ante la opinión pública y dan una apreciación diversa sobre los hechos. Es así como los medios de comunicación se utilizan para publicar los *alegatos* de todas las partes del proceso: abogados, fiscales, familiares de la víctima y/o del procesado, autoridades públicas e inclusive –de ser el caso– celebridades o personalidades diversas que se ven remotamente involucradas en el caso o simplemente tienen una opinión sobre él.

Prueba de ello son las diversas declaraciones registradas durante el análisis de medios realizado²⁴⁹. De los ejemplos presentados a lo largo del presente informe, vemos cómo existe una

²⁴⁷ Entrevista con Juan Valderrama, periodista en el departamento de Arequipa.

²⁴⁸ Como se desarrollará en los siguientes párrafos, esto sucedió en los casos de Walter Oyarce y Abencia Meza. El resumen del caso se puede encontrar en el Anexo 1. Caso 5 correspondiente a Walter Oyarce y Caso 4 correspondiente a Abencia Meza.

²⁴⁹ Para enumerar algunos ejemplos: las declaraciones de los propios imputados en el caso de los Serenos de Es-

abierta disposición de los medios a publicar o transmitir declaraciones de cualquiera o todos los actores involucrados, sea por criterios periodísticos o comerciales.

La segunda vía de interferencia se ve claramente a través de la posición editorial del medio, normalmente a través de su editor general. Sirva como ejemplo el caso del juez Mollinedo, del distrito judicial de Amazonas²⁵⁰. El caso surge a raíz del proceso llevado en contra de cuatro pobladores indígenas procesados por el asesinato de doce policías en la base de PetroPerú. Los hechos ocurrieron en junio de 2009 durante un episodio de alta conflictividad social en la localidad de Bagua. En un primer momento, un juez de primera instancia determinó la aplicación de prisión preventiva para los cuatro procesados. Sin embargo, al apelarse la decisión, la Sala presidida por el juez Mollinedo determinó que -de acuerdo a ley- no se cumplirían los presupuestos materiales requeridos para imponer la prisión preventiva. Por esta razón, en noviembre del mismo año, revocó la medida aplicando en su lugar comparecencia con restricciones para los cuatro procesados.

La decisión tomada por el Juez Mollinedo no generó mayor impacto hasta 2010. El 8 de enero de tal año, el diario *Correo* (de importante rotación a nivel nacional) publicó en su portada el siguiente titular “¡MASACRE IMPUNE! No hay ningún detenido por la cruel tortura y cobarde asesinato de 12 policías en base de Petroperú a manos de nativos. El juez Hugo Mollinedo increíblemente liberó a 4 sospechosos...”. A partir de este hecho, la decisión del juez de segunda instancia recibió duras críticas por parte de la opinión pública ante la supuesta impunidad de los sospechosos y la falta de justicia con respecto a los policías asesinados. Poco tiempo después, la OCMA²⁵¹ inició un proceso disciplinario en contra del Juez Mollinedo por la variación de la medida de prisión preventiva a favor de comparecencia restrictiva. La opinión pública consideró, entonces, que la investigación iniciada surgió como respuesta al escándalo mediático producido a raíz de la decisión del Juez Mollinedo. Cabe recordar que la decisión jurisdiccional se tomó en el mes de noviembre de 2009; el titular del diario y el inicio de las investigaciones de la OCMA se dieron casi dos meses después.

También se deja sobreentendida cierta interferencia a través de métodos menos directos, como los enfoques dados a las distintas notas, los titulares y espacios concedidos entre el conjunto de contenidos publicados. Ejemplo de ello se puede observar en el caso de Walter Oyarce, en el que los conductores del programa *Enemigos Públicos*, de Panamericana Televisión, presentaron diversas opiniones sobre los hechos²⁵². Lo mismo puede observarse en el caso del señor

pinar. Ver: RPP (3 de julio de 2012). Igualmente, las declaraciones de Gisela Valcárcel (conductora de televisión) sobre el caso de Carlos Cacho. Ver: *El Comercio* (5 de noviembre de 2011). Asimismo, las declaraciones del abogado defensor en el caso de Abencia Meza. Ver: [<https://www.youtube.com/watch?v=h2oJnuAQRGU>]. Y las declaraciones del abogado y del hermano de Eva Bracamonte (acusada por el asesinato de su madre, la empresaria Miriam Fefer). Ver: [<https://www.youtube.com/watch?v=R8iiZyvqJ2U&feature=related>].

²⁵⁰ El resumen del caso se encuentra en el Anexo 2, Caso 1: Proceso disciplinario en contra del Juez Superior Hugo Mollinedo Valencia, Investigación N° 381-2010-Amazonas.

²⁵¹ Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) regulada por el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Según se establece en el artículo 102, la OCMA es “el órgano que tiene por función investigar regularmente la conducta funcional, la idoneidad y el desempeño de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales del Poder Judicial”.

²⁵² Ir a comentarios en: [<http://www.youtube.com/watch?NR=1&feature=endscreen&v=ncLPYUioI94>].

Cacho²⁵³. Específicamente, en el caso de medios escritos, es posible mencionar la editorial del diario El Comercio relacionada a los disturbios en Espinar. Si bien no menciona los hechos relacionados con los Serenos sujetos del proceso, sí denota una preocupación y crítica por el contexto del momento²⁵⁴.

En cuanto al trabajo de investigación por parte de los medios de comunicación, en muchos casos de interés público equipos realizan trabajos paralelos de investigación, e incluso, de seguimiento a la fiscalía y a los funcionarios del Poder Judicial a cargo. Se conoce que dentro de los medios más influyentes de Lima los diferentes equipos de producción cuentan con personal dedicado a la investigación de casos mediáticos. Un ejemplo es el caso Walter Oyarce, para el cual el programa televisivo Enemigos Públicos realizó una entrevista con uno de los acusados –el “Cholo Payet”- desde la clandestinidad y antes de que rindiera declaraciones ante el sistema de justicia.

En el caso de Abencia Meza, si bien en primera instancia se dictó mandato de prisión preventiva, esta medida se varió posteriormente por un mandato de comparecencia restringida que establecía como regla de conducta, *inter alia*, que la procesada debía abstenerse de dar cualquier tipo de declaración a los medios de comunicación. Luego de reiteradas violaciones a dicha regla, y a fin de que el fiscal solicitara la variación de la medida cautelar a favor de prisión preventiva, los medios de comunicación brindaron, a solicitud del propio Ministerio Público, la relación y copia de las declaraciones dadas por la imputada. En la propia resolución que dictó la prisión preventiva se detalla la lista de medios y declaraciones dadas²⁵⁵.

