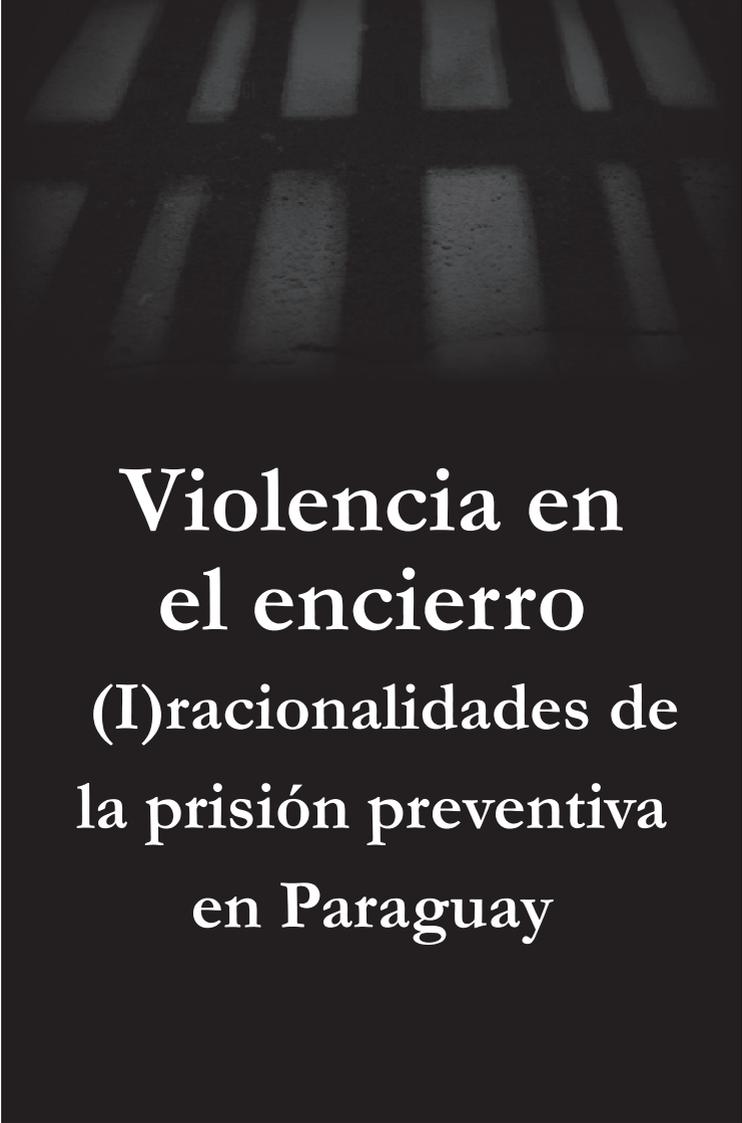




VIOLENCIA

en el encierro

**(I)RACIONALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA
EN PARAGUAY**



**Violencia en
el encierro**
**(I)racionalidades de
la prisión preventiva
en Paraguay**

Resultado del proyecto de investigación 14-INV-258 “La prisión preventiva en Paraguay: Condiciones de aplicación e incidencia en el aumento de la población penitenciaria y en la persistencia de tratos contrarios a la Convención contra la Tortura”, cofinanciado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), a través del Programa PROCENCIA con recursos del Fondo para la Excelencia de la Educación e Investigación - FEEI del FONACIDE. Ejecutado por INECIP-Paraguay en coordinación con la Universidad Nacional de Pilar (UNP), con datos del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP).

Coordinadores:

Roque Orrego, Universidad Nacional de Pilar
Juan Martens, INECIP-Paraguay

Equipo de Investigación

Abg. Roque Orrego
Dr. Juan A. Martens
Abg. Diego Molinas
Msc. Alfredo Troche
Abg. Beatriz Cabañas
Msc. Teresita Torres
Msc. Federico Rojas
Dr. Víctor Ríos

Corrección

Abg. Jennifer Ramos

Orrego, R; Martens, J; Molinas, D; Cabañas, B; Troche, A;
Torres, T; Rojas, F

Violencia en el encierro. (I)racionalidades de la prisión y tortura/1° ed. INECIP-Paraguay - Universidad Nacional de Pilar - Paraguay: 2018. 152 p.; 14,8 x 21 cm.

ISBN:

1. Prisión Preventiva 2. Tortura 3. Proceso Penal
CDD 345

Tirada: 500 ejemplares

Diseño de tapa y diagramación: Liza Jara
+595981 172 140

Arandurà Editorial
Tte. Fariña 884 entre Tacuary y Parapiti
Telefax: (595-21) 214 295 / 220 272
E-mail: arandura@telesurf.com.py
Asunción-Paraguay

INECIP-Paraguay
Vicepresidente Sánchez 612 c/ Azara
+595-21-222 510/11
www.inecip.org.py
Facebook: @Inecipparaguay

Índice

1.- Introducción.....	11
2.- Formulación normativa de la prisión preventiva en Paraguay.....	19
2.1.- La prisión preventiva como medida cautelar en el derecho procesal.....	19
2.2.- Descripción del marco jurídico y jurisprudencias aplicables a la prisión preventiva en Paraguay.....	21
2.3.- Marco deóntico garantista aplicable a la prisión preventiva.....	23
2.3.1.- La prisión preventiva es una medida cautelar accesoria al juicio.....	23
2.3.2.- La aplicación de la prisión preventiva está sujeta a control jurisdiccional.....	24
2.3.3.- La prisión preventiva está regida por el principio de proporcionalidad.....	24
2.3.4.- La prisión preventiva es siempre excepcional y provisional.....	26
2.3.5.- Toda decisión que aplica prisión preventiva debe ser motivada en hechos y fundada en ley.....	30
2.3.6.- Control de convencionalidad.....	34
2.3.7.- Derecho Internacional. Las obligaciones del Estado.....	35
2.4.- Elementos conceptuales para la identificación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.....	41
3.- Configuración de la prisión preventiva en Paraguay. Análisis de los aspectos cuantitativos.....	47
3.1.- El encierro preventivo y por condena. Situación al 2018 y perspectiva histórica.....	47
3.2.- Comparativo histórico del uso de la prisión preventiva desde 1931.....	51
3.3.- Reforma y contrarreformas. Sus efectos en el encierro preventivo.....	58
3.4.- Los primeros momentos de la detención y la prisión preventiva.....	69

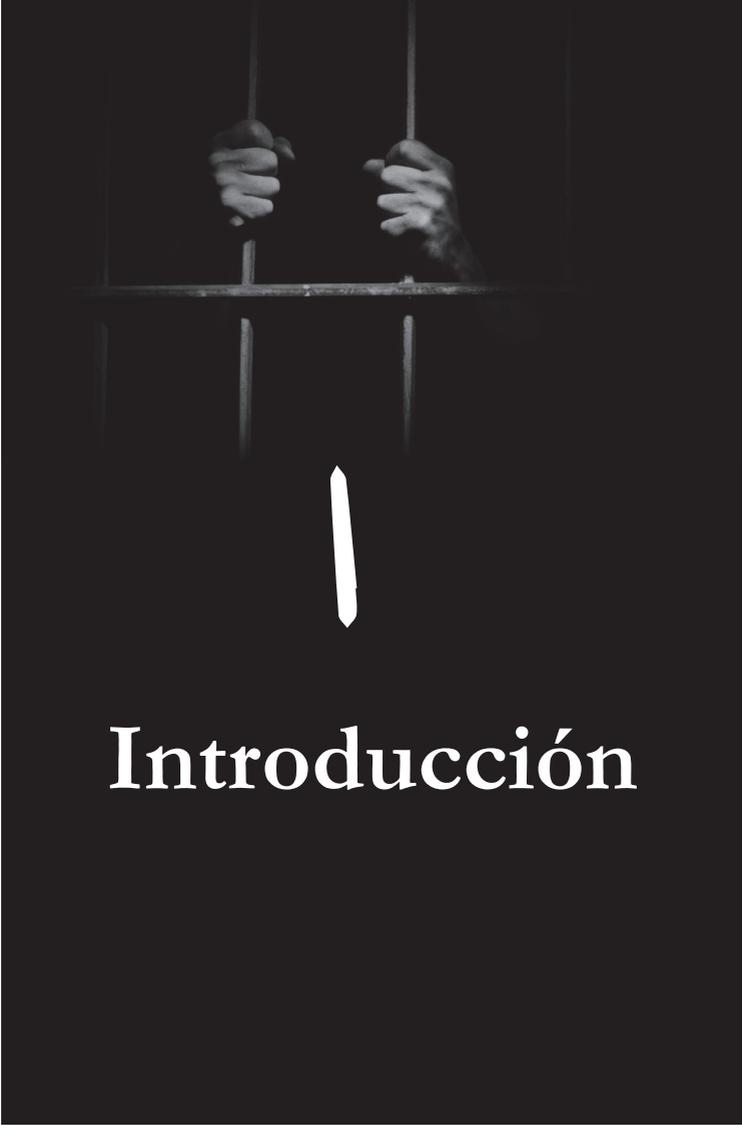
3.5.- Posicionamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ante el uso de la prisión preventiva.....	77
3.5.1.- Plazo de duración de la Prisión Preventiva.....	77
3.5.2.- Criterio meramente formal para el rechazo del Hábeas Corpus.....	79
3.5.3.- Madres Lactantes.....	80
3.5.4.- Personas mayores de 70 años.....	80
3.5.5.- Enfermos graves.....	81
3.5.6.- Pronunciamientos de la CSJ que abordan el cuestionamiento de fondo.....	81
3.6.- Descripción del modelo vigente de aplicación de la prisión preventiva.....	84
3.7.- El orden jurídico no determina el uso de la prisión preventiva en Paraguay.....	92
3.7.1.- La ley es de cumplimiento utópico.....	92
3.7.2.- Medidas en casos de crímenes y como pena anticipada.....	93
3.7.3.- Miedo a la prensa y al JEM.....	94
3.7.4.- Prisión a pesar de prohibiciones basadas en circunstancias personales.....	96
3.8.- La población usualmente afectada por el sistema penal y su incidencia en el uso de la prisión preventiva.....	97
3.9.- Clima socio institucional y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM). Miedo, adhesión y disciplinamiento	100
3.10.- La incidencia de factores económicos y la pertenencia social.....	107
3.11.- Incidencia del factor político y la prisión preventiva.....	111
3.12.- Política institucional e incidencia en la prisión en el Ministerio Público.....	115
3.13.- Política institucional e incidencia en la prisión. Poder Judicial.....	119
3.14.- El impacto de la prensa en la prisión.....	121
3.15.- Prisión preventiva y tortura.....	132
4.- Reflexiones finales.....	137
5.- Referencias.....	143

Índice de Gráficos

Gráfico 1: Porcentaje de hombres y mujeres recluidas en penitenciarías.....	47
Gráfico 2: Porcentaje de condenados y prevenidos en penitenciarías.....	48
Gráfico 3: Porcentaje de mujeres encerradas en penitenciarías.....	49
Gráfico 4: Porcentaje de hombres encerrados en penitenciarías.....	50
Gráfico 5: Porcentaje de condenados y prevenidos en 1931.....	51
Gráfico 6: Prevenidas y condenadas de la Penitenciaría Tacumbú en 1981.....	52
Gráfico 7: Prevenidas y condenadas en 1990.....	53
Gráfico 8: Prevenidas y condenadas en 1999.....	54
Gráfico 9: Comparativo regional de la Prisión Preventiva.....	57
Gráfico 10: Incidencia de la entrada en vigencia del CPP.....	58
Gráfico 11: Comparativo regional de la Incidencia de la Reforma Procesal.....	59
Gráfico 12: Evolución del encierro penitenciario en Paraguay.....	62
Gráfico 13: Plazas Penitenciarias con relación a la cantidad de prevenidos y condenados.....	68

Índice de Tablas

Tabla 1: Números de la superpoblación en todas las penitenciarías del país.....	67
---	----



Introducción



1.- Introducción

Esta investigación analiza las condiciones de aplicación de la prisión preventiva en uno de los países con mayores presos sin condena en el mundo, con más del 78% de encarcelados bajo este régimen, sólo por detrás de Libia, Andorra y Mónaco (ICPR, 2016). De este modo, se busca conocer los factores que inciden al momento de la aplicación de este instituto en los procesos penales, y su vinculación con las conductas proscriptas por la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes (UNCAT, por sus siglas en inglés).

En Paraguay, al igual que en los demás países de América Latina, desde la política, los medios de comunicación y otros actores sociales, se escuchan numerosas voces, que reclaman la necesidad de combatir a la delincuencia, con más represión, mayor aplicación de la prisión preventiva, sanciones más severas y una restricción de las garantías penales y procesales (Goyte & Medina, 2016).

A pesar de este contexto, los elevados índices de presos sin condena son históricos en Paraguay, ya que a inicios del siglo pasado eran prácticamente la totalidad de los encerrados; concretamente representaban el 96,3% de la población penal (González, 1931). Setenta años después, esta cifra apenas descendió tres puntos, es decir, se ubicó en 93% (INECIP, 2003).

Estos porcentajes revelan la importancia de conocer las racionalidades subyacentes en el uso del encierro penal preventivo, y su funcionalidad, ante el fracaso de la garantía del juicio previo, que prevé la libertad ambulatoria como regla a lo largo del proceso penal, hasta el establecimiento de la culpabilidad por sentencia definitiva. A pesar del *encierro masivo de inocentes*¹, no se han registrado reacciones ciudadanas, ni el enjuiciamiento de los responsables capaces de reencauzar esta subversión constitucional.

Martens, Orrego y Ríos (2016) sostienen que son varios los factores que influyen en el abuso de la prisión preventiva, entre los que destacan a los medios de comunicación, los operadores políticos, y el miedo de los jueces y juezas a la destitución.

Sumado al excesivo uso de la prisión preventiva y su aplicación fuera del marco de la ley, las circunstancias de su cumplimiento son violentas y privan de varios otros derechos, poniendo en riesgo de manera permanente la vida e integridad personal de las personas reclusas. Existe documentación exhaustiva que describe la dureza del régimen penitenciario en Paraguay, el apartamiento de su intencionalidad jurídica, así como la correlación del encierro penal y las violaciones de las obligaciones del Estado paraguayo derivadas de la Convención contra la Tortura (MNP, 2013, 2014, 2015 y 2016).

De este modo, esta investigación busca contribuir a la racionalidad en el uso de la prisión preventiva y a la construcción de un discurso favorable al uso de la misma dentro del marco constitucional, de manera a garantizar el respeto de los dere-

¹ La Constitución Nacional reconoce al juicio oral y público como el único ámbito de destrucción del estado de inocencia y la constitución de la culpabilidad. Antes, la regla es la libertad.

chos humanos garantizados especialmente en la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Es así que se enmarca dentro del Programa PROCENCIA, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), ejecutado con recursos del Fondo para la Excelencia de la Educación e Investigación – FEEI- del FONACIDE. Ha sido posible gracias a la cooperación interinstitucional entre el INECIP-Paraguay y la Universidad Nacional de Pilar (UNP).

La problemática es abordada con un enfoque mayormente cualitativo. Se delimita la investigación a Asunción, Ciudad del Este y el Departamento Central. El área fue seleccionada en base a criterios demográficos, ya que concentra el 41% de la población nacional y es el de mayor volumen de causas penales.

Se accedió a las informaciones en base a técnicas de investigación como las entrevistas a profundidad, observación de actos procesales, análisis de casos y análisis normativo. Se aplicaron entrevistas a profundidad a agentes fiscales, policías, jueces de garantías, defensores privados y públicos, utilizando la técnica *bola de nieve*, es decir, a partir de la identificación de un operador de confianza se fue solicitando su colaboración para contactar con otros que pudieran ayudar con las entrevistas. Las observaciones se realizaron en días hábiles y fines de semana, a inicio y a fin de cada mes. Fueron observadas cuarenta audiencias, de las cuáles once corresponden a juzgados penales de garantías de Ciudad del Este, doce pertenecen al Departamento Central y diecisiete a la ciudad de Asunción.

El análisis de casos se realizó en base a indicadores del cumplimiento de la normativa procesal y de derechos humanos vigentes, y los factores o prácticas institucionales que impiden el cumplimiento normativo y permiten la permanencia de tratos contrarios a la convención contra la Tortura.

Una de las limitaciones es la ausencia de una jurisprudencia que operativice a partir de casos, las distinciones entre tortura y los demás malos tratos; se optó por el concepto normativo de tortura y los utilizados en el derecho penal paraguayo para criminalizar conductas que implican los abusos de poder contenidos en el CAT (Comité contra la Tortura por sus siglas en inglés).

Por otro lado, el secreto establecido por la legislación sobre ciertos documentos que solo pudieron ser obtenidos gracias a la colaboración de sujetos involucrados, se verificó temor en varios operadores al momento de la realización de las entrevistas, por lo que además de la metodología de bola de nieve se complementó con visitas y conversaciones previas de tal manera a ganar mayor confianza de los entrevistados y se garantizó que ningún nombre quedaría registrado como norma. Por último, los datos estadísticos en algunos casos difieren en el tiempo, por estar ligadas a informaciones oficiales tomadas en tiempos distintos a lo largo de la investigación.

Finalmente, este informe consta de dos partes. En la primera, se aborda el marco jurídico nacional e internacional concerniente al instituto de la prisión preventiva, los diferentes principios que rigen a la medida cautelar, como así también las distintas jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo que se pretende enmarcar la dogmática normativa que rige la materia en el Paraguay. También se incorporaron las definiciones normativas siguiendo los

delineamientos establecidos por el Comité contra la Tortura, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La segunda parte aborda los principales hallazgos de la investigación, su discusión y análisis, empezando con datos estadísticos, que pretenden evidenciar el problema cuantitativamente, seguido por la descripción de las condiciones en que se dicta la prisión preventiva en Paraguay, el posicionamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, los factores económicos, políticos y sociales que inciden a la hora de la aplicación de este instituto y por último su relación con la continuidad de la tortura y los demás malos tratos.

Existe ingente literatura sobre la prisión preventiva, sus finalidades y requisitos; sin embargo, poco se ha escrito sobre sus mecanismos de aplicación en Paraguay motivo por el cual esta investigación aporta un conocimiento concreto sobre la problemática abordada de un modo tal que queda vinculado a la continuidad de la tortura y los demás malos tratos.



Formulación
normativa de la
prisión
preventiva en
Paraguay

2.- Formulación normativa de la prisión preventiva en Paraguay

2.1.- La prisión preventiva como medida cautelar en el derecho procesal

La prisión preventiva es una medida cautelar jurisdiccional de coerción personal dictada en el proceso penal. Tiene por objeto, impedir la fuga y/o la obstrucción de la investigación de quien, formalmente, es sospechada de ser participante de un hecho punible grave.

Este instituto representa la más lesiva intromisión que el Estado puede ejercer en la esfera de la libertad del individuo, pues se aplica sin mediar todavía una sentencia penal firme que la justifique (Pérez, 2014). La regla general es que el procesado, como continúa siendo inocente, litigue en libertad, evitándose en la medida de lo posible la imposición de una medida tan perjudicial para el encauzado (MNP, 2014).

Si bien existen teóricos que consideran a la prisión preventiva como irreconciliable con el principio de inocencia y juicio previo (Ferrajoli, 1995), los ordenamientos procesales constitucionales aceptan su uso en una evidente concesión de garantías ante la necesidad de que el proceso llegue a sentencia con solidez probatoria (Vecchi, 2013).

El punto de ebullición entre eficiencia y garantías en el proceso penal es inmanente y encuentra en la prisión preventiva un tema que puede definir el verdadero perfil acusatorio o inquisitivo del juicio penal (Binder, 2008). El uso sobreabundante e irreflexivo de la misma denota la vigencia práctica de un verdadero principio de culpabilidad (Carranza, Houed, Mora,

& Zaffaroni, 1983), y provoca que se convierta en una mera ideología que encubre un modelo procesal de pena sin juicio.

No por ello, el marco jurídico garantista deja de ser importante, pues peor sería, que este consienta acriticamente, lo que la inquisición construyó en años de práctica en América Latina (Binder, 2008).

Es precisa una descripción del marco jurídico constitucional que permita discernir los elementos extralegales que inciden en la racionalidad que rige la aplicación de la prisión preventiva. Sin embargo, el derecho no es dado solo por la norma constitucional y los tratados en la materia, ni siquiera por las demás leyes que establecen el modelo de la legislación inferior. Los poderes de cognición se manifiestan como campos irreductibles donde la ideología del juez y múltiples factores impactan también configurando uno y otro modelo de proceso (Ferrajoli, 1995).

Esta pesquisa opta por un marco garantista como punto de partida de su mirada para el análisis del fenómeno de la prisión preventiva. Las Constituciones de América Latina de un modo generalizado deslegitiman leyes y decisiones jurisdiccionales cuando resultan contrarias al paradigma garantista (Ferrajoli, 1995); en todas ellas el encierro provisional es una medida que cautela el proceso, aunque éste tenga sus diferencias en la tramitación de las causas (Vecchi, 2013).

De este modo, la prisión como cautela es establecida para que rija el principio de juicio previo (Binder, 2005), y condicionando todo cuanto se denote en la ley, lo que se compruebe en la práctica, y se describa en la incidencia que el uso del instituto tenga para la continuidad de la tortura y los demás malos tratos.

2.2.- Descripción del marco jurídico y jurisprudencias aplicables a la prisión preventiva en Paraguay

La regulación de la prisión preventiva se encuentra contenida en la Constitución de la República (CN) de 1992, que es esencialmente garantista. Su paradigma sentó las bases para la reforma del proceso penal inquisitivo y escrito que rigió en Paraguay entre 1890 y 2000². De este modo, surgieron los actuales Código Procesal Penal (CPP), Ley N° 1286, del 25 de junio de 1998 (González, y otros, 1994), y el Código Penal, Ley N° 1160, del 21 de agosto de 1997.

El Código Procesal Penal instauró un régimen de prisión preventiva acorde con la nueva Constitución Nacional, contemplando formas procesales idóneas para evitar el uso abusivo del poder cautelar del Estado (González & otros, 1994). Uno de los avances fundamentales de la ley procesal, es el hecho de que permitió que los jueces puedan aplicar medidas cautelares alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva, sea cual fuese el tipo penal que se invoque en el proceso de esclarecimiento de los hechos que constituyen el objeto del proceso (Kronawetter, 2003).

El Código Procesal Penal fue modificado en cuestiones relacionadas con las condiciones de uso de la prisión preventiva

2 La Ley N° 1444, del 17 de junio de 1999, estableció un sistema de transición entre el sistema inquisitivo escrito del CPP de 1890 y el acusatorio oral de 1999. Estas reglas de transición establecieron un periodo de vigencia parcial, y otro periodo de vigencia plena de las normas contenidas en el CPP de 1999. El CPP de 1999 entró en vigencia plena para las causas iniciadas desde 2000. En cuanto a los casos iniciados bajo las reglas del sistema procesal escrito de 1890, estos siguieron su trámite bajo estas formas procesales hasta la conclusión operada según las normas establecidas en el régimen de transición. Cabe destacar que la Ley de Transición dio vigencia, en el contexto del CPP de 1890, al régimen de las medidas alternativas y sustitutivas a la prisión por ser las más favorables al encausado.

por sucesivas leyes en los años 2003³, 2004⁴, 2011⁵, 2012⁶, 2014⁷. Estas modificaciones produjeron un retroceso en la vigencia de garantías constitucionales (Martens & Orrego, 2008), reafirmando una práctica autoritaria del uso del poder punitivo. Esta investigación contiene elementos para el análisis de esas prácticas contrarias a la Constitución Nacional de 1992, sin embargo, pese a estas modificaciones, para Martens, Orrego, & Ríos (2016) la prisión preventiva sigue siendo excepcional en el régimen constitucional y legal, que, además haciendo un control de convencionalidad, es el que debe ser aplicado.

Esto es así, pues a pesar de las contrarreformas normativas mencionadas, rigen también la aplicación de la prisión preventiva normas del derecho internacional de los derechos humanos⁸. Este conjunto de reglas, plenamente vigentes, deberían asegurar que, a pesar de la existencia de leyes anti garantistas⁹, el poder jurisdiccional se desenvuelva en un marco de estándares que impidan la aplicación abusiva de la prisión preventiva en los procesos penales (Merlo & Peralta, 2016). Con la doctrina del control de convencionalidad, el poder

3 Ley N° 2341, del 31 de diciembre de 2003, "Que modifica el art. 136 de la ley N° 1286/98 CPP"

4 Ley N° 2493, del 20 de octubre de 2004, "Que modifica el art. 245 del CPP"

5 Ley N° 4431, del 15 de setiembre de 2011, "Que modifica el art. 245 de la ley N° 1286/98 CPP, modificado por ley N°2493/04, que modifica el art. 245 de la ley N° 1286/98 CPP"

6 Ley N° 4669, del 20 de julio de 2012, "Que modifica los artículos 136, 137 de la ley N° 1286/98 CPP, modificado por ley N° 2341/03"

7 Ley N° 5276, del 01 de setiembre de 2014, "Que modifica el art. 1 de la ley N° 4734/12, que suspende la vigencia de la ley N° 4669/12, que modifica los artículos 136 y 137 de la ley N° 1286/98 CPP, modificado por ley N° 2341/03"

8 Pacto de San José de Costa Rica, homologado por el Congreso Nacional a través de ley N° 01 del 14 de julio de 1989. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por el Paraguay por Ley N° 4, de fecha 9 de abril de 1992

9 Especialmente la vigente Ley N° 4421, del 1 de setiembre de 2011 que taja las facultades del juez prohibiendo que opte por aplicar medidas alternativas o substitutivas a la prisión en los casos contemplados por ella

jurisdiccional cuenta con herramientas para recuperar potestades que el Poder Legislativo cercena con las *leyes de emergencia*¹⁰, que distorsionaron el marco jurídico inicial instaurado con el Código Procesal Penal.

