

Recibido: 23 de marzo de 2020

Aceptado: 08 de diciembre de 2020

**estudios
sociológicos**
de El Colegio de México

Primero en línea: 25 de agosto de 2021

2021, 39(117), sept.-dic., 865-898

Artículo

El castigo silencioso de los detenidos en prisión preventiva

The Silent Punishment of Remand Detainees

Lívia Bastos Lages

Centro de Estudos em Criminalidade e Segurança Pública

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte-mg, Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-4229-6546>

lblages07@gmail.com

Ludmila Ribeiro

Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Departamento de Sociologia. Centro de Estudos

em Criminalidade e Segurança Pública

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte-MG, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-4304-2254>

ludmila.ribeiro@gmail.com

Resumen: Este artículo busca comprender el proceso de toma de decisiones detrás de las “audiencias de custodia”, el cual define si la persona presa por flagrante delito debe ser detenida o liberada hasta el juicio. A partir de 380 decisiones tomadas en Audiencias de Custodia en Belo



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.

Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Horizonte (Minas Gerais, Brasil), se utilizaron modelos de análisis de regresión logística binaria para el resultado de prisión preventiva. Los resultados indican que la gravedad del delito así como la presencia de antecedentes criminales influye significativamente en la decisión del juez para optar por la prisión preventiva. Los resultados son equivalentes a otras investigaciones llevadas a cabo en América Latina.

Palabras clave: prisión preventiva; castigo judicial; audiencia de custodia.

Abstract: *This article seeks to understand the decision-making behind custody hearings, which determine whether a person caught red-handed should be held in remand or released. Using data from 380 custody hearing decisions in Belo Horizonte (Minas Gerais, Brazil), binomial logistic regression models were used to calculate the likelihood of remand. The results show that the severity of the criminal offense as well as the suspect's criminal career significantly influence the pre-trial detention outcome. Results are similar to those of other research undertaken in Latin America.*

Keywords: *remand; punishment; custody hearings.*

En la última década, distintos países de América Latina transformaron sus sistemas de justicia criminal, al abandonar una perspectiva inquisitoria y dirigirse a un modelo más acusatorio (Rengifo *et al.*, 2019). Se adoptaron procedimientos jurídicos que cambiaron la forma de administración del proceso, que comenzó a centrarse más en la contienda entre la acusación y la defensa para la construcción de consensos sobre cómo sucedió el crimen y cuál debe ser la responsabilidad del acusado (De la Jara *et al.*, 2013), en detrimento de la búsqueda de la “verdad real” revelada por medio de procedimientos policíacos secretos de investigación (Kant de Lima, 2010).

Colombia, México y Perú son algunos de los países que realizaron estas modificaciones (Rengifo, & Marmolejo, 2020; Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020). Los trabajos sobre las decisiones judiciales que se tomaron en esas localidades destacan la necesidad de comprender los factores que determinan la detención provisional, dado que su uso indiscriminado sería una señal inequívoca de resquicios de inquisitorialidad (Meneses Reyes, & Fondevila, 2020) o de expansión del populismo punitivista que ensombrece la región (Sozzo, & Somaglia, 2017).

Brasil es uno de los pocos países del mundo que todavía cuenta con un proceso penal mixto (Ballesteros *et al.*, 2016). La investigación policiaca sigue siendo eminentemente inquisitoria y el proceso penal, a pesar de que se pretende acusatorio, es coordinado por el juez (Kant de Lima, 2010) y cuenta con una de las declaraciones policiales en sus conclusiones (Jesus, 2020). Desde 2015, en un intento por cambiar un poco la fase de investigación, se encuentra en vigor la Audiencia de Custodia. Tal entidad tiene como propósito garantizar la presentación de las personas presas por flagrante delito ante jueces, promotores y defensores en un periodo de hasta 24 horas (Bandeira, 2018).

La propuesta de la Audiencia de Custodia consistió en introducir una dinámica acusatoria en una fase inquisitiva para reducir el uso excesivo de la prisión preventiva y de la violencia policial (Lages, 2020). La expectativa era que, a partir del debate entre fiscalía y defensa sobre la medida cautelar aplicable, sería posible reducir el número de presos en prisión preventiva (Vasconcellos, & Nuñez, 2020). La lectura que se hizo en aquel momento entendía que el uso abusivo de la prisión provisional se originaba en la ausencia de contacto entre el custodiado y los operadores del derecho (Azevedo *et al.*, 2015). Alejados de la realidad del indiciado, dichos actores adoptaban la tendencia de convertir a los delitos flagrantes en prisiones preventivas, engrosando el sistema penitenciario (Ballesteros *et al.*, 2016). Hoy, Brasil mantiene la tercera mayor población prisionera del mundo, con más de 760 mil personas privadas de la libertad, y 30% del total se halla en prisiones preventivas (Ribeiro, & Diniz, 2020).

Las audiencias de custodia buscan también disminuir la violencia policiaca, otra cuestión dramática en Brasil, donde las policías responden por 13% del total de homicidios registrados anualmente (FBSP, 2020). Si el sujeto es presentado a las autoridades judiciales horas después de su

detención, todavía es posible identificar marcas de violencia y encaminar dichos casos hacia la investigación y punición (Bandeira, 2018). Cuando no hay ningún tipo de contacto con las autoridades judiciales, permanecen sin respuesta los excesos y torturas en el momento de la detención (Lages, 2020).

En este artículo, la propuesta es analizar la aplicación de la prisión preventiva a personas que fueron detenidas en Belo Horizonte, capital del estado de Minas Gerais (Brasil), entre abril y junio de 2018. Se busca como objetivo comprender cuáles son los elementos que dirigen el proceso de decisión, con el fin de problematizar en qué medida los jueces se guían por las características de los inculcados, por los límites impuestos por la ley o por el entendimiento de que la prisión, aunque provisional, debe ser una respuesta a todos los delitos. Partimos de los estudios ya realizados en América Latina sobre el asunto, que demuestran cómo, a pesar del cambio legal rumbo a un procedimiento más acusatorio, la prisión preventiva se sigue decretando ampliamente, como ha sucedido sin interrupción desde los tiempos coloniales (Rengifo *et al.*, 2019; De la Jara *et al.*, 2013; Rengifo, & Marmolejo, 2020; Peirce, 2020; Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020).

¿Cuáles son las determinantes para la decisión de la prisión preventiva?

Al decidir sobre la prisión provisional, Gottfredson y Gottfredson (1987) destacan que el juez pondera los distintos intereses: la libertad del individuo, que es un derecho fundamental en un Estado Democrático de Derecho; y la seguridad de la sociedad, ya que aquel que sea inculcado puede volver a delinquir o a huir de la justicia y de su responsabilidad penal. Corresponde al magistrado hacer un análisis retrospectivo de la trayectoria del individuo (sus antecedentes, lugar donde vive, empleo, entre otros datos) para que, enseguida, se pueda predecir su comportamiento y el “peligro” que representa para la sociedad. Es la combinación de variables lo que –al modo de ver del juez–, indica la peligrosidad o no del individuo y determina la decisión final.

La identificación de individuos con probabilidades de volver a delinquir involucra cuestiones éticas, lo que, en teoría, impediría la asociación de esas trayectorias a las características adscritas del sujeto.

Sexo y raza, por ejemplo, son variables consideradas ilegítimas en este proceso, pues se fundamentan en atributos inalterables y no se deberían asociar con decisiones más gravosas (Cohen, 1983). Son innumerables los comparativos de literatura en los Estados Unidos de Norteamérica que indican cómo dichas características, junto con el nivel educacional, ingresos, situación de empleo y prestigio ocupacional interfieren en las decisiones judiciales en general y, sobre todo, en lo que respecta a prisión preventiva (Kurlychek, & Johnson, 2019).

En América Latina los resultados son puntuales. En Colombia, los afrodescendientes son los más susceptibles a ir a prisión preventiva en la Audiencia de Control de Garantías, aun cuando se utilizan otros controles (Rengifo *et al.*, 2019). En la República Dominicana, los presos por flagrante delito con la enseñanza media tienen mayores probabilidades de recibir una detención preventiva que aquellos que estudiaron hasta la educación primaria (Peirce, 2020). En México, los hombres detenidos portando armas son más propensos a la prisión preventiva que en casos con otros perfiles (Meneses Reyes, & Fondevila, 2020).

