

ESTRATEGIAS PARA RACIONALIZAR EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AMÉRICA LATINA: MECANISMOS PARA EVALUAR LA NECESIDAD DE CAUTELA*

Carolina Villadiego Burbano**

RESUMEN

Las medidas cautelares deben imponerse a partir de un análisis concreto de la necesidad de cautela del caso. La regla general es que mientras se está a la espera el juicio, la persona debe estar en libertad y por ello la prisión preventiva es excepcional. La procedencia de estas medidas requiere evaluar si existe una alta probabilidad de que la persona no comparecerá en el juicio u obstruirá el procedimiento penal. Dicha evaluación debe ser lo más objetiva posible, y por ello, es necesario diseñar e implementar mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela del proceso. Éstos contemplan la creación de un instrumento objetivo de medición que evalúe el riesgo mencionado, a partir de factores, variables e indicadores analizados a través de una metodología. Promueven la supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad para garantizar la cautela del proceso, y al mismo tiempo, permitir que la persona se encuentre ejerciendo su derecho a la libertad.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la libertad, prisión preventiva, medidas cautelares, evaluación objetiva de la necesidad de cautela, estrategias de supervisión, costos de la prisión preventiva, *pretrial services*.

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares que restringen la libertad y que se imponen en los procesos penales son excepcionales, pues se encuentran limitadas por la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad¹. Su procedencia requiere en cada

* Este documento fue elaborado a partir de una investigación realizada para el Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA, con el fin de efectuar un módulo de e-learning para el curso virtual de prisión preventiva que dicha institución desarrollará en 2011. Por este motivo, una versión ampliada del texto fue entregada a CEJA en marzo 2010.

** Abogada de la Universidad de los Andes de Colombia, Magister en Ciencia Política y Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO (Grado 2011). E-mail: carolinavilladiego@gmail.com

¹ Véase, entre otros: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, (Fondo Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica, Párr. 197. También, véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica. Párr. 67.

caso concreto, que existan los supuestos materiales que permiten inferir la vinculación entre la persona procesada y los hechos investigados², y que se presenta un fin procesal legítimo que sustenta la necesidad de cautela³. Además, dado que antes de la sentencia (condenatoria o absolutoria), la regla general debe ser que la persona procesada se encuentre en libertad mientras se define su responsabilidad penal⁴, la privación de la libertad debe proceder como última medida.

El propósito de las medidas cautelares es garantizar que el proceso se puede desarrollar sin traumatismos, y que el sistema de justicia proporciona una respuesta de calidad⁵. Por ello, deben ser impuestas por los jueces de forma específica y evaluando de manera objetiva si los fines legítimos que sustentan la necesidad de cautela se presentan en el caso concreto. Las medidas cautelares no son –ni pueden ser– una forma de pena anticipada, ni una herramienta que “garantiza” la seguridad ciudadana, ni una medida para combatir la “impunidad”, ni un método para responder a la presión de los medios de comunicación.

Su objetivo es estrictamente cautelar y no punitivo⁶, y por ello, no deben estar asociadas a un fin distinto que aquellos legítimamente establecidos para cautelar el proceso⁷. Los fines legítimos han sido definidos en los estándares del sistema interamericano de derechos humanos⁸ y en las legislaciones nacionales de los países de las Américas⁹. Son fines aceptados¹⁰: i) asegurar la comparecencia de la persona procesada al juicio¹¹; y ii) evitar la obstrucción del procedimiento penal¹².

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, Washington, Estados Unidos, 6 de agosto de 2009. Párrafo 77. También, véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), San José, Costa Rica, Párr. 101.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Op. Cit. Párr. 198.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Op. Cit. párr. 67.

⁵ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Ed, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, Santiago, Chile, 2009, p. 25.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Op. Cit. Párr. 69.

⁷ BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Colección cuadernos de Litigio, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp.. 24 – 25, párr. 041.

⁸ Véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Op. Cit. Párr. 198; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Op. Cit. Párr. 68 y 69.

⁹ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. Pp. 25 - 26.

¹⁰ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. p. 26.

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 7º, numeral 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9º, numeral 3º.

¹² Véase, entre otros: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 86/09, Op. Cit., párr. 81. También, véase: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Op. Cit. Párr. 68 y 69.

Adicionalmente, varias legislaciones nacionales han establecido otros fines de la medida cautelar, como por ejemplo, el peligro para la sociedad o para la víctima, la alarma social, la reincidencia, peligro de atentar contra la víctima y sus familiares, entre otras¹³. Se ha debatido mucho si estas causales constituyen fines legítimos de la medida cautelar, pues varias de ellas parecen estar relacionadas con la “peligrosidad” del detenido, su responsabilidad penal en el proceso o la gravedad del delito cometido, más que con la necesidad de cautela¹⁴.

A este respecto, se deben decir varias cosas. En primer lugar, algunos fines establecidos en las legislaciones nacionales podrían estar asociados a un peligro procesal serio que puede justificar la necesidad de cautela. Tal es el caso del peligro para la víctima o para la sociedad, que puede considerarse como una posible obstrucción del procedimiento cuando las víctimas o testigos son fundamentales para la realización del juicio oral¹⁵. No obstante lo anterior, en cada proceso penal es importante fundamentar que estos fines están asociados a un peligro procesal conexo con la no comparecencia en el juicio o la obstrucción del procedimiento, y no con un concepto de “reincidencia” o alarma social que no están relacionados con ello.

En segundo lugar, otros fines establecidos en las legislaciones nacionales son ilegítimos pues no responden a una necesidad de cautela del proceso. Más bien, son una respuesta estatal “fácil” a las demandas de seguridad ciudadana o a los delitos de alta connotación social, y también, a la gravedad del delito. En estos casos la prisión preventiva no debe proceder, ya que las causales son realmente arbitrarias pues no cumplen los estándares de derechos humanos en materia de cautela procesal. En efecto, los fines como la “alarma social”, la reiteración de la conducta, el peligro de continuar con la actividad delictiva y la gravedad del delito están fundados en un fin punitivo¹⁶ y no cautelar, ya que no responden a la idea central de “resguardar el éxito procesal penal”¹⁷. Igualmente, la lista de delitos inexcusables establecidas realizan una presunción legal sobre la “necesidad de cautela” sin analizarla de manera objetiva y en el caso concreto¹⁸, lo cual contradice dicha lógica¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fundamental contar con herramientas certeras que permitan evaluar, de manera objetiva, la necesidad de cautela de cada proceso penal. Así, el juez tendrá suficientes herramientas para definir la medida cautelar más apropiada. Pero, por supuesto, se requiere además que el sistema cuente con mecanismos adecuados de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad, para que los intervinientes en el proceso confíen en su efectividad, y el juez las decreta de manera regular en vez de dictar la prisión preventiva. Mientras no existan mecanismos alternos a la prisión preventiva

¹³ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. p. 29.

¹⁴ Ibidem. pp. 30 – 31.

¹⁵ Ibidem. p. 29.

¹⁶ BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, Op. Cit. P. 25. Parr. 042.

¹⁷ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. P. 31.

¹⁸ BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto, Op. Cit. P. 35. Parr. 067.

¹⁹ FUENTES Maureira, Claudio, “Régimen de prisión preventiva en América latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma”, en *Revista Sistemas Judiciales*, Ed. Centro de de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales -INECIP, Santiago, Chile, 2010. P. 41.

eficientes y efectivos se pueden tener excelentes herramientas de evaluación objetiva de la necesidad de cautela del proceso, pero probablemente la prisión preventiva seguirá siendo la regla y no la excepción. Por ello, cualquier sistema de justicia que desee cumplir los principios de proporcionalidad y excepcionalidad de la prisión preventiva, debe tener medidas cautelares alternas²⁰, que sean realmente efectivas.

Los jueces, en la audiencia en la que se define la medida cautelar a imponer deben evaluar si en el caso concreto se presentan: **1)** los supuestos materiales del caso, incluyendo los elementos que permiten inferir que existe un nexo entre la persona procesada y los hechos investigados; **2)** los fines legítimos que posibilitan la necesidad de cautela del proceso, es decir, **2a)** que existe una alta probabilidad que la persona no comparecerá al juicio o, **2b)** que obstruirá el procedimiento penal; y **3)** las medidas cautelares no privativas de la libertad que pueden otorgarse en el caso de acuerdo con el análisis objetivo de la necesidad de cautela del proceso y la gama de medidas alternas existentes.