Podemos ver, entonces, cómo se utiliza, inclusive como parte de las propias decisiones del Poder Judicial, información difundida por los medios de comunicación.

Vale recalcar que este último tipo de interferencia por parte de medios de comunicación se daría con mucha mayor frecuencia en Lima, a través de medios de alcance nacional, que con medios de menores recursos en provincias. En efecto, según Juan Valderrama²⁵⁶, periodista de Arequipa entrevistado para esta investigación, la prensa de provincias no sólo no cuenta con los recursos para ello sino que necesitaría capacitar a un equipo especializado en casos judiciales que maneje la información del caso judicial sin desvirtuarla. Ello ocurriría principalmente debido a un grave desconocimiento de los términos técnicos y especializados de derecho penal.

Ejemplos de dicho desconocimiento son titulares como: “Liberan a acusado de balear a mamá de los 80”²⁵⁷ y “Fiscalía de La Esperanza aún no pide prisión para docente seductor”²⁵⁸. El uso del término “liberan”, sin especificar que se trata solo de una etapa del proceso y que aún no hay una liberación definitiva puede confundir a la población. Igual sucede con un titular como: “Vigilante acusado de violar a niño fue sentenciado a 9 meses de prisión preventiva”²⁵⁹. El uso

²⁵³ Al respecto, La República (10 de diciembre de 2011).

²⁵⁴ Ver: El Comercio (17 de junio de 2012).

²⁵⁵ Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 10 de octubre de 2011. Inc. N° 26704-2009. Considerando Tercero.

²⁵⁶ Entrevista con reportero Juan Valderrama de Arequipa.

²⁵⁷ Ver: [<http://satelite.laindustria.pe/vsatelite/noticia-liberan-a-acusado-de-balear-a-mama-de-los-80->].

²⁵⁸ Ver: La industria. Pe (25 de abril de 2012).

²⁵⁹ Ver: El Búho (28 de abril de 2012).

del verbo ‘sentenciar’ puede generar una falsa expectativa en la población de que el imputado del crimen ya ha sido condenado por la justicia.

Esta equivocación sobre los términos judiciales fue confirmada a la hora de realizar entrevistas a periodistas en calidad de informantes calificados: si bien conocen en profundidad los hechos de los casos, desconocen los términos técnicos empleados durante el proceso y los confunden. De igual modo se expresó el Fiscal de Apelaciones de Huara, el Dr. Solórzano²⁶⁰, quien identificó que en el trabajo de la prensa se actúa en una mayoría de casos sin conocimiento jurídico. Así, se tiende mucho a hacer alusión a la “justicia” o “mano dura” y a criticar a los principales funcionarios de la región, jueces y fiscales por igual, sin sustento legal. Solórzano aclaró que si bien esta interferencia por parte de los medios es fuerte, mayormente surtiría efecto en la opinión pública más no en los operadores del sistema de justicia.

c. Los órganos de control: la OCMA

El rol de la OCMA cobra importancia en la interferencia puntual como oficina de control y supervisión sobre los jueces. De acuerdo con información obtenida para la presente investigación, es posible inferir que -en ciertos casos- existiría un temor real por parte de los magistrados a ser investigados de no dictar mandato de prisión preventiva. Tal como indica el abogado público Dr. Huamán, entrevistado en Arequipa, “nadie se quiere meter con la OCMA”.

Un claro ejemplo de la interferencia ejercida por la OCMA que corrobora esta impresión se dio con el caso de Carlos Cacho. La oficina de control inició de oficio una investigación en contra de la jueza a cargo en virtud de no haber dictado la prisión preventiva contra el procesado a pesar de haber cometido diversas infracciones y ser acusado por delitos graves como delito contra la vida, el cuerpo y la salud, delito contra la seguridad pública y delito contra la administración pública²⁶¹. Si bien en primera instancia no se le dictó mandato de prisión preventiva, posteriormente se revocó la decisión y se aplicó la medida por nueve meses.

Asimismo, no hay que olvidar el caso del vocal Mollinedo. Aquí la OCMA fue un actor de influencia al cuestionar la labor del vocal Hugo Mollinedo por revocar la prisión preventiva y dictar un mandato de comparecencia restrictiva para los procesados del caso. Como se desarrolló anteriormente, el caso revelaría además que la OCMA actuó a partir de la presión que los medios, autoridades y opinión pública pudieron generar. Particularmente, se considera que esta investigación se inició a partir del titular publicado por el diario Correo.

Cabe agregar, con respecto a los procesos disciplinarios iniciados por la OCMA, que no es común que, al abrirse procesos contra jueces, salvo en muy pocas ocasiones, se haga seguimiento de dichos procesos por parte de los medios de comunicación. Asimismo, la OCMA tampoco publica las decisiones tomadas o el resultado de la investigación. Ello impide conocer los criterios utilizados por dicha institución para evaluar la labor de los jueces.

²⁶⁰ Entrevista con Fiscal Superior de Investigación del distrito de Huaura, Dr. Solórzano.

²⁶¹ Ver: Perú21. Pe (28 de octubre de 2010).

Más allá de los pronunciamientos oficiales de la OCMA haciendo mención a casos puntuales, fue imposible, pese a los reiterados pedidos directos y mediante la ley de acceso a la información pública, acceder a los expedientes de OCMA referidos a investigaciones a jueces vinculadas a la imposición o no de prisión preventiva. El único caso que pudimos conocer y analizar, al ser patrocinado por el IDL, fue el del vocal Hugo Mollinedo. Aun así, consideramos que el caso sentaría un claro precedente de presión sobre el futuro accionar de otros jueces.

d. La opinión pública: estereotipos y prejuicios públicos

El cuarto factor está relacionado a características específicas del caso en cuestión que disparan un interés especial en la opinión pública, en muchos casos por generar controversia y opiniones contrapuestas al respecto. En los casos mediáticos analizados para la presente investigación, los principales temas que generaron interés público y que surgieron de las propias características de los procesados fueron la fama, factores económicos, diferenciación de clases sociales, cuestiones referentes a orientación sexual, indefensión de las víctimas, conflictos amorosos o familiares, entre otros.

Este interés público surgiría a partir de un *sensacionalismo* alimentado por los medios y la curiosidad que genera ver involucrados a personajes que usualmente no ventilan problemas ante la justicia pero que se encuentran, de pronto, en una situación vulnerable. Es decir, son personas que responden a estereotipos y son en consecuencia *idealizadas* pero que, al verse envueltas en un proceso penal, específicamente con riesgo de prisión, se reducen –a ojos de todos– a ciudadanos comunes.