Con el fin de evitar la influencia de las características socioeconómicas en las decisiones, todos los países tienen algunas reglas sobre cuándo y cómo la prisión provisional puede ser aplicada. En los Estados Unidos de Norteamérica, la naturaleza del crimen cometido (robo con violencia *versus* hurto, sin violencia), el riesgo de fuga (tácito cuando el sujeto no tiene un lugar fijo donde vivir) o la posibilidad de que el inculpado no comparezca en las audiencias judiciales (porque no tiene trabajo y, por lo tanto, tampoco medios para hacer frente a los gastos de traslado) son variables que influyen en la medida cautelar adoptada (Sacks, & Ackerman, 2014). Por tratarse de un país en que la mayoría de los crímenes admite el pago de fianza como forma de liberación, existe también la influencia directa del sesgo socioeconómico, que no debería intervenir en este resultado (Kurlychek, & Johnson, 2019).

En México, para varios tipos de crímenes, como homicidio, tráfico de drogas y secuestro, el juez no tiene otra opción que no sea la de imponer la prisión preventiva (Meneses Reyes, & Fondevila, 2020). En la República Dominicana, no hay prisión preventiva obligatoria para crímenes específicos, pero hay siempre la opción del pago de fianza en dinero (Peirce, 2020). En Colombia, los jueces deben observar la gravedad del crimen, el riesgo de obstrucción de la investigación y el peligro para la

víctima y para la comunidad al decretar la prisión provisional (Rengifo *et al.*, 2019). Al final, la prisión desestabiliza las redes de sociabilidad, empobrece a las familias y puede dificultar la reinserción del preso en el mercado de trabajo (Chamberlain, 2018). O sea, aunque en México haya la obligatoriedad de prisión preventiva en algunos casos, en todos los demás países existe amplia discrecionalidad para la aplicación de esta medida (Peirce, 2020): podría ser vista como un cheque en blanco que será llenado por el juez. Toca al magistrado diferenciar los casos que merecen una alternativa (como la fianza) y aquellos que no son merecedores de este voto de confianza, por lo que deberán mantenerse en la prisión (Meneses Reyes, & Fondevila, 2020)

La investigación sobre las determinantes de la prisión provisional en América Latina indica que las reglas jurídicas, por sí solas, no son capaces de explicar la aplicación de esta medida, pero tienen un papel destacado en las conclusiones (Rengifo *et al.*, 2019). Para entender el resultado final es necesario conjugar las variables jurídicas (como la gravedad del delito) con las extrajurídicas, como las características del sujeto preso por flagrante delito (Rengifo, & Marmolejo, 2020; Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020). Los estereotipos acerca de quiénes son los criminales o cuáles son los elementos indicadores de una “carrera de delincuencia” que pueda poner en riesgo a la sociedad, son elementos que, igualmente, pueden interferir en la decisión de llevar a prisión a quien aguarda la investigación y el proceso penal (Peirce, 2020; De La Jara *et al.*, 2013).

Dichos estudios todavía son novedosos en América Latina, y por eso, las revisiones de la literatura son importadas de los Estados Unidos de Norteamérica, donde este tipo investigaciones se ha desarrollado más (Meneses Reyes, & Fondevilla, 2020). En esta realidad, Hagan (1979) llegó a resumir las teorías sobre determinantes de las decisiones judiciales en dos corrientes. Por un lado estaría la perspectiva del conflicto, con bases marxistas, que entiende a la clase [social] como factor clave para la decisión judicial. Por otro lado estaría la perspectiva del consenso, de inspiración durkheimiana, que destaca los factores legales como determinantes de la decisión. El gran problema de estas dos aproximaciones, según el mismo Hagan (1979), es que no explican cómo se produce el resultado o conclusión. Por lo tanto, es necesario echar mano de métodos tanto cualitativos como entrevistas y etnografía de los tribunales (Stryker Nagel, & Hagan, 1983).

Peirce (2020), en su estudio en la República Dominicana, argumentó que tal estrategia es indispensable para comprender la decisión de prisión preventiva en relación con el populismo punitivo que contamina a buena parte de los operadores del sistema de justicia. Dicha ideología se caracteriza por un discurso propagado por los medios de que el sistema de justicia criminal puede ser duro con los criminales cuando decide actuar de esta manera (Sozzo, & Somaglia, 2017). Para conquistar la opinión pública, jueces y fiscales optan por medidas y penas severas, aunque esto signifique estar en desacuerdo con el proceso legal o lesionar derechos garantizados a los acusados (Peirce, 2020). Éste sería el caso de la prisión preventiva: a pesar de que con ella se busca la aplicación de la ley, la misma se vuelve una forma de castigar a aquellos que pueden ser absueltos al final del proceso (Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020). Dado que las concepciones de política criminal son de difícil medición cuantitativa, se hace indispensable acompañar las audiencias o entrevistar a fiscales, jueces y defensores sobre la manera en que ven sus respectivos trabajos (Rengifo *et al.*, 2019) y cuáles son los significados que atribuyen a la prisión preventiva (Sozzo, & Somaglia, 2017).

A partir de estos estudios, nuestro objetivo es verificar de qué manera los factores legales y extralegales se combinan para producir la decisión de la prisión preventiva. Lejos de usar únicamente la revisión de la literatura para escoger las variables determinantes de la prisión, la novedad está en comprender, con base en entrevistas semiestructuradas, cómo los elementos de racionalidad señalados por los operadores son razones para la prisión preventiva (todo esto muy vinculado con el populismo punitivo) y pueden emplearse en modelos estadísticos para la identificación de los factores que interfieren en las decisiones de la prisión preventiva.

Notas metodológicas

En la Audiencia de Custodia, el juez tiene tres posibilidades. De acuerdo con el artículo 310 del Código de Proceso Penal (CPP), es posible *relajar la prisión por flagrante delito*, lo que significa reconocer que la detención fue ilegal y que el individuo deberá ser liberado. Si existieran indicios consistentes de que hubo en efecto el crimen y de que el preso fue el autor del delito, el juez puede liberarlo *con o sin la imposición de medidas cautelares*

alternativas al encarcelamiento (listadas en el art. 319 del CPP). La tercera y última opción es *convertir la flagranza en prisión preventiva*.

Para decretar las prisiones preventivas, en el artículo 313 del CPP se establecen algunas hipótesis no acumulativas. Son las siguientes:

- (i) que la pena prevista para el crimen sea superior a cuatro años;
- (ii) que el individuo sea reincidente por crimen doloso;
- (iii) que el sujeto no hubiere cumplido las medidas cautelares anteriormente impuestas o las medidas de protección decretadas en caso de violencia doméstica o familiar, y
- (iv) que no se sepa sobre la identidad civil del inculpado.

Aun para un individuo no reincidente, sospechoso de haber practicado un crimen leve, es posible que se decrete la prisión preventiva si hubiera sospecha de incumplimiento de la medida cautelar o duda sobre su identidad. Además, si el caso se encuadrara en una de las probabilidades, la prisión preventiva no es obligatoria, sino excepcional.

La decisión del juez debe fundamentarse siempre, señalando las razones que la vuelven indispensable. El art. 312 del CPP establece dichos motivos, cuales fueren, a continuación: garantía del orden público; garantía del orden económico; conveniencia de la instrucción criminal, o necesidad de asegurar la aplicación de la ley penal. Sucede que estas categorías son extremadamente vagas (Lages, 2020). Por ejemplo, la garantía del orden público puede servir para justificar la prisión preventiva de alguien que portaba un arma de fuego de la misma manera que fundamenta la detención de quien llevaba pequeñas cantidades de droga, ya que este delito es visto como una enorme amenaza para la sociedad en Brasil (Azevedo *et al.*, 2015). Así, frente a una misma conducta, tanto la prisión como la libertad pueden fundamentarse de manera coherente accionando exactamente los mismos dispositivos legales. Como hay pocos límites para la “necesidad” de la prisión provisional, dicha medida se ha vuelto indiscriminada e indebida, aun cuando ha habido reformas penales implementadas en los últimos años (Azevedo, 2017). Entre dichos cambios, se destaca la Audiencia de Custodia.