2.3.- Marco deóntico garantista aplicable a la prisión preventiva

Siguiendo la descripción del orden normativo vigente, se formula un esbozo del marco deóntico garantista que rige la aplicación de la prisión preventiva, y de las demás medidas alternativas o sustitutivas a la prisión. En ella se incluye una breve referencia al control de convencionalidad que, como se apuntó en el apartado anterior, es un instrumento central para que la dignidad de la persona cuente con el auxilio jurisdiccional ante los abusos del poder penal. Se hace referencia a los más significativos para el análisis de las racionalidades abordadas en esta investigación.

2.3.1.- La prisión preventiva es una medida cautelar accesoria al juicio

La prisión preventiva tiene por finalidad proteger la existencia y realización de las diligencias del Juicio Constitucional Penal y no del proceso en general (CN Art. 19) (Lorenzo, 2014). Sin tener un Juicio Penal en perspectiva no se puede aplicar prisión preventiva. La espera de una audiencia preliminar en la que el Ministerio Público (en adelante MP) requerirá una salida alternativa al proceso penal, solo puede hacerse en libertad o con una medida alternativa o substitutiva a la prisión (INECIP, 2003).

¹⁰ Principalmente, las tasaciones a las funciones jurisdiccionales como fueron establecidas en la Ley N° 2493, del 14 de octubre de 2004 y la Ley N° 4431, del 01 de septiembre de 2011

Si el MP requiere un sobreseimiento definitivo o provisional es constitucionalmente absurdo aplicar prisión preventiva (CPP Art. 236), es por ello que sostiene Carranza (2012), que se vuelve irónico que un gran porcentaje de personas luego de permanecer mucho tiempo en prisión terminan siendo sobreseídas o absueltas.

2.3.2.- La aplicación de la prisión preventiva está sujeta a control jurisdiccional

La responsabilidad de otorgar o denegar una medida cautelar de coerción personal en el proceso penal (prisión, medidas alternativas o sustitutivas a la prisión) es única y exclusiva responsabilidad del magistrado/a que la dicta (C.N. Art. 11; 12 numeral 5 y 19; C.P.P. Art. 234). El poder jurisdiccional es quien debe ejercer la valoración de su necesidad y procedencia con base al caso específico expuesto (Due Process o Law Foundation, 2013).

En este sentido, la Ley N° 4431, de 15 de setiembre del 2011, cercena la posibilidad de que en los casos que ella determine se aplique una medida menos lesiva que la prisión preventiva. Es así como, aunque el magistrado tenga acreditado que no procede aplicar una cautela de la envergadura de la prisión preventiva, el Poder Legislativo obliga a que recurra a esta medida y no a otra cautela de carácter personal que surja como suficiente del análisis del caso, cercenándose las facultades del juez (CIDH, 2013) (OEA/Ser.L/V/II. Doc.46/13,2013, párrafo 143/144).

2.3.3.- La prisión preventiva está regida por el principio de proporcionalidad

Las medidas cautelares que restringen la libertad se encuentran limitadas por la presunción de inocencia y el principio

de proporcionalidad (Rodríguez, 2009; Villadiego, 2016), por lo que la función que deben cumplir es cautelar y no punitiva. En función al peligro de fuga u obstrucción de la investigación, se establecen las medidas procesales de intervención sobre la libertad del encausado, tales como la restricción de salir del país, comparecer ante el juzgado a firmar registros, reclusión con vigilancia aleatoria o permanente en un domicilio, y la prisión preventiva.

La ley establece que cuando la prisión preventiva restrinja derechos fundamentales que no son los estrictamente necesarios para lograr su fin cautelar, estas restricciones excesivas deben cesar o deberá ser revocada la prisión aplicada (CPP Art. 252 numeral 4); sin embargo, los juzgados omiten directamente fundamentar esta cuestión decretando órdenes de prisión preventiva sin analizar la proporcionalidad de la medida (MNP, 2014).

De su naturaleza cautelar y el principio de proporcionalidad deviene una serie de mandatos que tienen vinculación directa con las precauciones a tener en cuenta para que la prisión no se convierta en una pena anticipada, principalmente, la separación de condenados/as y prevenidos/as, el acceso a disfrute de derechos que no pueden ser cercenados, entre otros (CN Art. 11).

La norma establece también condiciones personales, como las de mujeres en periodo de lactancia, mujeres grávidas en sus últimos meses de embarazo, enfermos graves y terminales constatados, personas de más de 70 años, que impiden aplicar prisión preventiva y ordena con toda claridad que, a lo sumo, en estos casos, se recurra al arresto domiciliario (CPP Art. 237 y 238).

2.3.4.- La prisión preventiva es siempre excepcional y provisional

Antes de que se realice el juicio, o que la condena quede firme, por mandato constitucional y legal, la persona procesada es inocente de aquello que se le atribuye; por tanto, la aplicación de medidas cautelares de coerción personal, y aún más, la prisión preventiva es absolutamente excepcional (CN Art. 17 Inc. 1 y 2; Reglas de Tokio 6.1; CPP Arts. 4 y 6).

Esta excepcionalidad debe entenderse en el sentido que la prisión preventiva no puede ser la regla, lo que se persigue es una adecuada compatibilidad entre “la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal (De la Garza, 2013), es por ello que se regula el uso de la prisión preventiva de modo que no sea una pena anticipada, es decir, una pena sin juicio, porque si el propio sistema está diseñado para imponer penas sin el requisito del juicio, entonces la idea misma del juicio carece de valor, *nulla poena sine iudicio*, es el principio que debe regular el carácter excepcional de la prisión preventiva (Binder, 1994).

Por otra parte, no puede ser aplicada sino dentro del plazo permitido en la ley (nunca será de más de dos años, según la literalidad de la ley), y solo en los procesos habilitados por el Código (CPP Art. 236; 237).

La CIDH establece que el límite de la vigencia debe ser jurisdiccionalmente establecido; sin embargo, contando la ley con un límite estricto y una prohibición que resulta ser garantista, debería imponerse este como regla. Como se verá, la Corte Suprema de Justicia (CSJ), y demás órganos del Poder Judicial vienen interpretando de manera contraria a estos mandatos legales provocando prisiones hasta de más de cinco años de duración, lo que en opinión de Maier (2003), es repugnante.

Ante cualquier pedido de medida cautelar de coerción personal, la defensa puede pedir medidas menos gravosas o peticionar que las requeridas no sean aplicadas (CPP Art. 6). Los pedidos deberán ser proveídos favorablemente por la magistratura cuando los argumentos esgrimidos por la defensa sean convincentes según su criterio, a pesar de la oposición del MP o del querellante (CPP Arts. 234; 242; 245). La prisión preventiva y sus alternativas o sustitutivas son declaradas judicialmente, pero a pedido del MP (CPP Arts. 3; 4; 6; 240).

Igualmente, las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión pueden ser aplicadas de oficio o a pedido de parte, cuando judicialmente se estime que el requerimiento de prisión de la fiscalía resulte innecesario, o impertinente (CPP Art. 245). Así mismo, no es aplicable prisión preventiva u otra medida cautelar si no existe un acta de imputación fundado. Para estar fundado el acta de imputación debe contener el relato sucinto del hecho que se atribuye al imputado (CPP Arts. 304; 302). Este relato debe permitir que pueda identificarse cuál es la sospecha concreta que afecta al procesado.

Las medidas cautelares pueden ser reformadas de oficio o a pedido de parte en cualquier estado del proceso cuando hayan desaparecido sus presupuestos fundantes (CPP Art. 248). De este modo, la defensa se encuentra habilitada a pedir el cese de la prisión preventiva en cualquier estado del proceso. La magistratura siempre, y de oficio, buscará que se aplique, como medida cautelar de coerción personal, la menor restricción posible a la libertad, de tal manera que queden garantizados el sometimiento a proceso y la no obstrucción de la investigación en un marco razonable (CPP Arts. 4; 245).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la existencia de un acta de imputación no implica la aplicación de medidas alternativas, sustitutivas a la prisión, y mucho menos la aplica-

ción de la prisión preventiva (CPP Art. 304); esta regla no se encuentra afectada por las tasaciones de las facultades judiciales para aplicación de medidas alternativas o substitutivas introducidas por la Ley 4431, de 15 de setiembre de 2011.

La condición ordinaria del procesado/a es gozar de libertad en todas las etapas del proceso (CPP Arts. 4; 304). Tampoco la existencia de un requerimiento de acusación establece la aplicación de medida alguna (CPP Arts. 4; 242; 347), ni de una condena que fue objeto de apelación especial de la sentencia o de casación.

La Ley N° 4431, del 15 de setiembre del 2011, no exige la aplicación de la prisión preventiva en los casos que ella constituye. El magistrado puede dejar de aplicar esta medida, al menos que se le exponga convincentemente que existe peligro de fuga u obstrucción de la investigación en casos graves, en el que la participación del procesado sea altamente creíble gracias a elementos de prueba que le son expuestos en una motivación suficiente.

Lo que la Ley N° 4431 le prohíbe al magistrado es aplicar otras medidas cautelares de coerción personal que no sea la prisión preventiva; pero recuérdese que aún en estos casos, no es obligatoria una medida cautelar de coerción personal, aunque exista un acta de imputación como lo establece la regla general.

Esta ley tasa la función jurisdiccional e imposibilita el examen del caso particular para que, en función a ello, la magistratura decida aplicar una alternativa o substitutiva a la prisión preventiva. Con esta prohibición normativa se desnaturaliza el carácter jurisdiccional de la prisión preventiva. Es esta tasación de las facultades jurisdiccionales la que puede ser revisada por el control de convencionalidad según se sostiene en coherencia con la doctrina que rige esta materia (Merlo & Peralta, 2016).

Debido al principio *pro homine*, la magistratura puede optar por aplicar la norma más favorable a la protección de la dignidad humana; llegar a aplicar un control de convencionalidad que le permita proteger la dignidad del procesado y aplicar la medida alternativa o sustitutiva que, en principio, la ley secundaria contra convencional le estaría vedado aplicar.

Todo magistrado es custodio de la convención, y del control del cumplimiento de las obligaciones del Estado ante la misma, es un control difuso que puede ejercer cada agente del Estado, cuando éste se vea compelido a actuar de un modo violatorio de la convención por mandato de una norma secundaria que viola dicha convención. El control de convencionalidad puede aplicarse de oficio o a pedido de parte (Merlo & Peralta, 2016).

En caso de que una medida alternativa o sustitutiva sea violada, la magistratura interviniente debe escuchar el pedido de las partes y la justificación de la defensa. Solo variarán las condiciones de la restricción de libertad, si la violación de la medida fue injustificada, y si existe peligro de fuga o de obstrucción de la investigación. El Juez podrá recurrir a medidas más estrictas de vigilancia; sólo si ellas no resultan razonablemente suficientes, se procederá a dictar la prisión preventiva como último medio (CN Art. 19).

No existe una conversión automática de la medida alternativa o sustitutiva en prisión preventiva, sin más análisis y razonamiento, por el solo hecho del incumplimiento de una o más de las condiciones impuestas en las medidas alternativas o sustitutivas, ya que el incumplimiento del compromiso asumido puede ocurrir de un modo inocuo o justificado; cada incumplimiento siempre será sopesado judicialmente de manera a dar una explicación de los fundamentos de la

decisión final que se adopte en el caso, y siempre en atención a las circunstancias específicas que le conduzcan a alterar la medida otorgada (CN Art.19; CPP Arts. 4; 6; 9; 242; 247).

Es posible que la defensa solicite por sí o por apoderado la eximición a la detención o la prisión preventiva. Solo se podrá requerir si la restricción de libertad ordenada, aún no se ha cumplido. Para dar trámite y resolver el pedido, no es necesario que el procesado concurra y se dé por aprehendido en ninguna dependencia del Estado. Se puede otorgar la eximición en cualquier tipo de investigación, sin importar restricciones legales a medidas alternativas o sustitutivas a la prisión (CPP Art. 10; Art. 249); en esta materia (protección de la libertad del encausado), la función jurisdiccional que no está prohibida ejercer en cautela del procesado y la libertad, no puede ser invocada por interpretación extensiva de la ley.

La Ley N° 4431, del 15 de setiembre de 2011, no regla la figura de la eximición y, por tanto, sus disposiciones no afectan a este instituto procesal.

2.3.5.- Toda decisión que aplica prisión preventiva debe ser motivada en hechos y fundada en ley

Todas las medidas de coerción personal deben ser requeridas motivadamente por el Ministerio Público y/o la querrela (CPP Arts. 55; 240). La motivación debe expresar cuestiones de hecho, derecho y prueba que permitan su examen y resolución fundada (CPP Art. 55 y 125). Cuando se pide prisión, la magistratura, de oficio o a petición de parte, puede aplicar medidas alternativas (CPP Art. 245). La vigencia de los fundamentos de la prisión preventiva pueden ser revisados a pedido de parte en cualquier momento, y de oficio necesariamente, por lo menos, cada tres meses (CPP Arts. 248 y 250). La falta de motivación del pedido de prisión y de fundamen-

tación en su aplicación es un trato violento que propician agentes estatales; encerrar a un ser humano en el sistema penal, sin que este pueda conocer la causa de su privación de libertad constituye un trato que puede causar angustia, sufrimientos graves y ello no deviene del cumplimiento del régimen legal que rige el modelo de encierro diseñado en el código; son conductas que pueden ser comprendidas como violatorias de la Convención contra la Tortura.

2.3.5.1.- Requisitos exigidos para aplicar prisión preventiva

Para la aplicación de cualquier medida cautelar de coerción personal, y en especial de la prisión preventiva, los puntos que deben ser motivados por quien lo requiere son los siguientes (CPP, Arts. 3; 4; 6; 10; 12; 55; 125; 242; 243; 244; 247):

a.- Existencia de un hecho punible grave, en el caso de la prisión preventiva. La acreditación del hecho punible debe ser objetiva y verificable. El calificativo de grave, exigido por la prisión preventiva, es valorativo, adicional a la existencia de hecho, por lo tanto, al magistrado le toca señalar las circunstancias fácticas a las que aplica dicho concepto valorativo; debe redefinir con su interpretación personal un alcance concreto diciendo cómo se halla acreditada la existencia del hecho típico y por qué motivos concretos éste es grave.

b.- Que el procesado es autor o partícipe del hecho punible, y que es necesaria su comparecencia. No basta con que existan suficientes evidencias de la existencia del hecho punible. Siempre se debe tratar de circunstancias conocidas fehacientemente por hechos objetivos y demostrables que hagan suponer como altamente pro-

bable ese grado de autoría o participación. Por otra parte, para aplicar prisión, debe ser un hecho que exija la concurrencia personal del imputado, acusado o condenado al proceso; deben ser casos en los que no se pueda intervenir por apoderado (CPP Art. 237). Los requisitos a) y b) son conocidos por el nombre de sustanciales o materiales; sin ellos no tendría sentido una medida cautelar, pero no bastan para determinar su necesidad.

c.- Que existan hechos que hacen presuponer que puede darse a la fuga o puede obstruir la investigación, o ambas cosas (requisitos procesales). La medida de afectación de la libertad debe ser proporcional a estos peligros. Ciertamente nunca se eliminan totalmente, incluso una persona en prisión puede fugarse o desde allí manejar una red mafiosa que obstruya la investigación; el orden jurídico pretende que razonablemente se enerven estos peligros con la medida cautelar de coerción personal aplicada. La existencia de estos dos peligros que son los requisitos procesales, como tales, son los más importantes para justificar la cautela tomada por el Estado. No basta la concurrencia de todos los demás requisitos si uno de estos dos peligros se encuentra ausente.

d.- En cuanto al peligro de fuga, está reglado detalladamente en el Art. 243 del CPP. Este artículo exige que los motivos considerados sean mencionados de un modo expreso en la resolución; la decisión debe exponer un relato de las circunstancias y una explicación de la relevancia de las mismas sin caer en palabras rutinarias o afirmaciones dogmáticas.

El relato hecho por el juez en su fundamento siempre debe ser concreto y no genérico; debe expresar qué hechos son los tenidos en cuenta y sobre ellos conjeturar

por qué acreditan el peligro de fuga o la obstrucción de la investigación. De este modo, no puede exponer meras conjeturas, sin hechos que pertinentemente acrediten en su razonamiento lo que está concluyendo para tomar su decisión. En el caso del requisito de la pena que menciona el numeral 2 del citado artículo, implica tener en cuenta lo que eventualmente corresponde a ese caso, no de un modo abstracto, sino de un modo concreto en el contexto de la situación que se aborda en la teoría del caso expuesta por el recurrente y la defensa. Siempre se consideran supuestos que se deducen de hechos conocidos y ciertos.

Por otra parte, la pena no puede ser el único hecho mencionado en la resolución. La posible pena, por sí sola, no es lo suficientemente relevante como para que se hagan a un lado las demás exigencias del mencionado artículo 245 del CPP. A una posible alta pena, puede corresponder una solvencia de la presencia social del procesado, que haga muy poco probable de que se fugue; por eso es necesario considerar todas las posibilidades y agotarlas en el análisis.

e.- En cuanto al peligro de obstrucción de la investigación, está reglado en el Art. 246 del CPP. Según el mismo deben ser peligros invocados sobre actos concretos de investigación; no se puede recurrir a enunciaciones hechas de un modo genérico. Nótese que este requisito sirve como motivo de prisión hasta la conclusión del juicio o el aseguramiento de esa información que podría perderse; por eso es tan importante que el argumento sea verificable. Considérese que una vez garantizada la información pertinente que se temía sea obstruida, ya no se puede invocar el peligro de pérdida de esa información. La medida de prisión debería encontrar funda-

mento en otro peligro o dar paso a la libertad.

No se presume ninguno de los requisitos de las medidas cautelares y de la prisión preventiva (CN, Art. 17; CPP, Art. 4). No se puede obligar a que la persona procesada justifique arraigo, que no obstruirá la investigación, que no se fugará, etc. Quien alegue estos extremos para que la medida sea aplicada es quien debe ofrecer evidencias que hagan suponer la concurrencia de estas circunstancias con verosimilitud suficiente para que el magistrado funde la aplicación de una alternativa, sustitutiva o prisión pre-

ventiva (CPP, arts. 4; 6).

2.3.6 Control de convencionalidad

Esta es una herramienta jurídica a la que los jueces deben recurrir para dar vigencia a las obligaciones de adecuación que tienen los Estados, en el sentido de contar con normas que garanticen la vigencia de los Derechos Humanos establecidos en el derecho internacional. Cuando existan normas estatales internas que legislen en contravención a tratados internacionales que protegen los Derechos Humanos, la magistratura podrá apartarse de la norma interna y brindar efectiva protección del derecho consagrado en la norma internacional, cautelando de este modo la dignidad de la persona y logrando que el Estado cumpla con su obligación internacional, previamente asumida.

De este modo no concentrado, como es el caso de la inconstitucionalidad, que si está reservado a la Corte Suprema de Justicia, toda magistratura en el marco de su competencia lleva un control de convencionalidad y aplica las normas del derecho internacional que protegen a la persona del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Es importante conocer que de este modo los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su jurisprudencia, marcan también un rumbo que puede orientar a los jueces hacia la mejor protección de la persona ante el abuso del poder

del Estado (Merlo & Peralta, 2016).

Algunos de los casos emblemáticos que pueden ser analizados para contar con más información son los siguientes: *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* del 2006 (primer fallo de la Corte Interamericana en la materia); *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* 2006; *La Cantuta Vs. Perú* 2006. Este control se extiende a otros poderes del Estado en el desarrollo creciente de esta doctrina pudiendo verificarse en casos como *Gelman Vs. Uruguay* del 2001; y antes, en el año 2010 *Rocendo Radilla Pachico Vs. México*.

La Convención Americana cuenta con los artículos 1.1 y 2 como fundamentos para este control de convencionalidad. En el derecho interno se cuenta con normas contra convencionales que agravan la crisis penitenciaria de la que dan cuenta los hallazgos de este trabajo. Estas normas pueden ser revisadas por cualquier magistrado que, en el marco de su competencia, brinde mayor protección a la persona fundando sus fallos en el derecho internacional de los Derechos Humanos al que el país se encuentra adscripto.

De este modo, el control de convencionalidad forma parte del punto de partida garantista para el análisis del modelo de aplicación de las tasaciones que se introdujeron a las medidas alternativas y sustitutivas de la prisión en las leyes de emergencia que fueron dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del actual CPP.

2.3.7 Derecho Internacional. Las obligaciones del Estado

A los efectos de determinar los alcances que deberían regir la prisión preventiva desde las normas internacionales que protegen los Derechos Humanos se entra a considerar un breve resumen sobre los sistemas internacionales que son

aplicables en la materia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido suscripta en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1.969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Paraguay aprobó por Ley N° 1, de 8 de agosto de 1.989, ratificando el 24 de agosto de 1.989 y aceptando la competencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos el 11 de marzo de 1.993 por Decreto N° 16.078 del 8 de enero de 1.993.

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce como garantía judicial la presunción de inocencia en el art. 8. 2. Esta garantía elemental dentro del proceso penal atribuye a favor del imputado la presunción de que debe ser considerado y tratado como inocente, hasta tanto no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme¹¹. El principio de la presunción de inocencia exige que la aplicación de la pena solo pueda estar fundada en la certeza del Tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado.

Este principio también impone como regla general que toda persona sometida a un proceso penal debe ser juzgada en libertad y que sólo por vía de excepción se puede privar al procesado de la libertad. En caso de resultar necesaria la detención del procesado durante el transcurso de un proceso, su posición jurídica sigue siendo la de un inocente. Por eso, para el Pacto de San José de Costa Rica el principio de

11 Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Fondo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 145, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 182

presunción de inocencia es el punto de partida de cualquier análisis para el tratamiento de las personas que se encuentren sometidas bajo el régimen de prisión preventiva.

En ese sentido, la CIDH reitera que la observancia del derecho a la presunción de inocencia implica en primer lugar, que como regla general el imputado debe afrontar el proceso penal en libertad. Lo que supone que la prisión preventiva debe ser utilizada como una medida excepcional; y que en todos los casos en los que se disponga su aplicación, se tenga el derecho a la presunción de inocencia al establecerse las razones legítimas que pudieran justificarla. Como toda limitación de derechos humanos, la privación de la libertad previa a una sentencia debe ser interpretada restrictivamente en virtud al principio *pro homine*, según el cual, cuando se trata de reconocimiento de derechos debe seguirse la interpretación más beneficiosa para la persona, y cuando se trata de la restricción o supresión de los mismos, la interpretación más restrictiva¹².

En el caso “*Leiva Vs. Venezuela*”¹³, la Corte Interamericana expresó que del principio de presunción de inocencia 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.

La CIDH estableció el *criterio de excepcionalidad* en la aplica-

12 CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párrs.71 y 75.

13 Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párr. 119

ción de la prisión preventiva como excepción al principio de presunción de inocencia. El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar se halla limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. En otros términos prácticos, el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.

Sobre el *principio de razonabilidad* del plazo de duración de la prisión preventiva, la CIDH consideró que la misma no puede ser establecida en abstracto, y que el periodo de dos años de duración no corresponde en forma literal a la garantía del art. 7.5 de la Convención Americana. Resalta que la apreciación en cuanto a la razonabilidad de la prisión preventiva debe estar determinada en el prudente criterio judicial, para la cual debe analizarse todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en la decisión judicial.¹⁴

En el caso “*Firmenich*”¹⁵, la CIDH al referirse sobre el alcance del concepto de “plazo razonable”, afirmó que el mismo no es posible establecer mediante un concepto en abstracto, sino que debe estar determinado en un caso en concreto. Al hacer mención al mismo expuso que ningún Estado parte está obligado por la Convención a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias. En la misma causa el citado Tribunal Internacional interpretó el artículo 7, inciso 5 del Pacto de San José de Costa Rica,

14 Informe del 17 de febrero de 1.998 CIDH

15 Informe sobre el caso 10.037 CIDH

señalando que “...dicha norma solo reclama que la persona detenida sea juzgada en un tiempo razonable y que, caso contrario, sea puesto en libertad provisoria. Esa “cantidad” razonable de tiempo no tiene que ser fijada en dos años, como se pretende sin mayor fundamento, desde que, si ese tiempo puede serlo para una causa sencilla o de fácil investigación, es posible que no lo sea en otra, como la presente, cuya complejidad, extensión y arduo trámite impongan un plazo mayor para su expiración¹⁶.”

Teniendo en cuenta el criterio de la CIDH se desprende que la determinación del “plazo razonable”, dependerá exclusivamente de las circunstancias particulares del caso en cuestión y que la fijación de dos años de tiempo como plazo razonable, aplicado sin mayor fundamento resulta contrario a las garantías previstas por la Convención Americana. En este sentido apelar al plazo mínimo de duración de la prisión preventiva sin mayor fundamento que la norma constitucional, en contra del límite de dos años establecido en la ley como lo hace reiteradamente la jurisprudencia paraguaya, resulta también contrario al criterio de la CIDH pues no contiene la justificación de la razonabilidad en criterios particulares de análisis de la pertinencia procesal.

También como norma internacional y que contiene un idéntico alcance de garantías que el ya descripto, tenemos al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, que ha sido suscripto en la ciudad de Nueva York, el 16 de diciembre de 1966 adoptado durante el XXI periodo de sesiones de la asamblea general de las Naciones Unidas, y aprobado en el Paraguay por Ley N° 5 de fecha 9 de abril del año 1992 (En adelante PDCP).

16 Informe sobre el caso 10.037 CIDH

El PDCP reconoce en su art. 9, inciso 3° establece que *... Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

Puede verse que prescribe nuevamente como un principio fundamental de la prisión preventiva la excepcionalidad de la medida, estableciendo que, la prisión preventiva no debe ser la regla general, esto contrariamente a la configuración existente en nuestro país denota una vez más la importancia de la obligación en el uso del control de convencionalidad, ya que como veremos más adelante los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia, son contrarios a los preceptos establecidos en este pacto existiendo leyes contravencionales a las que la Corte no le resta validez.

En el inciso 4° del mismo artículo determina la posibilidad de recurrir ante el tribunal, a fin de que el mismo decida lo que es relevante en contexto de debilidades institucionales que tienden a negar este derecho; se volverá a este punto en la discusión y análisis de los hallazgos.