A continuación especificaremos aquellos estereotipos o prejuicios que llegarían a interferir con mayor a menor intensidad en el proceso de prisión preventiva:

1) Características del imputado o de la víctima

De acuerdo a la información proporcionada por informantes calificados para esta investigación²⁶², existiría la posibilidad de interferencia si el imputado cuenta con una situación económica solvente y/o si tiene familiares o contactos con abogados influyentes. En entrevistas a operadores judiciales específicamente, sin embargo, ninguno reconoció que se vieran influenciados por las características personales del imputado.

En el caso de Carlos Cacho²⁶³, se notó el prejuicio de que el imputado tendría solvencia económica por ser un personaje mediático²⁶⁴. El factor económico también jugó un rol en el caso del asesinato de Myriam Fefer²⁶⁵. Aquí, el factor económico jugó además un rol puntual en el proceso de prisión preventiva ya que uno de los elementos de convicción del juzgado fue que el móvil que llevó a Eva Bracamonte a asesinar a su madre fue el lucro.

²⁶² Entrevista con reportero Juan Valderrama de Arequipa.

²⁶³ El resumen del caso se puede encontrar en el Anexo 1. Caso 2 del presente informe.

²⁶⁴ Ello se vio claramente, si bien no específicamente en el proceso de prisión preventiva, durante el proceso principal ya que la defensa de la víctima solicitó un monto ascendente a S/. 600.000 Nuevos Soles (alrededor de 230 mil dólares US) como resarcimiento.

²⁶⁵ El resumen del caso se puede encontrar en el Anexo 1. Caso 4 del presente informe.

En el caso de celebridades nacionales y personajes públicos existiría una interferencia puntual en la medida en que existe el prejuicio de que por su condición mediática serán beneficiados con un trato preferencial, o impunidad. No obstante, de acuerdo a lo analizado en los casos mediáticos, el hecho de que sean celebridades se utilizó –al menos en esos casos- para dar el ejemplo y sentar un precedente “positivo” de justicia.

Al respecto, resulta curioso el caso de Carlos Cacho. Al ser un personaje público se consideró que, imponiéndole prisión preventiva –inclusive autoridades públicas se pronunciaron sobre el tema- su caso serviría como ejemplo para que la ciudadanía viera las consecuencias de cometer un delito. Ello, además, por los tipos de delitos que cometió: delito contra la vida, el cuerpo y la salud (lesiones graves), delito contra la seguridad pública (conducción de vehículo en estado de ebriedad en agravio de la sociedad) y delito contra la administración pública (resistencia y desobediencia a la autoridad en agravio del Estado). Incluso el Ministro de Transportes y Comunicaciones manifestó públicamente que el caso Carlos Cacho era un ejemplo de justicia²⁶⁶.

De lo anterior podría inferirse que las características personales del imputado pueden influir a favor como también en contra del propio imputado.

En el caso de Cacho se identifica no sólo su condición de personaje público y situación económica. Su orientación sexual acaparó también la atención de otros grupos de la población. Con este último factor vemos cómo un aspecto específico del caso genera opinión pública a favor y/o en contra con respecto a un tema tangencial pero todavía controversial como la homosexualidad²⁶⁷, la cual termina contribuyendo al grado de interferencia en el proceso.

En el mismo sentido, el caso de Walter Oyarce generó presión mediática no sólo porque el imputado pertenece a la clase media-alta sino también por el contexto en el que se dio: en un estadio de fútbol, escenario público y popular, donde en cierta medida cualquiera pudo haber sido la víctima. Este hecho conllevó a la exigencia de mayores medidas de seguridad y una mayor intervención de las instituciones del Estado. De hecho, el caso sirvió como instrumento para resaltar la inseguridad en los estadios, e, inclusive, para que el Congreso propusiera tomar medidas legislativas para los espectáculos deportivos. Asimismo, en el caso de los siete serenos en la localidad de Espinar, el caso reflejó el desorden dentro de la institución y la falta de respeto a la autoridad. Como vemos, son temas que surgen por las características del caso pero indirectamente alimentan un clima propicio e involucran a toda la ciudadanía.

2) Los familiares

El rol que juegan los familiares –tanto de la víctima como del procesado- puede resultar sumamente importante para el fin de incrementar la presión (mediática y de la opinión pública) sobre los operadores.

²⁶⁶ Ver. Perú21.pe (29 de enero de 2011).

²⁶⁷ Si bien ningún medio de comunicación expresó cuestionamientos al respecto, se notó del análisis del caso y las notas de prensa que muchos mencionaban su orientación sexual, elemento que no tenía relación alguna con los hechos del caso.

Cabe advertir que no se debe confundir este punto con el normal desarrollo de un proceso judicial de prisión preventiva, en el que los familiares participan y en ocasiones brindan declaraciones de manera regular, ya sea como parte civil o porque son utilizados como testigos, generando así un mínimo grado de presión puntual, expresa y abierta, sobre el proceso específico.

Nos referimos principalmente a interferencias a través de presión mediática y declaraciones públicas, en muchos casos orquestadas. En efecto, en tres de los cinco casos mediáticos analizados existió en todo momento un alto nivel de participación de las familias de la víctima y del procesado, con una permanente presencia en los medios de comunicación, prestando declaraciones y entrevistas a la prensa²⁶⁸.

Por ejemplo, en el caso de Walter Oyarce se pudo observar cómo el padre de la víctima apareció en medios de comunicación demandando justicia en repetidas ocasiones. En paralelo, los padres del procesado –el “Loco David”- publicaron un comunicado estableciendo su posición sobre los hechos. Asimismo, en el caso del asesinato de la empresaria Myriam Fefer, el hermano de la procesada (Eva Bracamonte) no sólo ha dado innumerables entrevistas en los medios sobre el caso, sino que adicionalmente publicó un libro y participó en un programa concurso llamado el Gran Show²⁶⁹, como bailarín.