Este documento pretende describir una de las estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: los mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela. Para ello, el documento se divide en tres partes. La primera, brinda un panorama general del uso y los costos de la prisión preventiva en la región. La segunda, analiza los mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela. Y la tercera, ofrece unas conclusiones generales.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LAS AMÉRICAS

La prisión preventiva no es excepcional en América Latina. En realidad, constituye en promedio el 41% del total de personas privadas de la libertad en la región²¹. En varios países, los porcentajes de prisión preventiva son superiores al promedio. Así por ejemplo, en Argentina, Bolivia, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, Venezuela, el porcentaje supera el 50%.

Ver grafico 1

Es importante preguntarse, ¿por qué existen tantas personas privadas de la libertad preventivamente en la región? Existen varias posibilidades. Algunas de ellas están asociadas a los procesos de contra reforma en materia de prisión preventiva ocurridos en varios sistemas acusatorios de las Américas²². Dichos procesos se reflejan en la

²⁰ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. P. 37.

²¹ Este promedio fue extraído por la autora del documento, al analizar los datos de prisión preventiva para cada uno de los países de las Américas, que se encuentran en la siguiente fuente: King's College London, Prison Brief Highest to lowest rates, en: http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_stats.php (Última vez consultado: 28/01/2011)

²² DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. P. 57.

implementación de delitos que son in excarcelables, las prohibiciones en torno a sustituir la prisión preventiva por medidas cautelares no privativas de la libertad, la inclusión de conceptos distintos a la lógica cautelar para determinar la procedencia de la prisión preventiva, entre otras²³.

Así mismo, es probable que en los últimos tiempos haya aumentado la intensidad de las políticas de la lucha contra el crimen, y con ello las personas capturadas y detenidas en prisión preventiva. También, es probable que su utilización frecuente se deba a la creciente presión en torno a la seguridad ciudadana y al seguimiento constante de los medios de comunicación en torno a la delincuencia, ya que se “deja en libertad a los delincuentes”²⁴. Y por supuesto, es probable que haya tenido impacto la presión política en torno a la “ineficacia” del sistema de justicia al no decretarse como regla general la prisión preventiva²⁵.

Por otra parte, usualmente se menciona que la implementación de medidas cautelares no privativas de la libertad es bastante costosa, y que la prisión preventiva es una medida menos costosa. Analizar el costo real de la prisión preventiva implica estudiar distintos costos, como por ejemplo, lo que invierte el Estado al mantener una persona privada de la libertad en el establecimiento carcelario, lo que cuesta el funcionamiento del sistema de justicia, los costos en los que incurre la persona procesada, y los costos para terceros, como la familia y la comunidad, entre otras²⁶. Así por ejemplo, entre los costos para la persona procesada, se pueden encontrar los costos por no percibir ingresos; costos de salud por agresiones en la prisión o enfermedades; los costos “extra legales”, asociados a corrupción para el impulso del proceso, entre otras²⁷. Además, entre los costos para la familia, se pueden encontrar lo que cuesta el “mantenimiento” de la persona detenida, el tiempo de las visitas (transporte, etc.), el pago a abogados particulares, y por supuesto, los “pagos extra-legales”, que pueden estar asociados desde a financiar el ingreso de algunos objetos personales para la persona detenida hasta evitar su traslado o maltrato, entre otras²⁸.

Es importante tener en cuenta, que investigaciones empíricas muestran que la detención preventiva es una medida cautelar económicamente costosa respecto de aquellas no privativas de la libertad. En efecto, un estudio realizado en Estados Unidos mostró que el costo en promedio que implica tener a una persona en detención preventiva por 286 días

²³ FUENTES, Maureira, Claudio, Op. Cit. pp. 40- 41.

²⁴ DUCE Mauricio, FUENTES Claudio y RIEGO Cristian, Op. Cit. P. 55.

²⁵ *Ibidem.*, p. 56.

²⁶ Véase: CENTRO DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA EQUIDAD Y EL CRECIMIENTO -CIPPEC, (Malena Derdoy, Mariano Fernández Valle, Diego Freedman, Laura Malajovich, Laura Roth, Raúl Salinas), “El Costo Social y Económico de la Prisión preventiva en la Argentina”. En: Centro de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales – INECIP, *Revista Sistemas Judiciales No. 14*, Ed. Centro de de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales, Santiago, Chile, 2010, p. 23. También, véase: ZEPEDA Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Ed. Open Society Justice Initiative, Monterrey, México, Febrero, 2010, p. 17.

²⁷ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, Op. Cit. P. 17.

²⁸ CENTRO DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA EQUIDAD Y EL CRECIMIENTO –CIPPEC, Op. Cit., pp. 23 y 42.

aproximadamente es de US 19.253; mientras que el costo que implica mantenerla en libertad bajo uno de los mecanismos de supervisión en ese mismo período de tiempo es de US 3.860, por lo cual, existe un ahorro de US 15.393 por persona²⁹. Además, este cálculo es simple y se fundamenta en el costo de ambos programas; es decir, que no incluye otros costos importantes, como por ejemplo, lo que implica económicamente para el acusado y su familia la prisión preventiva (desempleo, falta de ingresos, etc.), entre otros³⁰.

Adicionalmente, estudios realizados en algunos países latinoamericanos muestran que la prisión preventiva genera altos costos para los Estados, las personas procesadas, y sus familias. En Argentina, el costo anual estimado de la prisión preventiva asciende a 435,2 millones de pesos anuales (US 108.408.320 aproximadamente³¹); siendo que el Estado asume el 68%; las personas detenidas, el 12%; y sus familias, el 20%³².

Igualmente, en Chile se estimó en 2007 que el costo total asociado a la prisión preventiva fue de 48.321 millones de pesos chilenos, (US 92.481 millones de dólares³³), siendo el 69% por costos directos y el 31% por costos indirectos³⁴. Dicho estudio catalogó entre los costos directos aquellos relacionados con el sistema de justicia criminal (poder judicial, ministerio público, defensoría penal pública) y la manutención de las personas detenidas. Incluyó entre los costos indirectos y sociales los ingresos que deja de recibir el detenido, las visitas de familiares, los abogados particulares, la muerte o enfermedad por estar recluido, entre otros³⁵.

Por otra parte, en México se estimó en 2006 que el costo anual de la prisión preventiva ascendió a 9.8 mil millones mexicanos de pesos promedio (el rango oscila entre 6.6 mil millones a 14.9 mil millones)³⁶. Adicionalmente, se estimó que los costos anuales para los detenidos oscilaron en un promedio de 2 mil millones de pesos; para el Estado, de 5.8 mil millones de pesos; para las familias, 1.9 mil millones de pesos; y para la Comunidad, 72.2 millones de pesos anuales³⁷.

²⁹ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), *“Pretrial Risk assessment in the federal court”*, Sponsored by the Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts, April 2009. p.36.

³⁰ *Ibidem.*, p. 36.

³¹ La conversión a la moneda de US dólar se hizo con base en la tasa de cambio del 1º de febrero de 2011. En todo caso, el costo en pesos argentinos es el original del estudio del que se extrajo esta información.

³² CENTRO DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA EQUIDAD Y EL CRECIMIENTO -CIPPEC, (Malena Derdoy, Mariano Fernández Valle, Diego Freedman, Laura Malajovich, Laura Roth, Raúl Salinas), Op. Cit p. 23.

³³ La cifra estimada en dólares es la original aportada por el estudio, según tasa de cambio de 2007.

³⁴ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA, (Alejandra Ahumada, Diego Farren y Bernardita Williamson), “Los costos de la prisión preventiva en Chile”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales INECIP, Revista Sistemas Judiciales No. 14, Ed. Centro de de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales, Santiago, Chile, 2010, p. 47.

³⁵ *Ibid.*, p. 47.

³⁶ ZEPEDA Lecuona, Guillermo, Op. Cit. P. 11.

³⁷ *Ibid.*, p. 10.