En lo que respecta a las condiciones de encierro y el trato que deben tener las personas privadas de su libertad, en primer lugar, el art. 7, establece que nadie será sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, también instituye en su art. 10, inc. 1° el trato humanitario y el respeto a la dignidad humana, sumado a que los procesados deben estar separados de los condenados y el tratamiento distinto que deben llevar los mismos con relación a los prevenidos.

2.4.- Elementos conceptuales para la identificación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Es importante para esta investigación adoptar una conceptualización de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pues el análisis de la prisión y sus factores extralegales se hace en función a concluir de qué manera afecta la persistencia de estos hechos. De este modo, se siguen los delineamientos establecidos por el Comité contra la Tortura, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) (1987), en razón de que el mismo, es un instrumento vigente que establece responsabilidades para el Estado por su incumplimiento.

Esta Convención establece en su artículo 1 la definición de la siguiente manera:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

En similar sentido, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura (1985), conceptualiza a la tortura en su artículo 2 de la siguiente manera:

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

A su vez, el Código Penal Paraguayo en su artículo 309 tipifica la tortura de la siguiente manera:

1° El que intencionalmente infligiera a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales o la sometiera a un hecho punible contra la autonomía sexual, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión con fines de investigación criminal, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin; será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

2° El que intencionalmente aplicara sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o mental, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años.

Si bien, la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes suelen mencionarse siempre de manera conjunta, para Lugo (2007), son hechos distintos. En esta investigación constituyó un problema diferenciar a la tortura de los demás tratos crueles, inhumanos o degradantes. De esta manera, una de las limitaciones que se tiene en esta investigación es que en el Paraguay no se ha generado aún jurisprudencias en torno a los hechos de tortura y otros tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes, debido a que los juicios sobre los mismos son escasos, o si bien existen algunos, hasta el momento no se ha llegado a sancionar a ningún responsable.

Esta deficiencia del sistema penal fue objeto de análisis y recomendación por parte del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura al Fiscal General del Estado en audiencia de fecha 17 de mayo del 2016 y por otro lado, que, en nuestro país existe una tendencia a descartar el tipo penal de tortura, recurriendo a otras figuras como la lesión corporal en el ejercicio de las funciones públicas (Von Lepel, 2017).

La CIDH y el Tribunal Europeo poseen precedentes en donde pretenden abordar el tema. En las jurisprudencias recopiladas por Leguizamón (2017) en su informe *Diferencias conceptuales entre tortura y demás malos tratos en el derecho internacional a partir de la jurisprudencia existente*, se ven algunos de estos casos.

En el caso del sistema europeo, en *Campbell y Cosans c. Reino Unido (1982)*, el Tribunal sostuvo que “*el trato en sí no podría considerarse ‘degradante’ a no ser que la persona haya sido sometida – desde su punto de vista y en opinión de terceros – a una humillación o degradación con un mínimo nivel de gravedad*”. En América, en *Loayza Tamayo* la CIDH sostuvo que “*la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta*”.

Podemos observar que ambas jurisprudencias ostentan palabras valorativas como *intensidad o gravedad*, que siguiendo el esquema de garantías establecido por Ferrajoli (1995), no

pueden fundar juicios de verdad. Es necesario entonces que los poderes de cognición abarquen una serie de elementos tanto en la determinación del alcance de la norma como en la apreciación de los hechos demostrados, por lo tanto, no estarán expuestos de un modo particularmente relevante a criterios de orden político, ideológico o religiosos que primen en una sociedad determinada.

En esta investigación se utiliza sin cerrar una posición, que en el dolo podría sentarse como principio diferenciador que debe ser desarrollado, el cual se vincula con la representación de la conducta y los efectos que el sujeto tiene al momento de llevar a cabo el acto. Los tratos crueles, inhumanos o degradantes, podrían diferenciarse de la tortura, siempre y cuando la concreción de esa representación no implique una afectación de alguien en concreto sino, que se trate de condiciones y afectaciones generales, si bien es limitada por aproximarse a la aquiescencia y otros conceptos involucrados en el tipo penal de tortura, será la utilizada por esta investigación.



Configuración de la prisión preventiva en Paraguay

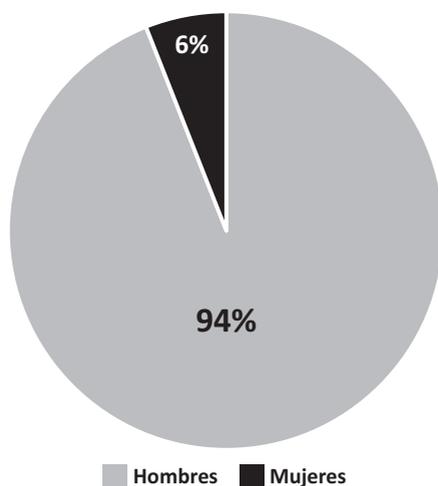
Análisis de los
aspectos
cuantitativos

3.- Configuración de la prisión preventiva en Paraguay. Análisis de los aspectos cuantitativos

3.1.- El encierro preventivo y por condena Situación al 2018 y perspectiva histórica

El gráfico 1 muestra la distribución por sexo de las personas privadas de libertad en Paraguay. A nivel nacional, al 7 de setiembre de 2018 se encuentran recluidas un total de 14.690 personas, lo que corresponde a una tasa de 208 PPL cada cien mil habitantes, de las cuáles 13.810 son hombres y 880 mujeres.

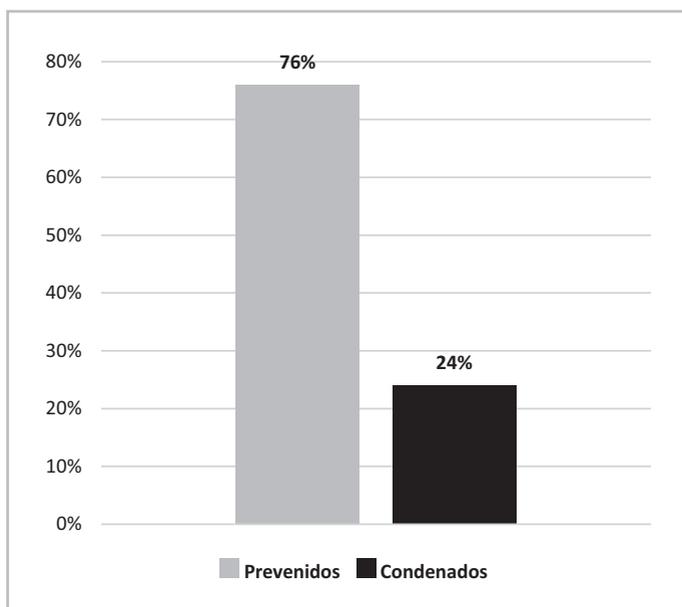
Gráfico 1: Porcentaje de personas recluidas en penitenciarías



Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018

Por otro lado, en el gráfico 2 se observa que la mayoría de las personas que se encuentran reclusas están bajo el instituto de la prisión preventiva. Existen 11.118 prevenidas y 3.572 condenadas.

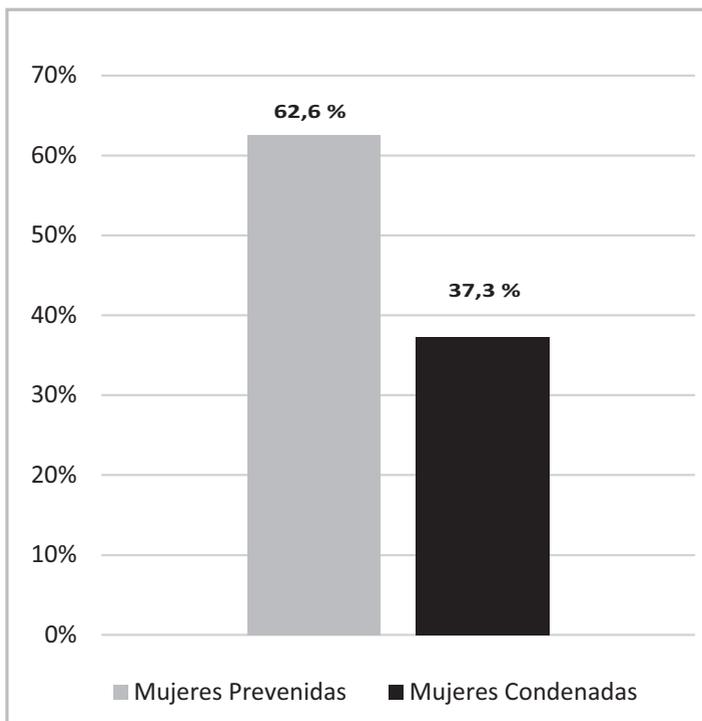
Gráfico 2: Porcentaje de condenados y prevenidos en penitenciarías



Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018.

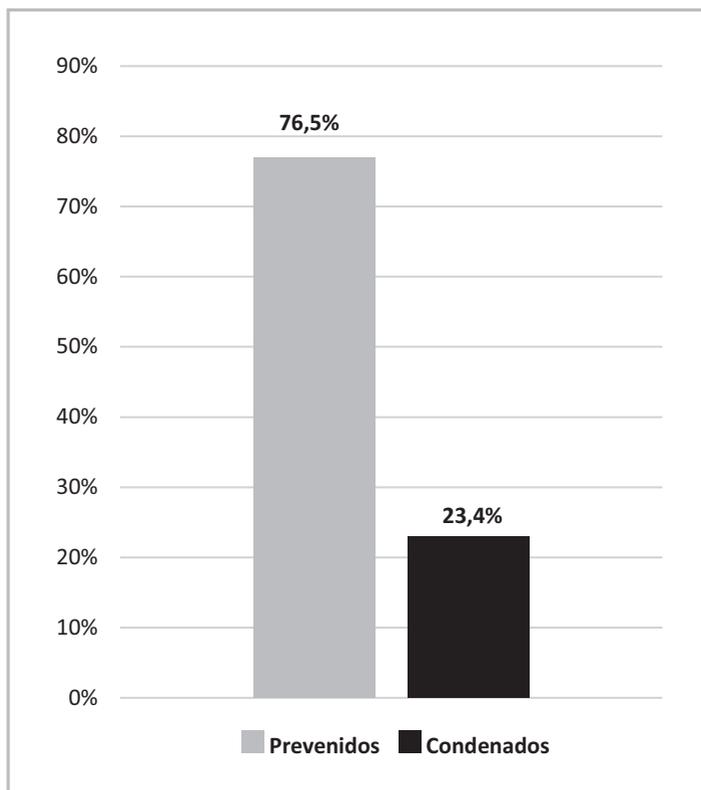
Los gráficos 3 y 4 muestran que si desgregamos por sexos la población total de personas privadas de su libertad, la situación no varía. De las 880 mujeres reclusas, sólo 329 están condenadas, así también, de las 13.810 hombres privados de libertad, sólo 3.243 han sido condenados.

Gráfico 3: Porcentaje de mujeres encerradas en penitenciarias



Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018

Gráfico 4: Porcentaje de hombres encerrados en penitenciarías.



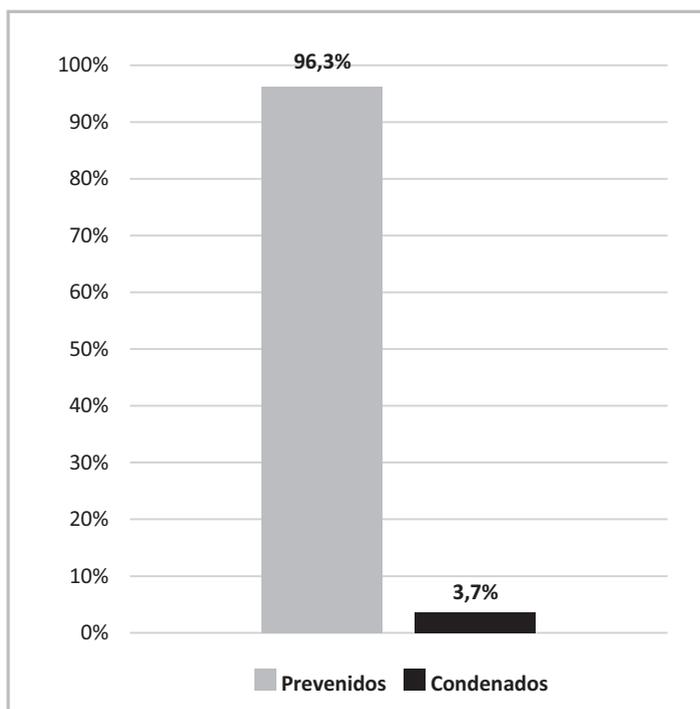
Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018

Estos cuadros confirman que el país cuenta con un altísimo índice de presos sin condena. Estadísticamente se demuestra que el principio de juicio previo está en crisis en Paraguay. El encierro generalizado en la población penal es la de personas prevenidas lo que no debería ocurrir según el marco jurídico prescripto en la Constitución Nacional.

3.2.- Comparativo histórico del uso de la prisión preventiva desde 1931

El gráfico comparativo histórico de presos sin condena muestra que el modelo de uso preminente de la prisión preventiva es una constante en el país. Como se observa en el gráfico 5, en 1931, el total de personas privadas de libertad era de 800, pero sin embargo únicamente 30 estaban condenadas, es decir, sólo un 3,7%.

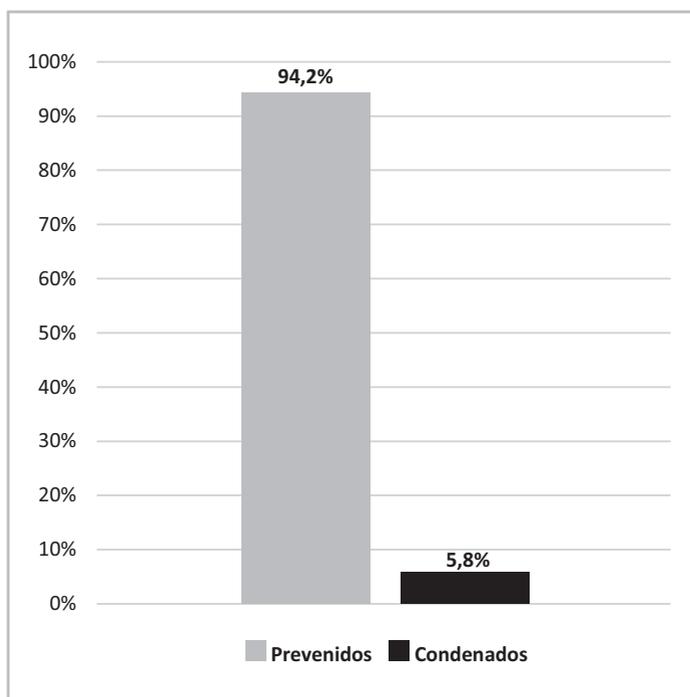
Gráfico 5: Porcentaje de condenados y prevenidos en 1931



Fuente: Elaboración Propia en base al libro Infortunios del Paraguay de Teodosio González, 1931.

El gráfico 6 muestra las cifras de 1981. Solo el 5,8% estaban condenadas en Tacumbú, la mayor penitenciaría del país.

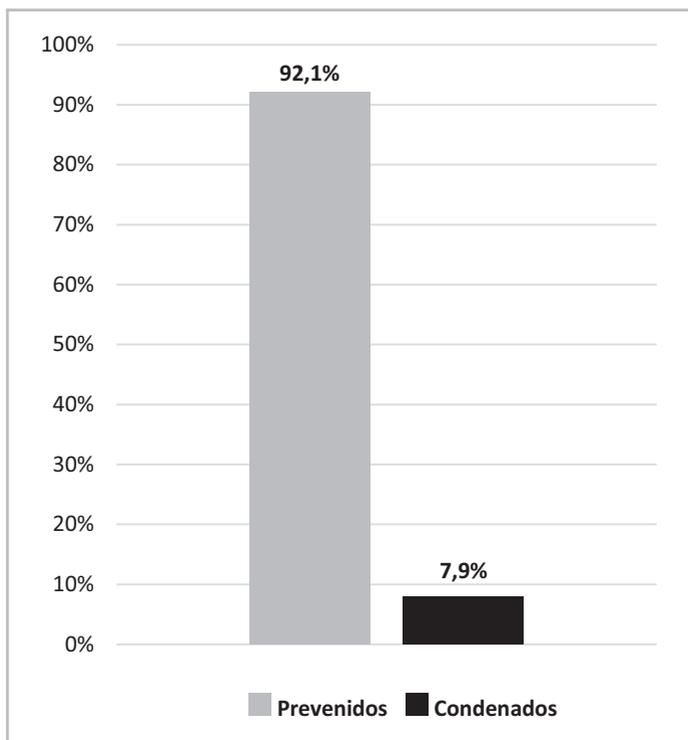
Gráfico 6: Prevenidas y condenadas de la Penitenciaría Tacumbú en 1981



Fuente: Elaboración propia en base al libro de Carranza, Elías, El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe, 1983.

En el gráfico 7 se muestran los datos de 1.990 donde la cantidad de condenados era de 176 personas, mientras que los prevenidos sumaban 2.058 de un total de 2.234 personas privadas de libertad.

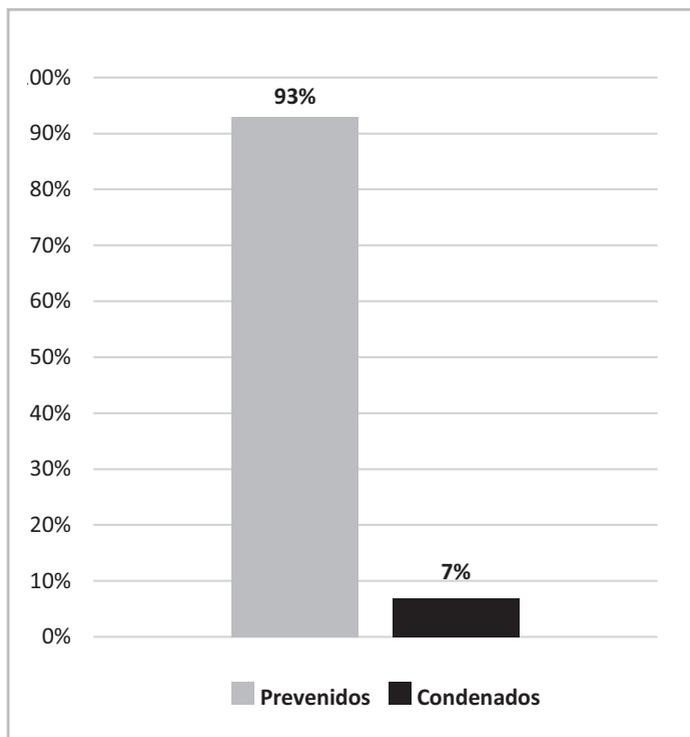
Gráfico 7: Prevenidas y condenadas en 1.990



Fuente: Elaboración propia en base al libro de Elizzeche y otros; Sistema Penitenciario y Reacción Estatal Contra la Criminalidad, CIPSEP, 1990.

En 1.999 seguía el mismo fenómeno, de 4.088 privados de libertad, el 7% (285 personas) eran condenadas y el 93% (3.802 personas) prevenidas, tal y como muestra el gráfico 8

Gráfico 8: Prevenidas y condenadas en 1999



Fuente: Elaboración propia con base Cátedra Libre, INECIP-Py, 2003.

Con estos datos es posible afirmar que la práctica inquisitiva de la presunción de culpabilidad y el uso de la prisión preventiva como pena anticipada se mantiene en el tiempo, y que los principios constitucionales, tales como la presunción de inocencia, y la excepcionalidad de la prisión, solo han podido tensionar dicha costumbre, pero sin desplazar al modelo vigente a lo largo de tantos años en Paraguay y en el continente. Como lo ha señalado, entre otros el argentino Alberto Binder (1994).

La dimensión histórica del modelo de encierro sienta la hipótesis que difícilmente el abuso del uso de la prisión preventiva provoque alarma social, pues la asociación entre proceso y privación de libertad está naturalizada estadística y socialmente.

Ante esta realidad debe tenerse en cuenta que la reforma del sistema inquisitivo que planteó el cambio del encierro cautelar como pena anticipada tiene marchas y contramarchas en nuestro país (Binder 2005, Martens y Orrego, 2014). Es un complejo juego de poderes que reconoce un espacio de tensión de diversos fenómenos que no son exclusivamente derivados de la Ley del Estado, sino de intereses que materializan las expectativas de los actores que intervienen en el juego que se da en el campo penal (Binder, 2005).

El enfoque de las proporciones comparativas entre pena y prisión hace suponer que existe una práctica social de pensar lo punitivo como respuesta desde la prisión y no desde el juicio, porque la punición ordinaria e históricamente se practicó desde la prisión y no desde la pena. Los agentes responsables de la criminalización secundaria siguen una regla que no es exclusivamente de la CN. Un examen de esta práctica histórica aconseja recordar que la práctica es una continua interpretación y reinterpretación de lo que significa la regla, y la regla es realmente lo que la práctica hace de ella (Kostenwein, 2010).

Para entender de qué manera este fenómeno se sostiene en el tiempo e incide en la continuidad de la tortura y los malos tratos, previo al abordaje exhaustivo explicativo del fenómeno, se hace necesario describir cuales son los elementos preponderantes que en el campo jurídico y su juego que inciden para que la prisión quede configurada de este modo. Ello

exige con toda seguridad mirar más allá de la ley y describir a la prisión preventiva como el resultado de una fuerza sobre la que actúan otras que no son las que devienen de la ley y sin embargo son prevalentes en la práctica determinando el uso del instituto.

Lo que intentamos es analizar al derecho a través de los hechos, o más específicamente a la Prisión Preventiva a la luz de sus condicionamientos organizacionales, puesto que el fenómeno jurídico no se agota en la descripción del derecho positivo válido, por ello, de nada sirve tildar de antijurídica una generalizada evasión institucionalizada sin determinar las causas sociales que la justifican y la consideran conducta aceptable socialmente (Kostenwein, 2010).

En el caso de esta investigación sin agotar la justificación, se intenta describir dichas fuerzas extralegales y a partir de un análisis aproximativo a su sentido para cuestionar que aportan a la continuidad de la tortura y los demás malos tratos.

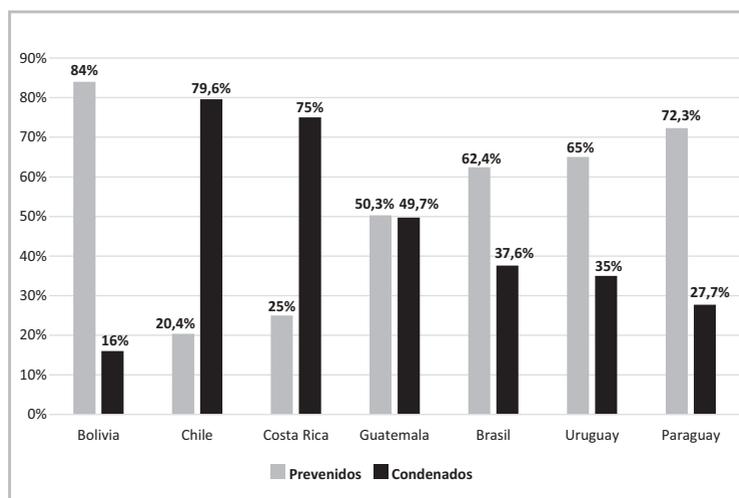
La investigación encuentra que los jueces históricamente son compelidos por elementos plenamente vigentes propios de la cultura inquisitiva que dominó la sociedad y el comportamiento del Estado desde su nacimiento porque era este el modelo instaurado en la colonia de donde surgen nuestras repúblicas (Binder, 2008).

Los distintos factores extralegales que se encontraron como determinantes en el uso del instituto permiten ir conociendo lógicas específicas de este juego de poderes en el que el modelo predominante en el campo jurídico no se apega a la CN. Lograr identificar modos de actuar permite ver normas informales que reglan el juego de los involucrados en la aplicación de la prisión, estas constituyen también elementos para describir formas de actuación que facilitan la continui-

dad de la tortura y los demás malos tratos de modo que sin una mirada fuera de la rutina que describen las estadísticas jamás podrían ser vistas.

A continuación, el gráfico N° 9 corresponde al comparativo del encierro penal entre algunos países de la región Latinoamericana y el Paraguay.

Gráfico 9: Comparativo regional de la Prisión Preventiva



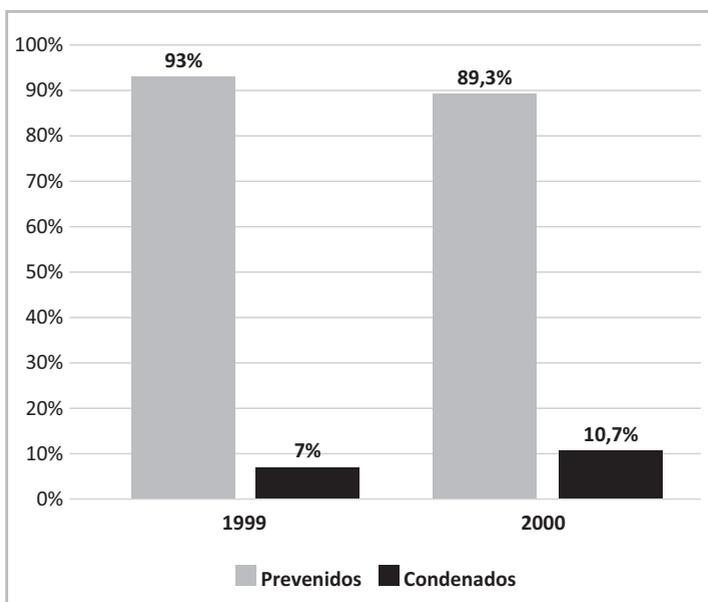
Fuente: Elaboración propia sobre los datos del Informe sobre Uso de la Prisión Preventiva en las Américas de la CIDH, año 2013.

