

PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCEDIMIENTO ACUSATORIO ORAL

Dr. Ricardo Ojeda Bohórquez.¹

Es menester hablar con claridad y con la verdad en tratándose del Nuevo Sistema Penal acusatorio y oral. No podemos negar que los problemas más graves que tiene el pueblo de México es la pobreza, la inseguridad y la impunidad; de los dos primeros (pobreza e inseguridad) no podemos culpar al Nuevo Sistema de Justicia Penal, pues son los propios servidores públicos encargados de la seguridad, del empleo y de las estrategias para producir riqueza equitativa en nuestro País los directamente responsables en gran medida de esos dos canceres de nuestra patria; el Nuevo Sistema, en todo caso, puede contribuir en poca medida a la seguridad. Pero donde si podemos señalar como factor determinante al Nuevo Sistema penal acusatorio, es en la impunidad palpable que se vive, pero no porque el sistema acusatorio en si mismo sea malo, sino por la forma en que fue legislado en nuestro país.

Es la sociedad mexicana, a través de las redes sociales, que se queja de la impunidad y la inseguridad y pobreza.

Las autoridades mismas se quejan desesperadamente de la ineficacia del Nuevo Sistema de Justicia Penal acusatorio y oral, procedimiento extranjero que ellos mismos aplaudieron en su momento. Hoy la Comisión Nacional de Gobernadores (CONAGO) se queja de que ellos agarran a los delincuentes y los jueces los sueltan, que no tienen herramientas legales eficaces, para combatir el delito y que es necesaria una reforma a fondo de este Nuevo Sistema.

Repito, el Nuevo Sistema Penal no es en su totalidad el culpable de la inseguridad; pero la impunidad que genera ese sistema contribuye a que en las

¹Doctor en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Magistrado de Circuito y Vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, A.C.

calles haya más inseguridad, pues con delincuentes en la calle procesados, pero aún no sentenciados, la sociedad civil corre el riesgo de que le viole sus derechos por la Comisión de un nuevo delito.

Por eso el tema más discutible por el momento es la prisión preventiva, por oponerse al principio de presunción de inocencia.

Presunción de inocencia

El término “presunción de inocencia”, según el Diccionario de la Real Academia Española se define como aquella presunción que se aplica a toda persona, aun acusada de un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria.

Como señala Ferrajoli, “el principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”².

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “*la regla de tratamiento del imputado*, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “*la regla del juicio*, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

Un primer indicio de la presunción de inocencia la encontramos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 9, al señalar: “*Tout homme étant innocent jusqu'a ce qu'il ait été déclaré coupable*” (A todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable).

Para el suscrito, la presunción de inocencia, es un derecho humano que tiene toda persona imputada de un delito durante el proceso penal a que se le presuma inocente, hasta que no se declare sin responsabilidad por sentencia ejecutoria emitida por un juez.

² Lucchini, Luigi. 1995. *Elemento di procedura penale*, Florencia, Ed. Barbera, página 15.

En un principio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada de rubro: **“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”**, estableció que dicho derecho se encontraba resguardado y contemplado en los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución federal.

Posteriormente y, como resultado de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, dicho principio se elevó a rango constitucional, convirtiéndose así como rector de nuevo procedimiento acusatorio oral, al incorporarlo como derecho humano del imputado a fin de hacerla acorde a los nuevos paradigmas del derecho internacional; incorporándolo así en el apartado B del numeral 20 de la Constitución Federal:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I.- A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; [...]

En la exposición de motivos a dicho precepto, se afirmó que el principio conforme a su base, estructura y cimientos, es uno de los derechos humanos de los que gozan todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que ellas, en cualquier etapa procesal, no sean consideradas sin fundamento alguno como culpables; por el contrario, se presume su inocencia, la cual será desvirtuada sólo mediante sentencia fundada y motivada que venza toda duda razonable de culpabilidad.

¿Qué es la prisión preventiva?: Es la privación de la libertad personal del imputado durante la tramitación de su proceso penal, que comienza con la audiencia inicial y termina con la sentencia ejecutoriada.

La privación de la libertad es la permanencia involuntaria en un lugar determinado, que se caracteriza por el aislamiento de quien la sufre, que le impide desarrollar sus relaciones sociales normales (Comité de Derechos Humanos).