Como puede verse, la prisión preventiva es una medida cautelar realmente costosa para el sistema de justicia. Si se utilizara excepcionalmente, se ahorrarían recursos importantes para invertir en otros asuntos públicos, entre ellos, las medidas cautelares no privativas de la libertad. Pero, lo cierto es que a pesar de los altos costos la prisión preventiva no se utiliza de manera excepcional. Por ello, cabe preguntarse ¿cuáles son las razones que motivan que los jueces la privilegien?, ¿Será que en todos los casos en los que se decreta, es realmente necesaria, proporcional, excepcional y cumple con los fines legítimos? Probablemente existen muchas explicaciones y respuestas a estas preguntas, pero en este documento nos interesa explorar dos posibles argumentos. El primero se relaciona con que el juez no cuenta con información confiable para evaluar la necesidad de cautela de cada proceso penal y por ello, su salida más frecuente es decretar la prisión preventiva. El segundo, es que el sistema de justicia no cuenta con medidas cautelares no privativas de la libertad, eficientes y efectivas, que le brinden confianza a los intervinientes del proceso. A continuación, se describirán estrategias empleadas para racionalizar el uso indiscriminado de la prisión preventiva en la región, que confrontan los dos argumentos anteriormente expuestos.

III. MECANISMOS DE EVALUACIÓN DE LA NECESIDAD DE CAUTELA Y SUPERVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

A. Definición

Tal y como se ha mencionado anteriormente, la procedencia de la prisión preventiva debe evaluarse en cada caso concreto después de comprobar que se presentan los supuestos materiales y que existe una necesidad de cautela asociada a los fines legítimos³⁸. El análisis de la necesidad de cautela, según los fines legítimos, debe responder a factores de riesgo objetivamente evaluados que den cuenta de ella, en lugar de corresponder a prejuicios o criterios subjetivos de los jueces, de los fiscales o de la defensa. Por esto, se crearon los mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela y supervisión de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, que se conocen en el sistema de tradición consuetudinaria como los *pretrial services*³⁹.

Estos programas iniciaron a mediados del siglo XX en Estados Unidos cuando la injusticia del sistema penal fue evidente, pues solo la libertad bajo fianza viabilizaba la posibilidad de escapar de la prisión preventiva. En ese momento, se implementó un proyecto piloto en el Estado de Nueva York para asistir a los jueces con información de calidad para adoptar la medida cautelar correspondiente. Posteriormente, a mediados de la década de los 60's se aprobó la Ley Federal de Reforma a la Libertad provisional que propició la inclusión de

³⁸ Véase: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Op. Cit. Párr. 77; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Op. Cit. Párr. 198.

³⁹ CARRASCO, Solis, Javier, Op. Cit., pp. 14 – 15.

estos servicios en ese país⁴⁰. Y en la actualidad, existen en distintas jurisdicciones de Estados Unidos, así como, en Inglaterra, Australia y Sudafrica⁴¹.

Los programas de evaluación de la necesidad de cautela y supervisión de medidas cautelares alternas (*pretrial services*), realizan dos acciones diferenciadas pero complementarias. Por un lado, efectúan una **evaluación de la necesidad de cautela** de cada proceso penal específico, a través de un procedimiento estandarizado, que incluye la aplicación de un instrumento metodológico que evalúa el nivel de riesgo que existe para que una persona procesada penalmente no comparezca al juicio u obstruya el procedimiento penal⁴². Y por otro lado, realizan un proceso de **supervisión** de las condiciones que los jueces imponen en las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, con el fin de dar seguimiento al cumplimiento de las mismas y asegurar la comparecencia de la persona en el juicio⁴³.

De esta manera, los mecanismos de evaluación de riesgo y supervisión de medidas cautelares constituyen una herramienta del sistema de justicia penal que busca racionalizar la procedencia de las medidas cautelares en materia penal, así como, permitir el seguimiento a las condiciones impuestas por los jueces en dichas medidas⁴⁴. Permiten evaluar de manera objetiva la necesidad de cautela del proceso y también supervisar eficientemente las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

B. Procedimiento empleado

La evaluación de la necesidad de cautela requiere definir un procedimiento estandarizado para que, independientemente del funcionario o persona que lo utilice, genere la evaluación de riesgo de manera objetiva y antes de la audiencia de control de garantías. Dicho procedimiento debe ser realizado en un período corto de tiempo, un máximo de 24 o 36 horas usualmente, porque debe llevarse a cabo entre el momento de la captura y la audiencia que decreta la medida cautelar. Es importante que la evaluación se realice antes de que el juez haya definido la medida cautelar, pues justamente lo que busca este tipo de mecanismo es brindar información confiable y de alta calidad para mejorar el debate de la audiencia en beneficio de la persona procesada a quien se presume inocente.

En términos generales, y aunque existen algunas variaciones en los mecanismos implementados, el procedimiento estandarizado para la evaluación de la necesidad de cautela incluye:

⁴⁰ Ibidem., p. 15.

⁴¹ Ibidem., pp. 14 – 15.

⁴² SCHÖNTEICH, Martin, “Mecanismos de implementación: Maximizando la libertad y minimizando los riesgos”, Institución Renace - Open Society Justice Initiative - Proyecto Presunción de Inocencia en México de la Open Society Justice Initiative - Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, México, 2009, p. 102.

⁴³ CARRASCO, Solis, Javier, Op. Cit., p. 17.

⁴⁴ SCHÖNTEICH, Martin, Op. Cit., p. 102.

Ver Tabla 1

Ahora bien, aunque el proceso de evaluación de riesgo puede parecer complejo o difícil de realizar debido a la premura del tiempo, el procedimiento es realmente sencillo si se tiene el instrumento metodológico adecuado y se sigue de manera estandarizada los pasos establecidos. Así, el procedimiento aplicado es bastante simple en la práctica, pues el funcionario encargado solo debe realizar la entrevista con una mayoría de preguntas cerradas o de selección múltiple (¿Tiene empleo permanente?, ¿Hace cuánto tiempo trabaja en ese lugar?, ¿Cuál es el horario de trabajo?, ¿Tiene otros ingresos mensuales?); verificar los datos obtenidos a través de consulta en bases de datos y algunas verificaciones directas (llamar a la residencia del imputado y al lugar de empleo, por ejemplo); y finalmente, esperar que el sistema realice la evaluación de riesgo para preparar el informe que se presenta en audiencia⁴⁵.

La mayoría de actividades se realizan en menos de una hora y media: 20 minutos para entrevistarse con el imputado (máximo), 20 minutos consultando las bases de datos de información pública y haciendo verificaciones directas (llamadas a familiares, empleadores); 10 minutos colocando la información recolectada en el sistema de información, y 5 minutos mientras el sistema realiza de manera automática la evaluación de riesgo y arroja el porcentaje de riesgo⁴⁶.

Respecto de la realización del informe para los intervinientes en el proceso penal, éste es un documento corto y con formato previo, en el cual se mencionan los datos más relevantes acerca del caso, incluida la evaluación del riesgo. Usualmente, el informe contiene⁴⁷:

1. **Información general sobre el proceso en curso:** fecha de detención, cargos por los cuales se le procesa, entre otros.
2. **Información personal:** en este acápite se pretende mostrar los lazos con la comunidad. Por ello, se colocan: lugar de nacimiento, estado civil, familia, nacionalidad, lugar de residencia, tiempo de permanencia en la misma, familiares o personas con quien reside, información sobre empleo (lugar de trabajo, tiempo de permanencia en el mismo, etc.), información sobre educación, entre otras.
3. **Antecedentes penales**
4. **Evaluación de la necesidad de cautela:** se identifica los elementos centrales y pertinentes para la evaluación de riesgo, de acuerdo con los fines legítimos de la medida cautelar.

⁴⁵ SCHÖNTEICH, Martin, Op. Cit., pp. 102 – 103.

⁴⁶ Esta información se extrae de un análisis directo de una visita realizada en septiembre de 2009 a los programas de servicios de antelación al juicio en los Distritos de Columbia (Washington D.C.) y el Condado de Allegheny, Pennsylvania (Estados Unidos).

⁴⁷ District of Columbia, Pretrial Services Agency. Información entregada en la visita realizada en Septiembre de 2009. También, véase: <http://www.fpdnj.org/CJASupport/CJA%20Manual%20Appendix%20Docs/5%20Pretrial%20Services%20Report.pdf>

5. **Recomendación:** se establece las recomendaciones de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad que se pueden realizar en caso de que se le impongan medidas cautelares no privativas de la libertad bajo supervisión.