El mismo revela que otros países con una legislación procesal similar a la nuestra, no tienen el alto índice de presos sin condena que mantiene el sistema judicial paraguayo. Más allá de la Constitución Nacional, existe un permiso que aquí y ahora se da a los agentes responsables del poder penal y ello no es igual con la misma dimensión en los distintos países. Esta investigación procura entender la realidad de la práctica en nuestro país, pero es evidente que si similares orde-

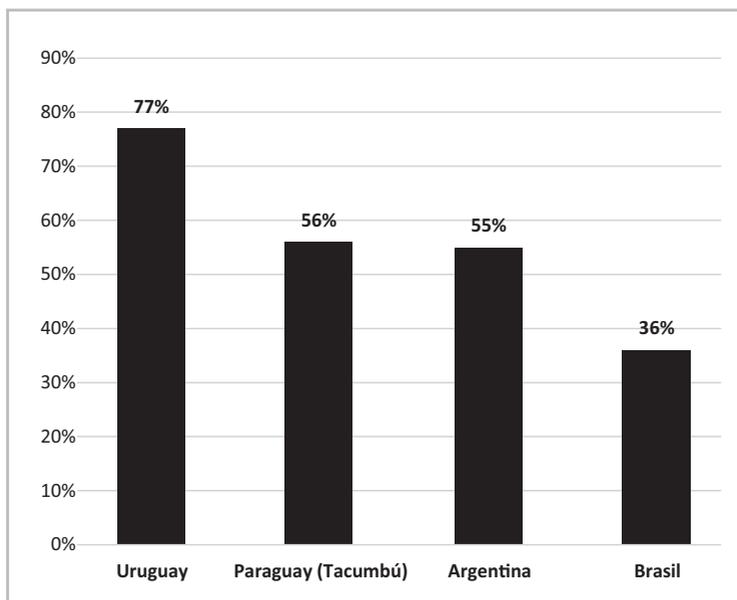
namientos alcanzan diversos resultados ocurre porque en el uso de la prisión los factores extralegales son predominantes. Una de las razones del porqué de este fenómeno podría ser el grado de eficacia de la norma como modelo deóntico difiere de realidad en realidad según los demás factores extralegales que intervienen.

3.3.- Reforma y contrarreformas. Sus efectos en el encierro preventivo

Gráfico 10: Incidencia de la entrada en vigencia del CPP



Fuente: Elaboración propia con base a los datos de la Oficina Técnica para Implementación de la Reforma Penal – Corte Suprema de Justicia (publicado en la Revista Cátedra Libre, INECIP-Py, 2003, y del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Gráfico 11: Comparativo regional porcentual de la Incidencia de la Reforma Procesal.

Fuente: Elaboración propia con base a datos de la Oficina Técnica para la Implementación de la Reforma del Sistema Penal de la CSJ, publicado en la Revista Cátedra Libre, INECIP-Py, año 2003.

Los gráficos 10 y 11 respectivamente, dan cuenta del impacto que tuvo en el sistema penal la entrada en vigencia de un CPP garantista diseñado en la ley 1286/98, pero que a 20 años de su implementación sufrió modificaciones, cuyos resultados acercan a los números del proceso penal paraguayo inquisitivo, las estadísticas penitenciarias nacionales.

A continuación, se hace una breve descripción del proceso de reforma procesal penal de manera a ilustrar la posibilidad de cambios estructurales, a través de reformas normativas y voluntad política. Así mismo se hace referencia a las crisis y momentos políticos que marcaron la contrarreforma.

El CPP fue acompañado en los primeros momentos del periodo de reforma penal con un firme compromiso de la CSJ. Como en otros países el clima social armonizaba los intereses de las agencias en torno a la vigencia de un modelo de manejo penal que responda al paradigma constitucional garantista y acusatorio como un problema de justicia constitucional (Kostenwein, 2015).

De un índice de 93% de presos sin condena en el año 1999 y una población penitenciaria de 4.088 personas, se pasó en el año 2000 a 89,3% de prevenidos con apenas 3.219 personas. En un año, con el sistema de depuración de causas que aplicó medidas alterativas y substitutivas a la prisión en el contexto del procedimiento escrito (Ley 1444/99 de transición penal.) decreció en 869 personas menos el sistema penitenciario que por otra parte aumento en un 4% su cantidad de condenados.

Varias entrevistas a profundidad hechas a funcionarios que trabajaron en la implementación de CPP pusieron énfasis de lo que objetivamente es también verificable; no solo el Poder Legislativo tomó compromiso con la instauración de un proceso acusatorio garantista (CPP Ley N° 1286/98), en remplazo del inquisitivo escrito establecido en el CPP de 1890, sino también la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y otras instituciones que trabajan en el sector justicia.

Toda esta inversión pública y la movilización de los agentes de cambio del Ministerio Público y el Poder Judicial fue un gesto político de compromiso de agencias trascendentales en el campo de la criminalización en Paraguay. Era un clima en que los políticos que acompañaban la reforma aún estaban preocupados por recuerdos de la dictadura y concordaban con la necesidad de la racionalización de la violencia del Es-

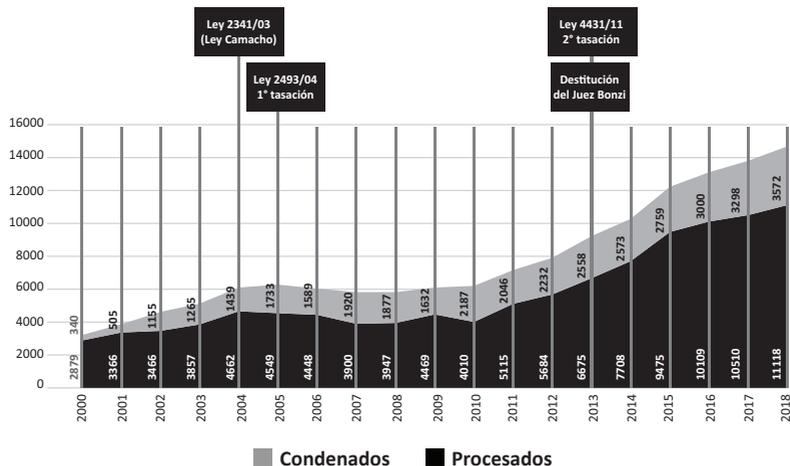
tado. Los actores del campo jurídico o de la criminalización primaria y secundaria encontraban en la reforma un punto común de interés.

No es extraño que conforme a los datos recabados de la Oficina Técnica de Reforma del sistema penal decreciera el número de personas en encierro penal con mucho éxito; de este modo, tampoco es raro que según los datos del Poder Judicial de 1999 al 2001, la cantidad de prevenidos en Tacumbú haya descendido a 56%, ubicándose por debajo del promedio del Mercosur que entonces era de 65% de presos sin condena (INECIP, 2003).

Esta disminución de personas privadas de libertad y el aumento de personas condenadas que se registró en el tiempo de aplicación de los programas de depuración de causas, diseñadas por Roque Orrego y Marcos Köhn, con la asesoría de Alberto Binder desde el Poder Judicial determinó un sistema de gestión de apoyo a los juzgados de la República, con resultados que no tiene precedentes en la historia de la disminución de los presos sin condena.

Semejante descenso de la cantidad de internos del sistema penal tampoco se volvió a replicar, pues desde el 2000 (año de entrada plena del nuevo proceso acusatorio oral), aumentó el encierro penal en Paraguay, sin un punto de retorno. Esto puede verse en el gráfico 12.

Gráfico 12: Evolución del encierro penitenciario en Paraguay.



Fuente: Elaboración propia con base a los datos del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura del 3 de noviembre de 2017 y del Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018.

En este mismo sentido, una ex magistrada que trabajó en los trabajos de implementación del nuevo CPP, desde la Oficina Técnica, sostuvo:

“A partir del año 2000, cuando entra en vigencia el CPP y la policía ve afectado su modelo de relacionamiento de poder con la ciudadanía y el sistema judicial/ fiscal del Estado, la primera en criticar al CPP por ser ineficaz y no acompañar la necesidad de encerrar a los delincuentes fue la policía nacional. En tiempos de la reciente entrada del sistema procesal se hizo famosa la frase acuñada por el entonces ministro del Interior Walter Bower que tildó de maldito al CPP. Esto no es extraño si se considera que el MP comenzó a actuar como un agente contralor de policías, recordemos que la calle era de la policía en épocas de Stroessner y eso generó una costumbre que se vio modificada por los mandatos de la ley. Desde este sector fue constante la crítica a las medidas alternativas y substitutivas que soltaban a los definidos como delincuentes desde los partes policiales y sus comunicaciones¹⁷”.

17 Entrevista realizada por el equipo de trabajo registrada como E1.

En la curva de aumento del encierro penal puede notarse que el discurso policial descrito en la entrevista es falso. El CPP no sirvió para que disminuya la cantidad de encerrados penalmente en toda la historia de su aplicación. No es cierto que la idea de juicio público y la excepcionalidad del encierro preventivo disminuyó la cantidad de gente encerrada; lo que en realidad se modificó fueron las reglas de juego en el ejercicio del poder por la presencia activa de un nuevo agente, el Ministerio Público.

En este sentido, otra ex miembro de la Oficina Técnica recordó:

“Cada vez más el discurso de actores como la policía y ciertos medios de comunicación era más agresivo contra el uso de las medidas alternativas y substitutivas del proceso. Así se fue creando un clima social muy diferente al de la época en que se diseñó el CPP y se dieron los primeros pasos en su implementación. Recuerdo que la contratación de los comunicadores con fondos de la GTZ y el estudio de los efectos de la entrada en vigencia del sistema penal en el uso de la prisión preventiva se presentó en el contexto de un acto de una especie de rendición de cuentas hecha por la CSJ a actores sociales que asistieron a la proyección del documento y donde Roque Orrego y Marcos Köhn presentaron los resultados de la reforma procesal. Asistió el entonces arzobispo de Asunción, miembros de gremios etc. Se pretendió demostrar la utilidad de la reforma en la humanización del sistema de encierro. La agilidad de los procesos, el descenso de presos sin condena y otros resultados que en las cifras se demostraban incontratables¹⁸”.

A pesar de los esfuerzos realizados por defender la reforma normativa y la validez del orden jurídico secundario que rigen las medidas cautelares, en el 2003 se señala con mayor énfasis

18 Entrevista realizada por el equipo de trabajo registrada como E10.

la necesidad de ajustes al sistema normativo procesal. Todo ello surge en el contexto de la crítica a las medidas alternativas y substitutivas a la prisión preventiva como causantes del aumento de la delincuencia, cuando este fenómeno debería ser abordado desde otro punto de vista y análisis (Kronawetter, 2003).

“Un elemento que también demarca el año 2003 en el que se dicta la primera reforma autoritaria del CPP, son las críticas de aborristas estafados amenazados por la impunidad de causas que apaligran llegar a la extinción. El clima de los cambios normativos sancionados y señalados en el gráfico, tiene otras aristas¹⁹”.

Para Faella (2003) la reforma normativa planteada ese año surge como resultado de un modelo de reforma de la justicia que no es tal, porque carece de rumbos y se limitaba al cambio de actores en la CSJ, sin que se aborde el rol que realmente compete en el momento histórico al Poder Judicial para lograr la consolidación del Estado diseñado en la CN. El mismo también critica la incapacidad que tiene el sector gobernante de generar una política criminal capaz de desarticular las mafias que históricamente manejaron los poderes del Estado en defensa de sus intereses. Cabe recordar que en el 2004 cierra con la destitución o renuncia de varios ministros de la Corte Suprema de Justicia²⁰.

Sobre este telón de fondo que devela el debilitamiento del Poder Judicial y una estrategia de intervención que no apunta realmente a abordar los problemas de sustanciales, se suceden posteriormente las diversas reformas del proceso penal en el eje de la duración de proceso y la prisión preventiva.

¹⁹ Entrevista realizada por el equipo de trabajo registrada como E12.

²⁰ Durante el gobierno del Pte. Nicanor Duarte Frutos y mediante el decreto N° 1980, del 15 de marzo de 2004 se terminó de realizar el cambio total de la Corte Suprema de Justicia. Los doctores Sindulfo Blanco, Miguel Bajaic, César Garay, Alicia Pucheta, José Altamirano y Raúl Torres Kirmser reemplazaron a los ministros de la época de Juan Carlos Wasmosy

El discurso que caracterizó a los primeros años de la reforma procesal cambia de eje y comienzan a plantear cada vez más el tema de la justicia penal y su contrarreforma desde la óptica de la seguridad y no de la justicia constitucional, lo que también pasó en otros países de la región (Kostenwein, 2015).

Lo primero en ser afectado fue el tiempo de duración del proceso con la ley N° 2341, del 14 de octubre de 2003, y por tanto en paralelo a todo el debate de cambios en la CSJ. El plazo de 3 años establecidos en el CPP fue ampliado en un sistema que por su diseño llega a disolver la garantía de un tiempo razonable de duración del proceso. El gráfico que ubica este hecho en la curva de crecimiento de la prisión preventiva demuestra como la cantidad del encierro penal creció (Martens & Orrego, 2008).

Esta Ley refleja el clima político de cambios en torno a lo que desde el movimiento de reforma seguía siendo planteado como cuestión central, rescatar la constitucionalidad del encierro penal del Paraguay tornando excepcional el encierro cautelar y promoviendo el juicio oral y público para prevenir a la sociedad del abuso del poder punitivo.

Muy pronto, en el año 2004 surgen las primeras tasaciones legales que impiden al juez aplicar medidas en determinados casos. El gráfico 12 muestra que la primera tasación de las facultades jurisdiccionales para aplicar medidas sustitutivas o alternativas a la prisión hecha por Ley N° 2493, del 14 de octubre del 2004, no incidió en un crecimiento substancial de la cantidad de personas en situación de encierro penal. El crecimiento, descontando dos meses y medio del año 2004, fue de apenas 14% entre el año 2005 y 2011. Sin embargo, la segunda tasación dada en el año 2011 tuvo un efec-

to de incremento sustancial de la población penal. Entre setiembre de 2011 y noviembre de 2016, el incremento fue de 83,1 % de la población penal.

Ambas normas responden a un perfil del llamado *derecho penal de emergencia*, optando por lo que se denomina eficiencia punitiva y atentan contra el sistema garantista constitucional y convencional. Ciertamente, la tasación del año 2011 fue mucho más rigurosa, sin embargo, la incidencia es abismalmente distinta.

La sanción de la ley N° 4431, del 15 de setiembre de 2011, que produce este efecto de aumento de la población penitenciaria, fue sostenido a partir del año en que el juez Gustavo Bonzi, de Yby Yau, fuera destituido por aplicar sobreseimiento en un caso de gran impacto mediático, en el que el MP pedía la elevación a juicio oral de una causa en la que ni siquiera especificaba la conducta por la que serían juzgadas las personas acusadas²¹.

La decisión arbitraria dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados impactó en los jueces de garantía. Determinó un fundado temor en los casos en que los requerimientos de MP deben ser desafiados y el modelo de encierro preventivo minimizado; sobre todo si se trata de casos de gran impacto mediático y en los que sectores de poder exigen una respuesta punitiva.

Nótese que el clima social aparece de nuevo como determi-

21 El juez Bonzi sostuvo que nadie puede defenderse de lo que no conoce, que no podría permitir un juicio en situación de indefensión, que no se podía abrir un juicio que no aclarase al procesado porque conducta concreta se lo juzgaría. Esta posición coherente con la CN y el CPP le valió un enjuiciamiento de oficio y su posterior destitución, en el mismo año 2011. Ese año fue el de mayores sentencias de destitución de magistrados y si bien después del mismo no aumentan las destituciones, en esta investigación se tiene por acreditado que ello ocurre por el efecto de disciplinamiento que ejerció el JEM sobre el modelo de uso de la prisión preventiva.

nante pues antes de la sanción de la ley, es decir en el periodo de discusión de la ley comienza el aumento que, en este caso, no encuentra ningún punto de retorno.

El contexto descripto produjo en un aumento sostenido de la población penitenciaria, en particular de la prevenida.

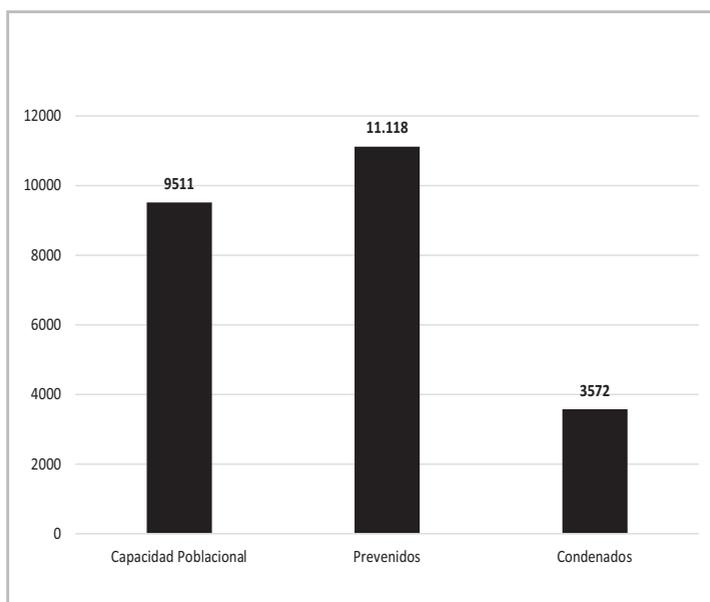
Tabla 1: Números de la superpoblación en todas las penitenciarías del país

	Capacidad Poblacional	Población Penitenciaria
Tacumbú	1530	3523
Esperanza	288	274
Emboscada	408	1274
Padre Juan A. de la Vega	720	1316
Encarnación	939	1058
Misiones	920	1452
Concepción	889	831
Coronel Oviedo	960	1251
San Pedro	296	392
Villarrica	290	304
Pedro J. Caballero	920	888
Ciudad del Este	636	1458
Buen Pastor	470	463
Juana Ma. De Lara	102	95
Granja Ita Pora	48	20
Granja Ko´e Pyahu	13	25
Serafina Dávalos	62	64
Nueva Oportunidad	20	2
TOTALES	9511	14690

Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Ministerio de Justicia del 7 de setiembre de 2018

La tabla 1 muestra la diferencia existente entre la cantidad de plazas penitenciarias que poseen las cárceles de nuestro país en comparación con la cantidad de personas que se encuentran privadas de su libertad.

Gráfico 13: Plazas Penitenciarias con relación a la cantidad de prevenidos y condenados



Fuente: Elaboración propia en base al Parte Diario del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, al 3 de noviembre del 2017.

En el gráfico 13, se observa que, tan solo con el número de prevenidos ya se supera la capacidad poblacional a nivel nacional. Cabe destacar, que el 16 de octubre de 2018, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura publicó el libro *Pabellón la Bronca*, en donde se establecen nuevos criterios para la determinación de las plazas penitenciarias, existiendo diferencias con la capacidad establecida por el Ministerio de Justicia.

3.4.- Los primeros momentos de la detención y la prisión preventiva

La violencia en sede Policial, en la Secretaria Nacional Anti-Drogas, incluso en la misma Fiscalía y en ciertos Juzgados de Garantías registradas en los primeros momentos de la privación de libertad se ha documentado de manera exhaustiva en los últimos años (Codehupy, 2011; INECIP, 2017; MNP, 2015; 2016). Los hallazgos de esta investigación coinciden con estos informes.

De este modo, se han recogido testimonios e información de personas que han sufrido malos tratos, los han presenciado en dependencias institucionales o entrevistados con quienes acababan de ser golpeados. El testimonio de la defensora que se transcribe a continuación da cuenta de esta situación:

“En ocasiones llego a la audiencia y veo a mi defendido absolutamente golpeado... le pregunto sobre las circunstancias y me suele decir... sabés luego... la Policía cuando te agarra no te perdona... Muy raras veces quedan constancias de estas circunstancias... Los jueces generalmente no ven a los imputados, así que ni se enteran...”²².

Las circunstancias y modos de comisión de estos abusos varían conforme al lugar, los perpetradores, así como las víctimas. Se ha registrado una mayor violencia en contra de personas detenidas provenientes de barrios vulnerabilizados o en contextos de robo con violencia. Los siguientes testimonios de víctimas indican estas circunstancias.

²² Entrevista realizada por el equipo de investigación a defensora pública, registrada como E15.

“En la comisaría... en investigación de delitos me desnudaron y apretaron los huevos... me desmayé... incluso llegué a orinar sangre”²³.

Otra víctima recordó que le obligaron a ingerir sustancias potencialmente dañinas para la salud.

“A mi me dieron de tomar detergente luego... jugaron todo mal por mi. Me tuvieron tirado como un animal...”²⁴

Otros relatos dan cuenta de la variedad de sistemas de tortura implementados por la policía principalmente, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

“A mi me colgaron de la mano y de los pies... me hicieron cantar...; me pusieron hule por la cabeza y decían que iban a matarme... disparaban... Me cortaron en varias partes... A mi me picanearon...”²⁵

Este tipo de abusos no solo afecta a hombres, sino a todas las personas detenidas, tales como las mujeres y adolescentes. En este sentido, el Censo de Mujeres describe que el 35% de las mismas relataron haber sido víctimas de tortura y malos tratos en los primeros momentos de la detención. El 43,1% relató maltratos físicos, y el 56,9 % de tipo psicológico. Entre los perpetradores, la Policía Nacional representa el 69%; y el 28% la Secretaria Nacional Anti-Drogas. El 2,2 % responsabilizó a funcionarios del Ministerio Público (MNP, 2016).

23 Entrevista realizada por el equipo de investigación a detenido o ex detenido, registrada como E20.

24 Entrevista realizada por el equipo de investigación a detenido o ex detenido, registrada como E22.

25 Entrevista realizada por el equipo de investigación a detenido o ex detenido, registrada como E22; E30; E31; E24; E25.

Coincidente con los mismos, los hallazgos de esta investigación complementan estos datos al recoger información que da cuenta que una de las modalidades de abuso que impacta de manera significativa a las mujeres es el de contenido sexual, tal como indica el siguiente relato de una ex detenida, que se transcribe a continuación:

“Muchas fuimos todas toqueteadas por los policías varones... nos meten mano... horrible es.. te callás y aguantás por la situación.. pero es una violación lo que nos hacen... Vos tenés que estar abí aguantando esos abusos para evitar que te garroteen...”²⁶.

Estos malos tratos vienen siendo una práctica documentada, pero sobre la cual la intervención penal del Estado es casi inexistente, ya que no se han individualizado procesos penales abiertos como consecuencia de relatos similares, ni personas condenadas. En el 2012, varios defensores públicos entregaron al INECIP fotografías de rastros de tortura. Estos mismos operadores manifestaron que aún presencian situaciones similares a la de entonces, y que no conocen causas penales abiertas para identificar a los responsables y sancionarlos.

Explicaron igualmente que los rastros físicos de la tortura y lo malos tratos son visibles en muchas ocasiones y que los mismos solicitaron la constitución de los médicos forenses para que se registren las lesiones de manera a comunicar al Ministerio Público los hechos que sus defendidos relataban, pero que antes que encontrar respuesta son estigmatizados como *pesados* e incluso amenazados por exigir investigaciones acorde al derecho nacional e internacional, por lo que al-

²⁶ Entrevista realizada por el equipo de investigación a detenido o ex detenido, registrada como E27.

gunos optan por mantener silencio ante los abusos, tal como se describe a continuación.

“La verdad doctor, uno se termina cansando ante tanta indiferencia y normalización de la garroteada, por sobre todo, a ciertos tipos de detenidos... Los mismos funcionarios ponen trabas para hacer las denuncias y/o comunicar siquiera la juez de la causa las visibles heridas o hematomas que suelen tener en el cuerpo los detenidos... Ni en el acta quieren hacer constar la situación... insistís y empiezan las complicaciones...”²⁷

La indiferencia fiscal y judicial ante los hechos de tortura fue cuestionada por el MNP y reclamada al entonces fiscal general del Estado, Javier Díaz Veron, en una audiencia realizada el 17 de Marzo 2016. El documento presentado sintetiza las dificultades encontradas por el organismo estatal de lucha contra la tortura para la denuncia e investigación de este crimen, en los siguientes términos:

“c) dificultades en el sistema de derivación de denuncias y pruebas sobre violencia policial en penitenciarías, centros de educativos, Ministerio de la Defensa Pública, etc., al Ministerio Público ...e) fiscales que toman conocimiento de tortura y otros malos tratos toleran estos hechos y no los denuncian”. Sobre este punto se recomendó al Fiscal General del Estado “fomentar que fiscales/as denuncien la violencia policial”. Se sugirió como actividad pertinente “dictar un instructivo en el que se establezca, que cuando en la indagatoria se reciba relatos de tortura o malos tratos, el/la fiscal intervinien-

²⁷ Entrevista realizada por el equipo de investigación a una funcionaria del Ministerio de la Defensa Pública, registrado como E 19.

te tenga el deber de ordenar las pericias preliminares y formular una denuncia a la unidad especializada”.

Con relación a los efectivos policiales, se ha documentado la persistencia de prácticas de tortura y malos tratos en los primeros momentos de la detención, y la naturalización del fenómeno por gran parte de los agentes intervinientes, principalmente, cuando la aprehensión se realiza en flagrancia o tras una persecución. De este modo, se han recogido distintas narrativas justificantes del uso de la fuerza o de malos tratos a distintas categorías de personas detenidas, aunque en general, con mayor frecuencia a los que responden a determinados estereotipos. Entre los argumentos esgrimidos por los uniformados resaltan aquellos que hacen referencia a la supuesta naturaleza desviada de quienes cometen delitos, o el resguardo de la integridad física de los intervinientes.

El siguiente relato de un policía que cumple funciones en Asunción sintetiza, en gran medida, la creencia y los discursos justificantes de los uniformados con relación al uso de la fuerza y malos tratos a detenidos:

*“Le reducís como sea evitando dispararle mal sobre todo si ves que no tiene arma; pero en esos casos, aunque a ustedes los de los derechos humanos no les guste, es necesario darle un buen escarmiento; esos son los casos de gente acostumbrada luego a robar que ya no va a dejar de hacerlo, pero por lo menos así que aprenda a respetar y no sean retobados, para la próxima, porque osino la próxima te matan si sos flojo. Lo DDHH no entienden es que si no sos duro, mañana no contas el cuento”*²⁸

²⁸ Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 30.

Al ser consultado sobre cómo realiza tal escarmiento, dijo que puede ser de diversas maneras, dependiendo de las circunstancias, tales como golpes en la cabeza, patadas, apretando fuerte las esposas, poniéndoles en situaciones muy incómodas en la patrullera, impidiendo que ingieran agua. Aclaró que no tiene miedo de ser denunciado, ya que puede justificarlo de diversas maneras.

