

# 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 abarrotan 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 países<sup>1</sup>, 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 cargo<sup>2</sup>. Estas **presiones operan en dos niveles. De un lado, un clima** –tanto

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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**<sup>3</sup>. 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

<sup>3</sup> 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 de la Rota.

hecho delictivo. 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 PP<sup>4</sup>, 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”<sup>5</sup>.

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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 funcionarios<sup>6</sup>. 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 peruano<sup>7</sup>.

### 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-

<sup>6</sup> 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”.

<sup>7</sup> 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 exacerban 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 enrumada 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 empantanado 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 judicial<sup>8</sup>. En el caso colombiano, los medios se apoyan en las redes sociales para amplificar la demanda de PP para “presuntos responsables” en casos de repercusión<sup>9</sup>.

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

<sup>8</sup> 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>].

<sup>9</sup> 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 públicamente<sup>10</sup>, 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 razón<sup>11</sup>. Un número no precisado de jueces ecuatorianos, en efecto, ha sido procesado disciplinariamente.

<sup>10</sup> 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=lmlipIrc9mM>].

<sup>11</sup> 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](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”<sup>12</sup>.

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

<sup>12</sup> 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 comunicación<sup>13</sup>. 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.

<sup>13</sup> 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”<sup>14</sup>; 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.

<sup>14</sup> 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 República<sup>15</sup>, hasta el punto de llevarse a consulta popular en 2011 la reforma de los artículos constitucionales sobre la PP<sup>16</sup> y denunciarse a los jueces que utilizaban otras medidas cautelares<sup>17</sup>. De otro lado, en casos específicos que concitaron el interés del go-

<sup>15</sup> 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](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.

<sup>16</sup> 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>].

<sup>17</sup> 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\\_azuguay](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_azuguay)]. 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.