Estos actores, al estar relacionados tan cercanamente a los procesados, aumentarían la presión mediática sobre los operadores mostrando ante la opinión pública situaciones extremas y de alta dificultad, como puede ser el sufrimiento de la familia de la víctima o la de la familia del imputado. En casos extremos, los comunicados, libros o la presencia constante en medios generan, además, un contexto propicio para que el proceso se convierta en sólo un componente más del *culebrón judicial* del momento. Claramente, esto llama la atención de la opinión pública y mediática sobre los actores de justicia de una manera exponencial respecto a lo que sería cualquier otro proceso.

e. Los abogados particulares

Tanto los representantes de los medios como los operadores judiciales señalaron que entre los operadores de justicia importa mucho la reputación del abogado defensor. En su opinión, los mismos operadores tendrían una opinión preestablecida sobre la calidad de trabajo de algunos abogados defensores y tanto ellos como los medios ya conocerían a aquellos abogados que pueden interferir puntualmente en el desarrollo del proceso por medio de contactos en el Poder Judicial o inclusive coimas.

Aun así, según lo informado por los operadores e informantes entrevistados, se cuestiona el trabajo del juez o del fiscal, más no el del abogado que pudiera estar moviendo influencias. Es decir, no existe una práctica de cuestionar o criticar la labor de los abogados defensores particulares. Por tanto, aun cuando el nivel de interferencia del abogado pudiera ser alto, no

²⁶⁸ El caso de Eva Bracamonte por el asesinato de la empresaria Fefer es el más representativo, considerando las innumerables apariciones de su hermano, Ariel Bracamonte, en los medios (Anexo 1. Caso 4). Asimismo, en el caso de Walter Oyarce se resalta la asidua presencia del padre del procesado –el Loco David- en medios, inclusive en mayor grado que el padre de la víctima. (Anexo 1. Caso 5).

²⁶⁹ Programa de entretenimiento donde personajes de la farándula compiten a través de números de baile.

ocasiona ningún pronunciamiento mediático. A su vez, tampoco existen pruebas que permitan dar ejemplos o asegurar cómo se desarrolla la interferencia ejercida por este operador sobre el proceso de prisión preventiva.

f. La corrupción

Vinculada al último punto, identificamos a la corrupción como un factor presente en el imaginario común capaz de ocasionar una interferencia puntual y directa sobre un proceso de prisión preventiva o proceso penal en general. No obstante muchos de los entrevistados²⁷⁰ coincidieron en que se sabía de actos de corrupción o situaciones irregulares de forma anecdótica, ninguno pudo señalar casos específicos donde la corrupción –de forma comprobada– fue un factor relevante en la imposición de prisión preventiva. El caso más concreto consistió de información proporcionada por informantes calificados de Arequipa, e involucró el pago de una coima a tres jueces superiores. El resultado fue que, dado que habría sido el personal administrativo que trabaja en el despacho de tales jueces quien recibió el dinero físicamente, se habría sancionado únicamente a los asistentes y no a los jueces.

En suma, si bien la corrupción tendría el potencial de influir directamente en la independencia y discrecionalidad de los jueces, la presente investigación no encontró los elementos suficientes para hacer dicha aseveración.

g. Los jueces superiores

Todos los informantes calificados y operadores entrevistados coincidieron en que no existe ninguna influencia de parte de jueces superiores sobre el juzgador que lleva un caso en particular. La única forma a través de la cual se corrige una decisión es a través de la vía formal de apelación en virtud de la cual la Sala revisa el trabajo realizado por el juez de primera instancia.

Evidentemente, y tal como fue expresado por diversos operadores del sistema judicial, resulta muy complejo – salvo registro documental del hecho - establecer a ciencia cierta qué actor o factor de presión proveniente de instancias judiciales superiores pudo haber interferido de manera puntual sobre un juez de primera instancia al momento de tomar una decisión sobre la aplicación de una prisión preventiva. Claramente tampoco podríamos descartar la posibilidad completamente, especialmente en una institución de estricta jerarquización como el Poder Judicial.

6. Debilidades institucionales

En este punto se identifica un elemento significativo para considerar si el fiscal que requiere y/o el juez que emite una decisión de prisión preventiva tienen un respaldo institucional suficiente para reducir la interferencia de los factores extralegales ya identificados. Este elemento es vital, ya que un respaldo institucional y garantías a un trabajo independiente pueden resultar indispensables a la hora de descartar o rechazar la influencia o presión por cuestiones ajenas a la aplicación de la ley.

²⁷⁰ Los detalles de las entrevistas se pueden encontrar en el Anexo. 3. Entrevista 3 y entrevista 4. Dr. Orozco, Juez de Investigación Preparatoria y Dr. Reyes, Juez Presidente de Sala de Apelaciones del distrito de Huaura.

Para tal fin se usó como instrumento metodológico las entrevistas a operadores de justicia, las que nos permitieron tener una impresión general respecto de la institucionalidad del sistema de justicia y cómo ésta contribuye a la aplicación con independencia e imparcialidad de la prisión preventiva.

Son cuatro los elementos centrales de las entrevistas que se tomaron en cuenta como insumos para medir el nivel de respaldo institucional: (1) el respaldo que se da a las decisiones de jueces y fiscales, (2) las directivas establecidas por el Poder Judicial para la aplicación de prisión preventiva (para el caso de jueces), (3) los problemas del funcionamiento institucional que dificultan la labor de jueces y fiscales, (4) la labor del órgano de control (para el caso de jueces).

Identificados estos elementos centrales, se vieron distintas respuestas que nos ayudaron a construir ideas centrales para esta sección.

a. Los fiscales

En el caso de los fiscales no se pudo identificar un sistema de respaldo intrainstitucional. Los propios fiscales señalaron que el mayor respaldo que pueden recibir (en el caso de fiscales distritales) es que no se revoque la prisión preventiva dictada en primera instancia y se confirme en sala de apelaciones.

Más allá de esto y la esporádica llamada del superior para felicitar o mostrar apoyo en un caso concreto, no habría una estructura institucional por parte del Ministerio Público que se aboque a respaldar y dar apoyo a los fiscales y a las decisiones que éstos toman al momento de requerir o no requerir prisión preventiva frente a presiones externas.

Por el contrario, los fiscales identificaron dos problemáticas institucionales afectando su labor: el tiempo (plazos), “un factor que juega en contra” al no permitirles desarrollar las actuaciones periciales y de profundización de la investigación; y la carga de trabajo, la que sería excesiva para el número de fiscales a disposición²⁷¹.