Belo Horizonte, donde realizamos nuestro estudio, es la capital del estado de Minas Gerais. Se trata de una ciudad con tasas de homicidio semejantes al promedio nacional, que en 2018 rondaba las 22 muertes por

cada 100 mil habitantes (Ribeiro, & Diniz, 2020). Una de las principales metodologías adoptadas para la prevención de los delitos es el patrullaje ostensivo en *hotspot*¹ (Beato, & Silveira, 2014), lo que repercute en gran cantidad de prisiones en flagrancia, en especial en áreas donde se concentran muchos registros criminales. En esta localidad, las Audiencias de Custodia se realizan diariamente (incluso los fines de semana) en dos turnos: uno por la mañana y otro por la tarde. En cada Audiencia trabajan un juez y un fiscal (que son fijos) y siete defensores públicos, que se alternan en la atención de aquellos que no pueden responsabilizarse por el pago de abogados.

Para este artículo, se acompañó un número de 380 audiencias realizadas entre abril y junio de 2018. El monitoreo fue diario (incluidos los fines de semana), pero en turnos alternados: en un día los investigadores iban por la mañana y, en el otro, por la tarde. Con esto, fue posible recolectar información sobre 13.7% de las 2 770 audiencias realizadas en total en el periodo (tabla 1).²

Tabla 1. Distribución de las Audiencias de Custodia que se acompañaron por mes Belo Horizonte, abril a junio de 2018

<i>Mes</i>	<i>Audiencias acompañadas</i>	<i>Audiencias realizadas en el periodo</i>	<i>% de acompañamiento</i>
Abril	108	983	10.9%
Mayo	148	918	16.1%
Junio	124	869	14.2%
Total	380	2770	13.7%

Fuente: Monitoreamento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

¹ Punto o zona de conflicto. (Nota de la traductora.)

² La variación de casos acompañados durante cada uno de los meses refleja la cantidad de personas presas que fueron presentadas en aquel día/turno de la recolección de información.

Para obtener un patrón de los datos que serían recolectados, se utilizaron tres formularios. Uno de ellos se llenaba durante la audiencia, con datos sobre el perfil del preso y los solicitados por la defensa y por el ministerio público. El segundo se llenaba después de la audiencia, a partir del análisis de los documentos que componen el caso, a saber: Auto de Prisión en Flagrante Delito (APFD), Registro del Evento de Defensa Social (REDS), Certificado de Antecedentes Criminales (CAC) y acta de audiencia. El tercero era un cuaderno de observaciones, en donde los investigadores anotaban sucesos, conversaciones y demás incidentes que hubieran llamado la atención aquel día.

En los meses de septiembre y octubre de 2018 se realizaron ocho entrevistas semi-estructuradas con los dos fiscales y los dos jueces que están de planta en la Audiencia de Custodia, que eran los mismos que trabajaron en esas instancias cuando los otros datos fueron recolectados. Se entrevistó a dos defensores públicos. Como hay una alternancia entre estos actores para atender las demandas de la Audiencia de Custodia, se escogió al defensor más antiguo y a la defensora que coordinaba el Núcleo de Urgencias Criminales hacia donde se encaminan los casos de prisión por flagrante delito. Además de ellos, optamos por conversar con el promotor responsable de los casos de violencia policiaca y el director de acompañamiento de la Central de Recepción de Delitos Flagrantes (CEFLAG), ligado al ejecutivo estatal y responsable del seguimiento de las diversas medidas cautelares de la prisión.

Para el tratamiento de los datos cuantitativos se utilizó el programa SPSS. Los datos cualitativos, a la vez, se vaciaron en tablas de Excel, conforme a las temáticas abordadas por cada entrevistado.³ Después del escrutinio de los patrones de ambas fuentes de información, se estimaron los modelos de regresión logística binaria, en el intento de comprender en qué forma se combinan los elementos jurídicos y extrajurídicos para generar la decisión de prisión preventiva. Como ya lo subrayó Ribeiro (2010), a partir de este modelo se busca una expresión que pueda dilucidar mejor la probabilidad de éxito de un evento (p), en el caso de decretarse la prisión preventiva, a partir de variables explica-

³ El discurso de los entrevistados se organizó por categoría: eficacia de las medidas; combate a la violencia policiaca; dinámica de las Audiencias de Custodia; perfil de las personas presas por flagrante delito; necesidades de la prisión preventiva e influencia de la percepción personal de los operadores en la decisión.

tivas ($x_1, x_2, x_3, \dots, x_n$), que son las dimensiones jurídicas y extrajurídicas. Con esta expresión matemática, es posible identificar cómo el cambio unitario de una de las variables explicativas modifica el resultado del éxito (prisión) o no éxito (libertad), mantenidas las demás variables constantes (Ribeiro, 2010).

Con la construcción del modelo, buscamos entender cómo los operadores movilizan la ley y sus resquicios al escoger la prisión preventiva en detrimento de otras medidas cautelares. Para discernir las variables que se deben insertar en el modelo, se utilizaron las entrevistas, que indicaban cómo los operadores del derecho entendían y cómo operaban criterios jurídicos (relacionados con las hipótesis de prisión preventiva y con la posible inquisitorialidad de la decisión), y extrajurídicos (relacionados con las características de los sospechosos de los delitos). Así, resulta posible verificar en qué situaciones el juez dice decretar la prisión y si efectivamente estos factores se asocian estadísticamente con el resultado final.

Panorama de las Audiencias de Custodia en Belo Horizonte

En 2018, en promedio, 30 personas fueron presas por flagrante delito diariamente en Belo Horizonte. Estos eventos ocurrieron en su mayoría a manos de la Policía Militar, encargada del patrullaje ostensivo, a la cual corresponde producir el REDS. Los policías militares deben dirigir a los presos por flagrante delito hacia la Policía Civil, para que el delegado (un policía con formación en derecho) pueda levantar el acta del APFD. Después, los detenidos son conducidos al Centro de Remanejo de presos Provisionales (CERESP). En este local se registra a los presos en el banco de datos sobre personas detenidas (INFOPEN), reciben el uniforme del sistema de prisión y esperan la guía que los llevará hasta las Audiencias de Custodia.

Al llegar al Foro de Justicia, los presos son llevados al encarcelamiento. Un poco antes del horario marcado, se les conduce a una conversación con el defensor, en la sala adjunta a aquella donde se realiza la Audiencia de Custodia. Dicha conversación no tarda más de cinco minutos, después de la cual el defensor entra a la sala, seguido del preso escoltado por agentes de la prisión, donde ya están debidamente acomodados el juez y el ministerio público.

Los jueces inician la audiencia haciendo preguntas sobre la vida personal del custodiado, el cuestionario incluye indagaciones acerca del nivel de escolaridad, estado civil, ocupación, monto de la remuneración y uso de estupefacientes. Enseguida, la fiscalía y la defensa hacen sus respectivos pedidos de medida cautelar y en la secuencia, el juez dicta la decisión. Todo este ritual, que determina la libertad o prisión del sujeto por tiempo indeterminado, dura menos de 10 minutos.

En el periodo observado, en 38% de los casos, los jueces se inclinaron por la prisión preventiva, en 60% por la libertad provisional condicionada y otra medida cautelar, y en 2% por el relajamiento de la prisión por flagrante delito (tabla 2). En dos casos, se constataron cambios legales (0.6%). En uno hubo sustitución de la prisión preventiva por la prisión domiciliaria, dado que la custodiada era responsable de su hijo menor de 12 años.⁴ En otro caso, hubo relajamiento de la prisión por robo, pero seguido de la prisión preventiva por encubrimiento.⁵ Por lo tanto, no hubo ninguna concesión de libertad provisional plena, de modo que todos los individuos quedaron de alguna forma bajo el control del Estado.

Las personas presas por flagrante delito tienen un perfil homogéneo en términos de crimen, circunstancias de la detención y características socioeconómicas, lo que confirma lo observado en otras investigaciones realizadas sobre el tema (DPRJ, 2016; IDDD, 2017; CNJ, 2017). Los custodiados fueron detenidos por la Policía Militar (96.4%), a partir de una ocurrencia en vía pública (70.8%) y motivada por elementos que, por sí solos, no son indicios consistentes de una conducta criminal. En 26% de los casos, las aproximaciones se originaron a partir de una “actitud sospechosa” y en 21% de las denuncias anónimas. A partir de esta dinámica, se observa un *modus operandi* predominante en la concretización de la prisión por flagrante delito, que no alcanza a toda la población, sino solamente a aquella que es susceptible de un abordaje policial en las calles (Ramos, & Musumeci, 2005).