*“Puedo decir, por ejemplo, se cayó durante la persecución o que él mismo buscaba ser golpeado para luego denunciarnos. Siempre se nos va a creer a nosotros y no a ellos...”*²⁹

Otro uniformado completó el relato del entrevistado anterior explicando los mecanismos de escarmiento que él utiliza:

*“Un buen saple... le ajustas bien su esposa para que le duela, una patada cuando está en el piso. Si alguien dice algo, vos decís que se golpeó cuando corría o algo así, y que tuviste que hacerlo para agarrarle. ¿quién le va a creer a él? Yo no te digo que le tortures como dicen que hacen algunos, porque yo nunca vi eso, pero un escarmiento se merece, tampoco le vas a tratar como si fuese una blanca palomita... delincuentes nio son”*³⁰.

Otra forma de justificación de los maltratos policiales se refiere a la creencia que sólo aplican a personas que son *retobadas*, es decir, a quienes tienen la costumbre de faltar el respeto o maltratar a algún agente de la policía, y que un *buen camarada* no puede permitir ese tipo de actos, tal como relató el siguiente:

“Muy pocas veces algún que otro compañero se puso nervioso y estaba cansado y le dio un cachiporrazo a algún retobado. Hay todo tipo de

29 Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 30.

30 Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 31.

gente badulaque entre estos delincuentes... te conté que uno me escupió, me dijo hijo de puta policía de mierda, eso no se hace y el delincuente no tiene por qué maltratar a nadie, y menos a la policía porque si permitís eso allí te vas a la puta y te juegan a matar después, todo se sabe entre ellos y no podés ser flojo; ellos serán siempre tu enemigo porque vos sos policía. Esa es una realidad que no se puede olvidar”³¹.

Otro de los motivos alegados por los uniformados para el uso de la tortura es la necesidad de obtener información que posee el detenido, que de otra forma no podrían obtener. En estos casos, incluso se ven en la obligación de apretar o hacer cantar al detenido, por medio de distintos tipos de apremios físicos, adecuados típicamente a la figura de la tortura.

“Yo no vi, pero sé que ocurre en algunos casos porque escucho lo que dicen los camaradas. Sé que eso hacen algunos policías de investigaciones para averiguar cosas; los de automotores también; todo el mundo sabe eso en la policía, pero en realidad es la única forma de evitar que sus cómplices sigan cometiendo o evitar otros delitos...”³²

Las condiciones inhumanas en las que se encuentran los detenidos en las celdas de las comisarías en los primeros momentos de la detención es otro hallazgo de esta investigación. La entrevista que se transcribe a continuación ilustra que en el discurso de los uniformados, los incumplimientos de derechos procesales que protegen al aprehendido pueden ser violados sin que tenga ninguna consecuencia. Esta actitud se encontró también en entrevistas a jueces y fiscales como se verá más adelante.

31 Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 33.

32 Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 34.

“Algunas celdas son sucias y no cuentan siquiera con baño, entonces hacen sus necesidades en recipientes que cada tanto lo vacían en el baño. Existen todavía celdas sin agua potable dentro. No se tienen colchones, mucho menos literas o camas. Existen muchas irregularidades, y un animal está mejor en su casa que un detenido en ciertos lugares de la policía, o en la penitenciaría, pero qué vas a hacer. No le podés soltar a un delincuente, y la ley se cumple, aunque eso implique que el detenido pase mal por la falta de medios no porque uno quiera maltratarlo. Nunca escuché que se suelte a alguien porque no hay condiciones para tenerlo”³³.

Con relación al cumplimiento de los plazos procesales referidas a la comunicación de los hechos al Ministerio Público y al Poder Judicial, luego de la detención o aprehensión de las personas, coincidieron que no es una práctica frecuente, más aún los fines de semana, en horas de noche y madrugada, a excepción de los casos con repercusión mediática.

Los testimonios recogidos y analizados bajo este epígrafe permiten afirmar que los casos de tortura y malos tratos, en los primeros momentos de la detención, siguen siendo una práctica frecuente de algunos de los operadores del sistema de justicia paraguayo, ya que los relatos así lo acreditan. Por otra parte, el trámite de la prisión preventiva que debería incluir una revisión médico/sicológica de quienes denuncian violencia física o síquica, y la denuncia de los hechos de tortura y malos tratos para que la unidad especializada del MP se ocupe de esclarecerlos no recibe esta atención, es decir, la prisión preventiva y los demás tratos crueles se da en el contexto de aquiescencia o negligencia de fiscales y jueces, principalmente.

³³ Entrevista realizada a un policía en actividad por miembros del equipo de investigación, registrada como E 34.

3.5.- Posicionamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ante el uso de la prisión preventiva

El análisis de la jurisprudencia de la CSJ sobre el uso de la prisión preventiva permite afirmar que la misma contiene las características de una política de *mano dura*, expresadas en interpretaciones de la ley que no favorecen al principio de excepcionalidad, ni la jurisdiccionalidad que la debe caracterizar (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, 2014).

En los siguientes apartados se presentan sucintamente los criterios sentados por la CSJ en materias vinculadas a la prisión preventiva. Estos precedentes jurisprudenciales son determinantes para el establecimiento de un clima intrainstitucional que guía el comportamiento de los jueces a partir de otros elementos que serán abordados posteriormente.

3.5.1.- Plazo de duración de la Prisión Preventiva

En los casos donde se discutió sobre si el plazo de duración máxima de la prisión preventiva era de dos años, conforme lo establece el Art. 366 del CPP, o si se tomaba el marco de la pena mínima, de acuerdo al tipo legal imputado, la Sala Penal de la CSJ ha sentado postura inclinándose hacia esta última opción, en contravención a las claras disposiciones del Art. 366 del CPP, que de manera expresa establece que la duración de la prisión preventiva no puede superar el *plazo de dos años*. De esta manera, la máxima instancia jurisdiccional del país también contraviene a la CIDH, que descarta la posibilidad de tasación legal y apela al análisis jurisdiccional recabando todos los elementos particulares del caso.

De esta manera, en el caso de Edgar Cuevas³⁴, asentó como criterio que el plazo de duración máxima de la prisión preventiva está determinado por el principio de proporcionalidad establecido en relación con la expectativa de la condena prevista en el artículo 19 de la CN, es decir, se debe partir de la pena mínima establecida por el hecho punible investigado.

“...la proporcionalidad exigida con relación a la expectativa de condena, que en este caso en particular se puede elevar a 25 años de privación de libertad, la prisión preventiva que pesa sobre el encausado Edgar Cuevas es absolutamente legal, pues la misma emana de autoridad competente, y con una pena mínima en relación con el hecho punible de 5 años, además debemos tener en cuenta que en los autos principales se ha fijado fecha para la realización del Juicio Oral y Público...”

En igual sentido, en el caso Víctor Paiva³⁵ realizó la misma interpretación, estableciendo que la prisión preventiva no es ilegal, ya que la privación de libertad no ha alcanzado aún la pena mínima que corresponde al hecho punible investigado.

“...La oscilación de la sanción penal parte de una pena mínima de cinco años y que puede llegar a una máxima de quince años, por consiguiente, la duración de la prisión preventiva del justiciable se encuentra encuadrada dentro de los límites permitidos por la cláusula constitucional que lo regula y que hasta ahora lo justifica, en tanto que la privación de libertad del justiciable no ha alcanzado, hasta la fecha, la pena mínima que corresponde al hecho punible calificado...”

Si bien nuestra Carta Magna determina que la duración de la prisión preventiva se halla fijada al tiempo de la pena mínima

34 A y S N° 1044, del 11 de noviembre de 2.015. Hábeas corpus genérico a favor de Edgar Cuevas.

35 A y S N.º 766, de fecha 08 de agosto de 2.008. Hábeas Corpus reparador a favor de Víctor Daniel Paiva.

establecida para el delito investigado, corresponde mencionar que dicho cuerpo normativo no fija un plazo determinado de duración y, por ende, la reglamentación de dicho plazo ha sido formulada por el Código Procesal Penal en el artículo 236 del CPP.

Este artículo señala que la prisión preventiva “no puede superar el plazo de dos años”. Desde esta perspectiva si la ley no consiente un plazo mayor a dos años para ningún caso, a la luz de las normas hermenéuticas que rige el CPP corresponde una interpretación favorable, es decir, se debe entender que la ley prohíbe exceder dicho límite.

3.5.2.- Criterio meramente formal para el rechazo del Hábeas Corpus

Existen casos en que se interponen Hábeas Corpus ante circunstancias que, según lo establecido en el CPP, son causales de revocatoria del auto de prisión, tales como los casos de madres lactantes, personas mayores de 70 años y enfermos graves en situación terminal debidamente comprobada, en prisión preventiva.

Acontece, que el proceso penal da origen a resoluciones contrarias a normas expresas y claras que son limitativas del uso de la prisión preventiva y por ello se llega por el Hábeas corpus ante la Corte Suprema de Justicia.

En estos casos, la instancia superior de control del Poder Judicial preferencia un criterio de análisis meramente formal. Sólo analiza el origen de la orden que sustenta la privación de libertad determinando que es un juez natural, dejando de lado el análisis de las circunstancias fácticas que se les expone como agravio y motivos de un encierro ilegítimo e ile-

gal. De este modo no entra a analizar la causa que se invoca como agravio; es decir, la Corte Suprema de Justicia deja en manos del agravante el ejercicio de la tutela que se expone como violada; como ilegítimamente incumplida.

A continuación, se realiza una taxonomía conforme a las limitaciones establecidas por el Código Procesal Penal para la aplicación de la Prisión Preventiva correspondiente a las jurisprudencias analizadas de la Corte Suprema de Justicia.

3.5.3.- Madres Lactantes

La Sala Penal de la CSJ se pronunció en contra de lo establecido en el artículo 238 del CPP al rechazar planteamientos de hábeas corpus cuando la solicitante era una madre en etapa de lactancia argumentando que no puede constituirse en tercera instancia y fungir de órgano jurisdiccional revocador de resoluciones judiciales de jueces naturales a quienes la ley procesal penal les ha conferido competencias para dictar resoluciones, en contra de claras disposiciones legales³⁶.

3.5.4.- Personas mayores de 70 años

La CSJ también rechazó pedidos de hábeas corpus argumentando que el auto de prisión preventiva responde a una medida cautelar dictada por un juez competente, aún cuando las circunstancias descriptas en la presentación ameritaban otorgar la medida solicitada debido a una condición (edad) del recurrente³⁷.

36 A y S N° 2552, del 31 de diciembre del 2012 dictado en la causa: "hábeas corpus reparador presentado por el defensor público penal del 7° turno de la capital a favor de la señora M.L.B.G." Año 2012.

Acuerdo y Sentencia N° 514, de fecha 4 de noviembre del 2010 en Hábeas Corpus Preventivo presentado a favor de M. D. M. D.

Acuerdo y Sentencia N° 829, del 21 de setiembre de 2005 en el Hábeas Corpus Genérico presentado a favor de M. B. R. Y OTRA

37 A y S N° 204, del 17 de marzo del 2016, dictado en la Causa Hábeas Corpus reparador, a favor de la señora E. M. T.

3.5.5.- Enfermos graves

La Sala Penal rechazó un pedido de hábeas corpus alegando que no puede fungir como una Tercera Instancia y de órgano jurisdiccional revocador de resoluciones judiciales de jueces naturales a quienes la ley procesal penal les ha conferido competencias para dictar resoluciones procedimentales, a pesar de que la condición alegada en el auto permitía otorgar la medida solicitada³⁸.

3.5.6.- Pronunciamientos de la CSJ que abordan el cuestionamiento de fondo

En estos casos, el pronunciamiento jurisprudencial expone una interpretación de la ley que no favorece un régimen de libertad. De este modo, queda configurada una jurisprudencia contraria al régimen de excepcionalidad y jurisdiccionalidad que debe ser el que predomina en materia de prisión preventiva, conforme las disposiciones constitucionales, convencionales y legales. Son casos en los que la CSJ abordó criterios de hechos punibles tipificados como crímenes (Ley N° 2.493/04 y Ley N° 4.431/11).

Concretamente, la Sala Penal de la CSJ rechazó los pedidos de hábeas corpus alegando que, en virtud de la Ley 4431, del 15 de setiembre del 2011, no se pueden otorgar medidas sustitutivas a la prisión preventiva durante el proceso penal a personas que estén imputadas por conductas calificadas como crímenes³⁹.

38 A y S N° 1.015, del 07 de octubre de 2.014 dictado en la causa: "Hábeas Corpus Reparador a favor del señor R.V.

39 A y S N° 44, del 07 de febrero de 2014 dictado en la causa: "Hábeas Corpus Reparador y genérico presentado a favor Y.J. V.

Cuando se solicitó un criterio respecto a sentencias condenatorias *no firmes*, la Sala Penal de la CSJ rechazó los pedidos de hábeas corpus argumentado que existe una obligación de asegurar el sometimiento de los justiciables a los mandatos de la justicia⁴⁰.

Por otra parte, la Sala Constitucional rechazó la inconstitucionalidad de Ley N° 4431, del 15 de setiembre del 2011. Este es el precedente más funesto en donde se pronunció sobre la cuestión de fondo en una excepción de inconstitucionalidad; específicamente, el Acuerdo y Sentencia N° 840, del 2 de agosto de 2013, *Por el cual declara ajustada a la Carta Magna la Ley N° 4431, del 15 de setiembre de 2011*.

Esta Ley fue criticada por defensores de derechos humanos debido a que tasa las facultades judiciales para aplicación de medidas alternativas y substitutivas a la prisión en los casos de investigación de crímenes y otros hechos punibles (Orrego, 2017).

El MNP informó al Sub Comité de Prevención de la tortura de NNUU que:

La CSJ recurre a teorías finalistas de la pena que apelan a la protección de la sociedad para justificar el encierro cautela obligatorio dispuesto por la ley. La Corte argumenta que el Estado como “garante de

40 *A y S N° 746, del 1 de abril de 2004 dictado en la causa: “E. R. D. sobre hábeas corpus genérico”*

A y S N° 793, del 14 de abril de 2004 resuelto en los autos: “M. A. M. P. sobre hábeas corpus genérico”

A y S N° 598, de fecha 10 de agosto de 2009, dictado en el expediente caratulado: “hábeas corpus reparador planteado a favor del señor C.R.M.F.”

A y S N° 150, de fecha 16 de abril de 2010 dictado por esta Sala Penal, en la causa caratulada: “Hábeas Corpus Reparador presentado a favor de los señores C.C.B., F. S. B., L. F. M., G. G. B. A. y G. R. R.”

seguridad de los ciudadanos y de la paz social, tiene el deber y la facultad de dictar normas hacia dicho fin, restringiendo, de modo razonable, los derechos de los procesados, a fin de preservar la efectiva realización de la justicia”.

No es extraño que la CSJ utilice un argumento que apela a la finalidad de la pena aplicándolo a la prisión preventiva. Los argumentos esgrimidos en esta decisión que se critica demostraron por vía de la argumentación, lo que estadísticamente es indiscutible como se ha visto en el resultado de las estimaciones cuantitativas del uso de la prisión; la prisión es usada como pena anticipada más allá de lo que establece la ley, y con venia de la jurisprudencia de la misma CSJ. De esta manera, la Corte cerró filas en lo que respecta a la interpretación de la inconstitucionalidad de esta ley en el criterio de los magistrados/as entrevistados/as.

El MNP, organismo estatal creado por mandato del Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y los demás malos tratos de Naciones Unidas (NNUU), a cuatro meses de su puesta en funcionamiento, el 28 de abril del 2013, en nota N° 52, expuso diversos aspectos jurídicos que inciden en el mal uso de la prisión preventiva (Orrego, 2017).

Cabe destacar que en oportunidad de la mencionada Nota N° 52, el MNP recomendó la sanción de una acordada que llame la atención de los magistrados sobre la necesidad de promover la racionalización del uso de la prisión preventiva en atención a su naturaleza cautelar excepcional y el control de constitucionalidad como un medio para ajustar el uso de la Ley 4431, del 15 de setiembre del 2011 a las obligaciones del Estado paraguayo en materia de prisión preventiva; cuatro meses después la CSJ dictó el Acuerdo y Sentencia N° 840, del 2 de agosto de 2013 ya comentado, pero nunca

la acordada recomendada por el MNP que pretendería racionalizar el uso de esta medida que priva de libertad a las personas procesadas.

3.6.- Descripción del modelo vigente de aplicación de la prisión preventiva

La función jurisdiccional pretende vincular el poder y la verdad como fuente de legitimación de las decisiones del Poder Judicial de un modo general. En el campo penal esta vinculación es de la mayor trascendencia pues la jurisdicción penal se ocupa de habilitar la coerción más severa que ejerce el estado de derecho (Ferrajoli, 1995). En el caso de la prisión preventiva, el grado de probabilidad de fundar en la verdad el encierro es menor que en el juicio penal, pero no por ello el encierro puede ser arbitrario. Están estipulados los principios y formas que pretenden dar racionalidad al modelo de su aplicación.

En primer lugar, por su naturaleza cautelar, la prisión preventiva exige un grado de verosimilitud suficientemente sólido tanto en sus requisitos sustanciales como procesales, y toda la normativa vigente apunta a que el auto de prisión rinda cuenta de ello, para que alcance el grado de concreción que responda a las condiciones lógicas sin las cuales no es posible llevar a cabo un juicio de verdad, aunque sea de un modo aproximativo (en grado de probabilidad positiva) (Maier, 2003). El magistrado se encuentra condicionado a que las afirmaciones asertivas sobre los requisitos sustanciales y procesales de la prisión se hallen descriptos de un modo verificable, y que dicha verificación parta de hipótesis concretas, con asidero en elementos de prueba, que permitan tener como probable su concurrencia.

Las formas procesales exigen que el fiscal motive su pedido, y que el juez funde su resolución, ello implica que no puede pedirse ni otorgarse prisión sino ante cuestiones concretas que hayan sido objeto de un proceso de verificación, que a su vez exige como requisito, la verificabilidad de lo que se afirma en el requerimiento para fundar el auto de prisión.

En el ejercicio cotidiano de la labor de jueces y fiscales, se ha documentado que la petición de prisión preventiva se realiza recurriendo a formularios que hacen referencia a elementos básicos relacionados al presunto autor y el hecho punible, obviando explicar las razones de la necesidad de la prisión preventiva y su sustento probatorio, con relación a cada uno de los elementos que deben concurrir.

Los requerimientos fiscales de prisión preventiva examinados no están motivados, sino fundados en meras transcripciones de artículos del Código Procesal Penal, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

Causa: 444/14. En el acta de imputación está plasmada la transcripción del informe policial, luego en la petición de prisión preventiva fueron transcriptas las disposiciones del artículo 242, incisos 1º, 2º, y 3º. Se agrega la referencia al artículo 243 que menciona el peligro de fuga, con énfasis en la sanción que podría ser impuesta. Por último, se menciona que podría obstruir la investigación si se encuentra en libertad. Ver foto número 1.

Causa: 545/15. Hace referencia a que existe un acta de imputación; que debe ser garantizado el sometimiento del imputado al proceso penal, y de la gravedad del hecho punible (Abuso sexual en niños); además que median conjuntamente los requisitos establecidos en el artículo

242 del CPP, todo ello de un modo genérico sin datos específicos de hechos ni prueba.

Causa: 1749/12. La imputación contiene la afirmación de la presunta comisión de un hecho punible de robo agravado, basada en una denuncia policial, la declaración de la víctima y la identificación del procesado en una dependencia policial, pero más nada del hecho ni de las prueba, tampoco consta el contenido de las mismas, y menos aún elementos relativos a la necesidad y pertinencia de la prisión preventiva.

Estas causas dan cuenta de la práctica fiscal de la realización de pedidos de prisión que no contienen un relato verificable, de los cuales resultan igualmente, resoluciones que no dan razón de los procesos de verificación que se llevaron a cabo para concluir que debía ser aplicada la medida cautelar.

La falta de fundamentación del auto de prisión es una crisis de legitimidad del sistema que afecta seriamente la racionalidad normativa estatal del encierro cautelar. La ley es clara y manda que quien es afectado por la prisión preventiva debe conocer:

a.- ¿Qué hecho punible se le atribuye de un modo fácticamente relatado?

b.- ¿Qué habría hecho esta persona para que se la tenga como partícipe de dicha conducta?

c.- ¿Qué cuestiones concretas indican que aquello que se le atribuye es un hecho punible grave?

d.- ¿Qué cuestiones demuestran que existe peligro de fuga con un alto grado de probabilidad?

d.- ¿Qué cuestiones concretas demuestran que puede obstruir algún acto de investigación expresando cuál es ese acto y cuál es su poder de incidencia para obstruirlo?

Los últimos requisitos pueden ser concurrentes o alternativamente cumplidos. El auto de prisión es el instrumento procesal que debe dar cuenta al procesado, y a la sociedad de que es posible conocer por qué, en concreto, el magistrado decide permitir la prisión preventiva de quien es constitucionalmente inocente.

La exigencia de fundamentación es una forma procesal que sintetiza el cumplimiento de estos requisitos sin los cuales no puede afirmarse que el encierro cautelar contenga un juicio aproximativo a la verdad.

El relato de la concreción fáctica y probatoria de la que parte el cumplimiento de cada requisito de ley contenida en el auto respectivo implica que el magistrado puede conocer y pronunciarse sobre circunstancias concretas que le llevan a una convicción sobre la medida que aplica.

Para que esta concreción surja de un examen personal del magistrado, se estableció la oralidad en cada espacio en donde se resuelve cualquier materia vinculada a la prisión preventiva. También un elemento intrínseco al sistema es que el magistrado resuelva en un debate externo a sí mismo; debe existir un sujeto procesal habilitado por ley que pida la medida (principio de legalidad/principio acusatorio), y la posibilidad de que el imputado resista; se oponga a la aplicación de la privación de libertad (defensa material y técnica).

En las doce audiencias observadas, correspondientes al año 2017 en el Departamento Central, el Juez Penal de Garan-

tías estuvo ausente; entonces fueron llevadas a cabo únicamente en presencia del dactilógrafo judicial, pero el funcionario en ninguno de los casos informó a los procesados los hechos que les son endilgados; tampoco sus derechos procesales y constitucionales ni las pruebas reunidas hasta ese momento.

Este modelo vigente atenta contra los principios elementales del modelo acusatorio, donde no existe intermediación; el juez decide cercenar el derecho elemental a la libertad personal sobre lo plasmado en los documentos y sin intervenir directamente en un acto procesal que repercute en la prisión preventiva del procesado. Al firmar el acta diciendo que estuvo presente en la audiencia sin estarlo comete un hecho punible, sin que hasta el momento existan registros de investigación de este delito.

En el examen de las resoluciones y de los pedidos de prisión preventiva se pudo constatar que las solicitudes contienen vicios de ausencia o insuficiencia argumental, recurriendo a afirmaciones dogmáticas sosteniendo que no se pueden otorgar medidas alternativas, y que por lo tanto, la única posibilidad es la prisión, olvidando que todo hecho punible, crimen o delito, puede ser imputado sin que se aplique medida cautelar alguna, y que la prisión siempre debe ser fundada.

En las 230 resoluciones colectadas de Capital, Luque, Capiatá, J. Augusto Saldívar y Ciudad del Este, los jueces penales de garantías emitieron resoluciones imponiendo prisiones preventivas, sin plasmar el razonamiento realizado para tan drástica determinación.

Algunas de las resoluciones analizadas, evidencian lo apuntado, tal como se muestra a continuación:

Expediente. 1001/13. Resolución 20/13. Consigna que existe una imputación por la presunta comisión de un hecho punible de homicidio doloso en grado de Tentativa, pero no se observa en dicha resolución el relato de hechos, ni transcripción del informe policial o la denuncia realizada. En el segundo párrafo del considerando, donde deberían estar las motivaciones del fallo, continúa con la mención de la notificación del acta de imputación al procesado; luego la transcripción del artículo 242, y mención a los artículos 243 y 244 del CPP; posteriormente, la decisión tomada que fue la prisión preventiva, obviando mención alguna relativa a los hechos y las pruebas que hacen a la necesidad de dicha medida⁴¹.

En otros casos, los requisitos substanciales no se hallan expuestos con claridad o no se explica por qué se los tiene como verosímiles en grado de probabilidad. Los requisitos procesales son vagos, imprecisos, ni se enuncian cuáles son los actos concretos de la investigación que podrían ser obstruidos, ni de qué modo.

El peligro de obstrucción de la investigación como los demás requisitos esenciales de fundamentación debe ser acreditado; sin embargo, ninguna de las resoluciones analizadas contiene este elemento:

Expediente. 45/16. Resolución 39/16. Afirma que existen suficientes elementos de convicción que hacen

41 Causa: "Rodolfo Alfredo Espínola s/ Sup. H.P. de Homicidio Doloso en grado de Tentativa" No. 1001/13. C.D.E.

suponer la participación del imputado en el hecho punible de hurto agravado, pero no dice cuáles son. La expectativa de pena que podría serle impuesta. La necesidad de su sujeción al proceso. Además, que al momento de la audiencia no acreditó el arraigo con algún certificado de vida y residencia, concluyendo que esas son las motivaciones para afirmar que podría darse a la fuga y obstruir la investigación⁴².

Se trata de la existencia de requerimientos que no contienen un relato verificable y dan origen a resoluciones que no contienen las razones de cuáles son los procesos de verificación que se llevaron a cabo para concluir que debía ser aplicada la medida cautelar.

Por otra parte, entrevistas de fiscales dan cuenta de la existencia de jueces que aplican prisión preventiva sin pedido del fiscal, y en ciertos casos, en contra del pedido fiscal de medidas alternativas.

El encierro de la persona en condiciones inhumanas es una constante, pero ante la búsqueda de resoluciones de revocación de la prisión preventiva por ese motivo, no fue encontrada ninguna disposición judicial que haya revertido la posición inicial en este sentido.

Fueron observadas 40 audiencias, de las cuales 11 corresponden a Ciudad del Este, donde en seis casos a los imputados les fueron informados los hechos transcriptos del informe policial, mediante la lectura hecha por la actuario o la dactilógrafa judicial.