Consideramos estos factores dentro del análisis de las debilidades institucionales porque se presentan como elementos que distorsionan la normal actuación de los fiscales, lo que podría significar que finalmente realicen el requerimiento de comparecencia o prisión preventiva no tanto en base a criterios que demande el caso, sino por las circunstancias de tiempo y carga que le demanda el ejercicio de su labor.

b. Los jueces

En el caso de los jueces, hay una valoración similar respecto a los mecanismos de respaldo que les da la institución, en este caso el Poder Judicial. Por un lado, se indica que el mejor respaldo es que la decisión del juez de investigación preparatoria sea ratificada por la sala de apelaciones. Por el otro, si bien el Poder Judicial tiene una Oficina de Prensa, los jueces de investigación preparatoria señalaron que ésta sólo funciona para Salas Superiores y la Corte Suprema. Indican

²⁷¹ Aproximadamente la carga de trabajo es 100 expedientes por fiscal.

que en el caso de jueces de primera instancia “cada uno se defiende como puede”. Esta cuestión es fundamental porque revela que, si bien en el caso de jueces superiores el respaldo institucional sería más efectivo (traducido a partir del órgano de comunicación y de prensa), para el caso de los jueces de investigación preparatoria el respaldo sería nulo.

La OCMA también fue identificada como un elemento de debilidad institucional. El siguiente extracto de una entrevista refleja claramente la preocupación que genera la OCMA en algunos jueces: “(...) uno tiene que estar pendiente si es que la decisión va a gustar a la OCMA o no. Entonces uno tiene que evaluar; pero uno piensa, si resuelvo de acuerdo a los presupuestos, no hay por qué temer. Luego considerando el impacto que va a tener en la ciudadanía”. Así, según operadores consultados, no sería porque se trate de un órgano de control, sino por cómo habría desarrollado su labor en el último tiempo, siendo muy susceptible al accionar de los medios o de la opinión pública. Esto se vio claramente en el caso de la Sala que presidía el vocal Oscar Mollinedo, único caso llevado por el órgano de control y estudiado para esta investigación²⁷².

Esta percepción en torno a la OCMA es compartida por otros jueces, quienes ofrecieron una valoración similar. Sin embargo, esto no debe tomarse como un cuestionamiento a la existencia de la OCMA como órgano de control, vital en cualquier institución, sino como la necesidad de identificar los posibles problemas que se generan a partir de una combinación entre debilidad institucional y factores extralegales que influyen al momento de la toma de decisiones.

Otra cuestión a tener en cuenta respecto de las debilidades institucionales es la cuestión referida a las directivas emitidas por el Poder Judicial. Según la información proporcionada por los entrevistados y nuestro propio trabajo de investigación, la principal y única directiva emitida desde la implementación del NCPP 2004, en lo que respecta a la aplicación de la prisión preventiva, es la Resolución Administrativa No. 325-2011-P-PJ de fecha 13 de septiembre de 2011²⁷³. A pesar de haber sido emitida por el Presidente del Poder Judicial y publicada siguiendo los canales formales, muchos de los jueces entrevistados no supieron identificarla plenamente. Si bien tenían conocimiento del tema que abarcaba, desconocían detalles como el año de entrada en vigencia y los criterios de interpretación en ella establecidos. Cualquier referencia a la misma se hizo de manera muy general. Inclusive, algunos señalaron que no había ningún tipo de directiva sobre prisión preventiva.

Esta situación nos permite concluir que la falta de difusión de –o de atención a– los lineamientos establecidos por el Poder Judicial es un punto importante que influye en la debilidad institucional, especialmente al tratarse de documentos vinculantes que buscan modificar y uniformizar el día a día de la impartición de justicia.

²⁷² De los hechos, se puede inferir que gracias a lo recogido por la prensa y los cuestionamientos sobre la labor del Juez, se inició un proceso en su contra. Específicamente por el titular del Diario Correo el 8 de enero de 2010. Las precisiones del caso se pueden encontrar en el Anexo 2. Caso de la OCMA: Proceso disciplinario contra el juez superior Hugo Mollinedo Valencia. Investigación N° 381-2010-AMAZONAS.

²⁷³ Circular sobre Prisión Preventiva (Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, del 13 de septiembre de 2011). La resolución Administrativa establece criterios de interpretación para cada uno de los presupuestos del artículo 268° del NCPP 2004 (artículo que regula la aplicación de prisión preventiva).

7. Dificultades de acceso

La recolección de información para la presente investigación no estuvo exenta de dificultades. A lo largo del trabajo se identificó a dos instituciones cuyo nivel de colaboración fue muy limitado: la Defensa Pública y la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA).

En el caso de la Defensa Pública se buscó su apoyo durante 2012 para obtener y coordinar entrevistas a abogados defensores de oficio. A pesar de conversar directamente con las autoridades y enviar las solicitudes requeridas, el pedido no fue atendido. La solución, entonces, pasó por una aproximación más directa, buscando abogados defensores interesados en colaborar con la investigación. Si bien muchos señalaron preferir que hubiera una solicitud formal y una autorización de la Dirección de la Defensa Pública para realizar la entrevista, aun así fue posible encontrar abogados de la defensa pública dispuestos a ser entrevistados.

En el caso de la OCMA enfrentamos un desafío similar. Numerosas reuniones con el Jefe de la OCMA resultaron en un ofrecimiento de facilidades e información para la investigación. Lamentablemente, esto no devino en resultados concretos. Esto significó que no se pudieran revisar la cantidad de casos presentados o llevados por la OCMA como hubiera sido deseado, más allá del caso del vocal Hugo Mollineda – el cual el IDL patrocina.

Alternativamente, se intentó buscar la información por otras vías, incluyendo el llenado de solicitudes de información pública, tomando como base legal la Ley No. 27806, Ley de Acceso a la Información Pública promulgada el 13 de julio de 2002. Este camino también resultó infructuoso.

8. Conclusiones

El proceso de reforma procesal penal en Perú ha significado el reemplazo del modelo inquisitivo por el modelo acusatorio. Así, el proceso penal se caracteriza ahora por tener un carácter oral, público y contradictorio, parte del cual incluye la imposición de medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva.

Para su aplicación, los jueces deben salvaguardar el cumplimiento de ciertas garantías jurisdiccionales y principios. Dentro de estos, los más destacados son el principio de presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad y el principio de instrumentalidad. De ahí que para su aplicación se requiera el cumplimiento de tres presupuestos materiales: la existencia de graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con la comisión de un delito; la sanción a imponer para dicho caso concreto sea de pena privativa de la libertad por un tiempo mayor a cuatro años; y, la existencia de peligro procesal, sea en su variante de peligro de fuga o de obstaculización de la actividad probatoria. Estos tres presupuestos deben concurrir de manera obligatoria. A falta de uno, será causal de inaplicación de la medida.