C. Consideraciones claves para la implementación de estos mecanismos

La implementación de los mecanismos de evaluación objetiva de la necesidad de cautela requiere establecer criterios que permitan, por un lado, mantener los elementos centrales de los sistemas procesal penales de corte adversarial, y por otro, garantizar mayor y mejor información para la adopción de la medida cautelar. Un interrogante frecuente que se presenta al exponer los objetivos de los mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela es, ¿si es deseable y compatible con un proceso penal adversarial, recolectar información sobre la persona procesada/detenida y efectuar una evaluación de riesgo para proporcionársela a las partes y al juez con el fin de que ésta sea utilizada en el debate de las medidas cautelares?

Esta pregunta nace de muchos temores –no necesariamente infundados- acerca de la posible utilización “inquisitiva” de la evaluación de la necesidad de cautela en los países de América Latina, en especial, en aquellos en los que el tránsito hacia el sistema adversarial ha sido difícil, o es reciente, o aún es tenue, o no se ha iniciado. También, nace de una creencia, según la cual, dado que las partes en el proceso penal sustentan una teoría del caso específica, la recolección de una información para evaluar la necesidad de cautela no es “imparcial”. De esta manera, se preguntan si la recolección de la información y la evaluación de la necesidad de cautela: a) genera una especie de “camisa de fuerza” para la imposición de la medida cautelar; b) disminuye la calidad de debate de la Defensa y la Fiscalía en la audiencia, pues recolecta información que tal vez ellos no la trajeron a propósito; c) afecta la teoría del caso de las partes lo que resta adversarialidad al proceso⁴⁸.

Ahora bien, es importante que el diseño e implementación de los mecanismos de evaluación deben responder a principios especiales que eviten su desnaturalización. Es necesario, entonces, considerar claves para su regulación normativa y su implementación y desempeño adecuado. La primera clave, es que **no** existe una “receta” única para el diseño e implementación de este tipo de estrategias en todos los países, ni siquiera en todas las jurisdicciones de un mismo país. Por ello, cualquier diseño debe partir del conocimiento específico de la jurisdicción en la que se implementa, así como, las realidades de los actores procesales en ella. En Estados Unidos, por ejemplo, estos mecanismos hacen parte de distintas instituciones, tales como, el poder judicial, instituciones privadas, oficinas de verificación de suspensión del procedimiento a prueba, entre otras⁴⁹.

⁴⁸ Todos estos temores han sido manifestados por distintos participantes en varios encuentros en los que este tema se ha debatido. Un ejemplo de ello, es el panel en el que esta ponencia fue presentada en el Congreso Internacional 10 años de la Reforma Procesal Penal en Chile. Por esto, para esta versión escrita de la ponencia, decidí recolectar algunas de las intervenciones y tratar de brindar algunas respuestas a dichos cuestionamientos.

⁴⁹ US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, Op. Cit., p. vii.

Una segunda clave, es que el diseño del instrumento de evaluación de riesgo –al que se hará referencia en el siguiente acápite de este documento- puede variar de jurisdicción a jurisdicción. Así, es probable que un mismo país pueda compartir factores generales de riesgo para evaluar si la persona comparecerá en el juicio u obstruirá el procedimiento, pero es menos probable que todo el país pueda compartir las mismas variables e indicadores que analizan dichos factores. Por ejemplo, si existe un alto uso de telefonía móvil celular en la mayoría del país, puede pensarse que un criterio para evaluar el grado de localización de la persona sea tener en cuenta su acceso al teléfono celular. Pero, este criterio en poblaciones muy pequeñas –aun con acceso a telefonía móvil celular- en las que todo el pueblo conoce el paradero de la persona procesada o su domicilio, probablemente no sea el más adecuado para evaluar el grado de localización de la persona. Es interesante tener en cuenta que la mayoría de programas establecidos en Estados Unidos presta sus servicios a condados o localidades y solos muy pocos a la totalidad de un estado; el 51% atiende una población entre 100.000 y 500.000 habitantes⁵⁰.

Una tercera clave de implementación se relaciona con que el diseño del instrumento metodológico emplee criterios objetivos de evaluación, y restrinja en lo posible los criterios subjetivos de análisis. En efecto, existe mayor probabilidad de éxito de este tipo de mecanismos cuando se fundamentan en análisis objetivos, en lugar de análisis subjetivos⁵¹. Dado que la evaluación debe ser lo más objetiva posible, debe centrarse en el análisis de la necesidad de cautela respecto del peligro de fuga y la obstrucción de la investigación. Por tanto, no es un análisis encaminado a identificar las “características” del imputado, ni su “posible peligrosidad”, ni si existe un grado de probabilidad de que “vuelva a cometer un delito estando en libertad”, entre otras.

Una cuarta clave para la implementación de estos mecanismos, es que en su diseño participen los distintos intervinientes del proceso penal⁵², así como, profesionales de áreas con conocimiento en análisis estadísticos. En efecto, debido a que el objetivo de estos mecanismos es colocar información fiable y de alta calidad para las audiencias de control de garantías, es deseable que en el diseño del instrumento metodológico participen todos los intervinientes, pero también profesionales con conocimientos técnicos en áreas estadísticas. Todo esto promueve que las partes indiquen qué tipo de información no debe ser recolectada, como se debe realizar la evaluación, qué variables se deben emplear, entre

⁵⁰ *Ibidem.*, pp. 5-6

⁵¹ MURRAY Timothy, “Herramientas para el manejo de las medidas cautelares”. En: Institución Renace - Open Society Justice Initiative - Proyecto Presunción de Inocencia en México de la Open Society Justice Initiative - Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, México, 2009, pp. 96 – 97.

⁵² Un ejemplo de esto, es el proyecto recientemente implementado en el Estado de Morelos para la justicia adolescente, en el que participaron el Tribunal Unitario de Justicia para Adolescentes, la Fiscalía Especial para Adolescentes de la Procuraduría General de Justicia, la Defensoría Pública, la Secretaría de Gobierno, la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, la Secretaria Técnica para la Implementación de la Reforma, la Dirección General de Ejecución de Medidas para Adolescentes y la Subsecretaría de Reinserción Social. Para más información, véase: http://www.presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=210&Itemid=107 (última vez consultado, Febrero de 2011)

otros. Una de las lecciones aprendidas a partir de la implementación de estos mecanismos en Estados Unidos, es que la reforma debe ser “colaborativa”⁵³.

Una quinta clave es que en el diseño conjunto de estos mecanismos se defina de manera precisa el objetivo y alcance de los mismos y el uso de la información que se recolecta. Este es tal vez, uno de los elementos centrales a tener en cuenta. Así, de acuerdo con las realidades de cada jurisdicción se puede: a) definir qué tipo de información se recolecta y cuál no se recoge; b) quiénes conocen el informe de evaluación antes de la audiencia de control de garantías de acuerdo con las realidades específicas de cada jurisdicción (la fiscalía y la defensa, o el juez y las partes, por ejemplo); c) qué información se coloca en el informe que se entrega como resultado de la evaluación; d) si se hace la evaluación de riesgo o solo se recolecta la información para que las partes realicen su propia evaluación; entre otros.

Respecto del uso adecuado de la información recolectada, otra clave de implementación es definir los límites de su utilización por parte de quienes realizan la evaluación y los intervinientes del proceso penal. En este punto, es fundamental recordar las razones que motivan la implementación de este tipo de servicios, esto es, mejorar la calidad del debate de las audiencias de control de garantías en beneficio de la presunción de inocencia. Así, la información no solo no debe ser empleada para otro tipo de análisis, sino que además, debe responder a criterios estrictos de confidencialidad⁵⁴.

Finalmente, una sexta clave es realizar una implementación gradual, y contar con un método de monitoreo y evaluación permanente que permita efectuar ajustes. Se debe tener presente, que esta herramienta busca racionalizar el uso de las medidas cautelares no privativas de la libertad en el proceso penal, lo que puede generar animadversiones o controversias en distintos sectores sociales y políticos, y con ello, mayor atención ante cualquier error. Por esto, la implementación gradual permite corregir errores en beneficio de la implementación efectiva en todo un país.

⁵³ MURRAY Timothy, Op. Cit., p. 96.

