

# ALEGATO DE CLAUSURA



# Jueces de garantía y prisión preventiva: proteger la independencia

Por Eduardo Gallardo F.

Juez de garantía de Santiago

*CONCEBIR LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO UNA EXCEPCIONALIDAD ES UN DISCURSO QUE NO SE REFLEJA EN LAS NORMATIVAS VIGENTES NI EN LAS CIFRAS REALES, EN UN PROCESO REFORZADO POR UNA CRISIS DE IDENTIDAD DE LOS PROPIOS JUECES Y PRESIONES POLÍTICAS Y DE OPINIÓN PÚBLICA QUE TERMINAN AFECTANDO AL ESTADO DE DERECHO Y A TODOS LOS CIUDADANOS. ¿LA SOLUCIÓN? INDEPENDENCIA...*

Probablemente pocos temas como la prisión preventiva generan tantas distorsiones y controversias en el proceso penal, pues el encierro de aquel que aún no ha sido condenado por sentencia judicial plantea una evidente tensión con el principio de inocencia.

Sin perjuicio de lo anterior, los sistemas procesales democráticos no han abolido la prisión preventiva y más bien han tratado de restringirla, proclamando su carácter instrumental y excepcional y sometiénola a limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, aun en sociedades democráticas y de un modo cada vez más preocupante, la vigencia de tales restricciones y principios – incluso a nivel normativo – está quedando relegada a un plano discursivo más que real. Ejemplos de lo expresado lo constituyen las cláusulas normativas que establecen parámetros peligrosistas para justificar la imposición del encierro cautelar durante el proceso penal o las que, directa o indirectamente, se orientan a la consagración de delitos inexcusables en consideración a su naturaleza o gravedad, sustituyendo la ponderación judicial por la legal.

Como puede observarse, tales situaciones manifiestamente desplazan el carácter instrumental y excepcional de la prisión preventiva hacia uno de carácter marcadamente político-criminal, en el cual se acentúan consideraciones más bien propias de los fines de la pena.

De ahí que resulte relevante, además, abordar la cuestión con datos empíricos duros, los que permiten ir desterrando mitos y falacias, como lo son el supuesto carácter excesivamente garantista del sistema o la existencia de la denominada ‘puerta giratoria’, término utilizado hasta la saciedad en el discurso político con fines electorales, pero absolutamente alejado de la realidad.

## **Desterrar los mitos**

Lo cierto es que las cifras indican una realidad muy distinta: la población carcelaria en nuestro país viene aumentando sistemáticamente durante los últimos años, al punto que la cantidad de presos en Chile hoy, por cada 100 mil habitantes, es de las más elevadas de la región. Sólo a modo de ejemplo, el número de condenas entre 1999 y 2009 aumentó 600 por ciento y los privados de libertad han aumentado casi al doble, sin contar la cantidad de adolescentes encerrados bajo el régimen de internación provisoria o en régimen cerrado.

De 2000 a 2009 se otorgaron por los jueces de garantía el 90 por ciento de las prisiones preventivas solicitadas por el Ministerio Público. Sólo el 2 por ciento fueron impugnadas por la fiscalía y el 50 por ciento revocadas por las Cortes de Apelaciones. Por lo tanto, al final se rechaza sólo el 1 por ciento de las solicitudes de prisión preventiva planteadas por el Ministerio Público. Por el contrario, las revocaciones de prisiones preventivas decretadas por los jueces de garantía son estadísticamente irrelevantes y virtualmente inexistentes.

Más alarmante resulta el hecho de que la cantidad de personas que, encontrándose en prisión preventiva, son absueltas o condenadas con alguna medida alternativa a la privación efectiva de libertad oscila en 25 por ciento, llegando al 30 por ciento en algunos tribunales, sin contar aquellos que quedan libres después de un procedimiento abreviado o una decisión de no perseverar en la investigación por parte del Ministerio Público. Y las cifras del Poder Judicial respecto de imputados que, estando en libertad, no llegan al juicio oral, no supera el 5 por ciento.

Es cierto, hemos revertido la proporción de presos sin condena versus presos condenados en relación al sistema antiguo, pero cuidado: ello tiene que ver no necesariamente con una utilización más racional de la prisión preventiva, sino con el hecho de que el nuevo sistema ha resultado tremendamente exitoso en la producción de condenas en tiempos relativamente breves.

### ***Sistema inquisitivo versus sistema acusatorio***

Si bien en el sistema inquisitivo la prisión preventiva era una consecuencia casi inexorable del auto de procesamiento, el estándar de dictación del mismo era mucho más elevado que la formalización de la investigación, cuyo único estándar normativo consiste en que no sea arbitraria.

Con el sistema acusatorio, los presupuestos fácticos de la imputación se desplazaron a la medida cautelar, lo que es dogmáticamente correcto, pero ello no ha incidido necesariamente en un uso más racional de la prisión preventiva, pues en esta materia los tribunales -y en especial las Cortes de Apelaciones- se aproximaban críticamente al procesamiento y hoy, no pocas veces, la formalización aparece como una verdad revelada.

Todo ello revela que en muchos casos, demasiados a nuestro entender, la prisión preventiva afectó innecesariamente a personas que jamás debieron estar sometidas ella, con todos los efectos que ello produce en la vida personal, familiar y social del afectado, amén del tremendo costo social que ello involucra para el país.

Muchas razones explican lo anterior. Probablemente, en el seno de la propia praxis jurídica (jueces, fiscales, cortes) aún no se consolida del todo la idea de que la prisión preventiva tiene un carácter estrictamente instrumental. En algún grado también persiste aún, a nivel de tribunales y litigantes, la existencia de un cierto automatismo al argumentar y resolver en torno a la prisión preventiva. Pero además, hay que decirlo, incide muchas veces también la indisimulada presión pública que se ejerce sobre los jueces a través de los medios de comunicación, directa o indirectamente, por distintas vías.