De acuerdo con las cifras publicadas oficialmente por instituciones del Estado, se verifica que la aplicación de la prisión preventiva en Perú es mayoritaria dentro de un número reducido de denuncias devenidas en investigaciones penales. En efecto, si bien del total de denuncias pre-

sentadas sí existe un reducido porcentaje de requerimientos de la medida (2%), dentro de estos el porcentaje que se declara fundado es alto, llegando al 80%.

Esta aplicación de la prisión preventiva se refleja también en las estadísticas correspondientes al sistema penitenciario peruano. En los 67 establecimientos penitenciarios a nivel nacional existe una sobrepoblación del 91% de presos. De ellos, el 58% tienen calidad de procesados.

Ahora, respecto de la interferencia en la independencia judicial, se construye de dos maneras: en primer lugar, a través de un ambiente bajo el cual los operadores de justicia realizan sus funciones y cómo éste propicia la creación de una interferencia. Dentro del mismo, se identifican factores que si bien no tienen vínculo con casos concretos, representan puntos importantes a la hora de tomar una decisión. En segundo lugar, a través de una interferencia puntual que se compone por circunstancias que generan una presión directa sobre los operadores de justicia. Los factores identificados sí se vinculan con el caso específico.

La coyuntura y realidad nacional como parte de un contexto determinado constituyen el primer factor identificado que propicia la creación de una interferencia en el proceso de prisión preventiva. Temas coyunturales como la violencia y la preocupación por los conflictos sociales en el interior del país, sumados a la inseguridad ciudadana – real y percibida – y el consecuente reclamo de “mano dura” dirigido al Estado ocasionan que los casos específicos no se desarrollen ni decidan de manera aislada. Así, el proceso de prisión preventiva se ve afectado por la alarma y preocupación colectivas, producto de temas delicados de importante interés de la población y el Estado.

El segundo factor identificado dentro del clima que propicia la interferencia son los medios de comunicación como principal motor de tal interferencia. De los casos analizados, se pudo corroborar cómo los medios de comunicación pueden emitir mensajes con diverso grado de exactitud o sobriedad (algunos más serios y éticos que otros) y que generan alarma y preocupación en la población. Ello, sin tomar en cuenta las críticas dirigidas contra las instituciones del Estado. Sumado a la alarma que de por sí ya existe gracias a la coyuntura y realidad nacional, generan fuerte presión sobre los operadores de justicia durante el normal desarrollo de un proceso de prisión preventiva.

Por el lado de la influencia puntual sobre el devenir de casos, se identificó a diversos actores que actúan con distinto grado de interferencia: desde los participantes directos en los hechos como los propios procesados o las víctimas, hasta allegados, familiares o el grupo social. También se señaló a autoridades públicas y a los medios de comunicación como actores que ejercen presión puntual sobre el normal desarrollo del proceso.

En el caso de las autoridades públicas, éstas ejercen una interferencia puntual de tres maneras: (1) a través de conversaciones directas con los operadores de justicia, (2) tomando decisiones jurisdiccionales, y (3) a través de declaraciones públicas brindadas a fin de generar impacto.

Por su parte, los medios de comunicación generan presión a través de tres vías: (1) canalizando la interferencia de otros actores, sea reportando hechos o dando cabida a mensajes u opiniones directas, (2) expresando opiniones propias sobre el caso a través de editoriales, y (3) sumándose al trabajo de investigación y recopilación de información sobre casos abiertos.

La OCMA ejerce interferencia puntual en la medida que inicia investigaciones a partir de supuestas decisiones incorrectas de los magistrados. Si bien cumple su rol de supervisión, el análisis de casos ofreció indicios para inferir que investigaciones disciplinarias podrían responder a críticas sobre el accionar de jueces aparecidas en medios de comunicación. Por otro lado, no es posible constatar cuál es el desarrollo de los procesos disciplinarios de la OCMA ni el razonamiento de las decisiones tomadas en contra de los magistrados ya que no existe un seguimiento público de los casos ni acceso a dicha información.

No existe en el Ministerio Público un mecanismo establecido de respaldo o defensa de las decisiones de los fiscales, quienes enfrentan también una debilidad institucional en lo que al desempeño de su labor se refiere. Esta cuestión se ejemplifica en los tiempos disponibles para el desarrollo de su función y la aparente excesiva carga de trabajo.

En el caso del Poder Judicial, si bien la Oficina de Prensa cumple una labor de respaldo, ésta solo beneficiaría a los jueces superiores y supremos. Los jueces de investigación preparatoria no tendrían este respaldo a pesar de verse expuestos a los factores externos.

La OCMA es al mismo tiempo un factor extra legal y un supuesto de debilidad institucional que afecta el desempeño de los jueces.

Finalmente, no encontramos entre los entrevistados un conocimiento suficiente de la “Directiva San Martín”, lo que ha sido identificado como un signo de debilidad institucional tanto por la cuestión de falta de difusión interna por parte del Poder Judicial como por la falta de capacitación y actualización de los jueces.

9. Recomendaciones

A partir del análisis de la interferencia sobre la independencia de los jueces y considerando los comentarios con respecto a sus implicancias, nos atrevemos a proponer las siguientes recomendaciones:

Nuestra primera recomendación responde al vínculo existente entre los medios de comunicación y los operadores del sistema de justicia (entre ellos no solo los operadores dentro del proceso sino también autoridades públicas). De los ejemplos brindados en el presente informe es posible comprobar que la información difundida por los medios de comunicación es con frecuencia fácilmente desvirtuada. Al nacer mayormente en base a declaraciones y entrevistas, recomendamos un mayor intercambio y cooperación entre la prensa y el Poder Judicial que sobrepase las entrevistas y declaraciones que puedan brindar los operadores de justicia o actores intervinientes en el proceso. Dicho intercambio podría trabajarse a través de dos vías: por un lado, aprovechando al máximo el carácter público de las audiencias de prisión preventiva bajo el NCPP 2004. Por el otro, si bien instituciones del Estado como el Poder Judicial cuentan con oficinas de prensa con funciones ya establecidas²⁷⁴, éstas no satisfacen la demanda -en los casos más mediáticos- de información por parte de los medios de comunicación y la opinión pública.

²⁷⁴ Al respecto, Corte Superior de Justicia de Lima (S/F).