⁵⁴ OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE - PROYECTO PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN MÉXICO, *Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*, México, 2009, p. 7

D. Diseño de la herramienta metodológica para evaluar la necesidad de cautela⁵⁵

La evaluación de la necesidad de cautela debe realizarse a través de un instrumento o herramienta metodológica que debe ser aplicado en el procedimiento estandarizado al que se hizo referencia anteriormente. El diseño de esta herramienta es, tal vez, el proceso más complejo y cuidadoso que requiere la participación de los intervinientes en el proceso penal y demás autoridades y personas que según las realidades de cada jurisdicción, deban participar. Este diseño debe tener en cuenta que el objetivo del instrumento es permitir la evaluación más objetiva posible de la necesidad de cautela.

En términos generales, el diseño requiere efectuar los siguientes pasos:

- i) **Definir factores de riesgo** que indiquen la necesidad de cautela respecto de los fines legítimos de la medida; cada uno de ellos analizado a través de **distintas variables e indicadores**⁵⁶.
- ii) **Aplicar un método objetivo de evaluación** que utilice un método de análisis de las variables⁵⁷.
- iii) **Establecer niveles de riesgo**⁵⁸.
- iv) **Definir** estrategias de **supervisión** de las medidas no privativas de la libertad según los niveles de riesgo establecidos⁵⁹.

1. Factores y variables de riesgo

Lo primero que se debe hacer es diseñar una gama de **factores, con sus variables**, que analicen la necesidad de cautela del proceso. Cada factor puede ser analizado a través de distintas **variables**, con sus indicadores, que hagan más confiable la información. Así por ejemplo, si el factor son los antecedentes penales, las variables empleadas para su evaluación pueden ser los tipos penales por los que fue procesada la persona, la fecha de

⁵⁵ Este acápite se sustenta en distintos documentos que fueron revisados para elaborar este artículo, así como, una consultoría para el CEJA sobre esta materia. Dichos documentos, principalmente son: a) VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES, *VA Pretrial Risk Assessment Instrument Training*, Estados Unidos, Mayo, 2009; b) URBAN INSTITUTE JUSTICE POLICY CENTER, *Development of an Empirically-Based Risk Assessment Instrument Final Report*, (Laura Winterfield, Mark Coggeshall and Adele Harrell), Estados Unidos, Abril 2003; c) USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), *Pretrial Risk assessment in the federal court*, Sponsored by the Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts, Abril 2009; d) VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D.), *Assessing Risk Among Pretrial Defendants in Virginia. The Virginian Pretrial Risk Assessment Instrument*, Estados Unidos, Abril 2003.

⁵⁶ Véase: USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), Op. Cit., pp. 7 – 8. También, véase: VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D.), Op. Cit., pp. 4 – 5.

⁵⁷ VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D.), Op. Cit., pp 5 – 6.

⁵⁸ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), Op. Cit., pp. 11 -12.

⁵⁹ VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES, Op. Cit., pp. 11 – 12.

ocurrencia de dichos hechos, la medida cautelar impuesta, la decisión judicial definitiva, entre otras.

Lo segundo que se debe hacer es revisar y verificar que estos factores y variables evalúen la necesidad de cautela según los fines legítimos de la medida cautelar; y lo tercero, es validarlos después de su implementación. Y lo cuarto que se debe hacer, es utilizar un método de análisis de dichas variables⁶⁰.

Algunos factores de riesgo empleados en Estados Unidos son: a) Categoría de tipo penal principal que se le imputa; b) Casos pendientes al momento de ser capturado; c) Otras órdenes de captura pendientes; d) Historial de condenas previas; e) Historial de no comparecencia en el juicio; f) Medida cautelar supervisada o pena no privativa de la libertad bajo la que se encuentra (si se tiene alguna de ellas); g) Situación de Residencia: (tiempo de permanencia en ella, estabilidad de la misma); h) Situación de empleo/sustento económico de su familia: (empleo, subempleo, necesidad de sustentar a hijos/familia, entre otras); i) Abuso de sustancias psicoactivas⁶¹.

Para la definición de factores y variables de riesgo se sugiere tener en cuenta que:

- i) Es recomendable partir de un diagnóstico previo que analice datos de casos existentes en la jurisdicción en los que se han decretado las medidas cautelares, para extraer los factores de riesgo y las posibles variables⁶².
- ii) El hecho de que los factores apunten a evaluar los fines de la medida cautelar no quiere decir que, necesariamente, se deban emplear distintos factores y variables para cada uno de los fines legítimos de la medida cautelar. Lo importante es que la evaluación, resultado del análisis diferenciado, sea distinto según el fin legítimo analizado.
- iii) Se debe estudiar, con detenimiento, las características de la jurisdicción donde se pretende implementar, pues la experiencia muestra que los factores y variables de riesgo utilizados en unas jurisdicciones, no necesariamente son pertinentes en otras⁶³.
- iv) El diseño de factores y variables de riesgo requiere un trabajo interdisciplinario realizado a través de una metodología estadística específica, usualmente de regresión logística⁶⁴, que permite determinar si se puede presentar o no un suceso a partir del análisis de diversas variables.

⁶⁰ VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D), Op. Cit., pp. 2 – 5.

⁶¹ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie Van Nostrand, Ph.D. y Gena Keebler), Op. Cit., p. 8.

⁶² VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D), Op. Cit., p. 3.

⁶³ US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, Op. Cit. p. 15.

⁶⁴ URBAN INSTITUTE JUSTICE POLICY CENTER, (Laura Winterfield, Mark Coggeshall and Adele Harrell), *Development of an Empirically-Based Risk Assessment Instrument Final Report*, Estados Unidos, Abril 2003, p. 7.

A continuación se presenta un cuadro que describe un posible método para definir los factores, variables e indicadores de riesgo. Éste solo pretende ejemplificar el documento, pero no constituye un instrumento de evaluación de riesgo. Además, como se ha mencionado a lo largo del texto, el diseño de los mecanismos de evaluación debe responder a las características específicas de la jurisdicción donde se implementa y por lo tanto, cada una de ellas debe definir los factores, variables, indicadores, puntajes, así como, el método estadístico empleado.

Ver TABLA 3

2 Método de evaluación de los factores y variables

La identificación de factores y variables de riesgo requiere definir un **método objetivo de evaluación**⁶⁵. Se necesita escoger una metodología estadística que incluya la calificación de factores y variables de riesgo, que otorgue el porcentaje de riesgo⁶⁶. Para el diseño de este método se requiere la participación activa de profesionales con altos conocimientos en métodos estadísticos y análisis multivarial, acompañados de los intervinientes en el proceso penal.

Es importante destacar que es fundamental utilizar un método objetivo de análisis, y restringir los criterios subjetivos de análisis que permiten la “opinión” de las personas que recolectan la información. En Estados Unidos, existen métodos que calculan el nivel de riesgo a partir de criterios objetivos y también métodos que combinan criterios objetivos y subjetivos para calcularlo⁶⁷. Pero, la *American Bar Association* ha definido como estándar para los servicios de antelación al juicio, la utilización de un instrumento que emplee criterios objetivos de evaluación del riesgo (Standard 10-4.2)⁶⁸.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿por qué es tan importante desarrollar criterios objetivos de evaluación de riesgo? Las investigaciones empíricas muestran que los programas que fundamentan la evaluación en criterios subjetivos son propensos a⁶⁹:

- i) **Emplear prejuicios** al momento de evaluar el riesgo (condiciones económicas, ubicación del lugar de residencia, etc.).
- ii) **Obtener recomendaciones disímiles** en casos con evaluación de riesgo similares.
- iii) **Privilegiar la fianza** en las recomendaciones de medidas cautelares no privativas de la libertad.

⁶⁵ URBAN INSTITUTE JUSTICE POLICY CENTER, Op. Cit., p. 7.

⁶⁶ Véase: VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D), Op. Cit., pps. 5 – 9.

⁶⁷ PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE, *2009 Survey of pretrial Services Programs*, Estados Unidos, Agosto 2009, pp. 35 -37.

⁶⁸ Ibidem., p. 35.

⁶⁹ COOPRIDER, Keith, *Pretrial Risk Assessment and Case Classification: A Case Study Control*, Federal Probation: a Journal of correctional philosophy and practice, Volumen 73. Estados Unidos, Junio, 2009, pp. 2-3.

- iv) **Utilizar prácticas poco uniformes y difícilmente transparentes** en el proceso de evaluación del riesgo.
- v) **Obviar** en la evaluación, la evidencia objetiva.