Entonces, frente a esta realidad, ¿por qué tanto en la percepción pública y publicada como en el discurso político se tiene y/o difunde una percepción tan distinta?

### ***Crisis de identidad***

Vinculado con lo anterior, y en esto hay que sincerar el discurso, también uno debe preguntarse el porqué de un fenómeno que a mi juicio sería iluso negar: la profunda crisis de legitimidad de la función de la judicatura de garantía. Crisis que se ha expresado, incluso, en contra de reformas legales como la introducida al artículo 140 del Código Procesal Penal, que redujo ostensiblemente la discrecionalidad judicial para ponderar la necesidad de cautela, tratándose de delito con pena de crimen, o la modificación al 149 del Código Procesal Penal que, rompiendo el principio de jurisdiccionalidad, permite que en ciertos casos una persona quede privada de libertad con la mera apelación verbal de un ente administrativo como el Ministerio Público, pese a la negativa del juez de garantía en orden a decretar la prisión preventiva, hasta que la Corte resuelva en definitiva.

Con ello, se ha retrotraído el régimen de impugnaciones en esta materia al existente en el modelo inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1906, consagrando el efecto suspensivo de la apelación en perjuicio del imputado.

Es curioso constatar, y la modificación al artículo 149 en comento así lo demuestra, que esa desconfianza hacia la judicatura de garantía por parte de quienes la impulsaron es inversamente proporcional a la confianza depositada en las Cortes de Apelaciones, lo cual revela que, al menos para el legislador de la agenda corta, el problema reside específicamente en los jueces de garantía o, para ser más precisos, en una incomprensión o rechazo a la función cautelar que sistémicamente se les asigna a dichos jueces.

### ***Bandera de lucha***

A todo lo expuesto, no puede dejar de añadirse el hecho de que no pocos que han convertido del tema de la seguridad pública en una bandera de lucha política -las más de las veces sin el menor escrutinio crítico de la prensa-, contribuyendo con ello a generar una percepción absolutamente distorsionada de la realidad, a partir de casos anecdóticos y aislados.

Se nos quiso hacer pensar, y hasta cierto punto se terminó por convenir a buena parte de la opinión pública, que vivíamos en una tierra de nadie, en donde el delincuente se paseaba impunemente perpetrando sus fechorías a vista y paciencia de jueces complacientes.

Es más, se vendió la absurda utopía de que era posible desterrar de una vez y para siempre la delincuencia construyendo más cárceles y encerrando a los delincuentes, como si éstos fueran un invasor llegado desde otro planeta. Y así, pese a las contundentes cifras que desmienten absolutamente la existencia de un contexto de impunidad y favoritismo hacia los imputados, se acusó a los jueces de operar la supuesta ‘puerta giratoria’.

### **¿Jueces peligrosos?**

Altas autoridades manifestaron que sí, que ¡los jueces! eran un peligro para la seguridad de la sociedad. Otros pedían destituciones o sanciones disciplinarias contra jueces, se entregaron dossiers de resoluciones judiciales en el Palacio de Tribunales por altas autoridades del Ejecutivo y hasta se anunciaron listas negras para indisponer con la ciudadanía a jueces que, conforme a derecho, no privaron de libertad a ciertas personas.

Lamentablemente, no sólo en Chile sino en el mundo entero, hace ya décadas que transversalmente en la lucha política se descubrió que el populismo punitivo rinde y, lo que es peor aún, sin someterse a escrutinio alguno en cuanto a sus resultados.

Porque aun cuando se demuestre la ineficiencia de centrar las políticas públicas en materia de seguridad en la solución carcelaria; aun cuando todos los expertos serios nos digan majaderamente que no resolveremos el problema de la delincuencia con más cárceles y mano dura; aunque incluso entidades como la Fundación Paz Ciudadana (a la que nadie podría seriamente acusar de ser la vocera de los delincuentes) haya dicho que la agenda corta era innecesaria e inútil (y de hecho lo demuestra la circunstancia de que ésta ha tenido un impacto marginal en las cifras de prisión preventiva), aun así, nada de eso pareciera importar. Ese es un dato de la causa y, por ahora, no es mucho lo que pareciera poder hacerse.

### **La imparcialidad del juez**

Lo que sí podemos hacer y reclamar es la necesidad de respetar y reforzar la independencia y vinculación del juez a la ley. No podemos exigirle ciega e irracionalmente que someta su acción a las expectativas y demandas de la ciudadanía, ya sea que se trate de víctimas o personas con temor a serlo. La seguridad también se funda –suele olvidarse con demasiada frecuencia– en que la coacción estatal ha de someter su accionar a la ley, lo cual supone, entre otras cosas, el respeto a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

Obviamente, es mucho lo que debemos avanzar en tener un diseño y una praxis más eficiente y adecuada del uso de las medidas cautelares en general. Sin embargo, en lo inmediato hay una cuestión que debe reafirmarse con decisión y sin ambigüedades: en un estado democrático de derecho, al juez no se le puede exigir un compromiso con las políticas estatales de seguridad ciudadana de carácter coyuntural o con los objetivos estratégicos y político-criminales de las agencias de persecución penal.

El juez está para resolver imparcialmente los casos y, por ende, no hace suya la agenda de ninguno de los intereses en conflicto. La judicialización del orden público o la seguridad ciudadana produce una seria distorsión en la función jurisdiccional, al asignarle al juez una misión que le compete directamente a otros órganos públicos. El resultado final de esa lógica (lejos de reducir las tasas de criminalidad) se traduce inexorablemente en el deterioro progresivo del estado de derecho, en perjuicio de todos los ciudadanos. 