En cuanto a las pruebas, en dos causas se hicieron constar en la imputación la existencia de declaraciones testimoniales; en tres causas la existencia de evidencias, pero ningún imputado fue informado de la existencia de estas, ni sus derechos procesales.

En las 12 audiencias examinadas correspondientes a las ciudades de: Luque, Capiatá, y J. Augusto Saldívar, fueron realizados en su totalidad solo ante el dactilógrafo judicial, quien en ninguno de los casos informó a los procesados los hechos que les son atribuidos, tampoco sus derechos o de las pruebas reunidas hasta ese momento.

En la capital fueron observadas 17 audiencias, y en la mayoría de los casos, se le hizo saber al imputado el contenido del acta policial plasmado en la imputación.

En ningún caso fue informado al afectado, la decisión judicial de encierro, y mucho menos, la opción de oponerse a esa decisión de su encierro temporal mediante mecanismos procesales reglados que puede activarlos si considera arbitraria o ilegal dicha medida.

En las observaciones de audiencias pudo constatarse que era común la ausencia de jueces, fiscales y aún de defensores. En ninguna de ellas asistió el agente fiscal solicitante de la prisión del imputado. La audiencia es realizada mediante el procedimiento automático de consignar los datos del expediente, luego al presunto autor le son requeridos sus datos personales y consultado sobre los documentos que él aporta para acreditar el arraigo, posteriormente firma el acta y se retira.

El modelo procesal oral y el modelo de litigio diseñado en la ley para resolver la aplicación de la prisión preventiva se halla degradado a un trámite cumplido ante funcionarios adminis-

trativos del sistema de justicia (secretarios y dactilógrafos), y por tanto no es extraño que se determine la falta o insuficiencia de fundamentación que se señala como una modalidad que degrada la legalidad de las medidas adoptadas.

De las 40 audiencias observadas, solamente una jueza de Ciudad del Este y otro de Asunción asistieron a las mismas.

3.7.- El orden jurídico no determina el uso de la prisión preventiva en Paraguay

3.7.1.- La ley es de cumplimiento utópico

Las personas entrevistadas asumen la vigencia del artículo 19 de la CN, no niegan el carácter cautelar de la prisión preventiva, y tampoco, en general, los principios garantistas; sin embargo, los relatos develan que el discurso jurídico se asume como un ideal utópico, irrealizable por diversos motivos. Todo ello en coherencia, con el modo en que se llevan las audiencias y la forma en que se dictan las resoluciones, como se describió en el apartado anterior.

Un juez explicó esta afirmación señalando que:

“Se aplica con mayor frecuencia la prisión preventiva que las medidas alternativas y substitutivas porque existe una concepción invertida en relación a la presunción de inocencia como punto de partida para iniciar un proceso penal, y a partir del mismo demostrar la ocurrencia del hecho investigado. Acá, primero se le apresa a la persona, y luego se ve si es culpable, antes de construir una posición jurídica que pueda sostener válidamente la destrucción del estado de inocencia del ciudadano. El principio de que la libertad es la regla en el proceso penal resulta lamentablemente una poesía, una ficción en este momento”⁴³.

De allí que abunda el registro de críticas a desviaciones prácticas en el uso efectivo que se hace del instituto y también a las reformas introducidas por las leyes autoritarias que se sancionaron en contra de las garantías constitucionales que la rigen. Al respecto este mismo magistrado sostuvo:

“Los jueces, cuando reciben un pedido de prisión, realizan un análisis sesgado, para mí inconstitucional en base a la ley que modifica el Código Procesal Penal en cuanto al otorgamiento de medidas alternativas y substitutivas a la prisión. La obligatoriedad de la prisión para los crímenes, como se interpreta con base en una ley inconstitucional, omite el resto de los requisitos exigidos por el código Procesal Penal para resolver la cuestión en cada caso, sea delito o crimen el hecho investigado”⁴⁴.

Sobre la aplicación mecánica y sin mayor examen de la prisión otro magistrado judicial afirmó:

“En mi Juzgado realizo un estudio caso por caso, analizando la concurrencia de los presupuestos legales y la plataforma de elementos probatorios, sea en caso de crímenes como de delitos, para ver si son suficientes para imponer la prisión preventiva o para denegar el pedido”⁴⁵.

3.7.2.- Medidas en casos de crímenes y como pena anticipada

Este Juez usó el ejemplo de la violencia doméstica, que siendo crimen, en su Juzgado no todas las veces amerita una medida como la prisión. Sin embargo, llama la atención que a la pregunta ¿Cuándo no puede dejar de aplicar prisión preventiva?, el mismo señaló:

⁴⁴ Entrevista realizada por el equipo de investigación registrada como E 40.

⁴⁵ Entrevista realizada por el equipo de investigación registrada como E 43.

“...cuando existe flagrancia y en los crímenes, cuando los elementos iniciales correctamente colectados por la fiscalía constituyen indicios serios en contra del imputado”⁴⁶.

Con esta posición contradice lo anteriormente afirmado pues más bien señala un juicio sobre el fondo como cuestión determinante, y en ningún momento alude al peligro de fuga o de obstrucción de la investigación como cuestiones consideradas para la aplicación del instituto.

Esta posición fue también sostenida por otro magistrado en medio de similares contradicciones. Al principio afirmó que es una medida cautelar la prisión preventiva, sin embargo, luego señaló que lo aplica con mayor frecuencia:

“En los casos ya graves, como de homicidio, donde existe la certeza de que la persona señalada lo cometió”⁴⁷.

De nuevo, para la aplicación, no se aluden los fines cautelares sino una certeza sobre el fondo de la cuestión; esto es asimilable a decir que la aplicación responde más bien a la idea de una pena anticipada como lo hace la misma CSJ cuando examina los efectos del instituto al definir que la Ley N° 1344/11 no es inconstitucional.

3.7.3.- Miedo a la prensa y al JEM

Otro juez que fue muy crítico ante la práctica que considera generalizada, sostiene que, en realidad, rara vez se aparta de las tasaciones introducidas a las medidas alternativas y substitutivas a la prisión por más que considere inconstitucional y contravencional a la Ley N° 4431 del 15 de setiembre de 2011.

⁴⁶ Entrevista realizada por el equipo de investigación registrad como E 43.

⁴⁷ Entrevista realizada por el equipo de investigación registrad como E 45.

“Te voy a ser sincero, si yo le rechazo a la fiscalía un pedido de prisión en un caso de crimen, mañana soy tapa de diario y voy a tener gente pidiendo justicia a los gritos acá en frente. En los casos de crímenes aplico la ley, y bueno, es todo lo que tenemos”⁴⁸.

Al igual que este juez, hay muchos que olvidan el control de convencionalidad al que están obligados y que traduce más que nada miedo al reproche social que a la estricta legalidad de su decisión. En este sentido, los abogados entrevistados fueron contestes en la crítica al modelo de uso de la prisión mencionando que su uso es contrario a las finalidades constitucionales del instituto procesal.

Se manifestó en la entrevista que un juez no tiene problemas por violar la ley y encerrar ilegítimamente a alguna persona; por el contrario, el JEM procesó y destituyó jueces por supuesto mal uso de las medidas alternativas y substitutivas de la prisión.

En el estudio hecho sobre las resoluciones no se pudo encontrar un solo caso en el que la prisión preventiva haya sido revocada por la causal de que las cárceles no ofrecen el marco de vigencia de circunstancias mínimas necesarias para que el encierro sea conforme a derechos fundamentales que no son necesarios restringir para evitar la fuga o la obstrucción de la investigación. Tales circunstancias son la ausencia de plazas penitenciarias, acceso a atención médica y medicamento, comida adecuada, sistemas de sanciones legales vigentes, tratamiento penitenciario, control jurisdiccional de oficio, etc. No es necesario que personas privadas de libertad se vean impedidos en el goce de estos y otros derechos para evitar que se fuguen o para evitar la obstrucción de la investigación.

⁴⁸ Entrevista realizada por el equipo de investigación registrada como E 46.

En caso de que la insuficiencia de acceso a estos derechos no pueda ser subsanada, la revocatoria de la prisión se prevé un plazo de 24 horas; disposición incumplida sistemáticamente en toda la república.

3.7.4.- Prisión a pesar de prohibiciones basadas en circunstancias personales

Otro hallazgo de esta investigación se refiere a la constatación de aplicación de prisión preventiva, aún en caso de prohibiciones legales basadas en circunstancias personales o estados de la persona imputada, tales como el periodo de lactancia, gravidez, edad, y agotamiento de la pena mínima.

En este sentido, un abogado con más de 20 años de ejercicio profesional en lo penal manifestó:

“En un alto porcentaje de casos influyen criterios extralegales con respecto a una persona en la aplicación de la prisión preventiva. Un menor de edad o un mayor de 70 años lo mismo va preso porque nuestra sociedad y nuestro sistema de comunicación a tabla rasa viola el principio de inocencia. La prisión preventiva es en realidad una regla. El Ministerio Público ha prostituido la figura de la prisión preventiva y directamente piden prisión. Los jueces de garantías directamente aplican la solución que plantea el Ministerio Público”⁴⁹.

En síntesis, los hallazgos permiten concluir que los factores extralegales son los gravitantes y determinantes para el uso del instituto, y que en ese contexto, la ilegalidad es tolerada siempre y cuando no afecte la regularidad del encierro preventivo. Tal vez una explicación de este comportamiento es que el sistema penal, en realidad, no fue diseñado sino para

el que ya fue excluido de los ámbitos del poder en la sociedad, ya que este poco puede hacer para defenderse de su arbitrariedad.

3.8.- La población usualmente afectada por el sistema penal y su incidencia en el uso de la prisión preventiva

Las cárceles cuentan con una población mayoritaria de personas que sufre factores de vulnerabilidad (Flores, 2003; MNP, 2013; MNP, 2014; MNP, 2015; MNP, 2016). Los hallazgos de esta investigación también da cuenta de esta condición de los privados de libertad, coincidente con las explicaciones de jueces, fiscales, defensores públicos y privados.

En la investigación se considera que esta situación repercute en la ilegalidad que signa el uso de la prisión, de tal manera que un fiscal cuando se refirió a los encerrados expresó:

“Son gente de bajo nivel cultural, de escasos recursos económicos y de bajo nivel intelectual... son gente de algún modo marginados por nuestra sociedad como los mal llamados motochorros. Trabajan a destajo, sin una actividad fija, trabajan para el día a día”⁵⁰.

En similar sentido, otro abogado con 25 años de ejercicio en el campo penal expresó:

“Las personas afectadas por la prisión preventiva son de nivel económico bajo, generalmente sin estudios secundarios, y en muchos casos, con antecedentes anteriores en el sistema penal”⁵¹.

50 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 19.

51 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 2.

A su vez, un juez penal del adolescente señaló como afectados por el proceso penal a las siguientes personas:

“En general, son de escasos recursos económicos. En cuanto al grado de instrucción, puede decirse que una gran cantidad de chicos dejaron el colegio. Los que siguen lo hacen por las noches porque de día tienen algún oficio informal como ser limpia vidrios, recicladores”⁵².

En los casos de violencia doméstica, estafa, abuso sexual, cambian los *clientes del sistema penal* porque afectan a personas con características socioeconómicas diferentes a la mayoría del sistema penitenciario alcanzando a las de clase media o con mayor poder económico y social.

En este sentido una fiscalía refiere que:

“Son personas que responden a la tipología de los hechos punibles en cuestión. Por lo general, en los casos de hurto y robo resultan comprometidas personas de las zonas bajas..., tenemos también personas de escasos recursos que perpetran estafas. La formación es primaria casi siempre. Los ladrones generalmente son de poca instrucción. Los estafadores llegan inclusive a ser de cuello blanco... estos son los que caen generalmente...”⁵³

El estudio también registró que en los casos de personas con escaso poder económico o en situaciones de vulnerabilidad los operadores de justicia incumplen con mayor frecuencia las garantías procesales, aplicándose con mayor facilidad medidas restrictivas a la libertad, específicamente la prisión preventiva.

52 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 3.

53 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 7.

Esto indica que el sistema social de exclusión vigente en la sociedad es acompañado por un modelo de funcionamiento del sistema penal también excluyente, impactando la prisión, en mayor medida, en quienes sufren factores de vulnerabilidad. Esta circunstancia ampliamente registrada en los estudios criminológicos y ratificados en los trabajos de campo de esta investigación incide en el mal uso de la prisión preventiva, y explica el trato desigual que lo caracteriza en palabras de sus mismos gestores.

Para fundar lo antes afirmado basta analizar el verdadero poder de exposición que tiene la responsabilidad del juez, fiscal y abogado, que incumple mandatos normativos del modelo que rige la aplicación de la prisión preventiva, cuando el afectado es una persona que ya vive en situación de exclusión social y no cuenta con medios para exigir justicia.

Ciertamente, un fiscal expresó:

“Lo que ocurre es que al pedir la prisión preventiva de manera general lo que hace el fiscal es sacarse el problema de encima; y el juez, al otorgar la medida también se saca el problema de encima, sin analizar a fondo y trasladando el drama a la penitenciaría (es decir, deja la cuestión en un ámbito del que no se tiene por responsable). No hay fiscales ni magistrados para los que represente un problema meter a alguien a la cárcel, pero si presenta un problema el otorgar medidas porque son criticados por la sociedad...”⁵⁴

La ausencia de un control social formalizado en personas que son capaces y tienen motivación para cometer delitos, es un elemento criminógeno. Esta teoría es aplicable al incumplimiento de los límites que condicionan normativamente

54 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 3.

el uso de la prisión preventiva. Jueces, fiscales y abogados no son controlados cuando afectan el interés de la clientela habitual del proceso penal, aquel sobre el que esta gira de un modo rutinario y ello fortalece la despreocupación ante la ilegalidad y todo lo que ello implica para la desgracia de quienes son afectados.

Por lo expuesto, se concluye como determinante la incidencia del modelo excluyente de funcionamiento del sistema penal paraguayo como una causa del mal uso impune de la prisión preventiva. Un factor extralegal determinante es el hecho de que el pobre y desapoderado no cuenta con mecanismos de control (vigentes), sobre los abusos de poder del sistema penal, favoreciendo el uso ilegal de la prisión preventiva.

3.9.- Clima socio institucional y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM). Miedo, adhesión y disciplinamiento

Otro elemento extralegal que condiciona la práctica de la aplicación de la prisión preventiva es la actuación de agentes estatales y sociales que son determinantes para la conservación de un tipo de capital en el campo jurídico; la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía General del Estado; el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados; asociaciones de sectores de poder; la prensa; los políticos; asociaciones gremiales y otros.

Señala Kostenwein (2010) que en la práctica de las personas no hay necesidad mecánica ni libertad reflexiva que la gobiernen decididamente. Es lo que corroboran los datos aquí presentados. Entre todos estos agentes, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es uno de los de mayor incidencia por el poder que representa, ya que tiene la capacidad de eliminar del juego a cualquier agente que tenga interés en

entrar al campo jurídico a acumular y a detentar capital para su presencia y dominio.

Es así como se constata que el JEM actúa como un factor de coacción, pero también de inducción a una práctica que internalice exterioridades de las que el JEM se ocupa de ser su vehículo dinamizador. Ciertamente, el temor y la inducción son vías por las cuales los hallazgos de esta investigación indican que el JEM cumple con el rol de disciplinamiento que se señala.

Por otra parte, debe notarse que no es solo una acción que desde el exterior encuentra en el JEM el actor social causante de la práctica, como si fiscales y jueces sean solo víctimas de su acción. Este órgano trasunta intereses que son compartidos por actores ante los que ejerce su poder, desde la corrupción a la conformidad con intereses prevalentes de otras agencias y actores capaces de establecer un modelo de dominio que alcanza su grado sumo en prácticas disvaliosas antijurídicas pero naturalizadas.

El relato de un fiscal transcripto a continuación ejemplifica esta situación:

“... el juzgado impone medida porque dicen ¿Qué va a pasar?, me van a publicar, me van a llevar al jurado, me van a sacar del cargo, porque en la vida real o en la práctica se da una publicación donde es tapa de diario local y esta tapa de diario hace que el jurado abra un juicio o un sumario a la persona, sea lo que sea que esté escrito allí, sin ningún tipo de investigación previa o análisis del caso”⁵⁵.

A su vez, con relación a este fenómeno un juez indicó:

⁵⁵ Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 25.

“Un caso sale en el diario y al día siguiente el JEM ya está pidiendo los antecedentes del caso, o sea que muchas veces los jueces sienten mucha presión indirecta. Creo que no solo influye en las decisiones de los jueces, sino que también de los fiscales por el temor de lo que pudiera suceder, así terminan pidiendo prisión preventiva por más que sea evidente que el caso no amerita”⁵⁶.

En las opiniones transcritas ambos magistrados hacen mención a dos cuestiones que fueron abordadas en forma reiterada; la relación entre el JEM y *lo que dice la prensa*, por un lado, y por otra parte, las facultades oficiosas del JEM.

Se destaca, que ciertamente, uno de los elementos objetivos del diseño del sistema de enjuiciamiento que causa temor en los magistrados es la facultad oficiosa que el ente posee. El Jurado encauza de oficio, y luego juzga la causa, en donde tomó la decisión de abrir el enjuiciamiento. Estas facultades, en la historia de la inquisición, siempre sirvieron para persecuciones arbitrarias.

Otro hallazgo que se considera con la entidad de generar inseguridad, y que plantea problemas ante el principio de igualdad ante la ley es el hecho que el JEM cuenta con fallos contradictorios. Es decir, al no consolidarse una posición con el transcurso del tiempo sobre materias de alto potencial mediático genera zozobra en los jueces y fiscales.

Extractos de sentencias de años distintos, pero sobre la misma materia, transcritas a continuación ilustran este hallazgo:

“Carecen de validez disposiciones y actos de autoridad opuestos a la CN. En este sentido, los arts. 12 y 19 de la CN- Detención, arresto

de personas y prisión preventiva- los que en concordancia con el art. 17 de la carta magna, convengan en las reglas del Debido Proceso consagrando, en su inciso 1- la garantía de la presunción de inocencia. La atención en conjunto, de tales mandatos constitucionales y legales, sumados a los principios fundamentales, que hacen al respeto de la dignidad humana, presunción de inocencia, a la libertad como regla y a la prisión como excepción, al principio de proporcionalidad en la privación de libertad, configuran solo algunos criterios orientadores y/ o hermenéuticos, sobre los que descansa el instituto de Medidas Cautelares, por encima de la prohibición tasada y aislada del art. 245 del CPP.....”(Sentencia N° 17/2016).

En otros casos en donde los motivos son los mismos que en el anterior, el JEM realizó una incorrecta interpretación, desconociendo el orden de supremacía de las leyes, sumado a ello, puede verse la nula utilización del control de convencionalidad que para ese año estaba plenamente vigente y consagrado.

“Que, el problema se presenta con la existencia de esta Ley modificatoria, porque esa facultad jurisdiccional de buscar el equilibrio de la libertad y el interés público, según el caso, fue vedada precisamente con este cambio legislativo (Sentencia N° 8/2009)”.

En la investigación de campo se han analizado resoluciones emanadas del Jurado de Enjuiciamiento de magistrados desde los años 2009 al 2017. De estas resoluciones examinadas existe unanimidad en cuanto al objeto o motivos que dieron origen al enjuiciamiento *la concesión de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión o la revocación de la prisión preventiva por medidas menos gravosas en hechos punibles reputados como crímenes*, por el contrario, no existe ni una sola persona enjuiciada por el uso abusivo de la prisión preventiva, esto denota una política a favor del encierro como lucha contra la inseguridad.

La jurisprudencia expresa lo que captan perfectamente los magistrados, es decir, se da una inversión en cuanto al principio de excepcionalidad de la prisión preventiva; el encierro es regla y la libertad la excepción. De esta manera, el mensaje institucional enviado por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados a los operadores de justicia es que no habrá enjuiciamientos por encerrar personas, sino por dejarlas en libertad.

Un claro ejemplo de lo expuesto en el párrafo anterior es el apercibimiento realizado al juez penal de garantías, César Domínguez, ya que el motivo de su enjuiciamiento fue el dictado de varias resoluciones judiciales aplicando medidas alternativas en hechos considerados crímenes, tal como se puede leer en la decisión que el JEM tomó en este caso:

“...en ese orden de ideas, lo que se colige y comprueba fehacientemente es el elemento objetivo del “mal desempeño de funciones”, como producto de las reiteradas aplicaciones de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva en diferentes causas sobre la base de una Ley que precisamente prohíbe dicha modalidad (sentencia N° 10/2010).

Igualmente, los hechos punibles que más enjuiciamiento han acarreado conforme los motivos expuestos precedentemente son la trasgresión a la Ley 1340, del 27 de octubre de 1988 *“Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas”* y el homicidio doloso. Esto respondería a que son hechos que producen una alta conmoción social y mediática o con intereses extra poderes en juego, en donde se realiza una incorrecta interpretación de la ley.

Un magistrado expresó al respecto:

“Generalmente existen los tipos penales intocables como es por ejemplo lo relativo a la ley 1340 de drogas. En nuestra jurisdicción las causas

que fueron abiertas terminaron en la destitución de los magistrados, 14 magistrados fueron vinculados por esta causal de destitución, por una publicación en ABC “169 narcotraficantes liberados”. Existieron casos en que jueces fueron echados por otorgar medidas sustitutivas a gente que tenía un gramo de cocaína; entonces se etiqueta por eso, evidentemente si la prensa quita y el jurado activa su proceso, en unas semanas ya estas suspendido y probablemente afuera; eso es automático y es una realidad que como dije es un sistema perverso. En este sistema un juez prácticamente no es juez, no le permiten hacer su trabajo es una máquina que tiene que firmar un formulario preestablecido en esa clase de casos”⁵⁷.

Otro modo en virtud del cual el JEM incide en el enjuiciamiento de magistrados es la errónea interpretación de la ley que fomenta en sus resoluciones. Como se puede observar en un fallo dictado en el año 2011 establece que como el hecho punible de homicidio doloso es crimen, debido a la expectativa de la pena, ya se tiene por reunido los requisitos para la aplicación de la medida cautelar como se ve a continuación:

“En el caso de autos, podemos notar que el encausado fue imputado por la supuesta comisión de “Homicidio doloso”, hecho punible contra la vida, tipificado y sancionado en el art. 105 del Código Penal, con una expectativa de pena de cinco (5) a veinte (20) años, por lo que se encuentran reunidos los presupuestos que imponen la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, y, a la vez, impiden el otorgamiento de medidas alternativas o sustitutivas” (Sentencia N° 41/2011).

La tipificación no puede ser la causa eficiente para aplicar prisión preventiva; deben concurrir todos los requisitos substanciales y procesales, lo cual debe ser acreditado ante el juez, y fundado en su resolución.

⁵⁷ Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 23.

Al respecto de esta automaticidad que utiliza el JEM como parámetro válido para aplicar prisión se recibieron testimonios que demuestran un pensamiento disciplinado en magistrados que actúan así, en contra de la ley.

De esta manera, un fiscal dijo que *“para aplicar prisión nos basamos en que es un crimen, según la tipificación utilizada”*⁵⁸.

En algunas resoluciones, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados también afirma que uno de los presupuestos para aplicar la prisión preventiva es *la flagrancia* en la comisión del hecho punible, develando nuevamente un desconocimiento de los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva, ya que la flagrancia no puede ser utilizada como fundamento para la concesión de dicho instituto, conforme al orden legal vigente. Una decisión del JEM lo expresa de manera explícita:

“...la flagrancia en la comisión del hecho punible y el acta de imputación constituyen elementos relevantes para el análisis de la pertinencia de la prisión preventiva, específicamente en virtud del art. 242 numerales 1 y 2”. (Sentencia N° 26/2016)

En las entrevistas realizadas fue un denominador común la afirmación de magistrados y fiscales que en caso de flagrancia deben aplicar prisión preventiva, de manera coincidente con el fallo del JEM transcrito en el párrafo anterior, dejando de manifiesto el abordaje punitivista bajo el cual se entiende el instituto de la prisión.

El JEM actúa reforzando y reproduciendo la base inquisitiva que promueve el uso de la prisión como sanción penal.

La Ley 3759, del 2 de julio de 2009, confiere varias atribuciones al JEM; entre ellas se encuentra la decisión discrecional de disponer si el enjuiciado será o no suspendido durante la tramitación del proceso. En las resoluciones analizadas no se han encontrado fundamentaciones en cuanto al por qué en algunos casos suspenden a los enjuiciados, y en otros casos, no.

La falta de fundamentación en un tema tan importante como este se presta a todo tipo de conjeturas sobre el uso con fines económicos o políticos que se hace de esta potestad.

Puede entenderse que el pensamiento dominante reflejado en el trabajo de campo y el poder de ciertas agencias como el JEM contribuyen a que la prisión, de ninguna manera sea poco razonable y desde luego nada excéntrica, en una sociedad que a partir de la mera sindicación penal, espera y exige el encierro y no el juicio, como repuesta.

3.10.- La incidencia de factores económicos y la pertenencia social

La incidencia de factores económicos y la pertenencia social, específicamente, la clase social percibida del imputado, al tiempo de la aplicación de la prisión preventiva constituye uno de los hallazgos de esta investigación. En coincidencia con los demás resultados, los operadores de justicia son más reticentes en restringir preventivamente la libertad en caso de personas con mayor capital económico y social.

Un abogado con más de 24 años de ejercicio profesional explicó lo que viene percibiendo como práctica judicial en los últimos años, con relación a esta situación diciendo:

“El factor económico incide y mucho. He tenido un caso en el que el procesado era un empresario poderoso, que soportó el proceso ciertamente de

*manera injusta, pero, aun así, no hubiera sido pensable que le dieran ni siquiera prisión domiciliaria (siendo que le dieron). Sin embargo, en otro caso casi bagatelario, los jueces sin excitación (de oficio) aplicaron prisión preventiva*⁵⁹.

En el mismo sentido y tema, otro abogado dijo:

*“Es el factor más importante, sin dudas, puesto que el dinero y lo que representa es el factor determinante tanto para aplicar la prisión como para evitarla”*⁶⁰.