En lo que se refiere a los crímenes cometidos, 32.3% de las prisiones fueron por tráfico de drogas; 23.4% por hurto; 13.7% por robo; 7.1%

⁴ El marco legal de la primera infancia permite este tipo de sustitución. En tal sentido. Véase Ley núm. 13.257/2016.

⁵ El magistrado, al contrario del delegado de policía, tipificó la ocurrencia como encubrimiento y consideró ausente la flagrancia para el crimen de robo.

por portación o posesión de armas; 6.6% por encubrimiento; 3.9% por violencia contra la mujer, 13% por otros delitos que de manera individual suman menos del 3%.⁶ La pena máxima prevista para estos crímenes, un indicador de la gravedad de la conducta, varía entre uno y 30 años, con un promedio de ocho años de privación de libertad. En relación con el historial criminal del individuo, 24.5% no había pasado por el sistema de justicia criminal y 36.6% tenía una condena registrada en el Certificado de Antecedentes Criminales (CAC). Los demás (38.9%) computaban pasajes anteriores por la policía y/o procesos judiciales aún abiertos.

Tabla 2. Decisiones dictadas en la Audiencia de Custodia por mes de acompañamiento Belo Horizonte, abril a junio de 2018

<i>Mes</i>	<i>Libertad provisional</i>		<i>Prisión preventiva</i>		<i>Relajamiento</i>		<i>Total</i>	
	<i>N</i>	<i>%</i>	<i>N</i>	<i>%</i>	<i>N</i>	<i>%</i>	<i>N</i>	<i>%</i>
Abril	69	64%	36	33%	3	3%	108	100%
Mayo	95	63%	51	34%	4	3%	150	100%
Junio	64	52%	57	47%	1	1%	122	100%
Total	228	60%	144	38%	8	2%	380	100%

Fuente: Monitoreamento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

De los 380 casos de la muestra, 87% eran del sexo masculino, 47% tenían entre 18 y 25 años y casi la mitad no había concluido la enseñanza elemental –equivalente a nueve años de estudio (41.1%)–. En lo que toca a la condición laboral, 15.3% estaban desempleados y 40.7% eran trabajadores informales, lo que incluye de manera mayoritaria servicios remunerados en la construcción civil y la venta de productos como ambulantes. Asimismo, 56% tenía ingresos variables (desempleados o informales) y otro 38% ganaba hasta un salario mínimo (R\$954.00), es decir, personas que

⁶ Se destacan con menor representatividad delitos de daño; crímenes del código de tránsito; homicidio; feminicidio; lesión corporal.

pueden ser caracterizadas como pobres debido a los bajos ingresos. El color de la piel, desgraciadamente, fue una variable perjudicada. El REDS, pieza fundamental que tiene el campo “piel”, en la mayoría de los casos no integraba el acervo documental, lo que hacía imposible la recolección de esta información en 29.9% de los casos. Aun con esta mencionada pérdida, los negros representaban 61% y los blancos 28%.⁷

Por lo anteriormente expuesto, se entiende que las prisiones por flagrante delito ocurren de manera predominante en el espacio público, fruto del patrullaje ostensivo y, en muchos de los casos, sin ningún escrutinio previo. Se destaca la existencia de detenciones motivadas por actitudes de la persona que se consideran sospechosas, o por una denuncia sin indicio de precedencia. A partir de este *modus operandi* policiaco, al perseguir la actitud sospechosa de los individuos, sin ningún indicio material previo de la ocurrencia del crimen, los presos por flagrante delito son identificados mediante un perfil bastante homogéneo: hombre, joven, de baja escolaridad y bajos ingresos (Sinoretto *et al.*, 2014). Sin embargo, estas características no son percibidas por los operadores como fruto de la actividad policial, sino como algo intrínseco a la dinámica criminal:

He visto lo siguiente: en la gran mayoría de los casos, independientemente de la naturaleza del crimen, se tiene como preso o presa a personas muy vulnerables. Entonces esa vulnerabilidad a la que yo me refiero tiene que ver con personas sin acceso a lo que el Estado puede poner a su disposición, como infraestructura básica ¿no?, y desintegración familiar, desempleo, en fin [...] Estos factores que normalmente son los componentes del motor del crimen, esto es general. (*Operador del derecho* 01.)

A los sujetos presentados en las Audiencias de Custodia se les percibía como individuos insertados en un contexto de alta vulnerabilidad social, que sería, en palabras del entrevistado, el “motor del crimen”. Ocurre que la policía tiende a identificar como “criminal” prioritariamente a

⁷ Por la misma razón, hubo pérdida de datos de otras variables, como escolaridad (8.9%) y estado civil (10%); pero dichos datos pueden estar presentes en otros documentos como el APFD, así como en el rol de preguntas realizadas por el juez en audiencia, de forma que la pérdida de información fue menos representativa.

los sujetos que comparten el estereotipo del “bandido” (Misse, 2010). Aquel individuo visto socialmente como peligroso es hombre, joven, negro y pobre (Adorno, 1995) (Ramos, & Musumeci, 2005). Por esta razón, para analizar los determinantes de la prisión preventiva, en el modelo estadístico se insertarán las variables que componen este “perfil” de “vulnerabilidad social”, que debe permanecer detrás de las rejas para garantizar el orden público (Azevedo *et al.*, 2015).

Es necesario subrayar que si bien dichas características posiblemente sean observadas, no son vistas por los operadores como relevantes para el proceso de decisión. Por eso, para los jueces entrevistados, el contacto directo con el preso, que consiste en uno de los objetivos de las Audiencias de Custodia, es dispensable. Así, el resultado final se originaría tan sólo a partir de las reglas legales aplicadas al análisis documental.

Desde el punto de vista práctico yo observaba esto así: en algunos momentos la Audiencia de Custodia me sonaba muy interesante, pero en especial, si no era únicamente para elegir las mejores medidas cautelares diferentes de la prisión [...] Porque la prisión para mí, presente o no la persona, habiendo o no contacto personal, la prisión sería decretada. (*Operador del derecho 02.*)

Vale la pena subrayar que no considerar la presencia de la persona presa para la formación de la decisión judicial, junto con el argumento presentado por la defensa y por la fiscalía, basándose exclusivamente en la versión descrita en los documentos, corrobora las características inquisitoriales que la Audiencia de Custodia pretendía reformar (Ballesteros *et al.*, 2016). En estas situaciones, los operadores del derecho tienden a transformar la “verdad policial” en “verdad jurídica”, que no debe ser cuestionada ni por la fiscalía ni por la defensa (Jesus, 2020). Por eso, tal desenlace permanecería inalterable aun con la presencia del custodiado y el posicionamiento del fiscal y de la defensa.

En este proceso de considerar únicamente los documentos generados por la policía, los jueces dicen que sólo toman en cuenta la gravedad del crimen y el historial criminal del individuo para determinar la prisión preventiva. Veamos una declaración más en este sentido.

Entrevistadora: ¿Cuáles son los elementos que usted considera para configurar la necesidad de una prisión preventiva?

Operador del derecho: Nosotros básicamente examinamos la gravedad concreta del hecho que generó la prisión por flagrante delito y también el historial criminal del individuo, sobre todo si él es reincidente o no, si está o no purgando una pena... Entonces en la realidad son estos criterios, es... O examinados aisladamente o, de preferencia, de manera conjunta. Ahora, yo puedo extraer estos criterios con mucha facilidad de los documentos, y no necesito a la persona para obtener eso, para tener esta información y para formar el razonamiento (*Operador del derecho 01.*)

La gravedad del crimen y el historial criminal del individuo son tomados en cuenta por el magistrado como criterios de decisión, se correlacionan con dos de las hipótesis de la prisión preventiva: la pena puede ser superior a cuatro años y la reincidencia criminal. Además, la tipificación del crimen, del cual surge la previsión de la pena y así, una de las hipótesis de la prisión preventiva, no es un criterio objetivo, puesto que depende de la interpretación del policía para encuadrar, por ejemplo, la muerte de una mujer en homicidio o feminicidio, lo que modifica de manera sustancial la pena máxima del delito.

Sucede, sin embargo, que aun cuando la prisión preventiva sea viable, ésta debe ser excepcional. Así, frente a un caso que se encuadra en una de las hipótesis de prisión cautelar, solamente podrá ser decretada si fuera necesaria para garantizar el orden público y económico, para la conveniencia de la instrucción del proceso o para la necesidad de la aplicación de la ley penal. En esta fundamentación, aunque el magistrado se hubiese limitado a mencionar las hipótesis legales que permiten la prisión, es posible que elementos socioeconómicos interfirieran en el proceso de decisión, como ya se ha observado en algunos países de América Latina.