Los artículos 16, 18 y 19 constitucionales establecen:

“Artículo 16.

[...]

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

[...]”

“Artículo 18.

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

[...]”

“Artículo 19. [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la

comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

[...]”

Ameritan prisión preventiva los que comenten los delitos que señala el catálogo establecido en el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional como de “prisión preventiva oficiosa” (**70 aproximadamente**).

Como ejemplo de delitos de prisión preventiva oficiosa tenemos:

a) Delincuencia organizada, previsto en el numeral 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que establece:

Artículo 2o.- *Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:*

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero y 196 Ter; falsificación, uso de moneda falsificada a sabiendas y alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y en materia de derechos de autor previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;*
- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;*
- III. Tráfico de personas, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;*
- IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis, y delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo previstos en los artículos 475 y 476, todos de la Ley General de Salud;*

- V. *Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;*
- VI. *Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Libro Primero, Título Segundo de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34; Fracción adicionada DOF 27-11-2007.*
- VII. *Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- VIII. *Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III del artículo 104 del Código Fiscal de la Federación;*
- IX. *Los previstos en las fracciones I y II del artículo 8; así como las fracciones I, II y III del artículo 9, estas últimas en relación con el inciso d), y el último párrafo de dicho artículo, todas de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.*
- X. *Contra el Ambiente previsto en la fracción IV del artículo 420 del Código Penal Federal.*

Los delitos a que se refieren las fracciones previstas en el presente artículo que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.

b) Homicidio doloso calificado, previsto en los numerales 123 y 128 del Código Penal para la Ciudad de México, que establecen:

***ARTÍCULO 123.** Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.*

***ARTÍCULO 128.** A quien cometa homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión.*

c) Violación, previsto en el numeral 181 Bis del Código Penal para la Ciudad de México, que establece:

***ARTÍCULO 181 Bis.** Al que realice cópula con persona de cualquier sexo menor de doce años, se le impondrá prisión de ocho a veinte años.*

Se sancionará con la misma pena antes señalada, al que introduzca en una persona menor de doce años de edad por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, con fines sexuales.

Al que sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute un acto sexual, en una persona menor de doce años o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo o quien realice actos en los que muestre, exponga o exhiba sus órganos genitales con fines lascivos, tanto en el ámbito público como privado, ejecute en ella un acto sexual o lo obligue a observarlo, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Al que acose sexualmente a la víctima menor de doce años con la amenaza de causarle un mal relacionado respecto de la actividad que los vincule, se le impondrán de dos a siete años de prisión.

Si se ejerciere violencia física o moral, las penas previstas se aumentarán en una mitad. Las penas anteriores se aumentarán hasta una tercera parte si se cometieran en contra de dos o mas personas.

d) Secuestro, previsto en el numeral 9 de la Ley General para Prevenir Y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

Artículo 9. *Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:*

I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio;*
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera;*
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o*
- d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.*

e) Trata de personas, previsto en el numeral 9 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos, que establece:

Artículo 10.- *Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.*

f) Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entres estos, el de ataques a la paz pública y sabotaje, previstos y sancionados en los numerales 362 y 363, respectivamente del Código Penal para la Ciudad de México, que establecen:

ARTÍCULO 362. *Se les impondrán de dos a siete años de prisión y suspensión de derechos políticos hasta por diez años, a los que mediante la utilización de sustancias tóxicas, por incendio, por inundación o violencia, realicen actos en contra de las personas, de los bienes públicos o privados o servicios públicos*

que perturben la paz pública. La reincidencia se estará a lo que establezca éste Código.

ARTÍCULO 363. *Se impondrán de cinco a quince años de prisión, y suspensión de derechos políticos de uno a siete años, al que con el fin de trastornar la vida económica, política, social o cultural del Distrito Federal o para alterar la capacidad del Gobierno para asegurar el orden público:*

- I. Dañe, destruya o entorpezca las vías de comunicación del Distrito Federal;*
- II. Dañe o destruya centros de producción o distribución de bienes básicos o instalaciones de servicios públicos;*
- III. Entorpezca ilícitamente servicios públicos;*
- IV. Dañe o destruya elementos fundamentales de instituciones de docencia o investigación; o*
- V. Dañe o destruya recursos esenciales que el Distrito Federal tenga destinados para el mantenimiento del orden público.*

Pero además los que cometan otros delitos diversos que tengan pena privativa de libertad, pero que a petición del Ministerio Público el juez a su libre arbitrio se las decreta, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; para el desarrollo de la investigación; para la protección de la víctima o de los testigos o de la comunidad o cuando el imputado haya sido o esté siendo procesado penalmente por delito doloso.