Un ejemplo que ilustra lo anterior, es que si el análisis de la situación de residencia del detenido muestra que la persona cuenta con una residencia permanente en una zona vulnerable de la ciudad, es probable que una evaluación objetiva de dicho factor considere que no existe riesgo pues la persona cumple objetivamente con la condición; mientras que un evaluación subjetiva puede concluir que existe riesgo porque “la residencia está en un ambiente propicio para cometer nuevos delitos”. Este último análisis interpreta subjetivamente el factor de riesgo y además lo evalúa a partir de consideraciones distintas a los fines legítimos de la medida cautelar. Por este motivo, la implementación de un método objetivo de evaluación garantiza el derecho a la igualdad de las personas y una evaluación más confiable para decretar la medida cautelar pertinente.

3. Niveles de riesgo de evaluación

El proceso requiere definir **niveles de riesgo** que valoren la necesidad de cautela a partir de la evaluación obtenida con el método analítico, y que ello se asocie a las estrategias y recomendaciones de supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad⁷⁰. Su definición debe responder a las particularidades de la jurisdicción y a datos empíricos que los verifiquen y validen de manera constante.

A partir de la definición de los niveles de riesgo cabe preguntarse, ¿cuáles son las medidas cautelares apropiadas para cada nivel?, ¿cuáles son las condiciones de libertad que deben imponerse según el nivel de riesgo?, ¿debe privilegiarse la prisión preventiva en aquellos casos en los que la evaluación de riesgo está en un nivel alto? Las respuestas a estas preguntas son muy importantes y deben tener en cuenta varios asuntos. Uno primero, es que se debe tener presente que la imposición de medidas cautelares debe utilizar las condiciones menos restrictivas posibles de los derechos de las personas, en especial del derecho a la libertad⁷¹.

Por ello, una evaluación de riesgo alta no autoriza la imposición automática de la prisión preventiva, sino que establece la adopción de mecanismos de supervisión acordes con altos niveles de riesgo⁷². En efecto, para que el sistema de justicia sea efectivo es necesario desarrollar estrategias de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad en

⁷⁰ VIRGINIA DEPARTMENT OF CRIMINAL JUSTICE SERVICES (Marie VanNostrand, Ph.D), Op. Cit., p. 10. También, véase: URBAN INSTITUTE JUSTICE POLICY CENTER, Op. Cit., pp. 16 – 17.

⁷¹ Véase, entre otros: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Op. Cit., Párr., 197 – 199. En esta providencia, la Corte mencionó en el párrafo 197: “La Corte ha establecido en su jurisprudencia que las medidas cautelares que afectan, entre otras, la libertad personal del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”.

⁷² US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, Op. Cit. p. 16.

los distintos niveles de riesgo, pues si los mecanismos de supervisión se implementan únicamente para los niveles bajos de riesgo, su efectividad es absolutamente reducida.

En el sistema federal de Estados Unidos, un 93% de los casos con medidas cautelares no privativas de la libertad supervisadas son exitosos porque la persona cumple las condiciones impuestas. El promedio varía según el nivel de riesgo así: en el nivel 1, el porcentaje de casos satisfactorios es de 97,7%; mientras que en el nivel 5 éste es de 84,5%⁷³. En todo caso, un porcentaje de satisfacción superior al 80% en el nivel de riesgo más alto es más que placentero. Adicionalmente, es interesante analizar el incumplimiento de las condiciones según cada uno de los fines de la medida cautelar y el nivel de riesgo, pues por ejemplo, esa misma investigación mostró que en los niveles 1 a 4, se incumplía principalmente la no comparecencia al juicio; mientras que en el nivel 5, se incumplía principalmente el peligro para la sociedad⁷⁴.

4. Mecanismos y estrategias de supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad

La supervisión del cumplimiento de medidas cautelares no privativas de la libertad y de las condiciones impuestas por el juez que las decreta es una necesidad imperiosa del sistema de justicia penal. Una de las ventajas de los mecanismos de evaluación es que esta permite obtener información de calidad para imponer condiciones de supervisión acordes y efectivas para el caso concreto. Se debe procurar recomendar acciones de supervisión para que las personas puedan estar en libertad mientras esperan la realización del juicio, es decir, medidas que promuevan la libertad de la persona⁷⁵.

Además, se debe considerar que no toda imposición de la medida cautelar requiere la supervisión de su cumplimiento, pues probablemente las personas cuya evaluación de riesgo es muy baja pueden estar en libertad sin supervisión⁷⁶. La supervisión de medidas cautelares no privativas de la libertad debe implementarse en los niveles de evaluación de riesgo que lo ameriten, por ejemplo, en los niveles medio y alto. Datos empíricos muestran que: i) las personas en niveles de riesgo bajos cumplen usualmente las condiciones impuestas por el juez y que; ii) las medidas cautelares no privativas de la libertad supervisadas son apropiadas para los niveles medio y altos de riesgos, por lo cual, los servicios de antelación deben recomendar mecanismos específicos de supervisión⁷⁷.

El diseño de estrategias de supervisión debe apuntar a la utilización de mecanismos variados y confiables que verifiquen el cumplimiento. Un diseño adecuado requiere:

- i) **Definir niveles y estrategias** de supervisión de acuerdo con las particularidades de cada jurisdicción, cuya efectividad requiere ser evaluada de manera constante.

⁷³ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, Op. Cit., p. 22

⁷⁴ *Ibidem.*, p. 23.

⁷⁵ PRETRIAL JUSTICE INSTITUTE, Op. Cit., p. 40.

⁷⁶ Véase, entre otros: USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), Op. Cit., p. 29.

⁷⁷ *Ibidem.*, pps. 7, y 27 - 29.

Los **niveles** son la categoría de supervisión en el cual se ubica a la persona; y las **estrategias**, son las distintas herramientas utilizadas para supervisar el cumplimiento de la medida cautelar no privativa de la libertad. Por supuesto, a mayor nivel de riesgo, más sofisticación en las estrategias de supervisión.

- ii) **Establecer un procedimiento** estandarizado para la supervisión de dichas medidas, incluyendo las acciones que deben llevarse a cabo en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por el juez.

A manera de ejemplo, se muestra una tabla que contiene un ejemplo de los niveles y estrategias de supervisión a considerar en un diseño de estos mecanismos. Ésta solo pretende ejemplificar el documento, pero no constituye un instrumento de supervisión.

Ver TABLA 3

IV. CONCLUSIONES

La privación de libertad como medida cautelar es excepcional y debe proceder únicamente cuando, además de que se presentan los supuestos materiales, existe un riesgo razonable que indica la necesidad de cautela del proceso de acuerdo con los fines legítimos establecidos. Sin embargo, a pesar de su excepcionalidad y de la consolidación de los estándares para su procedencia, la prisión preventiva es altamente frecuente en la región siendo en algunos casos, la regla y no la excepción.

Por ello, el análisis de la necesidad de cautela de cada proceso penal debe realizarse a través de mecanismos de evaluación objetiva que brinde información de calidad y altamente fiable, a través de un procedimiento estandarizado. El diseño de dichos mecanismos requiere una implementación adecuada. Algunas claves para su implementación es contar con la participación de distintos actores estatales e instituciones encargadas del sistema de justicia penal, y con herramientas comunicativas avanzadas que permitan una buena comprensión por parte de la comunidad de sus objetivos. Además, es fundamental considerar la especificidad de las jurisdicciones, la gradualidad, las dificultades que se deben afrontar, y la necesidad de evaluación del proceso de implementación.

Dado que se trata de implementar mecanismos de evaluación objetiva de la necesidad de cautela, el diseño de la herramienta metodológica es un eje central. El diseño de esta herramienta requiere: i) un instrumento objetivo de evaluación que utilice un análisis estadístico específico, definido a partir de un trabajo interdisciplinario con profesionales especializados en el tema; ii) factores de riesgo, analizados a través de diversas variables e indicadores, que se evalúan en dicho instrumento; iii) distintos niveles de riesgo para evaluar la necesidad de cautela; y iv) estrategias de supervisión, con una amplia gama de recomendaciones, para controlar el cumplimiento de las medidas cautelares no privativas de la libertad.