Como no hay prisión preventiva obligatoria en Brasil, aun los casos en que la prisión preventiva sea permitida, los operadores realizan sus interpretaciones para entender si la prisión es o no necesaria. De este modo, se vuelve relevante comprender cómo y cuáles hipótesis son más o menos tomadas en cuenta por los operadores para decretar la prisión.

¿Quién va a encarcelar?

En esta sección, se presentan los resultados cuantitativos de los determinantes de la decisión judicial, calculados a partir de modelos de regresión logística binaria. Por lo tanto, se utilizaron como variables de predicción las dimensiones jurídicas y extrajurídicas, inicialmente mapeadas a partir de los estudios latinoamericanos y validados por las entrevistas realizadas con los operadores del derecho. La variable dependiente es la decisión de la Audiencia de Custodia, que recibió valor cero en caso de relajamiento o de libertad y valor uno en caso de prisión.⁸ Las variables independientes se codificaron en uno, cuando la categoría del interés estaba presente, y cero cuando la dimensión estaba ausente (tabla 3).

Las variables jurídicas, a la vez, se escogieron a partir de las entrevistas con los jueces, que declararon considerar en sus decisiones:

(i) la gravedad del hecho, medida por el tiempo máximo de pena atribuido a cada delito (52% con más de cuatro años de pena máxima);⁹

(ii) el historial criminal del individuo, medido por la presencia de una condena judicial (36% de los casos), lo que sería una indicación de la carrera criminal y de la peligrosidad del sujeto.

Más allá de estos elementos, se insertó una variable que indica la percepción de mayor gravedad atribuida al delito de tráfico de drogas (32.3% de los casos). Varias investigaciones en Brasil apuntan hacia cómo los operadores del sistema de justicia criminal perciben este crimen como “causa” de las demás violencias, lo que suscitaría respuestas más severas por parte del sistema de justicia (Porto, 2015). Dicho entendimiento también apareció en las entrevistas realizadas:

⁸ En el caso de que hubiera prisión domiciliaria y relajamiento por un crimen y prisión por otro, se atribuye valor uno, pues el resultado de la audiencia fue la prisión del individuo.

⁹ Crímenes de hasta cuatro años de pena de prisión son tratados como crímenes de menor potencial ofensivo y susceptibles de tener la sanción convertida en pena de privación de derechos. Además de eso, por las reglas del CPP, si el caso no se encuadrara en otra hipótesis de prisión preventiva, solamente los crímenes con pena máxima superior a cuatro años de prisión son susceptibles de contar con la prisión preventiva.

Tabla 3. Estadísticas descriptivas de las variables utilizadas en el modelo de regresión Belo Horizonte, abril a junio de 2018

<i>Variable</i>	<i>Codificación</i>	<i>N</i>	<i>Mínimo</i>	<i>Máximo</i>	<i>Promedio</i>	<i>Desvío del Padrón</i>
Prisión preventiva	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.38	0.49
Ser hombre	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.87	0.33
Edad (entre 18 y 25 años)	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.47	0.50
Ser negro	1 - Sí, 0 - No	269	0	1	0.61	0.49
Hasta la enseñanza elemental completa (máximo de 9 años de estudio)	1 - Sí, 0 - No	346	0	1	0.58	0.49
Tiene residencia fija	1 - Sí, 0 - No	375	0	1	0.91	0.29
No tiene ingreso fijo	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.56	0.50
Tiempo máximo de pena atribuido al crimen (más de cuatro años)	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.52	0.50
Presencia de registro criminal (condena anterior)	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.36	0.48
Testigo exclusivo de policías militares	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.58	0.49
Tráfico de drogas	1 - Sí, 0 - No	380	0	1	0.32	0.47

Fuente: Monitoreamento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

Nunca lo conté, me arrepiento de no haberlo contado, pero yo trabajo con sentencias de jurados y me metí con sentencias de homicidios toda mi vida. De cada diez jurados en la región metropolitana (no en provincia, sino en la región metropolitana) puedo decir que trabajé hasta dentro de Belo Horizonte, de cada 10, 7 se originan en el tráfico [de drogas]. Si uno observa las prácticas de robo, éstas se originan por el tráfico [de drogas]. El tráfico [de drogas] es la estopa de la gran delincuencia. No es el tráfico puro y simple, sino que se encuentra detrás del homicidio, del robo y del mismo hurto, hasta los robos de los que viven en la calle están, ¿por qué? A causa del tráfico. Éste es el tráfico [de drogas]. Entonces, por eso esta restricción al tráfico [...] la causa de la mayoría de los homicidios es el tráfico [de drogas]. Si uno disminuye el tráfico en una región, uno disminuye los homicidios, esto va a suceder. (*Operador del derecho 6.*)

Finalmente, se incluyó una variable con el fin de identificar las inquisitorialidad de la decisión, que buscó medir si la versión de los policías era la única disponible en los registros, cuando éstos eran los únicos testigos (lo que ocurrió en 58% de los casos). La propuesta es usar la versión exclusiva de los policías como una señal de inquisitorialidad, pues se da mayor énfasis a la palabra del policía como “verdad jurídica” (Jesus, 2020), razón por la cual ésta tendría un papel destacado en las decisiones judiciales. Dicha variable fue incluida debido al mismo objetivo de las Audiencias de Custodia (de reducir la inquisitorialidad en esta primera fase del proceso) y debido a la centralidad de tales versiones también se mencionó en las entrevistas no solamente por quien juzga, sino también por uno de los ministerios públicos entrevistados

Alguien con más poder que un policía militar no existe. Una pluma en la mano, un REDS, es capaz de todo. ¡Todo! ¡Santo Dios, es un poder enorme, yo no veo otro poder mayor! ¡Es mayor que el poder del juez! [...] condena y absuelve a quien quiere, es impresionante el poder de una pluma, de un reporte de incidente. (*Operador del derecho 03.*)

Después de haber sido delimitadas las variables extrajurídicas y jurídicas, se estimaron tres modelos de regresión logística binaria. Como se puede observar en la tabla 4, el número de casos considerados en cada etapa

así como los pseudo R2 son distintos. En el primer modelo, que consideraba tan sólo las variables extralegales, únicamente ser hombre y tener ingresos variables presentaron significancia estadística, lo que aumenta las probabilidades de prisión preventiva. En el segundo modelo, que consideraba tan sólo las variables legales, la presencia exclusiva de testigos policíacos y el delito de tráfico de drogas no obtuvieron significancia estadística, lo cual indica que la prisión preventiva está más relacionada con la gravedad del crimen y con el historial criminal del preso. En el tercer modelo, las variables “joven”, “ingreso variable”, “pena máxima del crimen mayor a cuatro años de prisión” y “tener condena criminal” fueron las que presentaron significancia estadística.

Los resultados finales indican que, en Belo Horizonte, ser joven (entre 18 y 25 años) significa que existe una probabilidad 56% menor de prisión preventiva en comparación con aquellos que ya ingresaron en la edad adulta (26 años o más). Se observaron resultados distintos (Fondeviola, & Quintana-Navarrete, 2020): para cada mayor de edad de 18 años, la probabilidad de prisión preventiva en México desciende 5.8%, lo que indica una mayor punición de los jóvenes. En ambas situaciones, dichos números señalan que la decisión tomada en Audiencia de Custodia se ve matizada por elementos como el rango o franja etaria, pero no revela por qué sucede esto. Por lo tanto, necesitamos tener datos cualitativos.

Los delitos cometidos por los más jóvenes son muchas veces vistos por los operadores como “pequeños deslices”. Dentro de la lógica de la teoría del curso de vida, se parte del principio de que los ilícitos cometidos en la juventud no necesariamente irán a conformar una carrera criminal (Kurlychek, & Johnson, 2019). Por eso, las personas de hasta 25 años serían más susceptibles de recibir medidas cautelares diferentes de la prisión, pero con algunas condicionantes. El *moleque* o muchacho, expresión usada para describir a los jóvenes [en Brasil], necesita portarse adecuadamente en la audiencia y tener algunas características que indiquen capacidad de resistencia a las tentaciones del mundo del crimen, como lo expresó uno de los entrevistados.