Estas manifestaciones de los profesionales fueron consideradas ciertas por un juez penal de garantías, quien sostuvo que:

*“Los Jueces y los fiscales son seres humanos, las desigualdades están y a la hora de tomar decisiones no es lo mismo que se presente un prójimo con defensor público que lo haga uno con abogado respetado, caro o de nivel y preparado a cuestionar todo, debidamente munido de elementos de descargo. Siempre en la realidad se es más duro con el más débil. Con una mujer, un adolescente, un indígena, adulto mayor o en general gente en situación de vulnerabilidad. El proceso penal es un ejercicio de fuerza, en manos de los operadores de justicia, policías, fiscales y jueces: del otro lado el justiciable, el hombrecito apuntado por la espada. Si es vulnerable, por su condición personal o social o de otra índole, la vulnerabilidad es mayor porque la fuerza en su contra es también mayor”*⁶¹.

Por otra parte, si bien otro juez niega la gravitación de factores que hacen a la clase social y a lo económico, luego afirma que:

*“El lugar de residencia y la profesión inciden desde luego, pues es preciso para mí como magistrada, tener la certeza del arraigo con que cuenta el procesado para otorgarle una medida”*⁶².

59 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 11.

60 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 5.

61 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 42.

62 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 43.

Esta es una dimensión de incidencia de lo económico y la pertenencia social. Se toma el factor económico como determinante al analizar una cuestión que resulta esencial y que es el arraigo. Existe una primacía de incidencia de lo económico cuando se considera el arraigo, lo cual fue criticado por otro grupo de entrevistados para quienes un potencial económico alto, facilita la fuga.

Ciertamente, el potencial económico no es necesariamente sinónimo de arraigo, ya que, por lo general, una persona que sufre pobreza no tiene a donde ir, pero una persona con medios sí podría mudarse de país y seguir viviendo sin mayores inconvenientes, fuera del alcance del proceso.

Lo llamativo es que la falta de poder económico no lleva a la aplicación de una interpretación en favor de que la persona quedará sujeta al proceso, sino que prima la interpretación contraria en las manifestaciones que fueron registradas.

Con relación a los factores sociales, algunos entrevistados hablaron incluso de *la pinta* (apariencia de la persona procesada) como un factor determinante a la hora de la aplicación de la prisión preventiva. En este sentido, un magistrado manifestó:

“En cuanto al aspecto y la pinta, los procesados en su mayoría se hallan masificados y responden a características similares, por lo que no se hace distinción en ese sentido”⁶³.

Nótese que este entrevistado hace ver que el hecho determinante para no hacer distinción es la falta de diferencia social que caracteriza al que cae en el sistema penal al tiempo de

63 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 44.

mirar su aspecto. Lo que no quiere decir que, si existiese diferencia en las vestimentas, lugar de residencia, de las personas, ello, sería tenido en cuenta cuando escape del patrón de la pobreza que afecta a los usuarios.

Se aprecia un sentido igual a lo apuntado con mucha precisión por quien dijo que se tiende a ser más duro con el que sufre mayores factores de vulnerabilidad y ello se hace desde el concepto de arraigo o de otros que terminan justificando un trato desigual en el que las personas empobrecidas tienen las de perder.

A pesar de ello, existieron jueces que negaron influencia al factor económico y social en el uso de la prisión. En cuanto a los fiscales, las opiniones también estuvieron divididas uno de ellos indicó:

“Tenemos generalmente aprendidos de nivel bajo, pero a veces hay otros con mejor pasar, mejor pinta, igualmente se requiere lo que corresponde de acuerdo a la ley”⁶⁴.

Finalmente, la opinión de los siguientes abogados en libre ejercicio, docentes de una Facultad de Derecho, y con amplia experiencia en lo penal, además del ejercicio de la libre profesión y ex magistrados, sintetizan la opinión generalizada de los entrevistados con relación a la incidencia de factores sociales y económicos al tiempo de la aplicación de la prisión preventiva, en los siguientes términos:

“Por supuesto que se dan muchos sesgos en la aplicación de las medidas cautelares, conforme a factores exógenos de la ley como por ejemplo la condición social, el nivel económico, el tipo de hechos por los cuales está

imputada la persona, la repercusión mediática y otros... ¿Quiénes de los que están procesados por corrupción se encuentran entre rejas? ...es un chiste, es una absoluta depreciación del sistema constitucional y legal con relación a la aplicación correcta de la prisión preventiva, todos los pobres están dentro”⁶⁵.

“Yo creo que en los casos de narcotráfico sobre todo incide la cuestión económica. Hay veces que los magistrados a todos los que son imputados por crímenes no le dan medidas alternativas coherentes con la ley vigente, sin embargo, en un caso de narcotráfico importante, ellos alegan de que por razones humanitarias y enfermedades le están dando medidas sustitutivas arriesgando sus cargos por un caso; eso lo que llama la atención y me permite a mi sostener que hay intereses económicos que inciden en el uso de la prisión en ciertos casos”⁶⁶.

3.11.- Incidencia del factor político y la prisión preventiva

Escasos fueron los entrevistados que admitieron de manera clara y directa la incidencia política en la aplicación de la prisión preventiva, aunque en general, la mayoría estuvo de acuerdo en que las presiones existen y que, en el contexto actual de ejercicio de la magistratura, son muy pocos los operadores que no ceden ante estos pedidos. Así mismo, refirieron que proceden tanto de ámbito interno como externo del Poder Judicial y el Ministerio Público.

Uno de los fiscales que declaró abiertamente que estos pedidos existen explicó que:

“Las llamadas y pedidos son normales, ya corresponde a cada magistrado decidir lo que tiene que hacer”⁶⁷.

65 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 20.

66 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como E 21.

67 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como F 5.

De sus expresiones puede notarse que el hecho está naturalizado; el calificativo de normal así lo indica; este fiscal ni siquiera capta que el mismo incumple el deber de denunciar lo que en muchos casos es un hecho punible de tráfico de influencias.

Otro fue aún más explícito y dijo:

“Permanentemente. Sobre todo, por parte de políticos, y eso no va a parar hasta que se modifique la conformación del jurado de enjuiciamiento de magistrados, donde el cincuenta por ciento de sus integrantes son políticos. Mueve a risa escuchar hablar de la independencia de los magistrados en esta situación. Te llaman, te piden, se manifiestan en favor de una u otra parte, y queda a tu criterio la interpretación”⁶⁸.

En cuanto a la vinculación de estos pedidos con la corrupción un fiscal expresó:

“Hay que tener cintura para evadir las presiones, puesto que no se puede dejar de atender. En mi caso casi siempre atiendo y le manifiesto amablemente que se hará lo que corresponda en ley. En pocos casos ni siquiera atiendo. Porque hay casos en que los que ejercen presión lo hacen porque reciben beneficios patrimoniales y solamente ordenan a los fiscales o jueces a resolver en tal o cual sentido. Y siempre que hay presión se trata de casos grandes, generalmente con algún empresario metido o interesado en un caso judicial. No es secreto que se lucra con la presión de políticos y poderosos, quienes piden dinero o favores a nombre de los fiscales y jueces. Y hay quienes reciben indudablemente, no todos. Esa es la realidad”⁶⁹.

En cuanto a los jueces, la mayoría expresó que no se sienten presionados, aunque algunos admitieron que determinados

68 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EF 17.

69 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EF 16.

litigantes lo hacen e incluso amenazan nombrando a políticos y/o a jerarcas de las instituciones a las cuales representan (con referencia al Ministerio Público); sin embargo, reconocieron que la decisión está en sus manos.

También se registraron testimonios que dan cuenta de amenazas y llamadas de políticos locales con relación a determinados casos y personas que caen dentro del sistema penal. Uno de los entrevistados recordó de la siguiente manera:

“Todo el tiempo existen algún tipo de injerencia, sea política, económica, o de otra índole, de hecho, el proceso penal toca muchos intereses de personas con poder, por eso siempre la lucha es para evitar las injerencias, que no te toquen. De eso se trata la administración de justicia”⁷⁰.

Ciertamente, la independencia judicial se puede también definir como la capacidad institucional de resistencia a las presiones que genera el proceso penal. Sin embargo, el testimonio de este magistrado devela cierta soledad y altruismo moralista ante las presiones políticas, ya que la investigación revela que la cobertura del JEM impactó negativamente en el uso de la prisión.

El modo de litigio en el que se dan estos pedidos es descripto por otro entrevistado:

“Varias veces me llamaron políticos a pedir con amabilidad que le atienda y les ayude a algún procesado porque su mamá o algún familiar le pidieron. ... Como dije, siempre hay pedidos de los familiares del procesado, o de las víctimas, o directamente de ellos o por medio de un político, pero no puedo hacer milagros, si es crimen y la fiscalía ya pidió prisión”⁷¹.

70 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EJ 6.

71 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EJ 20.

El pedido puede ser hecho por los interesados de un modo directo, pero para abonar su posibilidad de éxito buscan amparo en algún político. El político se convierte en un mediador entre la protección y el fallo. Rige así un modelo de litigio constituido como sistema paralelo al oficial. Este se halla internalizado y constituye un espacio en que los políticos son vistos y utilizados como intermediadores ante la justicia. La disolución de la intermediación y la oralidad para la aplicación de la prisión preventiva es un dato fundamental que surge de las observaciones de audiencias. Esta circunstancia contribuye a que el modelo procesal sea permeado por incidencias extralegales de esta naturaleza.

En virtud de estos hallazgos, sin poder afirmar la dimensión de la incidencia, es acreditado este sistema de litigación paralelo en que la presencia de los políticos juega un rol que representa una amenaza al sistema jurisdiccional independiente.

De esta manera, la incidencia del factor político reconoce conforme a la evidencia diversos patrones:

a.- Un espacio de litigación paralelo caracterizado por la opacidad pues se da por fuera de las audiencias orales (que no se hacen). El contacto lo toma el agente político de incidencia por teléfono, por visitas, en nombre de la parte interesada juntamente con ellas, o del político o agente de poder que toma una representación no formalizada pero reconocida en la práctica cultural, etc. Es un sistema de litigio paralelo en el que de hecho el político es una agente de incidencia por corrupción o amistad o cualquier tipo de proximidad a las partes.

b.- Incidencia del factor político desde centros de poder como el JEM, puede insinuar o exigir o compartir beneficios con el magistrado.

En ambos casos existe un agente externo que propone y provoca la distorsión de la ley, lo que no ocurre en otras modalidades que seguidamente se caracterizan.

Se registró que un modelo de incidencia política es la adhesión voluntaria del mismo magistrado que busca proteger al sector político de su preferencia. En este último modo ni siquiera responde a un pedido, el magistrado es un activista y usa el poder que detenta en función a su pertenencia partidaria. En la jerga registrada se los denomina “hombres y mujeres del partido”.

3.12.- Política institucional e incidencia en la prisión en el Ministerio Público

La política institucional del Ministerio Público, muy por el contrario del principio de objetividad que debe guiar su actuación, se adscribe en el marco de la *política del encierro masivo*, conforme se desprende del análisis de los hallazgos. Con relación a la política respecto a la prisión preventiva, los consultados expresaron posturas dispares. Uno de ellos dijo:

“No existe ningún protocolo, por el contrario salen instructivos que pretenden erigirse como tales, dando directivas que salen de lo establecido del CP y CPP. A nosotros nos guían la CN, las leyes de fondo y forma no circulares. Donde estaríamos si siguiéramos tales indicaciones. La responsabilidad es personal...”⁷².

En igual sentido, algunos manifestaron que existen circulares, pero reconocieron que el requerimiento de prisión es de responsabilidad personal, por lo que no se da mucha importancia a los mismos. Estas manifestaciones son livianas ante un pro-

⁷² Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EF 1.

blema arduo para la doctrina y el desarrollo del MP. El principio de unidad del MP determina muchos aspectos que distinguen la actuación del poder jurisdiccional y del poder requirente. El modelo normativo aborda el problema que la interpretación de la ley debe darse en un marco de política criminal y ello es conveniente para que el MP se ocupe de los aspectos críticos que en el ejercicio de la acción afectan a la ciudadanía.

Existen muchas formas en que se establece directrices generales y ellas pueden dictarse en cumplimiento de la ley (Ley 1562/00 Arts. 7 y 52); uno de ellos el 3.102 /2012, rige justamente como evacuar las disidencias con los criterios establecidos por el FGE.

Es así como una fiscal dijo:

“En los casos de robo o hurto agravado se tiene a la indicación de no admitir trámite a conciliación alguna, por lo demás dar medidas en casos graves crea un descreimiento en la institución del MP. Entonces se unifica los criterios al respecto. Nosotros tenemos un superior que en determinados casos requerimos los criterios a utilizar. Tenemos varios instructivos en relación con varias situaciones como por ejemplo para los casos de aprehensiones, según el mismo, para los casos de crímenes determina que se requiera la Prisión Preventiva”⁷³.

La memoria institucional denota que el uso de los instructivos aborda el tema de la prisión preventiva y las medidas substitutivas y alternativas a la prisión desde un enfoque denominado eficientista.

En este sentido, otra fiscal afirmó:

“Existe un protocolo de la época del Dr. Latorre, anterior obviamente a las modificaciones legales y se refiere a los casos en que se debe aplicar

*la prisión preventiva, se refería a los hechos punibles cometidos con violencia*⁷⁴.

En la investigación se recogieron varios de estos documentos y algunos de ellos tienen reglas garantistas que recuerdan la vigencia de límites a la prisión con un ánimo de racionalizar su uso. El instructivo N° 7 del año 2015 que establece normas aplicables en los procedimientos de hechos punibles de invasión de inmuebles es uno de ellos; en el artículo 9 recuerda que en ningún caso se podrá pedir la prisión de mayores de 70 años, mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, así como y en casos de enfermos graves y terminales en consonancia con lo establecido con el Art. 238 del CPP.

Otro instructivo dictado por el Ministerio Público también contiene normas que son necesarias recordar para racionalizar, en la perspectiva constitucional, la prisión preventiva. Si bien el MNP recomendó su ajuste con reglas de garantía más claras, elogió su sanción después de una larga espera (MNP, 2016)

Se tuvo conocimiento de la existencia de un instructivo que pretende evitar la prisión para personas consumidoras de sustancia. El documento no fue localizado y se pidió al fiscal que facilite el mismo. Este expresó que tampoco pudo obtener una copia, relató que tuvo conocimiento del mismo en una jornada, explicó que estas reuniones son utilizadas para recibir criterios interpretativos. Afirmó que intentó acceder a una copia, pero al parecer existieron críticas que frenaron la difusión de este instrumento que tendría un posicionamiento garantista.

74 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EF 7.

Salvo este último caso, las entrevistas se dividen entre quienes niegan la existencia de estas directrices o minimizan su efecto y una gran mayoría que asevera la existencia de estos, pero solo en materias que hacen a condiciones que refieren una política penal de mano dura como la que siguen las leyes de emergencias y la jurisprudencia del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Este hecho permite inferir que objetivamente los medios de difusión de estos instrumentos normativos secundarios no son eficientes. Por otra parte, de los difundidos, solo quedan registrados los aspectos eficientistas en el mismo sentido delimitado por las leyes de emergencia y la jurisprudencia del JEM.

En definitiva, puede verificarse que existen mensajes institucionales que son incorporados en torno a una política de mano dura que se reconoce y se presenta como necesariamente anti garantista, sin que surja ninguna crítica de la política criminal simplista que receta encierro a cualquier precio como si este fuese el camino etiológico válido para cualquier tipo de hecho punible. Este modelo de intervención se vincula con el discurso de los actores institucionales, en este caso internos. Nos describen algunos aspectos de cómo se forja esta idea del buen fiscal, en su caso, del buen Juez, aún en contra de mandatos constitucionales.

Lo que puede decirse es que existen instrumentos precisos de intervención que están al servicio de la interiorización de intereses que a su vez se amalgaman con las subjetividades que son exteriorizadas permitiendo a la persona operar en una práctica y ocupar un espacio, pertenecer y acumular preminencia en un campo complejo como es el que informa la aplicación de la prisión preventiva.

3.13.- Política institucional e incidencia en la prisión. Poder Judicial

La voz institucional del Poder Judicial también tiene sus instrumentos de manifestación, con acciones comunicacionales u omisiones, que crean un clima de *derecho penal duro* que fue denunciado al Sub Comité contra la prevención de la tortura por el MNP. Los documentos que contienen el enfoque político promovido son diversos, entre ellos puede citarse jurisprudencias, pero también acordadas, cursos, intervenciones de los organismos de control, entre otros.

En lo que respecta al contenido de la jurisprudencia, ya no se hará mención, pues ya fue analizado en el apartado correspondiente, sólo se insiste en el hecho de que esta incide en los magistrados presentándoseles como parámetros a los que deben adecuar sus resoluciones.

Así mismo, con relación a las injerencias institucionales internas promovidas estamentariamente, una magistrada dijo:

*“Sí, existe incidencias internas, la Corte a veces nos envía resoluciones para seguir ciertos criterios o lineamientos, pero nosotros como magistrados sabemos lo que nos impone nuestro sistema para la aplicación de la prisión preventiva, como así también para las medidas menos gravosas...”*⁷⁵

Por otra parte, está la omisión que también denota una dirección de *“derecho penal duro”*. Una constatación concreta es el hecho de que el MNP en su primer año de funcionamiento remitió una nota donde señalaba la necesidad de que se avance hacia un modelo de depuración de prisiones extem-

75 Entrevista realizada por el equipo de investigación, registrada como EM 1.

poráneas para lo que recomendaba la sanción de una acordada que ofrezca criterios para aplicar el derecho que limita el uso de la prisión preventiva en el marco constitucional y se promueva el control de convencionalidad como un instrumento que descomprima el uso de las leyes de emergencias que tazan las facultades jurisdiccionales para aplicar medidas alternativas o substitutivas a la prisión.

La CSJ no dictó nunca la acordada solicitada por el MNP y pocos meses después no hizo lugar a la excepción de inconstitucionalidad de la Ley N° 4438/11, que taza las facultades jurisdiccionales para aplicar medias alternativas o substitutivas en ciertos casos, olvidando que está obligada a hacer un control de convencionalidad de estos instrumentos jurídicos autoritarios. Omisión y acción en este caso contribuyeron en un mismo sentido a una lectura del derecho que no beneficia la libertad, ni las garantías.

Por el contrario, la CSJ usó de sus facultades de dictar acordadas, pero para establecer requisitos que obstaculizan la resolución de libertades creando requisitos que la ley no establece, como es el caso de la Acordada que exige tener los antecedentes a la vista sin que ello sea exigido por la ley.

Clasificamos este modelo de incidencia como política porque es instrumentalización institucionalizada formal destinada a guiar el comportamiento del poder penal desde los gobiernos; es decir desde la FGE o la CSJ, que a su vez son incididas por otros factores de poder. Como puede verse, no se dirige a resultados esperados en un caso específico (como ocurre en los demás ya descriptos) sino a un modelo institucional de actuación que resulta ser misional para la agencia en la que se establece.

3.14.- El impacto de la prensa en la prisión

El efecto que tiene en el sistema de justicia penal lo que se difunde por los medios de comunicación es inmenso, conforme a los datos registrados y analizados en esta investigación, por lo que merece ser profundizado en otras indagaciones que analicen de manera específica esta cuestión.

La magnitud del impacto es difícil de cuantificar. Sin embargo, los testimonios de jueces, fiscales, y abogados públicos y privados recogidos coinciden de manera unánime en que, por lo general, los operadores piensan en la repercusión mediática del caso, antes de requerir o decidir una cuestión jurídica.

Para algunos entrevistados, el Poder Judicial es apenas un accesorio y validador de lo que se define como verdad en los medios de comunicación. De esta manera, fiscales y jueces legitiman como verdadero la imagen instalada como tal en los medios de comunicación masivos.

Se registraron quejas de que los medios de comunicación informan de manera inexacta las cuestiones jurídicas, forzando a los actores judiciales a solicitar y a aplicar la prisión preventiva, principalmente debido al temor de ser cuestionados por los medios (Kostenwein, 2015).

La crítica constante al actuar de jueces y fiscales en los medios de comunicación ha contribuido a crear un estado de opinión, en la población, que los responsabiliza de la inseguridad ciudadana existente sobre todo en la sensación de la ciudadanía (Goyte & Medina, 2016).

Los hallazgos denotan este fenómeno y es uno de los puntos de indagación, que, con sus matices, es aceptado por todos

los sujetos procesales entrevistados de un modo unánime, algunos de los cuales se transcriben a continuación:

“Sí, la prensa incide. Yo le hago responsable en un 95% de los casos del abuso de la prisión preventiva que se dan en los requerimientos. Porque la prensa ataca presentando una libertad determinada como que el fiscal le dejó suelta a una amenaza, incluso moviliza al jurado de enjuiciamiento de magistrados. Con una publicación de la prensa el jurado de oficio decide investigar a tal o cual magistrado, ejerciendo por tanto una enorme presión”⁷⁶.

“Pienso que el impacto de la prensa es directo e inmediato en la decisión de los Jueces. En la mayoría de los casos los jueces aplican la prisión preventiva como un modo de evitar salir en la prensa por haber liberado a un delincuente. La prensa tiene muchísima influencia en las decisiones judiciales, los magistrados temen a la prensa, y no solo a ella sino también al Jurado. Todos quieren tener buena imagen ante ellos”⁷⁷.

“Impacta muchísimo, con el diario del lunes un juez puede cambiar su pensamiento y cuando está a punto de firmar una libertad puede cambiar por prisión. Se da mucho este tipo de casos”⁷⁸.

“Porcentualmente diría que en un noventa y nueve por ciento. En todos los casos que adquiere un interés mediático, el magistrado no puede sustraerse a la presión de los medios, es finalmente una persona que siente los ataques y las distintas maneras que tiene la prensa de influir en el mismo”⁷⁹.

Un abogado que ratificó esta incidencia considera que el motivo de la preocupación que condiciona a los magistrados

76 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 17.

77 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 4.

78 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 5.

79 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 7.

apelando al poder que estos medios tienen la potencialidad de generar una opinión que moviliza a la sociedad y fortalece la perspectiva criminológica manejada por la persona media que no es otra distinta a la ofrecida por la criminología mediática sindicada como responsable de un populismo punitivo, expresó:

“La prensa incide no solo en la decisión judicial, sino que, en muchas ocasiones, en la reacción de la ciudadanía, por el miedo que infunde en ellos la noticia. Así en muchos casos convierten un hecho no tan grave en algo grave y por esa razón los jueces cambian sus veredictos”⁸⁰.

En igual sentido otro expresó:

“Por algo llaman cuarto poder a la prensa. Los titulares de los periódicos y las noticias resaltantes de la televisión y el internet difunden los hechos punibles, generalmente con una cierta tendencia en un sentido o en otro, para luego tomar decidida postura y direccionan la información y publicaciones subsiguientes. La prensa informa, pero a veces desinforma. Como sea, los casos que han tomado estado público caen en manos de magistrados ya condicionados y presionados, directa o indirectamente”⁸¹.

Existen aseveraciones de que gracias a la prensa se hizo justicia, en ciertos casos, la opinión pública para algunos entrevistados también representa el contrapeso a otros factores de poder como los económicos o políticos al que el caso está sometido. Más allá de este juicio positivo para este o aquel caso, lo que ciertamente puede afirmarse es que la gravitación de poder de los medios es reconocida por el entrevistado como un sistema de injerencia que amenaza la independencia e imparcialidad del Juzgador por el hecho que la

80 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 9.

81 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E 5.

estructura interna del aparato de justicia causa inseguridad y ello hace que magistrados/as queden muy expuestos.

En las expresiones de los jueces el impacto de la prensa fue aceptada, en cierto caso relativizada, sin por ello ignorar su vigencia:

“Los jueces están ante la prensa todo el tiempo y con la excusa de la alarma social instalada por las redes sociales y los medios, prácticamente renuncian a su función de analizar objetivamente y decidir sobre la libertad de las personas, dejándose llevar por las referidas influencias externas al fallar. El impacto es perverso responde por lo general a intereses totalmente ajenos al ideal de Justicia. La prensa se sirve de su capacidad de generar opinión para instalar una verdadera sensación de inseguridad que no se compadece con la realidad⁸²”.

Una Jueza señaló este efecto negativo de la prensa desde la mención de un caso que le tocó:

“Hay casos por ejemplo en donde uno a simple vista se da cuenta de que es un hecho grave y que la persona tiene suficiente arraigo y por la presión mediática los jueces terminan dictando prisión, hay casos que son demasiado evidentes, que realmente influye el tema de la prensa y de la opinión pública, también las redes sociales pueden ser durísimas con los jueces. El año pasado yo le di libertad condicional a un señor que había sido condenado por un caso de homicidio y las redes sociales fueron durísimas conmigo, más que la prensa, yo vi que las publicaciones eran bastante objetivas porque describían lo que yo les había dicho y los motivos que yo consideré para los presupuestos y en contra partida describían el hecho que en su momento tuvo muchísima repercusión en la prensa, fueron durísimas las críticas y la forma que se referían a uno, yo creo que el juez tiene que tratar de ni siquiera leer eso, el poder

mediático es muy fuerte más todavía en un país como el nuestro, donde las instituciones son tan débiles.⁸³

En igual sentido otro Juez expresó:

“La prensa impacta mucho. Cuando la prensa está de por medio y hace presión dirigiendo la opinión pública en uno u en otro sentido, el magistrado siempre estará presionado a tener mayor rigor en la aplicación de la prisión preventiva⁸⁴”.

En los últimos ejemplos se parte de que los medios masivos actúan como agentes morales impulsando por lo general un discurso que es el reconocido como de mano dura. Ambas entrevistas condenan el predominio que desde el espacio de lo publicado se construye en torno a toda una cultura de encerrar para garantizar seguridad. Producto de un reduccionismo del concepto de violencia, seguridad y la función limitada que el sistema penal cumple hoy en el contexto de la etiología criminal.

También existieron afirmaciones que, si bien ubican al interlocutor juez fuera del ámbito de una ecuación sesgada por los medios, no niega que la incidencia existe y condiciona el modelo de funcionamiento de la prisión preventiva.

“A mí personalmente no me afecta la prensa, pero me doy cuenta de que a algunos jueces sí⁸⁵”.