Finalmente, una última reflexión a tener en cuenta respecto de los mecanismos de evaluación de la necesidad de cautela, es que éstos han sido implementados en países con grandes tradiciones adversariales. Por ello, es claro que son compatibles con estos sistemas procesales. Lo importante es definir de manera clara su objetivo y límites, así como, el tipo de información que se recolecta y la utilización de la misma para mejorar el debate de la audiencia de control de garantías.

BIBLIOGRAFÍA

1. American Bar Association, *ABA Standards for Criminal Justice: Pretrial Release, Standard, 10-1-10*, Estados Unidos, 2007.
2. Bigliani, Paola y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Colección cuadernos de Litigio, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2008.
3. Carrasco, Solís, Javier, Conferencia, Renace, 2009, En: <http://www.renace.org.mx/eventos.php>
4. Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento - CIPPEC, (Malena Derdoy, Mariano Fernández Valle, Diego Freedman, Laura Malajovich, Laura Roth, Raúl Salinas), *El Costo Social y Económico de la Prisión preventiva en la Argentina*, Septiembre 2009.
5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos - CIDH, Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6 de agosto de 2009
6. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Resolución 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Washington, Estados Unidos, 2008.
7. Convención Americana de Derechos Humanos -CADH, Artículo 7º, numeral 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9º, numeral 3º.
8. Coopriider, Keith, *Pretrial Risk Assessment and Case Classification: A Case Study Control*, Federal Probation: a Journal of correctional philosophy and practice, Volumen 73. Estados Unidos, Junio, 2009.
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, (Fondo Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica.
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas), San José, Costa Rica.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2007, (EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS), SAN JOSÉ, COSTA RICA.
12. District of Columbia Pretrial Services Agency, *FY 2008 Annual Report Leading in the Field*, Washington D.C., 2009.
13. Duce Mauricio, Fuentes Claudio y Riego Cristian, “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América latina. Evolución y Perspectiva. CEJA-JSCA., Santiago, Chile, 2009.
14. Fuentes Maureira, Claudio, “Régimen de prisión preventiva en América latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma”, en *Revista Sistemas*

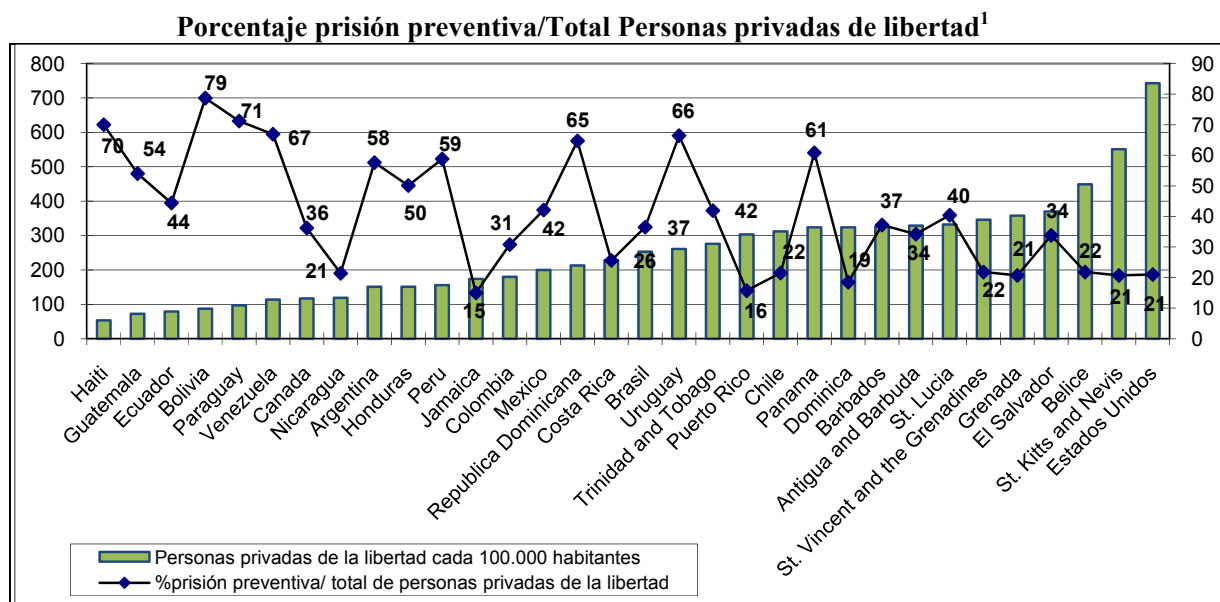
- Judiciales*, Ed. Centro de de Estudios de Justicia de las Américas – Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales -INECIP, Santiago, Chile, 2010.
15. Fundación Paz Ciudadana, (Alejandra Ahumada, Diego Farren y Bernardita Williamson), *Los costos de la prisión preventiva en Chile*, Santiago, Chile, Diciembre 2008.
 16. Luminosity the Solution (Marie VanNostrand, Ph.D. y Kenneth J. Rose), Sponsored by the Virginia Department of Criminal Justice Services in Partnership with the Virginia Community Criminal Justice Association, *Pretrial Risk Assessment in Virginia*, Estados Unidos, 2007.
 17. Murray Timothy, “Herramientas para el manejo de las medidas cautelares”. En: Institución Renace - Open Society Justice Initiative - Proyecto Presunción de Inocencia en México de la Open Society Justice Initiative - Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, México, 2009.
 18. National Association of Pretrial Services Agencies -NAPSA, *Pretrial Diversion in the 21st century: A national survey of pretrial diversion programs and practices*, Estados Unidos, 2009.
 19. Podesta Tobías y Villadiego Carolina, *Servicios de Antelación al Juicio: Una alternativa para disminuir los índices de prisión preventiva en la región*, En: Revista Sistema Judiciales, 2010.
 20. Pretrial Justice Institute, *2009 Survey of pretrial Services Programs*, Washington, Agosto 2009.
 21. Ríos Leiva Eric, *Como enfrentar la tarea de controlar y potenciar el uso de las nuevas facultades entregadas a los fiscales: Algunas ideas en torno a la suspensión condicional del procedimiento*, Chile, pg. 17.
 22. Open Society Justice Initiative, Proyecto Presunción de inocencia en México, (Documento elaborado por Javier Carrasco), *Servicios de Evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares*, 2009.
 23. Schönteich, Martin, “Mecanismos de implementación: Maximizando la libertad y minimizando los riesgos”, Institución Renace - Open Society Justice Initiative - Proyecto Presunción de Inocencia en México de la Open Society Justice Initiative - Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*, México, 2009.
 24. Urban Institute Justice Policy Center, *Development of an Empirically-Based Risk Assessment Instrument Final Report*, (Laura Winterfield, Mark Coggeshall and Adele Harrell), Estados Unidos, Abril 2003.
 25. US Department of Justice, Office of Justice program, Bureau of Justice Assistance, “*Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century A Survey of Pretrial Services Programs*”, by Jon Clark and Alan Henry, 2004.
 26. USA Department of Justice and Luminosity the Solution, (Marie VanNostrand, Ph.D. y Gena Keebler), “*Pretrial Risk assessment in the federal court*”, Sponsored

by the Office of the Federal Detention Trustee with support from the Administrative Office of the U.S. Courts, April 2009.

27. Virginia Department of Criminal Justice Services, *VA Pretrial Risk Assessment Instrument Training*, Estados Unidos, Washington, Mayo, 2009.
28. Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Ed, Open Society Justice Initiative, Monterrey, México, Febrero, 2010.

GRAFICOS Y TABLAS DEL DOCUMENTO

GRAFICO 1



Fuente. King's College London, Prison Brief Highest to lowest rates. 2010.

TABLA 1

Actividades requeridas en el procedimiento estandarizado²

Procedimiento estándar	Acciones que incluye
Recopilar información de los factores de riesgo de las personas que son detenidas	Realizar una entrevista voluntaria con la persona detenida antes de su primera comparecencia ante el juez, y avisarle previamente cual será el uso de la información ³
	Realizar las preguntas expresamente establecidas en los formularios para recolectar la información
	Buscar información que no fue obtenida en la entrevista y que es requerida en el instrumento

¹ Las cifras de los países no mencionados a continuación corresponden a 2010. En los casos de Ecuador, Paraguay, Venezuela, Costa Rica, Barbados, Grenada, El Salvador, Estados Unidos, corresponden a 2009. En los casos de Canadá, Nicaragua, Argentina y Trinidad y Tobago a 2008; Antigua y Barbuda, Jamaica y Domicia, corresponden a 2007; y, Puerto Rico y San Vicente y las Granadinas, a 2006.