¿Cómo va a ser posible que el tipo pueda conseguir un empleo en 30 días si hace tres años que no trabaja? Se ve a leguas que el muchacho no sabe ni escribir bien su nombre, entonces llega aquí el

muchacho... Uno lo ve y uno piensa “éste aquí no tiene nada en la cabeza”. Entonces se hace el paquete. ¿Va a cambiar la sociedad en algún sentido colocando un soporte electrónico en el tobillo¹⁰ a un muchacho que no tiene nada en la cabeza? (*Operador del derecho 04.*)

Otro punto destacado por el entrevistado tiene relación con la ausencia de empleo formal como una condicionante de la prisión preventiva. Este resultado fue también constatado en el modelo de regresión, puesto que las personas sin ingreso fijo tienen 2.11 veces más probabilidades de ser detenidas en la cárcel en las Audiencias de Custodia. Entonces, es posible afirmar que la libertad concedida al joven que tiene trabajo es una especie de oportunidad y una esperanza de cambio. Ya la negación de la libertad a los más viejos sin empleo puede fundarse en la creencia de que no existe probabilidad de que aquella carrera criminal se pueda modificar.

Dicha interpretación se refuerza a partir de los resultados de las variables jurídicas, toda vez que la presencia de antecedentes criminales aumenta la probabilidad de prisión en 2.7 veces. Este resultado no encuentra resonancia en México, donde los registros anteriores de los indiciados sometidos a la audiencia de control de garantías no aumentan la probabilidad de prisión preventiva (Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020). Tal vez, la diferencia en relación con Brasil reside en la percepción de que los sujetos ya involucrados en dinámicas criminales difícilmente irán a salir de esas redes, razón por la cual es necesario detenerlos (Lages, 2020). Por otro lado, en estos casos, es posible suponer que el propósito del encarcelamiento preventivo se relaciona con el control y gestión de riesgos, con el fin de realizar la incapacitación, como se ha observado en Colombia (Rengifo *et al.*, 2019).

Asimismo, si el crimen tiene más de cuatro años de prisión como pena máxima prevista en el Código Penal, las probabilidades de detención preventiva aumentan 8.6 veces. Se observaron resultados semejantes en Colombia (Rengifo *et al.*, 2019) y en México (Fondevila, & Quintana-Navarrete, 2020), lo que indica que la gravedad del delito es vista como una señal inequívoca para los jueces latinoamericanos de que estos sujetos deben ser detenidos (Sozzo, & Somaglia, 2017).

¹⁰ En portugués se le llama *tornozeleira* al soporte electrónico tipo pulsera para el tobillo para controlar a los presos fuera de la cárcel. (Nota de la traductora.)

**Tabla 4. Resultados de los modelos de regresión logística binaria
Belo Horizonte, abril a junio de 2018**

<i>Variables</i>	<i>Modelo 1</i>		<i>Modelo 3</i>		<i>Modelo 2</i>	
	<i>B</i>	<i>Exp (B)</i>	<i>B</i>	<i>Exp (B)</i>	<i>B</i>	<i>Exp (B)</i>
Ser hombre	1.300	3.67**			0.886	2.426
Edad (entre 18 y 25 años)	-0.435	0.647			-0.811	0.444**
Ser negro	-0.001	0.999			-0.117	0.889
Hasta enseñanza primaria completa	-0.030	0.971			-0.155	0.857
Tiene residencia fija	0.491	1.634			0.880	2.412
No tiene ingreso fijo	0.720	2.054**			0.748	2.112**
Pena máxima mayor a cuatro años		1.948	7.013***	2.147	8.558***	
Condena criminal anterior			1.425	4.159***	0.993	2.699***
Testimonio exclusivo de policías militares			-0.104	0,902	0.130	1.139
Tráfico de drogas			-0.128	0,880	-0.234	0.792
Constante	-2.076	0.125**	-2.051	0,129***	-3.368	0,034***
Número de casos	250		380		250	
R cuadrado Nagelkerke	0.078		0.290		0.340	

*p<0,050, **p<0,010, ***p<0,001

Fuente: Monitoreamento das Audiências de Custódia em Belo Horizonte.

En conjunto, el modelo de regresión logística indica que la persona con más de 25 años, sin ingresos fijos, con antecedentes criminales y presa por crímenes considerados por el Código Penal como “graves” será aquella que tenga mayores probabilidades de que se le dicte prisión preventiva.

De manera comparativa, la gravedad de la conducta es la hipótesis que tiene mayor peso en la opción por la prisión (mayor Exp (B)). Entre los delitos con pena superior a cuatro años, está el robo, que cuenta con pena máxima de 10 años, al paso que 75% de las personas presentadas en Audiencia de Custodia por este crimen fueron mantenidas en prisión. En el caso de tráfico de drogas, con pena máxima de 15 años, 53% de los inculpados fueron conducidos de manera provisional a la cárcel. Además, en el tráfico [de drogas], si la persona tiene algún registro criminal en su historial, por la legislación vigente, deja de vérselo como “traficante eventual”,¹¹ y, en este caso, el porcentaje de conversión de prisiones por delito flagrante a preventivas sube 74%.

Por un lado, este resultado nos indica que las variables legales son las que ejercen mayor peso para decretar la prisión preventiva, tal como está previsto por la legislación. Por otro lado, existe evidencia de que los factores extrajurídicos también interfieren en el proceso de decisión. Dichos factores indican también que, en la mayoría de los casos, cuando el juez se encuentra frente a una hipótesis de prisión preventiva, ésta es decretada. Con base en estos resultados, en el próximo tópico, tratamos de debatir el significado de esta prevalencia de la prisión preventiva como respuesta a la gravedad del crimen.

La prisión preventiva como pena

En un plano teórico, la prisión como pena presenta las funciones de disuasión (para la población en general), de hacer pagar el crimen cometido y de resocialización del condenado. La prisión preventiva, a su vez, busca atender intereses colectivos de orden social y de garantía de la aplicación

¹¹ En Brasil, hay una figura del “tráfico privilegiado”, prevista en el inciso 4 del artículo 33 de la ley 11.343/2006. En ese caso, si el individuo fuera primario, de buenos antecedentes y no involucrado con organizaciones criminales, la pena puede reducirse hasta la mitad. Así, de un máximo de 15 años, el individuo tendría que cumplir 7.5 años.

de la ley penal, sin ofrecer ninguna contrapartida al inculpado. En este caso, no se debe hablar de resocialización, porque a esos sujetos se les debería considerar inocentes hasta el final del proceso, puesto que todavía no se les halló culpables.

En un plano práctico, tanto la prisión como pena, como la prisión provisional cumplen la función de incapacitación del sujeto y transmiten la idea de que al individuo se le está responsabilizando por lo que hizo. Dicha aproximación parece originarse en el populismo punitivo que se ha extendido por América Latina (Sozzo, & Somaglia, 2017), lo cual hace que las dos formas de prisión, como pena y como medida cautelar, sean entendidas como equivalentes, en especial por los operadores del sistema de justicia criminal (Peirce, 2020).

Si la prisión como pena y la prisión como medida cautelar se volvieren comparables en términos de función, dicha afirmación no es menos verdadera si se analizan los impactos de la experiencia carcelaria en los sujetos. De acuerdo con Sykes (1958), la prisión trae consigo malestares que van más allá de la privación de la libertad, de modo que el contacto con el sistema penitenciario ya es suficiente para la producción de sus efectos, independientemente de la condena. El encarcelamiento implica la pérdida de la autonomía del individuo, además de la pérdida del derecho de elección a consecuencia del rígido reglamento de la institución; la privación de bienes materiales y servicios; de relaciones heterosexuales; de seguridad, lo que genera la dificultad de formación de vínculos y más aún, el rechazo moral de la comunidad externa (Chamberlain, 2018).

En el escenario brasileño, que hace poca distinción entre presos condenados y provisionales dentro de las unidades penitenciarias, a dichos malestares se suman las precarias condiciones de detención, que fragilizan la integridad física del preso y aumentan las probabilidades de óbito (Ribeiro, & Diniz, 2020). Para evitar esos malestares y hasta la muerte del sujeto, la prisión como medida cautelar debería dictarse tan sólo en situaciones muy específicas, razón por la cual la misma ley limita su uso a casos excepcionales. Sin embargo, en el presente estudio, observamos que, cuando el magistrado está frente a un “crimen grave”, con alguien que parece tener una “carrera criminal”, se decretará la prisión preventiva, siendo menos los casos que son excepción a esta regla.