En suma, se sujetan a prisión preventiva a los imputados desde el auto de inicio, invariablemente los de prisión preventiva oficiosa (70 de 420 tipificados en el Código Penal) y los que el Ministerio Público solicita por reunir algunos requisitos y los jueces aceptan a sujetarlos a la medida, haciendo uso de su arbitrio judicial (que son todos los que tienen pena privativa de libertad personal).

Por una parte, existe una falta de técnica legislativa constitucional enorme, pues indebidamente tenemos un catálogo de delitos graves en la Constitución Federal en su artículo 19, tercer párrafo, cuando en todo caso ese catálogo solo debería estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En efecto, nuestra Constitución mexicana a la fecha tiene más de 550 reformas y la de 2008 incurre en faltas de técnica legislativa, pues en los artículos 16, 18, 19 y 20 se advierten incongruencias y el error de introducir un catálogo de delitos que se deben ubicar en la ley secundaria.

Por otra parte, es un grave error dejar al arbitrio del juez su imposición, con la sola petición y argumentación del Ministerio Público.

Los delitos de prisión preventiva oficiosa no representan problema, pues los decreta la ley; sin embargo, los otros de petición ministerial sí, puesto que los jueces son falibles, por el solo hecho de ser mortales y en México son más vulnerables ante el crimen organizado.

En la práctica es muy lamentable que delitos que no son de prisión preventiva oficiosa, como el peculado, disparo de arma de fuego y hasta portación de armas, se les decrete la medida, por los intereses del propio poder ejecutivo; prestándose esto al tráfico de influencia, a la corrupción o a la amenaza, sin importar los derechos fundamentales del imputado, desnaturalizando así uno de los objetivos del nuevo sistema, el respeto al principio de presunción de inocencia.

Estos tres canceres de ambos sistemas, escrito y oral, corrupción, tráfico de influencia y amenazas, no se soluciona con cambio de sistemas o reformas a las leyes. Sino con atención de buenas prestaciones a los operadores del sistema, y la capacitación adecuada del mismo. En los Estados, no podemos negar el tráfico de influencia, cuando los gobernadores palomean a los Magistrados y a muchos de sus jueces, y tampoco podemos inadvertir lo mal pagados que están en los Estados, los policías, fiscales y jueces, lo que los hace vulnerables ante la corrupción y tráfico de influencias.

Por eso es peligroso en México, por ahora, dejar al arbitrio del juez, a petición del fiscal la prisión preventiva, puesto que, ante el poco sueldo, el tráfico de influencia y la amenaza del crimen organizado o no organizado, los jueces se vuelven vulnerables, salvo sus honrosas excepciones de jueces valientes, responsables y honestos, que son los menos.

Por ello, debe ser la ley quien claramente determine el catálogo de delitos de prisión preventiva; pero no la Constitución, sino la ley procesal penal, pero además por razones de técnica legislativa constitucional.

Por otra parte, el catálogo de los delitos de prisión preventiva oficiosa, debe ser muy corto, es decir, que sean pocos los delitos que se sometan a esta medida cautelar.

Aumentar los delitos de prisión preventiva oficiosa en el catálogo, no es conveniente pues atenta contra la característica del sistema que privilegia la presunción de inocencia; sin embargo si definimos bien lo que es la figura de presunción de inocencia y prisión preventiva, no debemos aterrarnos cuando la CONAGO y algunos académicos opinan que sí hay algunos delitos que ameritan hoy en día la prisión preventiva oficiosa; insisto pocos delitos, sin volver al pasado, cuando el anterior procedimiento escrito, contaba con un largo y extenso listado de delitos graves que no permitían el derecho fundamental de libertad provisional bajo caución. Estaban en ese listado hasta la piratería y a mí me consta que no solo se quería sancionar al que ofrecía el producto pirata, sino también a quien lo adquiría, es decir, querían procesar al 99% de mexicanos.