Por tanto, es recomendable que el departamento de prensa se amplíe y cumpla un rol más activo y directo en la transmisión de información, llegando a constituirse como *vocero* del proceso. Éste brindaría información clara no sólo con respecto a los hechos del caso sino también sobre el estado del caso específico –esto, para casos de gran presión mediática- brindando claridad sobre los términos técnicos del caso. Esto contribuiría a evitar malas interpretaciones por la prensa y la población en general.

A lo largo de la investigación utilizamos material publicado por diversas instituciones del Estado de manera oficial, tales como el Poder Judicial, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), entre otros. En el caso de la OCMA, se identificaron mayores dificultades para conocer los procesos de investigación y sus resultados así como también sus procesos disciplinarios. Ahora bien, sí es posible realizar consultas con respecto a las resoluciones y estados de la queja, y en el portal web se difunden talleres de control e inclusive existe una base de datos sobre propuestas de mejora por distrito judicial. No obstante, consideramos que esta institución amerita mayor transparencia y difusión con respecto a las investigaciones iniciadas, los procedimientos y sanciones impuestas. Ello brindaría mayor seguridad tanto a los jueces como a la ciudadanía en general. Con procedimientos claros se permite que los jueces conozcan las implicancias de una posible investigación en su contra y cuáles son los criterios que serán utilizados para iniciar una investigación y evaluar sus acciones. Asimismo, con mayor transparencia respecto de las sanciones, se genera un efecto positivo respecto de la imagen del magistrado en la población, al hacer notar que aquellos jueces incurriendo en malas prácticas son sancionados. De igual modo, frente a dudas sobre el actuar del juez, la población tendría la seguridad de que un órgano de control como la OCMA está realizando investigaciones claras y eficientes. Esto permitiría, a la vez, reducir el riesgo de caer en acciones arbitrarias y contrarrestar así el “temor” de los magistrados hacia la OCMA.

Recomendamos también implementar un mecanismo que brinde mayor difusión y capacitación de magistrados y otros operadores del sistema de justicia con respecto a las directivas del Poder Judicial. Es decir, que les permita tomar un conocimiento claro sobre las implicancias y el uso de tales directivas. Resulta preocupante el hecho de que no todos los jueces entrevistados conozcan la Resolución Administrativa No. 325-2011-P-PJ emitida por el Presidente del Poder Judicial. En especial, por la importancia y aportes que ésta brinda al proceso de aplicación de prisión preventiva.

De la mano con la recomendación precedente, es de suma importancia un mayor respaldo institucional para el Ministerio Público como persecutor del delito y para el Poder Judicial en su labor de impartición de justicia. Recomendamos que este mayor respaldo se realice no sólo hacia dentro de estas instituciones, en relación con los fiscales y jueces; sino también hacia fuera, respecto de la prensa y la población en general. La organización institucional del Poder Judicial y del Ministerio Público debe brindar a los jueces las condiciones necesarias para resistir posibles interferencias y tomar decisiones imparciales. Con mayor respaldo institucional los jueces se verán menos influenciados por la posible interferencia ejercida sobre un caso específico. Vale resaltar, sin embargo, y tomando en consideración el punto anterior sobre la falta de conocimiento de las directivas, que no será sencillo que éstos perciban el respaldo si no se toman también acciones para fomentar una comunicación interna fluida, y de parte de los jueces generar un interés por mantenerse actualizados e informados.

Referencias bibliográficas

Ajá. (2011). *Abencia Meza manejó ebria y podría volver a prisión*. En: [http://aja.pe/aja/seccion.php?txtSecci_id=39&txtNota_id=635057]. 20 de septiembre.

Ajá. (2011). *Santa Mónica la espera*. En: [http://aja.pe/aja/blog.php?txtSecci_id=22&txtNota_id=641401]. 11 de octubre.

Ciudad Nuestra (2011). *Primera Encuesta Nacional Urbana de Victimización 2011. Resultados en 23 ciudades*. Perú. Disponible en: [http://www.regionsanmartin.gob.pe/doc_temp/encuesta_victimizacion.pdf].

Corporación Latinobarómetro (2011). *Informe 2011*. Santiago de Chile. Corporación Latino-barómetro. Disponible en: [<http://www.latinobarometro.org/latino/LATContenidos.jsp>].

Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

Corte Superior de Justicia de Lima. (S/F). *Funciones de la oficina de prensa e imagen institucional*. Disponible en: [<http://historico.pj.gob.pe/CorteSuperior/Lima/archivos-subidos/FUN-CIONES%20DE%20LA%20OFICINA%20DE%20PRENSA.pdf>].

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. (2007). Sentencia Casatoria N° 01-2007, 26 de julio de 2007. Disponible en: [http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/Documentos/CortesSuperior/Huaura/Cas0001-2007_SentenciaCas.pdf].

El Búho. (2012). *Vigilante acusado de violar a niño fue sentenciado a 9 meses de prisión preventiva*. En: [<http://elbuho.pe/2012/04/28/vigilante-acusado-de-violar-a-nino-fue-sentenciado-a-9-meses-de-prision-preventiva/>]. 28 de abril.

El Comercio. (2010). *Ministro Cornejo sobre Carlos Cacho: "Leyes que castigan a conductores ebrios no tienen excepciones"*. En: [<http://elcomercio.pe/lima/660796/noticia-ministro-cornejo-sobre-carlos-cacho-leyes-que-castigan-conductores-ebrios-no-tienen-excepciones>]. 28 de octubre.

_____. (2011). *Abencia Meza podría volver a prisión por violar normas de conducta*. En: [<http://elcomercio.pe/lima/944404/noticia-abencia-meza-podria-volver-prision-violar-normas-conducta>]. 24 de julio.

_____. (2011). *Abencia Meza podría perder su libertad condicional por manejar ebria*. En: [<http://elcomercio.pe/espectaculos/1305699/noticia-abencia-meza-podria-perder-su-libertad-condicional-manejar-ebria>]. 20 de septiembre.

_____. (2011). *Gisela Valcárcel cuestionó a la justicia por prisión de Carlos Cacho*. En: [<http://elcomercio.pe/espectaculos/1329191/noticia-gisela-valcarcel-cuestiono-justicia-prision-carlos-cacho>]. 5 de noviembre.

_____. (2012). *Espinar: hay 24 detenidos en comisaría del campamento de Xstrata Tintaya*. En: [<http://elcomercio.pe/peru/1421060/noticia-espinar-hay-24-detenidos-comisaria-campamento-xstrata-tintaya>]. 29 de mayo.

_____. (2012b). *A cuatro se elevó el número de muertos en Espinar, informó alcalde*. En [<http://elcomercio.pe/peru/1421019/noticia-cuatro-se-elevo-numero-muertos-espinar-informo-alcalde>]. 29 de mayo.