En lo que respecta a los factores extralegales, verificamos que la edad del individuo y el ingreso variable presentan significancia estadística. Dicho resultado indica que, de manera cuantitativa, no es posible demostrar sesgos en las decisiones judiciales en lo que toca a raza, por ejemplo. Por otro lado, es posible percibir que sujetos con más de 25 años y dificultad de inserción en el mercado laboral (y por ende, sin ingreso fijo) se les considera criminales potenciales y, por consiguiente, un peligro para la sociedad. Por eso, necesitan ser detenidos por la prisión preventiva.

En estas situaciones, como ya se observó mediante la declaración del juez, a la detención le basta para ser decretada el análisis de los documentos producidos por la policía, los cuales indican el perfil del sujeto, la gravedad del delito y su carrera criminal. En este punto específicamente se destaca la tipificación del crimen, que es fruto de la interpretación, inicialmente, del policía que hizo el arresto por flagrante delito y después por el delegado que elaboró el acta APFD. En las audiencias a las que se les dio seguimiento, el tipo penal, con fuertes implicaciones en la decisión dictada, se basaba tan sólo en esos documentos, sin debatirse en ninguna audiencia sobre los hechos ocurridos. Únicamente en uno de los casos acompañados, observamos la retipificación del delito de robo que cambió a encubrimiento. En los demás (99.7%), el juez estuvo de acuerdo con el delegado de policía, sin ningún cuestionamiento. Así, aunque la exclusividad de los testigos policíacos no haya presentado significancia estadística, la forma de operación del sistema muestra la centralidad de tales documentos para el entendimiento del caso y, por consiguiente, para la opción de la decisión que será dictada. Se trata, por lo tanto, de señales de cómo la inquisitorialidad y la “verdad policíaca” son elementos que engendran el funcionamiento del Sistema de Justicia Criminal (Jesus, 2020)

De hecho, la Audiencia de Custodia no es una instancia decisoria sobre la responsabilidad criminal del inculpado y, por esta razón, se prohíbe el debate sobre los hechos que ocasionaron el arresto (Lages, 2020). Al final el propósito de las medidas cautelares es resguardar el Estado de derecho y el orden social, y no averiguar la culpabilidad del custodiado (Bandeira, 2018). Sucede que las decisiones tomadas en esta instancia se han basado en la gravedad de la conducta, al lograrse que los crímenes considerados como “violentos” sean de cierta manera “castigados” con

la prisión preventiva, tal como se observó en la República Dominicana (Peirce, 2020).

La prevalencia de la gravedad del delito como factor de suma importancia para decretar la prisión preventiva nos lleva a entender por qué las Audiencias de Custodia no definen solamente la situación del individuo durante el proceso penal, sino que buscan de forma muy sigilosa responsabilizarlo por la práctica de un crimen visto como grave. Para entender este contexto, en que la prisión como pena y la prisión como medida cautelar se confunden, debemos considerar que observamos, de acuerdo con Garland (2002), una banalización del ideal resocializador de la punición.

En los tiempos actuales, la prisión comenzó a asumir otras funciones en el sistema de justicia, al ser éstas mucho más simbólicas que estructurales. Esta perspectiva sería traducida por el desarrollo de dos lógicas operacionales. Hay un mayor enfoque en el campo de la seguridad pública en la prevención del delito, a partir de la gestión de riesgos y oportunidades de la ocurrencia de un crimen. De manera paralela, cuando el crimen no fue evitado, toca a las instituciones represivas del Estado la adopción del discurso de la ley y el orden y la aplicación de las medidas de contención aun en sentido contrario al de la ley. En esta lógica, la prisión preventiva decretada en las Audiencias de Custodia puede verse como la demostración del poder punitivo que busca disuadir a la población de cometer nuevos delitos, pues refuerza la idea de que el Estado tiene bajo control los crímenes graves. Es, por lo tanto, una muestra de cómo el populismo punitivo tiene un aumento exponencial de presos provisionales que significa una de sus facetas más visibles, como argumentan Sozzo e Somaglia (2017). Dicha acepción puede ser vislumbrada en la siguiente entrevista:

Entrevistadora: Y ¿la prisión preventiva? ¿Para qué sirve?

Operador del derecho: Para la venganza, yo creo. Para mí [la justicia] no tiene una respuesta... Una prestación jurisdiccional en tiempo y forma como ella debería ser, ésta va a suceder en diez años, de aquí a siete, de aquí a ocho, no sé [...]. Entonces la prisión preventiva sirve para eso: 80% de las veces para vengarse de una persona y dar una respuesta inmediata. “No, por lo menos quedó presa ocho meses,

entonces esta persona lo va a pensar dos veces”. Mentira. No va a repensar nada. No le va a impactar porque la prisión preventiva tiene que ser para los crímenes realmente muy graves. (*Operador del derecho 03.*)

En suma, aunque la prisión preventiva se distancie de la prisión como pena en el ámbito teórico, las Audiencias de Custodia han servido para dar una respuesta inmediata a la práctica de crímenes graves, por parte de sujetos con “carreras criminales”, sin ingresos fijos y mayores de 25 años. En este contexto, el encarcelamiento de personas antes de la condena, lejos de buscar la garantía del proceso penal, busca ser un elemento de disuasión tanto individual como colectivo. Representa entonces una forma de comunicar a toda la sociedad que la justicia penal funciona y que es eficiente al encarcelar a los transgresores de la ley (Peirce, 2020). Se puede observar este proceso no sólo en Brasil, sino en diversos países de América Latina que, ante el desafío de contener el crimen, pues se ha encarcelado un porcentaje cada vez mayor de presos provisionales (Sozzo, & Somaglia, 2017). En esta lógica del populismo punitivo, la punición se hace efectiva hasta 24 horas después de la prisión por delito flagrante, sin dar a la persona detenida la oportunidad de defenderse, ya que no hay siquiera una acusación formal contra ella.

Consideraciones finales

Este trabajo ha tenido como objetivo identificar, a partir de datos cuantitativos y cualitativos, las determinantes de la prisión preventiva que se dictaron en las Audiencias de Custodia realizadas en Belo Horizonte en 2018. Se trata de una medida extrema que, según la legislación brasileña, solamente podría dictarse cuando otras medidas cautelares no fueran posibles. Sin embargo, no hay límites rígidos para el entendimiento de cuándo la prisión es o no necesaria, ya que la legislación da amplia discrecionalidad a los magistrados (Lages, 2020). Este escenario permite decretar la prisión preventiva con base en argumentos políticos, morales y culturales, así como puede ser responsable de su uso indebido y desproporcionado en Brasil y en América Latina (Meneses Reyes, & Fondevila, 2020).

Para entender cómo toman decisiones los operadores del derecho en Belo Horizonte, se utilizaron datos cuantitativos y cualitativos, que combinaban datos sobre la influencia de factores legales y extralegales en la decisión de la prisión preventiva. Las variables jurídicas se escogieron a partir de los documentos policíacos y judiciales, de forma que el contacto directo con la persona presa se volvía dispensable. Las variables extrajurídicas, a la vez, fueron escogidas con el fin de retratar elementos que podrían componer el imaginario de “peligrosidad” de la persona presa y, por ende, podrían activarse para fundamentar la necesidad de la prisión.

Los modelos confirman, de cierta manera, la percepción de que basta la presencia de las hipótesis legales de la prisión preventiva para que ésta sea decretada, de modo que la prisión se vuelve la regla y no la excepción. De entre las variables jurídicas, la gravedad de la conducta es la más recurrente para el encarcelamiento de individuos. Entendemos que, frente a una pérdida de legitimidad del Sistema de Justicia Criminal como mecanismo capaz de controlar la criminalidad (Garland, 2002), la prisión preventiva es dirigida por los operadores no para salvaguardar el orden público o velar por las garantías en la investigación y el proceso penal, sino para dar una respuesta inmediata al “criminal” y a la sociedad y, así, transmitir el mensaje de que el poder judicial es capaz de gestionar los conflictos penales (Peirce, 2020).