Por ello, yo opino que el catálogo de delitos graves o prisión preventiva oficiosa, se debe revisar y establecer en los delitos que verdaderamente lo ameriten, pero que se quedaron fuera, y que hacen que la justicia sea ineficaz, ante los ojos desesperados e impotencia de la víctima de ese delito. Pero ese catálogo, insisto debe estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales, no en la Constitución.

Incongruencias constitucionales

Para entender este problema de juzgar en libertad, que para muchos representa impunidad, debemos partir de la base que los preceptos Constitucionales 16, 18 y 19, están encontrados, y por eso no hay congruencia en el actuar de los operadores del sistema.

Los referidos artículos textualmente establecen:

“Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento de lo previsto en este párrafo.

[...]

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

[...]”

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

[...]”

“Artículo 19. [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

[...]”

El artículo 16 Constitucional establece que se podrá librar orden de aprehensión a quien cometa un delito con pena privativa de libertad, o sea casi todos los ilícitos tipificados en la ley penal; pero también establece que cualquier persona, puede detener a otra por la comisión de un delito en flagrancia; que el Ministerio Público, podrá ordenar la aprehensión del imputado por caso urgente, reteniendo así en ambos casos al imputado hasta por 48 horas, dentro de los cuales los podrá poner a disposición del Juez o ponerlo en libertad y el juez calificara la detención una vez ejercida la acción penal.

Se necesita una verdadera armonía de preceptos constitucionales, pues se les detiene en flagrancia, caso urgente u orden de aprehensión, pero no se les decreta la prisión preventiva, por no estar los delitos en el catálogo que establece el artículo 19 Constitucional; por eso la policía, ya no quiere detener a nadie si no es por esos delitos graves del catálogo del 19 Constitucional, “para que no sean acusados de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad o violación a derechos fundamentales”, etc., resintiendo esa falta de capacitación de los actores del sistema o esa mala interpretación, un personaje importante en el procedimiento penal acusatorio, la Víctima.

Esta es una de tantas razones que hacen que el nuevo modelo de justicia penal acusatorio esté inclinado pronunciadamente a favor del imputado y dejando a un lado a las víctimas, causando una violación al debido proceso y al principio de igualdad procesal, consignado en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

En igualdad de circunstancias hay una antinomia entre el artículo 18 y 19 Constitucional, puesto que el artículo 18 establece que “habrá lugar a prisión preventiva si el delito amerita pena privativa de libertad”-, que insisto son casi todos los del Código Penal. Y por otro lado, el 19 establece ese breve catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, dejando fuera los demás casos, para solo hacerlo cuando lo pide el Ministerio Público y lo conceda el juez, si se cumplen los

requisitos del artículo 19 constitucional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a saber:

“Artículo 167. Causas de procedencia

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por si sola a la procedencia de la prisión preventiva.

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

- I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;*
- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;*
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;*
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;*
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;*
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;*
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;*
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;*
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el*

artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;*
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.*

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad.”

Es decir, el error del legislador federal, estuvo desde la reforma de 2008, que no puso cuidado en estos tres preceptos, para dejarlos claros y no crear incongruencias e inconsistencias en el sistema penal oral acusatorio.

Si se requería copiar tal cual el sistema oral importado, se debió reformar el 16 y 18 Constitucional, lo que no era lo mejor para un sistema democrático de justicia, pues finalmente el fin último del procedimiento penal, no es el convenio o los procedimientos abreviados, para evitar un procedimiento tortuoso que les quita tiempo y dinero a las víctimas.

El fin último del procedimiento penal acusatorio, conforme al 20 Constitucional es.- esclarecimiento de los hechos, protege al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se repare”.

En la realidad y conforme a la percepción de la sociedad, que se expresa a través de las redes sociales, el nuevo modelo de procedimiento penal, no cumple con dos de sus objetivos.- “procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se repare”.

En la práctica, la policía mal capacitada no aprehende al culpable detenido en flagrancia, por miedo a ser acusado por abuso de autoridad o violación a derechos fundamentales.- propiciando impunidad al no permitir que a la víctima se le repare el daño en el procedimiento de manera pronta y eficaz.