Otros magistrados ratificaron lo dicho por los abogados de un modo claro. Nótese como este magistrado califica de selectores de casos a los medios; también que en su discurso la

83 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EM2.

84 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EM15.

85 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EM17.

expresión ley es sinónimo de encierro inevitable. Su discurso ratifica que la incidencia de los medios es una presión para el uso de la prisión y por ello como magistrado no le queda otra vía que el encierro si esa presión existe:

“Incide muchísimo, porque te persiguen, cuando ellos deciden que es un caso que afecta, o como se dice ahora, que indigna a la sociedad. Son selectores de casos. Un caso de crimen sin prensa no tiene el mismo impacto que uno con prensa. Los jueces no estamos vinculados al pedido de la fiscalía, pero si la fiscalía ya te pide prisión y está encima la prensa, ahí ya tienes que aplicar la ley o la ley, no hay otra”⁸⁶.

La expresión de que, son selectores de casos, es bastante importante pues un problema que sufre el poder judicial históricamente es la delegación de su poder en el nivel de selección de aquello que es objeto de aplicación del programa de persecución penal. Quien rige la selectividad punitiva y de ingreso de causas al sistema es un problema álgido para la construcción de la justicia republicana.

El programa punitivo implementado es mínimo ante la cantidad de tipos penales existentes, pero también es mínimo ante el volumen de casos que son cometidos por personas que por su situación de poder no son alcanzados por un sistema que funciona para la persecución del desamparado.

La Policía históricamente gravita en el poder de selección de casos que son atendidos; la creación del Ministerio Público representó un intento de rescatar este poder selectivo en manos de un órgano judicial que cuente con normas para dar cierta racionalidad constitucional a la selección

y el encierro preventivo. La descripción de la entrevista ubica a los medios de comunicación masiva ejerciendo un rol selectivo que no llegó a desplazarse de la Policía Nacional al Ministerio Público con toda la reforma normativa procesal (Ley 1440/99). Este rol selectivo indica un campo de incidencia que podría ser analizado bajo cuestionamientos que escapan al objeto de esta investigación dejando registrada para trabajos futuros.

Otro magistrado ratificó lo expresado por los anteriores entrevistados diciendo:

“Entre los criterios extralegales es uno de los que influye muchísimo... Por la presión mediática los jueces terminan dictando prisión preventiva, hay casos que son demasiado evidentes... un caso sale en el diario y al día siguiente el JEM ya está pidiendo los antecedentes de ese caso, o sea que muchas veces los jueces sienten mucha presión indirecta. Creo que no solo influye en la decisión de los jueces, sino que también de los fiscales por el temor de lo que pudiera suceder, así terminan pidiendo prisión preventiva por más que sea evidente que el caso no amerita”⁸⁷.

El campo de la alarma social y el fortalecimiento de una ideología de mano dura, que vienen siendo el eje de la motivación de la incidencia en los relatos, en esta y otras entrevistas revelan que el rol del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es un elemento coactivo complementario que representa un factor de incidencia decisivo para que la prisión sea o no aplicada.

Otro juez aclaró su posición de lucha contra la incidencia de los medios masivos de comunicación. El mismo describió

87 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EM26.

que la relación entre poder judicial y la prensa es tensa ya que ésta acostumbra a ocuparse de lo negativo:

‘Lastimosamente la prensa impacta de forma negativa, te digo yo que soy juez penal de garantías, que somos víctimas porque la prensa no busca una verdad real con objetividad, la prensa lo que busca son sucesos, hechos llamativos y de carácter negativo. Influye de manera negativa porque muchos colegas no quieren ser tapa de diarios entonces convierten en prisión para que no sean criticados por la prensa, yo prefiero que la crítica venga de la prensa y no dejar que un prójimo que se merecería litigar en libertad, por una presión mediática, tenga que yo dictarle prisión, para callar a la prensa’⁸⁸.

En cuanto a los fiscales solamente uno de los entrevistados fue poco claro al afirmar que la prensa es un factor que incide en el uso de la prisión reflexionando sobre diversos aspectos del fenómeno. Todos los demás compartieron la visión que los medios se vinculan a una concepción que resulta hegemónica planteando el encierro preventivo como instrumento de la política de seguridad. Existe suficiente registro de que ella actúa favorable a la política de mano dura y la cultura del encierro como etiología de todo tipo de hecho punible sin mayores distinciones ni aportes de una criminología comprometida con la realidad desde la ciencia.

Un fiscal comentaba que:

‘A modo de ejemplo de la influencia de los medios, recuerdo que en una ocasión se produjo en la jurisdicción de una comisaría metropolitana la detención irregular de unos menores, sindicados como responsables de unos hechos punibles de robo agravado. La detención había sido sin orden de autoridad competente, indispensable en caso de menores. Ni bien recibí los antecedentes

*ordené la inmediata libertad de los mismos porque era lo que correspondía, e inmediatamente fue noticia en la prensa como liberador de delincuentes. Como consecuencia de esto existen jueces de garantía que sostienen el criterio que los fiscales siempre tienen que pedir prisión preventiva*⁸⁹.

El debilitamiento de la imagen del Poder Judicial y falla en los roles de control facilitan, en la percepción de algunos entrevistados, la incidencia que ejerce la prensa, el mismo dijo:

*“La prensa influye porque el poder judicial se ha desacreditado y la prensa se erigió como un custodio de la seguridad. La prensa es una instancia de control. Hay un empoderamiento de la prensa y un debilitamiento de las instituciones democráticas. Con todo, ello, en lo personal pienso que la prensa ha sido un factor de presión, pero más favorable que negativo, pues muchos hechos han sido investigados gracias a ella, o se han corregido algunas cuestiones procesales gracias a ella”*⁹⁰.

Por el contrario, otro dijo:

*“La prensa tiene influencia negativa en muchas ocasiones, como te decía, es un delito, ya sea un hurto, apropiación, estafa, lesión de confianza, en donde el Ministerio Público está diciendo que se le aplique una medida de comparecencia para firmar...el juzgado impone medidas”*⁹¹.

En lo negativo y real de la influencia de la prensa varios fiscales pusieron ejemplos dados de su vida cotidiana señalando como todo lo vinculado con las drogas es *sataniizado*, además como lo que diga la prensa hace de que en un caso se tome una decisión distinta de la que se adoptó en otro de igual magnitud.

89 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF5.

90 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF5.

91 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF23.

Otro fiscal dijo:

“Muchas veces los fiscales que estamos dentro del sistema nos damos cuenta de que las decisiones se tomaron por presión de la prensa. A veces lo que corresponde es una cosa, pero se da finalmente una decisión más dura para darle el gusto a la prensa. No debería ser así, pero se da”⁹².

No es fácil para jueces y fiscales resistir esta presión que tanto impacta en su entorno generando una imagen pública del magistrado, independientemente a que dicha imagen puede luego incidir en el comportamiento de agentes del Estado encargados de la remoción o confirmación en el cargo de estos como ya se mencionó en otras entrevistas. La sola imagen pública que surge y el estar en la mira tiene su trascendencia ante la cual se debe luchar mucho para ser independiente:

“La Prensa ejerce un cierto tipo de presión; me ha tocado un caso muy mediático, en esos casos, no se pasa bien porque te cuestionan en tu integridad, porque esto, porque aquello, y es difícil. Y hay que tener fuerza para no decaer y mantener la independencia en las decisiones y no dejarse llevar. Los operadores de justicia debemos decidir conforme a las pruebas que tenemos, aplicando la ley”⁹³.

Un fiscal destacó lo mucho que la prensa impacta diciendo:

“Se ve a diario. A veces a personas inocentes se les encierra, incluso se les condena cuando media la prensa, y eso se debería desterrar. En un estado de derecho existe la libertad de prensa, pero eso no se debería usar para influenciar a un magistrado”⁹⁴.

92 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF8.

93 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como E11.

94 Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF13.

Luego apuntó:

“Hay jueces que tienen la cola sucia, debemos reconocerlo, y son proclives a la presión mediática”⁹⁵.

De los hallazgos surgen que la influencia de los medios masivos de comunicación es decisiva al tiempo que en un proceso penal se use o no la prisión preventiva. Esta incidencia se debe en primer lugar al hecho de que predomina una solución punitiva que causa aceptación y que entrelaza la inseguridad con el encierro penal como si este fuese la respuesta; al parecer los medios masivos en principio son agentes morales de esta ideología que asume el tema del encierro preventivo como un tópico de la agenda de seguridad y no de la justicia constitucional.

El modelo genera presión interna en el magistrado que no quiere exponer su imagen y reputación ante críticas que pueden ser de todo tipo y no precisamente desde los parámetros constitucionales que son los de su custodia. De allí surge un sesgo que lo conduce a no entender razones en favor de la libertad cuando el caso está mediatizado.

El otro nivel en el que el deterioro de su imagen, su exposición mediática, tiene incidencia negativa es la importancia que el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados da a lo que en la prensa es publicada. En este último caso se trae de nuevo a la escena la incidencia de este factor *la debilidad institucional del Poder Judicial, el Ministerio Público y los sistemas de control objetivos*.

⁹⁵ Entrevista realizada por integrantes del equipo de investigación y registrada como EF13.

3.15.- Prisión preventiva y tortura

Esta investigación constató la vigencia de un modelo de encierro penal ilegal e ilegítimo, pero que continúa usándose sistemáticamente por operadores, tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial, y en el que inciden de manera determinante factores extralegales.

Este modelo consuetudinario de aplicación de la prisión preventiva es un mecanismo que naturaliza el incumplimiento de las reglas del estado de derecho en el uso del poder penal y la práctica del derecho deviene en algo distinto a la racionalidad constitucional y convencional formalmente vigente.

Lo que interesa al tema de la tortura y los demás malos tratos es que se facilita el ingreso a instituciones donde impunemente se tortura y maltrata. Pero lo más grave es que la observación del modo en que se dan y toleran las ilegalidades del sistema de encierro penal pueden ser categorizados, no solo como incumplimientos del debido proceso, sino por el sufrimiento y el modelo de abuso al que responde, como tortura o tratos crueles inhumanos y degradantes, según el caso.

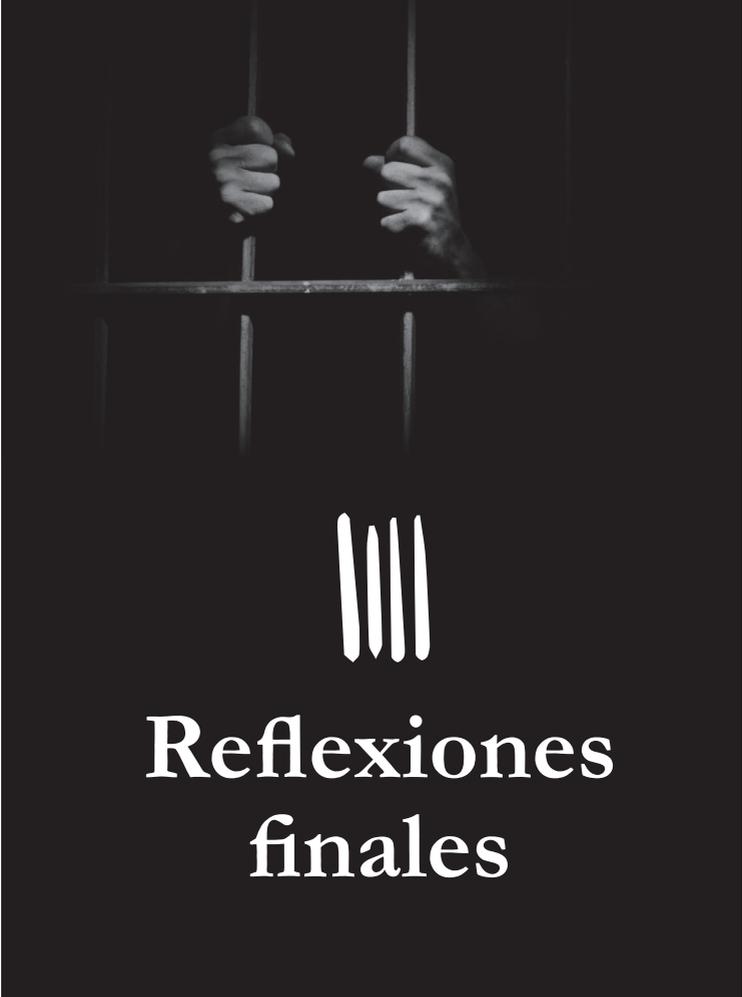
Es decir, las prácticas de la prisión preventiva no solo habilitan espacios donde se dan estos hechos contrarios a la Convención contra la Tortura, sino los requerimientos y decisiones del Poder Judicial son parte de la acción que lo configuran conforme a las categorías creadas por el mismo sistema penal donde ocurren sin que los agentes de la persecución se percaten y los persigan.

Sean tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes, el Poder Judicial y el Ministerio Público, demuestran que no

pueden identificar las conductas que involucran como perpetradores cotidianamente a diversos agentes del Estado, y eso no llama la atención; particularmente estos patrones no son vistos desde la tortura y otros hechos punibles si se trata de algún miembro de estas agencias el responsable de su comisión; todo funciona como si jueces y fiscales no cometiesen estos crímenes.

Cuando se encierra (sin existir lugares), por orden de un político, para presionar el pago de una suma estafada sometiendo a los sufrimientos del medio penitenciario a la persona afectada; cuando un juez de ejecución no controla las condiciones de sufrimiento de quien ilegalmente es encerrado en una celda inundada por materia fecal por 30 días o más; cuando jóvenes procesados son encerrados en celdas sucias, con filtraciones de agua, mal alimentados y además encadenados por más de 30 días sin que el hecho sea interrumpido por los que tenían el deber de vigilar estos espacios para que ello no ocurra; cuando un enfermo sin capacidad de procesar alimentos no recibe comida ni atención médica adecuados y no se le otorga revocatoria del auto de prisión prefiriendo que viva en inanición; cuando se prefiere dejar morir sufriendo por falta de atención y tratamiento médico a un interno en caso de crimen por temor al qué dirá la prensa; se tortura o mínimamente además de violar la ley procesal, se incurre en tratos crueles inhumanos o degradantes.

En Paraguay, no se conocen procesos abiertos por tortura contra algún magistrado participe de este tipo de sufrimientos y degradación humana porque estas violaciones se ven como consecuencia inevitable de la aplicación de la norma vigente que no es la del Estado sino la emergente de los factores que realmente determinan el uso del poder del encierro cautelar.



**Reflexiones
finales**

4.- Reflexiones finales

Los datos recogidos y analizados en esta investigación permiten afirmar que debido a la existencia de factores extralegales que rigen la aplicación de la prisión preventiva en el país, el *Juicio Oral y Público* deja de ser el elemento central y determinante que condiciona el uso del poder penal del Estado, manteniéndose un deficitario concepto de eficiencia, y reduciéndolo a una cobertura penal que desarrolla un modelo excluyente que no se diferencia de otras políticas del Estado paraguayo, que margina a gran sector de la población.

Igualmente, se constató que el modelo de uso de la prisión preventiva fundado en estos factores extralegales facilita la continuidad de la tortura y los demás malos tratos, principalmente en los centros de prisión, porque naturaliza el sufrimiento de los internos, apelando a una finalidad de encierro que desde la práctica predomina por encima de la ley y la dignidad humana, que se sintetiza en la idea de castigar y disciplinar, bajo el pretexto de defender a la sociedad.

En el discurso que subyace al uso de la prisión preventiva, motivado por los factores extralegales, se alega la ley, siempre que justifique el encierro ilegal, pero no se la invoca al tiempo de considerar la necesidad del cese del sufrimiento, que en nombre del sistema penal se construye por encima de las normas constitucionales y convencionales que la rigen. En este contexto, proteger la libertad resulta una tragedia, una acción heroica de magistrados temerosos que desobedecen las reglas del juego dominante en el campo en el que actúan.

Ciertamente, no se tolera violar la ley, si se trata de dar la libertad para hacer cesar torturas o tratos crueles inhumanos o degradantes, pero sí es motivo de enjuiciamiento, condena social y alarma, cuando en violación de la ley se otorga alguna libertad. La tortura y los demás tratos crueles, inhumanos y degradantes se dan como consecuencia inevitable de un modelo de funcionamiento en donde el tipo de sufrimiento que se provoca es supuestamente inevitable.

El aporte que hace el sistema de prisión preventiva vigente en el país a la persistencia de la tortura y de los demás malos tratos es el acostumbamiento ante ese dolor, la inhumanidad y la ilegalidad de su modelo cultural de aplicación; es un legado de la inquisición que sigue vigente.

Lo determinante para el uso de la prisión, no es la ley y su racionalidad, sino factores como los registrados en esta investigación, y que están por fuera de la Constitución Nacional, fortaleciendo una cultura del encierro, donde rigen reglas distintas, por lo general no escritas, que provocan una punición a cualquier costo.

De esta manera, los hallazgos de esta indagación constituyen un punto de partida para la humanización del sistema penal, en general, y particularmente del régimen de la prisión preventiva, que a pesar del mandato constitucional de cumplimiento separado de las personas condenadas, se rige cumpliéndola sin ningún tipo de discriminación por situación procesal.

Los factores extra legales identificados como gravitantes al tiempo de la aplicación de la prisión preventiva pueden ser abordados, entre otras cosas con un fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial, tanto interna como externa,

y a través de mecanismos ciudadanos de control y monitoreo de los procesos, que deben ser facilitados desde el Poder Judicial.

Igualmente, es preciso avanzar hacia el fortalecimiento del sistema de apoyo a la justicia penal, previsto en las normas respectivas, pero incumplidos hasta el momento, de manera a facilitar los sistemas de control y acompañamiento a las personas sometidas a proceso, sin privárseles de su libertad.

El régimen penitenciario, en general, y la prisión preventiva en particular, deben ser abordados de manera integral tanto desde el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, a través de la derogación de normas inconstitucionales y contra convencionales que obligan su cumplimiento, y desde el Poder Judicial, a través de un sistema de capacitación y empoderamiento de magistrados de manera a interpretar la ley, favoreciendo la libertad y la presunción de inocencia, y en su caso, realizando un control de convencionalidad de las normas que contradicen a los principios del Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del sistema americano y universal de protección de los derechos humanos.



Referencias

5.- Referencias

- Alcalá, H. N. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 221-241.
- Alonso, R. C. (2014). *Privilegios que niegan derechos. Desigualdad Extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe*. Lima: OXFAM.
- Añaños, F., & Jiménez, F. (2016). Población y contextos sociales vulnerables: la prisión y el género al descubierto. *Papeles de población*, 63-101.
- Becker, H. (2009). *Outsider. Hacia una sociología de la desviación*. Siglo XXI.
- Binder, A. (1994). La justicial penal en la transición a la democracia en América Latina. *Revista Cubana de Derecho*.
- Binder, A. (2005). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Binder, A. (2008). *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República*. Política Criminal Bonaerense, 230-258.
- Bourdieu, P., & Wacquant, L. (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Carranza, E. (2012). *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?* Anuario de Derechos Humanos, 31-66.
- Carranza, E., Houed, M., Mora, L., & Zaffaroni, E. (1983). *El preso sin condena en América y el Caribe*. Costa Rica.
- CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA.
- CIDSEP. (1991). *Sistema Penitenciario Paraguayo y Reacción Estatal contra la Criminalidad*. Asunción.

- Due Process o Law Foundation. (2013). *Independencia Judicial insuficiente, prisión preventiva reformada*. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú.
- Faella, L. E. (2003). *Estalla la crisis del Sistema de Justicia*. En CODEHUPY, Derechos Humanos 2003. Asunción.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid, España: Trotta.
- Flores, E. (2003). *La crisis del sistema penitenciario paraguayo no es nueva*. En CODEHUPY, Derechos Humanos 2003. Asunción.
- González, T. (1931). *Infortunios del Paraguay*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos LJ Rosso.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de la teoría social*. Mexico.
- González, J., Rivas, M., Khon, M., Kronawetter, E., Llanes, C., & Orrego, R. (1994). *Anteproyecto del Código Procesal Penal*. Asunción: Gráfica Demestri.
- Goyte, M., & Medina, A. (2016). *Prisión preventiva. ¿Medida cautelar o pena de prisión anticipada a la declaración de culpabilidad?* Avances y Retrocesos de la Reforma procesal penal Latinoamericana desde la visión de México y Cuba, 4-98.
- INECIP. (2003). *Código Procesal Penal en la mira*. Cátedra Libre.
- INECIP. (2012). *Observatorio de la Defensa Pública. Una experiencia necesaria y sustentable*. Asunción.
- Institute for Criminal Policy Research. (2016). *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*. England: third edition.
- Kostenwein, E. (2010). *Fundamentos: Sociologías de la Prisión Preventiva*. Revista de Pensamiento Penal, 2-38.
- Kostenwein, E. (2015). *La prisión preventiva: entre los medios de comunicación y las autoridades políticas*. Direito & Praxis, 54-79.

- Kronawetter, E. (2003). *Derecho a las garantías judiciales y al debido proceso*. En CODEHUPY, Derechos Humanos 2003. Asunción.
- Lorenzo, L. (2014). *Manual de Litigación*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Lugo, M. (2007). *La diferencia entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes*. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, 65-80.
- Maier, J. (1981). *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Lerner Editores Asociados.
- Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Martens, J. (2014). *Sistema de Garantías cede ante grupos de poder*. En CODEHPY, Derechos Humanos. Asunción: AGR S.A.
- Martens, J. (2015). *La prisión preventiva: Análisis de su aplicación en Asunción, Central y Ciudad del Este*. En MNP, Derecho a tener Derechos. Asunción: Aranduara.
- Martens, J., & López, X. (2014). *El populismo penal se refleja también en el aumento de la población encarcelada*. En CODEHUPY, Derechos Humanos. Asunción.
- Martens, J., & Orrego, R. (2008). *Aumento del uso del sistema penal para perseguir a organizaciones civiles*. En CODEHUPY, Derechos Humanos 2008. Asunción.
- Martens, J., Orrego, R., & Ríos, V. (2016). *Prisión preventiva en Paraguay. Análisis de los factores que inciden en su aplicación en seis circunscripciones de la región oriental*. Revista Paraguaya desde las Ciencias Sociales, 117-128.
- Martínez, D. (2005). *La libertad del imputado y la prisión preventiva en el proceso penal*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2013). *Informe anual de gestión 2012*. Asunción.

- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2014). *Abuso por falta de fundamentación y control de la prisión preventiva. El caso de los adolescentes privados de libertad en los “centros educativos”*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2014). *Informe anual de gestión 2013*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2014). *Nota al subcomité para la prevención de la tortura*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2015). *Censo Nacional de mujeres privadas de libertad*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2015). *Informe de gestión 2014*. Asunción, Paraguay.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2016). *Informe anual de gestión 2015*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2016). *Memoria Institucional*. Asunción.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2017). *Informe anual de gestión 2016*. Asunción.
- Merlo, R., & Peralta, A. (2016). *Control de Convencionalidad*. Asunción.
- MNP, & INECIP. (2015). *El Derecho a tener Derechos. Realidades del encierro en Paraguay*. Asunción: Aranduará.
- Orrego, R. (2017). *Exclusión punitiva vs. Legalidad. Análisis del paradigma constitucional garantista y de los factores extralegales en el uso de la prisión preventiva, 2010-2016*. CLACSO.
- Orrego, R. (2017). *Informe anual de gestión del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura 2016-2017*. Asunción.
- Pásara, L. (2013). *La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Independencia Judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. *Due Process of Law*, 5-28.

- Pavarini, M. (2010). *Control y Dominación. Teorías Criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI editores.
- Pérez, J. (2014). *El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personas de prisión preventiva*. Derecho y Cambio Social, 4-37.
- Pérez, J. (2014). *Prisión preventiva y exclusión social Preventive prison and social exclusion*. Revista de Criminología e Ciencias Penitenciarias, 3-15.
- Redondo, S. (2007). *Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo*. Revista Española de Investigación Criminológica.
- Ripollés, J. D. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo, Uruguay.
- Rodríguez, J. L. (2009). *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 114-148.
- Vecchi, D. D. (2013). *Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes*. Revista de derecho Valdivia, 189-217.
- Villadiego, C. (2016). *ESTRATEGIAS PARA RACIONALIZAR EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: MECANISMOS PARA EVALUAR LA NECESIDAD DE CAUTELA*.
- Von Lepel, S. (2017). *Aproximación a las actuaciones de la Fiscalía de Derechos Humanos en la persecución y sanción de la tortura y otros delitos*. Asunción: Arandurá.
- Zaffaroni, E. (2000). *Proceso penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad*. En ILANUD, *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos* (págs. 1-24). Ciudad de México: Porrúa.
- Zaffaroni, E. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Se terminó de imprimir en diciembre de 2018.

Arandurã Editorial
Tte. Fariña 1028
Asunción - Paraguay
Teléfono: (595 21) 214 295
e-mail: arandura@hotmail.com
www.arandura.com

VIOLENCIA

en el encierro

(I)RACIONALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN PARAGUAY

Esta investigación analiza las condiciones de aplicación de la prisión preventiva en uno de los países con mayores presos sin condena en el mundo, realizada en el contexto del proyecto 14-INV-258 *“La prisión preventiva en Paraguay: Condiciones de aplicación e incidencia en el aumento de la población penitenciaria y en la persistencia de tratos contrarios a la Convención contra la Tortura”*, ejecutado por INECIP-Paraguay en coordinación con la Universidad Nacional de Pilar (UNP), con datos del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros malos tratos (MNP), con el cofinanciamiento del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), a través del programa PRO-CIENCIA con recursos del Fondo para la Excelencia de la Educación e Investigación – FEEI del FONACIDE.

Los datos recogidos y analizados permiten afirmar que debido a la existencia de factores extralegales que rigen la aplicación de la prisión preventiva en el país, el *Juicio Oral y Público* deja de ser el elemento central y determinante que condiciona el uso del poder penal del Estado, manteniéndose un deficitario concepto de eficiencia, y reduciéndolo a una cobertura penal que desarrolla un modelo excluyente que no se diferencia de otras políticas del Estado Paraguayo, que margina a gran sector de la población.