² *Ibid.*, pg. 102 – 103. También, véase: CARRASCO, Solis, Javier, Op. Cit., pg. 16 – 17.

³ US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, (Jon Clark and Alan Henry) *Pretrial Services Programming at the Start of the 21st Century A Survey of Pretrial Services Programs*, Washington, Estados Unidos, Julio 2003, pg. 14.

	metodológico. Por ejemplo, buscar antecedentes penales o datos de procesos pendientes ⁴ .
Verificar la información recolectada ⁵	Buscar en bases de datos la veracidad de determinada información (nombre, lugar de nacimiento, edad, entre otras)
	Realizar llamadas a los lugares de referencia que la persona detenida brindó para verificar su veracidad. (No es necesario mencionar el motivo real de la llamada)
Realizar el procedimiento de evaluación de riesgo con criterios objetivos ⁶	Colocar la información recolectada en el instrumento que valora la necesidad de cautela a través de un método de evaluación de riesgo
	Realizar el procedimiento requerido (computarizado o manual) para que se otorguen los puntajes de cada pregunta y el sistema arroje el resultado de la evaluación de riesgo
	Evitar la utilización de criterios subjetivos para evaluar la necesidad de cautela (opiniones subjetivas)
Realizar un informe para los intervinientes en el proceso penal	Llenar el formato del informe, previamente establecido, con la información recolectada.
	Colocar la evaluación de riesgo y las recomendaciones para la supervisión de las medidas cautelares no privativas de la libertad en caso de ser otorgadas por el juez a la persona. (Se debe privilegiar las recomendaciones de medidas cautelares no privativas de la libertad y la supervisión de estas. Las personas encargadas de evaluar la necesidad de cautela NO deben recomendar medidas cautelares privativas de la libertad) ⁷ .
	Entregar el informe a los intervinientes en el proceso penal. (En este tema se debe definir si la entrega del informe debe ser solamente escrita, o si el funcionario debe estar presente en la audiencia de control de garantías para responder preguntas ⁸ . También se debe definir si el informe se debe entregar al juez y a las partes o solo

⁴ Ibid., pg. 14.

⁵ Ibid., pg. 14.

⁶ El diseño del instrumento de evaluación de riesgo es fundamental en cualquier proceso que pretenda evaluar la necesidad de cautela en el proceso penal. Ahora bien, el diseño de dicho instrumento debe preferir criterios objetivos de análisis y reducir al máximo los criterios subjetivos de análisis que involucran la “opinión” de los funcionarios. Ello, con el fin de evitar los prejuicios de las personas encargadas de aplicar este instrumento. Véase: US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, Op. Cit., pg. 15.

⁷ Ibid., pg. 15 – 16.

⁸ Ibid. Pg. 15-16.

	a las partes, por lo cual, ello debe decidirse según el esquema procesal de cada jurisdicción ⁹ .)
Recibir a aquellas personas procesadas que se les impuso una medida cautelar con supervisión	Realizar el ingreso de aquellas personas a las que el juez otorgó medida cautelar no privativa de la libertad bajo la supervisión de los <i>pretrial services</i> , después de la audiencia de control de garantías. (Es importante tener en cuenta que NO todas las personas procesadas que están a la espera de un juicio deben estar bajo una medida cautelar no privativa de la libertad que requiere supervisión. De hecho, aquellas personas cuya evaluación de riesgo sea baja, deberían tener una medida cautelar sin supervisión especializada ¹⁰)
	Explicar a la persona procesada bajo supervisión, todo el procedimiento de supervisión y las consecuencias del incumplimiento de las recomendaciones.
Realizar estrategias de supervisión de las personas que ordena el juez	Tener un registro de las personas que están en supervisión con el fin de verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez
	Notificar las violaciones de las recomendaciones impuestas por el juez, a los intervinientes en el proceso penal de acuerdo con los protocolos establecidos para ello ¹¹ .
	(Se debe definir las circunstancias en las que se notifica al juez los incumplimientos en la supervisión).
	Comunicarle a las personas bajo supervisión, los días en los que tiene que comparecer a juicio ¹² .

TABLA 2

Factor de riesgo	Variables	Nombre del indicador	Tipo de respuesta (Unidad de medida)	Grado de riesgo Alto/ Medio/ Bajo Según puntaje
Categoría de tipo penal principal que se le	Tipo penal	¿El delito del que se le acusa está catalogado como de especial gravedad en la	SI/NO	

⁹ Véase: CARRASCO, Javier, Op. Cit., pg. 17.

¹⁰ USA DEPARTMENT OF JUSTICE AND LUMINOSITY THE SOLUTION, Op. Cit., pg. 7.

¹¹ US DEPARTMENT OF JUSTICE - OFFICE OF JUSTICE PROGRAM - BUREAU OF JUSTICE ASSISTANCE, Op. Cit., pg. 17 – 18.

¹² Ibid., pg. 17.

imputa		legislación?		
		¿El delito del que se le acusa está catalogado como grave en la legislación?	SI/NO	
		¿El delito del que se le acusa está catalogado como menor en la legislación?	SI/NO	
		¿Cuál es el tipo penal que se le imputa	Marque la opción correcta (Lista de delitos de acuerdo con la legislación penal)	
		¿Cuál es la pena principal del tipo penal que se le imputa?	Marque la opción correcta (Lista de penas según delito seleccionado)	
	Uso de arma	¿El imputado utilizó un arma de fuego para la comisión del presunto delito?	SI/NO	
		¿El imputado utilizó otro tipo de arma, para la presunta comisión del delito?	SI/NO	
	Presunta Víctima del crimen	¿La presunta víctima del delito es una persona menor de edad?	SI/NO	
		¿La presunta víctima del delito es una persona familiar o conocida del imputado?	SI/NO	
Situación de Residencia	Tipo de residente	¿El imputado tiene residencia permanente en la ciudad/pueblo?	SI/NO	
		¿El imputado es propietario de dicha residencia o arrendatario de la misma?	SI/NO	
		¿El imputado habita con familiares o amigos?	SI/NO	

	Lugar	¿La residencia del imputado se encuentra en la misma jurisdicción de los tribunales?	SI/NO	
		¿De ser negativa la respuesta anterior, en qué jurisdicción se encuentra?	Marque la opción correcta (Lista de opciones de jurisdicciones)	
	Distancia	¿Cuál es la distancia entre la residencia del imputado y los tribunales	Marque la opción correcta (Lista de opciones de tiempo) (Un ejemplo: menos de 10 Km, entre 10 y 50 km, más de 50 km)	
	Medio de transporte	¿Existe medio de transporte masivo para llegar desde la residencia hasta los tribunales?	SI/NO	
Total evaluación de riesgo				
%				

Fuente. Elaboración propia.

TABLA 3

Nivel de Supervisión	Estrategias de supervisión
Bajo	Comunicarse vía telefónica con los servicios de antelación al juicio una vez al mes, e informar sobre el comportamiento que ha tenido y que asistirá al juicio.
	Informar sobre el lugar de residencia
	Informar sobre la permanencia en el empleo
	Recordarle telefónicamente a la persona el día que debe comparecer en la audiencia
Medio	Presentarse personalmente una vez al mes en la oficina de los servicios de antelación al juicio el día programado
	Verificar de manera frecuente el lugar de residencia de la persona sujeta a supervisión.
	Verificar de manera frecuente el lugar y permanencia en el empleo de la persona
	Verificar que la persona no utiliza ni porta armas de fuego
	Realizar una prueba de control de uso de drogas
	Recordarle el día que debe comparecer en la audiencia

Alto	Presentarse personalmente una/dos veces a la semana en la sede de los servicios de antelación
	Verificar que la persona no haya salido de la jurisdicción
	Utilizar un sistema de monitoreo que permita verificar el lugar donde se encuentra la persona
	Utilizar un sistema de monitoreo del lugar donde la persona no puede acercarse
	Pertenecer a algún programa especial de atención diferencial (tratamiento contra el abuso de drogas, por ejemplo)
	Verificar el cumplimiento del toque de queda impuesto por el juez
	Recordarle el día que debe comparecer en la audiencia