Los agentes del Ministerio Público, no tienen facultades para resarcir el daño a la víctima de sus derechos fundamentales, en forma inmediata, ni la pública para que sus datos de prueba sean tomados en cuenta, por lo menos en las primeras etapas, del proceso. No puede retener al imputado por 48 horas, pues esperan a que el juez determine la prisión preventiva, cuando la Constitución en su artículo 16 se los mandata.

¿La prisión preventiva atenta contra el principio de presunción de inocencia?

Debemos definir muy bien, sin que nos confunda las ideas de otros procedimientos extranjeros, lo que debemos entender por presunción de inocencia, que ciertamente es la protección de la libertad en un procedimiento penal, sin que exista una sentencia condenatoria de los jueces correspondientes, que conste en enfrentar ese procedimiento en libertad con protección a ese derecho humano que protegen ahora los tratados internacionales, que los refieren así, pero en respeto a las limitaciones y restricciones expresados de las Constituciones de los Países, respetando el debido proceso.

El artículo 7°, en sus puntos 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 7.- Derecho a la Libertad Personal

[...]

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

[...]"

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido lo siguiente:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez

de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

Detención Arbitraria

Conforme al numeral 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tenemos que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

Al respecto, debemos explicar que se entiende por “arbitrariedad”. Dicho concepto no solo se equipara a aquello “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de forma más amplia a fin de que incluya elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gangaram vs Surinam estableció que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respecto a los derechos humanos del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad; como corolario a lo anterior, podemos citar algunos ejemplos de privaciones de la libertad arbitrarias:

Ejemplo 1. Desaparición forzada de personas, sin duda dicho ilícito parte de la premisa de una privación arbitraria de la libertad que lesiona el derecho de toda persona a ser puesta sin demora ante el juez y el de interponer todos los recursos adecuados para controvertir la legalidad de la detención.

Ejemplo 2. La detención masiva y programada de persona sin causa legal, aquí el Estado detiene masivamente a personas que la autoridad supone que podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás, sin indicios fundados de la comisión de un delito.

Ejemplo 3. Secuestro de personas.

Ejemplo 4. Las restricciones que no estén basadas en una causa o motivo concreto.

Ejemplo 5. Detenciones en las que el Estado no informa a las víctimas de las causas

Ejemplo 6. Detenciones efectuadas en cárceles clandestinas.

Ejemplo 7. Detenciones llevadas a cabo dentro de operativos de razzia, sin que medie orden judicial.

Ejemplo 8. Aquellas en que la persona permanece en detención o prisión después de una orden de libertad emitida por un tribunal competente o después de cumplir su pena o de beneficiarse de una amnistía.

Ejemplo 9. La detención en cuyo curso se producen hechos incompatibles con el respeto a los derechos humanos del detenido atribuirles al Estado.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversos criterios, ha sostenido que si la detención de una persona, por aducida flagrancia, no se da bajo el respeto irrestricto del sistema constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de los requisitos y garantías establecidos de forma mínima a favor de la persona que sufrió la detención, ésta será considerada como arbitraria, al estar prohibida tanto a nivel nacional como internacional. Las consecuencias y efectos de la vulneración a lo anterior son la invalidez legal de la propia detención, así como de los datos de prueba obtenidos de forma directa e inmediata con motivo de la misma; esto conforme además a los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita.

La prisión preventiva también puede ser ilegal y arbitraria.

Es ilegal si no se actualizan los parámetros del segundo párrafo del artículo 19 constitucional y es arbitraria si la prisión preventiva se prolonga sin justificación.

El mismo numeral 20, inciso B, constitucional contempla plazos máximos a efecto de imponer dicha medida, como a continuación se reflejan:

“ [...]

VII.- *Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;*

[...]

IX.- *En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.*

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado.

Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.”

Por su parte, el numeral 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece:

“Artículo 165. Aplicación de la prisión preventiva

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.”

La antigua garantía individual de la libertad provisional bajo caución.

CONCLUSIONES

1.- La prisión preventiva establecida en la Constitución mexicana, no atenta contra la presunción de inocencia.

2.- Es necesario revisar el catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, sean más o sean menos; y que el catálogo se ubique en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

3.- Es necesario poner acordes los artículos 16, 18 y 19 constitucionales.

4.- Sería mejor establecer como derecho humano la libertad provisional bajo caución o condición en la Constitución en los delitos distintos a la prisión preventiva oficiosa.