A partir de esta inversión de finalidad, la prisión preventiva representa, en la práctica la punición del custodiado, hecha efectiva después del arresto por flagrante delito. Es una rápida respuesta al crimen cometido, fundada en la percepción de los policías sobre los hechos. Además, esta punición anticipada e inmediata de los sujetos alcanza sobremanera a aquellos individuos presentados y descritos en los documentos policiales como “peligrosos”, ya que los sujetos con más de 25 años, sin ingreso fijo y con antecedentes criminales, vistos como aquellos cuya carrera criminal se da como verdadera, son percibidos por los operadores como incapaces de cumplir medidas cautelares diversas de la prisión. Para esa clientela del Sistema de Justicia Criminal, la condena se vuelve mera formalidad del sistema procesal. Pero ésta es una historia que deberá contarse en otro trabajo.

Referencias

- Adorno, Sérgio (1995). Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos*. São Paulo: Cebrap, 43, 45-63.
- Azevedo, Rodrigo (2017). ¿Reformas de la justicia penal en Brasil? La democratización inconclusa. *Acta Sociológica*, 72, 43-69.
- Azevedo, Rodrigo *et al.* (2015). *Audiências de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra*. São Paulo, Brasil: Fórum Brasileiro de Segurança (Foro Brasileño de Seguridad).
- Ballesteros, Paula *et al.* (2016). *Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, DF: Ministério da Justiça/Departamento Nacional Penitenciário/PNUD. Recuperado el 17 de diciembre de 2020 de <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>
- Bandeira, Ana Luíza (2018). *Audiências de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima*. São Paulo, Brasil: Universidad de São Paulo, tesis de maestría en Antropología.
- Beato, Cláudio, & Silveira, Andréa (2014). Effectiveness and Evaluation of Crime Prevention Programs in Minas Gerais. *Stability: International Journal of Security and Development*, 3(1).
- Chamberlain, Alyssa (2018). From Prison to the Community: Assessing the Direct, Reciprocal, and Indirect Effect of Parolees on Neighborhood Structure and Crime. *Crime & Delinquency*, 64(2), 166-200.
- CNJ (Conselho Nacional de Justiça) (2017). *Sumário Executivo Justiça Pesquisa - Direitos e Garantias Fundamentais: Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra*. Brasília, DF. Recuperado el 03 de marzo de 2020 de http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/01/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_Audiencia_Custodia_2017_Sumario.pdf
- Cohen, Jacqueline (1983). Incapacitation as a Strategy for Crime Control: Possibilities and Pitfalls. *Crime and Justice*, 5, 1-84. The University of Chicago Press.

- De la Jara, Ernesto, et al. (2013). *La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- DPRJ (Defensoria Pública do Rio de Janeiro) (2016). *Um ano de Audiência de Custódia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: DPRJ. Recuperado 17 de diciembre de 2020 de <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>
- F BSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) (2020). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Recuperado el 17 de diciembre de 2020 de <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>
- Fondevila, Gustavo, & Quintana-Navarrete, Miguel (2020). Determinantes de la sentencia: detención en flagrancia y prisión preventiva en México. *Latin American Law Review*, 4, 49-72.
- Garland, David (2002). As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. En De l'État social à l'État penal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro: Revan, 7(11), 71-94.
- Gottfredson, Michael, & Gottfredson, Don (1987). *Decision Making in Criminal Justice: Toward the Rational Exercise of Discretion*, 3. Springer Science & Business Media.
- Hagan, John (1979). The Social and Legal Construction of Criminal Justice: A Study of the Pre-Sentencing Process. *Social Problems*, 22(5), 620-637.
- IDDD (Instituto de Defesa do Direito a Defesa) (2017). Audiência de Custódia: panorama nacional. São Paulo, Brasil. Recuperado el 17 de diciembre de 2020 de http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf
- Jesus, Maria Gorete (2020). Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 35(102).
- Kant de Lima, Roberto (2010). Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, II, 25-51.
- Kurlychek, Megan, & Johnson, Brian (2019). Cumulative Disadvantage in the American Criminal Justice System. *Annual Review of Criminology*, 2, 291-319.

- Lages, Livia (2020). O sistema acusatório diante da prisão em flagrante. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 14(1), 140-155.
- Meneses Reyes, Rodrigo, & Fondevila, Gustavo (2020) Criminal Justice Reform and Court-Imposed Bail in Mexico: an Empirical Report. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 1-13.
- Misse, Michel (2010). Crime, Sujeito e Sujeição Criminal. Aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria bandido. *Lua Nova* (Impreso), 79, 15-38.
- Peirce, Jennifer (2020). Overuse of Pretrial Detention in Tension with Judicial and Prison Reforms in the Dominican Republic. *Latin American Law Review*, 5, 45-69.
- Porto, Maria Stella (2015). Fluxos e dinâmicas do sistema de justiça criminal nas representações sociais dos operadores envolvidos. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 9(1).
- Ramos, Sílvia, & Musumeci, Leonarda (2005). “Elemento suspeito”, abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Boletim Segurança e Cidadania*, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), año 03 (8), dic.
- Rengifo, Andrés, & Marmolejo, Lina (2020). Acción y representación: indicadores de desempeño de la defensa en una muestra de audiencias de control de garantías en Colombia. *Latin American Law Review*, 4, 1-24.
- Rengifo, Andrés *et al.* (2019). Trato procesal y uso de la detención preventiva en una muestra de audiencias de control de garantías en Bogotá y Cali. *Cuadernos de Economía (Santafe de Bogotá)*, 38(77), 581-608.
- Ribeiro, Ludmila (2010). A produção decisória no Sistema de Justiça Criminal para o crime de homicídio: análise dos dados de São Paulo entre 1991 e 1998. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, 53(1), 159-193.
- Ribeiro, Ludmila, & Diniz, Alexandre (2020). The Brazilian Penitentiary System under the Threat of COVID-19. *Victims & Offenders*, 1-25.
- Ribeiro, Ludmila, & Diniz, Alexandre (2020). The Flow of Murder Cases Through the Criminal Justice System in a Brazilian City. *Homicide Studies*, 1.

- Sacks, Meghan, & Ackerman, Alissa (2014). Bail and Sentencing: Does Pretrial Detention Lead to Harsher Punishment? *Criminal Justice Policy Review*, 25(1), 59-77.
- Sinhoretto, Jacqueline *et al.* (2014). A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*, 5, 121-160.
- Sozzo, Máximo, & Somaglia, Maialén (2017). Prisión preventiva y reforma de la justicia penal. Una exploración sociológica sobre el caso de la Provincia de Santa Fe, Argentina. *Derecho y Ciencias Sociales*, 17, 7-43.
- Stryker, Robin; Nagel, Ilene, & Hagan, John (1983). Methodological Issues in Court Research: Pretrial Release Decisions for Federal Defendants. *Sociological Methods & Research*, 11(4), 469-500.
- Sykes, Gresham (1958). *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*. Princeton University Press.
- Vasconcellos, Fernanda, & Nuñez, Izabel (2020). Dossiê: sentidos do fazer judicial e policial: administração de conflitos e sistema de justiça. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 14(1), 102-107.

Acerca de las autoras

Lívia Bastos Lages es graduada en Derecho y maestra en sociología por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), Brasil. Actualmente es investigadora del Centro de Estudios en Criminalidad y Seguridad Pública (CRISP/UMG) y se ha dedicado a las investigaciones cualitativas y cuantitativas sobre el Sistema de Justicia Criminal. Sus principales temas de investigación son: sociología jurídica, proceso de decisión en el área judicial y acceso a la justicia.

Sus trabajos más recientes son:

(2020). O sistema acusatório diante da prisão em flagrante. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 14, 140-155.

(2019). Os determinantes da prisão preventiva na Audiência de Custódia: reforço de estereótipos sociais? *Revista Direito GV (on line)*, 15, E1933.

Ludmila Ribeiro es doctora en sociología por el Instituto Universitario de Investigaciones de Río de Janeiro (IUPERJ), con maestría y licenciatura en administración pública por la Fundación João Pinheiro y licenciatura en derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais. Actualmente es profesora asociada de la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil, e investigadora del Centro de Estudios en Criminalidad y Seguridad Pública (CRISP/UFMG). Sus principales temas de investigación son: funcionamiento del sistema de justicia criminal y carcelaria; vigilancia comunitaria y políticas de seguridad pública.

Sus trabajos más recientes son:

(2020) en coautoría con Alexandre Diniz. The Flow of Murder Cases through the Criminal Justice System in a Brazilian City. *Homicide Studies*, 1.

(2020) en coautoría con Alexandre Diniz. The Brazilian Penitentiary System under the Threat of COVID-19. *Victims & Offenders*, 1, 1-25.