_____. (2012). *Editorial de hoy: Diálogo espinoso*. En: [<http://elcomercio.pe/actualidad/1429502/noticia-editorial-hoy-dialogo-espinoso>]. 17 de junio.

Diario 16.com. pe. (2011). *Hincha muere tras ser arrojado de un palco*. En: [<http://diario16.pe/noticia/9782-hincha-muere-tras-ser-arrojado-de-un-palco>]. 25 de septiembre.

Huacho. En Linea. Com (2012). *Ministra de la Mujer llamó la atención a médico legista que atendió a Armandina*. En: [<http://www.huachoenlinea.com/2012/08/ministra-de-la-mujer-llamo-la-atencion-a-medico-legista-que-atendio-a-armandina/>]. 6 de agosto.

La industria. Pe. (2012). *Fiscalía de La Esperanza aún no pide prisión para docente seductor*. En: [<http://laindustria.pe/trujillo/local/fiscalia-de-la-esperanza-aun-no-pide-prision-para-docente-seductor>]. 25 de abril.

La Jornada. (2012). *Ministra de la Mujer causó revuelo en huacho: sobre caso de esposa maltratada y quemada pidió detención preventiva por tentativa de feminicidio*. En: [<http://lajornada-huacho.blogspot.com/2012/08/ministra-de-la-mujer-causo-revuelo-en.html>]. 7 de agosto.

La República. (2011). *Criminales no deben dejar las cárceles*. En: [<http://www.larepublica.pe/14-08-2011/criminales-no-deben-dejar-las-carceles>]. 14 de agosto.

_____. (2011). *Raúl Tola: ¿Por qué la justicia se ensañó contra Carlos Cacho?* En: [<http://www.larepublica.pe/10-12-2011/raul-tola-por-que-la-justicia-se-ensano-contra-carlos-cacho>]. 10 de diciembre.

MINJUS. Secretaria Técnica. Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. (S/F). *La Reforma Procesal Peruana. Hacia una justicia rápida y transparente. Informe Estadístico 2006 – 2010*. Lima.

MINJUS e INPE. Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Unidad de Estadísticas. Estadística de Población Penal (2011). *Humanizar y dignificar para resocializar*. Lima. Disponible en: [http://www.inpe.gob.pe/menu/diciembre_2011.pdf].

Ministerio Público. Fiscalía de la Nación. Equipo Técnico Institucional de Implementación del NCPP. (S/F). *Balance de la Gestión en el NCPP*. Lima. Disponible en: [http://www.mpf.n.gob.pe/ncpp/files/684e79_Resultados%20de%20la%20Aplicacion%20del%20Codigo%20Procesal%20Penal%202009%20-%202010.pdf].

Norte Chico. (2012). *Ministra de la Mujer cuestiona duramente a personal de Medicina Legal de Huacho*. En: [<http://www.nortechico.org/ministra-de-la-mujer-cuestiona-duramente-a-personal-de-medicina-legal-de-huacho/>]. 6 de agosto.

Pérez, José Luis. (2012). *La Problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana*. Ponencia en Wilson Center. MINNJUS. Disponible en: [<http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/presentation%20Jos%C3%A9%20Luis%20P%C3%A9rez%20Guadalupe.pdf>].

Perú21.pe. (2010). *Investigan a la jueza del caso Cacho*. En: [<http://peru21.pe/noticia/660655/investigaran-jueza-caso-cacho>]. 28 de octubre.

_____. (2011). *Cornejo: “Reclusión de Cacho es ejemplo de justicia”*. En: [<http://peru21.pe/noticia/705826/cornejo-reclusion-cacho-ejemplo-justicia>]. 29 de enero.

_____. (2011). *El fiscal de la Nación, José Antonio Peláez, propuso que se eliminen los beneficios penitenciarios a los hampones que cometan robo agravado a mano armada y homicidio*. En: [<http://peru21.pe/impres/noticia/piden-que-se-reabra-fronton-que-se-eliminen-beneficios/20110809/310668>]. 9 de agosto.

Región Lima Noticias. (2012). *Ministra de la Mujer cuestiona duramente a personal de medicina legal de Huacho*. En: [<http://regionlimanoticias.com/ministra-de-la-mujer-cuestiona-duramente-a-personal-de-medicina-legal-de-huacho/>]. 6 de agosto.

RPP. (2012). *Alcalde de Espinar fue detenido y es acusado por disturbios*. En: [http://www.rpp.com.pe/2012-05-31-alcalde-de-espinar-fue-detenido-y-es-acusado-por-disturbios-noticia_487508.html]. 31 de mayo.

_____. (2012). *Serenos de Espinar se ponen a derecho en Ica tras pedido de detención*. En: [http://www.rpp.com.pe/2012-07-03-serenos-de-espinar-se-ponen-a-derecho-en-ica-tras-pedido-de-detencion-noticia_497854.html]. 3 de julio.

San Martín, César. (2011). *Resolución Administrativa N ° 325-2011-P-PJ. Circular sobre prisión preventiva*. Lima. 13 de septiembre de 2011.

La **Fundación para el Debido Proceso** (DPLF, por sus siglas en inglés) es una organización de derechos humanos, sin fines de lucro, con sede en Washington D.C., fundada en 1996 por Thomas Buergenthal, ex juez de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los restantes miembros de la Comisión de la Verdad de Naciones Unidas para El Salvador, con el mandato de promover mejoras en los sistemas nacionales de justicia y así fortalecer el Estado de Derecho en América Latina.

DPLF trabaja con organizaciones locales, brinda asistencia técnica jurídica, propicia el diálogo con representantes gubernamentales y crea espacios de intercambio de información y de experiencias. Realiza investigaciones y publicaciones para contribuir a la difusión y al debate sobre algunos de los principales retos para los derechos humanos en la región, dentro de cuatro áreas programáticas: a) independencia judicial, b) industrias extractivas y derechos humanos, c) Sistema Interamericano y d) justicia transicional.

El Programa de Independencia Judicial promueve el fortalecimiento de los poderes judiciales mediante el trabajo en tres áreas: transparencia y corrupción judicial, selección de autoridades judiciales y el impacto de las presiones indebidas en el **uso excesivo de la prisión preventiva**.



1779 Massachusetts Ave. NW, suite 710
Washington, DC 20036
Teléfono: 202-462-7701 | Fax: 202-462-7703
www.dplf.org | info@dplf.org

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de:

