

ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PROCESAL

Celia BLANCO ESCANDÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Privación de la libertad*. III. *La detención preventiva*. IV. *Marco constitucional y legal: el debido proceso y la detención preventiva*. V. *Alternativas a la prisión preventiva*. VI. *Prisión preventiva en México: legislación comparada*. VII. *Reflexiones y comentarios sobre la problemática de la prisión preventiva*. VIII. *Recomendaciones y conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de las propuestas de reforma que se realizan en nuestro país, se basan en la introducción de nuevos tipos penales, en el aumento de conductas incluidas dentro del catálogo de delitos graves, y en el incremento de las penas. El resultado de estas líneas de política criminal no ha sido la disminución de la delincuencia, lo que si se ha conseguido es el incremento absurdo del número de personas privadas de su libertad, tanto de aquellas cumpliendo condenas, como de presos sin condena, de personas sujetas a proceso que no tienen acceso a medidas alternas a la prisión preventiva (de las aproximadamente 210 mil personas actualmente en prisión, cerca de 90 mil son procesados). ¡La cifra es muy alta! Y así, de esta forma, seguimos ingenuamente aplaudiendo los discursos de mano dura contra el crimen, sin percatarnos de que el problema es mucho más complejo y de que el asunto además se mueve en círculos viciosos. Por ejemplo, no tenemos capacidad para prevenir el delito; entonces, se cometen más delitos; con ello, se rebasa la capacidad para investigarlos; al no poder investigar las conductas, no se puede procesar ni sancionar; al no haber consecuencias por la realización de conductas delictivas, al no poder sancionar pronta y eficazmente —no

necesariamente severamente— aumenta la impunidad y se cometen más delitos. Esto no explica todo el problema, sabemos de sobra que la delincuencia es un fenómeno multifactorial en el que habrá que considerar las condiciones sociales, económicas, familiares, psicológicas, etcétera.

Pero no nos ocuparemos, por el momento, de los delitos, sino de las cuestiones procesales. Sabemos que el proceso penal mexicano lleva rato de ser cuestionado; que siguiendo la tendencia generalizada en los países de América Latina, se escuchan numerosas opiniones que piden la reforma de nuestro proceso y de nuestro sistema judicial en materia penal. Que existen muchas voces que proponen la incorporación de un nuevo sistema más de tipo acusatorio, por todas partes nos hablan de los juicios orales.

En esta ocasión, en lo particular, abordaremos las propuestas que existen para reformar el uso de la prisión preventiva en nuestro país. En este sentido, cabe aclarar que pertenezco al grupo de personas que sostienen que la prisión preventiva como medida cautelar debe ser aplicada excepcionalmente, sólo cuando todas las otras medidas cautelares resulten inadecuadas. Creo también, en la vigencia de un derecho penal humanitario en el que se debe respetar, de manera constante y cotidiana, los derechos humanos.

Estamos conscientes de que en el contexto político actual, de que en este sentir generalizado de inseguridad, de reclamo social, de exigencia del ciudadano al gobernante de combatir la criminalidad, el discurso garantista y humanitario o humanizante, particularmente del derecho y el proceso penal, suele ser rechazado casi por principio. La tendencia —como ya lo señalábamos— es plantear el endurecimiento de las acciones, la cero tolerancia, el incremento de las penas, el crecimiento de los cuerpos policiales, etcétera. Y es precisamente esta realidad la que nos obliga a defender ese derecho penal más humano, y a cuestionar y derrumbar los mitos de que a más penas, más cárceles, más presos, más policías, más tipos penales, menos delincuencia.

En este breve ensayo, analizaremos en específico la situación de los presos sin condena, esto es, lo relativo a la prisión o detención preventiva, y exploraremos las propuestas que plantean la posibilidad de incluir e implementar medidas cautelares alternativas a la detención preventiva, y como esto mismo, puede contribuir a mejorar inclusive la sobre población en las instituciones penitenciarias o de reclusión.

II. PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Podemos iniciar esta reflexión con una pregunta que se formula de manera muy simple —aunque la problemática que aborda es muy compleja—:

¿Para qué sirve la prisión?

Hoy, como siempre, la prisión sirve ante todo para encerrar a determinadas personas. Y sirve bastante bien si nos atenemos a la evolución de los datos que reflejan el crecimiento constante de la población encarcelada año por año en nuestro país.

Digamos que la tendencia al encierro, a la encarcelación presente en la sociedad mexicana que reflejan las tasas se sigue multiplicando de forma estable. Las razones de esta tendencia son difíciles de precisar con exactitud, a falta de un análisis más exhaustivo y detallado; sin embargo, parece que en ese resultado se dan cita circunstancias como: la tendencia a imponer sentencias más largas, el aumento de personas procesadas por delitos considerados graves, el incremento en el uso de la prisión preventiva, escasa utilización de medidas alternativas o sustitutivas de la prisión (y de la detención preventiva), la presión de la opinión pública muy condicionada debido, en parte a la presión de los medios.

No obstante, conviene recordar que en una sociedad como la nuestra, marcada por la desigualdad económica y social, la mayoría de los delitos que se cometen, al menos si nos atenemos a las cifras de delitos conocidos por la policía, son —y resulta lógico— delitos contra el patrimonio, seguidos por delitos como las lesiones, por ejemplo: los delitos que pueden generar una alarma social, son menos frecuentes.

Ahora bien, el perfil medio de la persona que ha cometido un delito y se encuentra detenida, no corresponde mayoritariamente a casos de violadores, asesinos múltiples ni secuestradores despiadados.

Más allá de esta obviedad, que la prisión sirve para encerrar y que encierra, encarcela, cada vez más, hemos de reconocer que la prisión además de que no logra los fines oficialmente designados de retención y custodia, de readaptación y reinserción social, sirve esencialmente para profundizar y afianzar la ruptura con el mundo exterior de quienes ingresan en ella, para incrementar la des-adaptación social y la des-identificación personal de las personas recluidas, para aumentar o provocar la desvinculación familiar y el desarraigo. Es decir, junto a la existencia de una

serie de funciones declaradas e incumplidas en la práctica, reinserción social intimidación, protección; nos encontramos en cambio con otra serie de funciones que son las que realmente cumple la prisión (incluyendo la detención preventiva por supuesto). Amplía las asimetrías sociales y colabora en el proceso de construcción social de delinquentes.

Este carácter selectivo del sistema penal, hace que sea enormemente difícil de defender con argumentos objetivos, la pretendida bondad del encarcelamiento como medida para asegurar la comparecencia ante los tribunales y para combatir el crecimiento en número de delitos. El argumento según el cual, a mayor número de personas detenidas, menor número de delitos, sencillamente no corresponde con la realidad.

Si nos alejamos de nuestro contexto nacional, la situación que reflejan las estadísticas en otros lugares es más o menos la misma. Es decir, que como mínimo se trata de una solución bastante ineficiente en la lucha contra el crimen. Es en realidad un sistema bastante caro para conseguir que los *chicos malos* se vuelvan aún peores.

En cuanto al origen social de las personas encarceladas, la prisión moderna (como la vieja) sirve esencialmente para encerrar a las clases más desfavorecidas. Naturalmente esto no significa afirmar que la criminalidad sea patrimonio de las clases menos favorecidas, sino reconocer el filtro que ejercen las instituciones de control, persecución y sanción carcelaria del delito. Quien tiene recursos puede mover a su favor el engranaje del sistema y resguardarse de sus efectos.

III. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva —como todos sabemos— se refiere a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, con el objeto de asegurar su presencia durante el proceso penal. La prisión preventiva no se considera propiamente una pena, sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos sagrados del hombre, su libertad, la cual frecuentemente se prolonga, además, de forma excesiva. En caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero en caso de absolución representa una vulneración, un agravio irremediable.

En el caso de México, tanto el marco legal y procesal, como la presión ciudadana y mediática desembocan en la generalización del uso de la de-

tención preventiva casi como la única medida cautelar. En la práctica, la detención preventiva se convierte en la regla y no en la excepción. A esto hay que agregarle la catalogación extensiva de delitos graves que tiende a convertir a la detención preventiva en regla general debido a su gran extensión. Este problema se hace más evidente cuando las legislaciones estatales adicionan otras conductas consideradas localmente como graves, ampliando así el radio de aplicación de la prisión preventiva.

Cabe mencionar que una de cada dos reformas en materia penal en la última década se ha ocupado de incrementar el catálogo de delitos graves.

Y nos queda aún por mencionar la definitiva y clara confrontación que existe entre la detención preventiva y la presunción de inocencia.

IV. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL: EL DEBIDO PROCESO Y LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de la enumeración de los derechos fundamentales de la persona,¹ establece las garantías propias del debido proceso. El artículo 14 señala la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, así mismo establece la competencia para decidir sobre la privación de la libertad, posesiones o derechos de las personas, la cual sólo podrá realizarse mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, con las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.²

El ejercicio del Poder Judicial federal está en manos de la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito y el Consejo de la Judicatura Federal.³ En materia penal la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, que está bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.⁴

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Título Primero. Capítulo I. De las Garantías Individuales.

² *Ibidem*, artículo 14.

³ *Ibidem*, artículo 94.

⁴ *Ibidem*, artículo 21.

El Código Federal de Procedimientos Penales describe el proceso penal mexicano, dividido en:

1. Investigación: la cual a su vez se divide en:
 - i. Averiguación previa, a cargo del Ministerio Público.
 - ii. Preinstrucción, en la que interactúan el Ministerio Público y el juez.
 - iii. Instrucción, igualmente está a cargo por el Ministerio y el juez.
2. Juzgamiento: a cargo de los tribunales en primera y segunda instancia.
3. Ejecución de la sentencia: la cual está supervisada por los tribunales con el apoyo del Poder Ejecutivo, que por conducto del órgano que la ley determina, ejecuta las penas y medidas de seguridad decretadas en las sentencias de los tribunales hasta su extinción. El Ministerio Público vigila que se cumplan debidamente las sentencias judiciales.⁵

De acuerdo al artículo 16 constitucional y a la ley federal procesal penal, para poder privar de la libertad a una persona, debe hacerse previa orden de aprehensión de autoridad judicial de acuerdo a denuncia o quejella de un hecho que la ley señale como delito; sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.⁶ Una vez ejecutada la orden judicial de aprehensión, se deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. Las mismas normativas consagran como excepción a esta garantía, la captura en flagrancia, por cualquier persona o autoridad, del sospechoso o indiciado, debiendo ser puesto sin demora a disposición de la autoridad más inmediata y ésta, con la misma prontitud, a disposición del Ministerio Público.⁷ Cuando se trate de delitos considerados como graves por la ley, ante el riesgo fundado de fuga y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención,

⁵ Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 1o.

⁶ *Ibidem*, artículo 195.

⁷ *Ibidem*, artículo 193.

fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.⁸ Esta detención deberá ser controlada por el juez que reciba la consignación del detenido en forma inmediata, ratificando la detención o decretando la libertad con las reservas de ley.⁹

En la etapa de la *averiguación previa*, el Ministerio Público tiene la facultad de adelantar las diligencias del caso para resolver si ejercita o no la acción penal. Al término de este plazo deberá ordenarse la libertad del indiciado o deberá ponerse a disposición de la autoridad judicial. Cuando se acredite la materialidad del hecho y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal a través de la consignación. Si el delito se sanciona con pena privativa de la libertad, el Ministerio Público solicitará la orden de aprehensión, si el delito se sanciona con caución o multa se solicitará la orden de comparecencia.

Con la consignación se inicia la etapa llamada *preinstrucción*, en la cual la autoridad judicial determina si una persona será o no sujeta a proceso. A partir del auto de radicación, el juez tiene un plazo de 72 horas para dictar un auto de formal prisión (si el delito amerita pena privativa de la libertad); un auto de sujeción a proceso (cuando el delito no amerite pena privativa de la libertad o ésta sea alternativa) o un auto de libertad (por falta de elementos para procesar).

En la *instrucción* tanto acusados como acusadores deben aportar al proceso todas las pruebas que consideren necesarias y someter sus argumentos. A partir de estos elementos se decidirá si se deja en libertad a la persona o si se la somete a proceso.

Durante la *averiguación previa*, y posteriormente ante el juez, el imputado tiene derecho a obtener su libertad provisional, siempre que no se trate de un delito considerado como grave,¹⁰ mediante caución o multa. El listado de los denominados *delitos graves* se encuentra en extenso en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El juez al analizar la solicitud deberá tener en cuenta para conceder la libertad condicional bajo caución, la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, así como las características del inculcado. Sin embargo, el juez, conforme lo faculta el propio artículo, podrá determinar que

⁸ *Ibidem*, artículo 193 bis.

⁹ *Ibidem*, artículo 134.

¹⁰ Artículos 20 Constitucional y 399 al 417 del Código Federal de Procedimientos Penales.

a pesar de que el delito no sea catalogado como *grave* por la ley penal, se podrá mantener la privación de la libertad si el encausado ha sido condenado previamente por un delito calificado como “grave por la ley” o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Esta decisión debe ser motivada; en caso que el inculcado no se encuentre conforme podrá apelar la misma, de acuerdo al código federal o mediante el juicio de amparo constitucional, como en el caso en que la caución fijada para obtener la libertad no sea accesible para la persona.

V. ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

La excepcionalidad de las medidas de coerción en general y de la prisión preventiva en particular, presentan la necesidad de agotar toda posibilidad de asegurar los fines del proceso mediante la utilización de medidas de coerción distintas a la privación de la libertad de manera que los derechos del imputado resulten menos afectados y puedan evitarse los efectos negativos de la privación de libertad. Las alternativas a la prisión preventiva comprenden entonces a las medidas sustitutivas.

¿Cuáles son estas medidas sustitutivas?

Es importante partir del marco jurídico general que protege la libertad y establece el principio de la presunción de inocencia, el derecho al juicio, el derecho a la defensa, la obligación de motivos racionales para dictar auto de prisión, etcétera, que derivan en la excepcionalidad de la prisión preventiva y el establecimiento de medidas alternativas.

El carácter sustitutivo de estas medidas se refiere a que exista un peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad, y que esto pueda ser evitado mediante la aplicación de medidas distintas a la detención preventiva.

Existen medidas sustitutivas que pueden agruparse en tres categorías:

1. Medidas que restringen la libertad del imputado a un ámbito territorial determinado.
2. Medidas que sujetan al imputado a un régimen de conducta.
3. Medidas que imponen al imputado la prestación de una garantía.

En general, prevalece el criterio de que no se puede otorgar medidas sustitutivas en los procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales por delitos considerados particularmente fuertes: homicidios dolosos, violación, privación de la libertad, secuestros, lesiones graves, etcétera.

A pesar del planteamiento en las reformas de estas medidas alternativas, resulta pertinente reflexionar sobre los posibles problemas respecto a su implementación, para tratar de solucionarlos antes de que aparezcan:

1. *Obstáculos para la implementación de alternativas a la privación de libertad preventiva*

1. La falta de voluntad legislativa y la política criminal represiva imperante.
2. La preferencia por reformas que incrementan los delitos, las penas, las condenas, los presos, etcétera.
3. La situación económica de los imputados. La injusticia social que se ve reflejada en la población que enfrenta un proceso penal y en los que se ven afectados por medidas como la privación preventiva de su libertad. Surge, a pesar del planteamiento de alternativas, el problema de que muchos mecanismos alternativos se basan en la conmutación de la detención por cauciones pecuniarias que no pueden ser solventadas por un amplio porcentaje de la población.

Incluso, al combinar estos dos planteamientos, surgen problemas como el que recientemente se ha estado discutiendo sobre la pronta implementación del uso de brazaletes electrónicos, pensado primero para gente que pueda salir en libertad anticipada, por estar cerca de cumplir su condena, pero que pudiera después ampliarse como sustituto a la prisión preventiva.

El uso de brazaletes electrónicos como sustitutivo de prisión para primo delincuentes que hayan cometido ilícitos no graves comenzará a aplicarse en un programa piloto con 300 internos. Este programa se contará con un presupuesto de entre 15 y 18 millones de pesos y se iniciará tres semanas después de que se publique en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*¹¹ la reforma que aprobó la Asamblea Legislativa en el mes de ju-

¹¹ Véase www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/index.

nio. La inversión incluye la instalación de una central de monitoreo en las oficinas administrativas de la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, en la penitenciaría de Santa Martha Acatitla. Se buscarán mecanismos de financiamiento a fin de permitir que aquellos internos que no tengan capacidad económica para costear dicho brazalete, puedan acceder a dicho beneficio, y así evitar situaciones de discriminación por condiciones de pobreza.

En este caso, discutido para el Distrito Federal, se planteó que el costo del brazalete debe correr a cargo del Estado, y ante ello, prontamente surgió el reclamo y el cuestionamiento social: “¿Por qué tenemos que seguir gastando en los delincuentes? Si quieren beneficiarse de estas medidas sustitutivas, que paguen ellos mismos el costo.”

Han aparecido opciones interesantes como los programas de fianza de Telmex, o el trabajo de organismos de supervisión de fianza que apoyan a la población de bajos ingresos, como es el caso de la institución Renace, A.B.P.¹² en Monterrey.

2. Obstáculos para la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva

Como es de suponerse, no basta con la reforma legal y la introducción en la normatividad de las medidas alternativas, su implementación plantea problemas concretos que han aparecido ya en países con situaciones similares a la nuestra, por ejemplo, un caso que hemos revisado de cerca, es el de Guatemala,¹³ en donde han aparecido varias problemáticas concretas que han dificultado que desaparezcan los niveles de arbitrariedad en el uso de la prisión preventiva.

- La permanencia y el arraigo de una cultura jurídica inquisitiva.
- La presión mediática y ciudadana.
- No se ha logrado el cambio de mentalidad entre juzgadores y ministerios públicos.

¹² Renace, A.B.P., es una organización no gubernamental que se dedica a evitar la prisión injusta de personas inocentes, así como evitar la reincidencia de personas que hayan cometido un delito no grave por primera vez. Véase www.renace.org.mx.

¹³ Véase Informe sobre el Seguimiento a la Reforma de la Justicia Penal en Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), Guatemala, 2002.

- La carencia de defensorías públicas consolidadas.
- Los problemas sociales y económicos.
- La falta de capacitación del personal en cuanto a las nuevas medidas, etcétera.

Han sido una constante que ha obstaculizado el éxito pleno de las reformas.

Existen además problemas de interpretación que surgen a partir de los textos que incorporan las nuevas disposiciones:

Por ejemplo cuando se habla de peligro de fuga o de peligro de obstaculización o incluso de peligro de reiteración delictiva. ¿Cómo se deben entender y delimitar estas nociones?

Tomemos el caso de “peligro de fuga”:

Inicialmente se planteaba el concepto así de forma generalizada, hoy en día en la mayoría de los países de América Latina que han incorporado estas reformas se han tenido que establecer una serie de parámetros que deben tomarse en cuenta para decidir sobre la existencia del peligro de fuga:

Por ejemplo: que no exista arraigo en el país, determinado por el domicilio, el asiento de la familia, un trabajo, la falsedad de información, etcétera; se toma en consideración también la pena que podría llegar a imponerse y la magnitud del daño causado, y el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro proceso anterior que indique su voluntad de someterse al proceso penal. Aún así estas disposiciones dejan amplio margen, pueden ser muy subjetivas y hasta discriminatorias (por ejemplo: para los extranjeros).

3. Peligro de obstaculización

En general el peligro de obstaculización suele revestir menor importancia que el de peligro de fuga, pues lo cierto es que el procesado puede recurrir a otras personas para obstaculizar. ¿Cómo? Falsificando documentos, declarando falsamente, no declarando, intimidando a la víctima o testigos, ocultando evidencias, etcétera.

En este sentido, hasta podemos cuestionar la validez del argumento de mantener privado de la libertad a alguien bajo el supuesto de la obstaculización; resulta un tanto inconsistente pues —como decíamos— sus

allegados pueden llevar a cabo por él todas estas acciones obstaculizadas, estando la persona en detención preventiva.

4. *Peligro de reiteración delictiva*

La causal de peligro de reiteración delictiva como circunstancia que faculta el dictado de la prisión preventiva, es sin duda polémica, sobre todo porque se ha insistido en que las causales deben cumplir una función procesal. Bajo este concepto se convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada.

Además estaría cumpliendo una función de prevención especial, fin no procesal sino atribuido tradicionalmente a la pena.

VI. PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO: LEGISLACIÓN COMPARADA

1. *Análisis*

El análisis comparado de las legislaciones de Oaxaca, Chihuahua, Jalisco, Nuevo León y Aguascalientes¹⁴ en materia de detención preventiva establece:

1. Clave del lenguaje propuesto acerca de la prisión preventiva, incluyendo los elementos que el juez considere para otorgar la prisión preventiva o la libertad.
2. Alternativas para la prisión preventiva establecidas en los códigos propuestos.

2. *Observaciones generales*

A. *Legislación actual*

La legislación actual de las cinco entidades mencionadas contiene los tratos mínimos que se deben otorgar en prisión preventiva. La legislación

¹⁴ Más información sobre las reformas procesales puede ser encontrada en las siguientes páginas de Internet. Encuentre toda la información de la Reforma Integral del Sistema de Justicia Penal de Chihuahua en www.reformapenal.chihuahua.gob.mx. Véase también www.proderecho.com; www.tribunaloax.gob.mx; www.cidac.org.

contempla la figura de la fianza como la única alternativa a la prisión preventiva. No existe mucha discreción por parte del juez al momento de dictar la prisión preventiva; la detención preventiva se aplica automáticamente, el único elemento que se observa es el tipo de delito, ya que puede ser grave o no grave (los delitos graves siempre traen como consecuencia la privación preventiva de la libertad). Recientemente, el estado de Nuevo León adoptó disposiciones electrónicas para los sujetos que se encuentren bajo arraigo. El arraigo es un arresto realizado por el Ministerio Público o fiscal durante la etapa de investigación; el arraigo es una forma de prisión preventiva a pesar de que no es considerado como tal por parte del órgano judicial. La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado recientemente acerca de la inconstitucionalidad de dicha figura.

B. Legislación propuesta

Tres de los cinco estados cuentan con un proyecto de ley que incluye una sección acerca de la detención preventiva. La ley comienza con la premisa que establece que para respetar el principio de presunción de inocencia, las medidas preventivas deberán jugar un carácter excepcional. Los códigos mencionados, incorporan el Código Modelo de Procedimientos Criminales, especificando las medidas propuestas:

1. Evitar el riesgo de fuga.
2. Evitar la obstrucción de la justicia.
3. Reducir el riesgo de la víctima o de la sociedad.

El juez, en el momento de determinar la medida alternativa que aplicará, goza de absoluta discrecionalidad al momento de evaluar las pruebas aportadas. La ley establece los elementos que el juez deberá analizar para establecer la existencia de un riesgo de fuga, la obstrucción de la justicia o riesgo de la víctima o de la sociedad. Asimismo, los tres códigos establecen una lista de medidas alternativas en la cual el último lugar lo ocupa la prisión preventiva. La ley también establece que se deberá realizar una revisión constante de la medida (cada 3 meses para el caso de que se establezca detención preventiva) asimismo se establece la facultad de cancelar la medida si la condición por la que fue impuesta ya no existe o no se encuentra vigente. En cualquiera de los casos, la prisión

preventiva no deberá exceder de un año (el cual podrá prorrogarse por seis meses cuando ya hay sentencia condenatoria)

Finalmente, la ley establece supuestos en los que la detención preventiva no es aplicable: para individuos que tienen más de 70 años de edad (en Jalisco la edad límite es 60 años, en caso de que la posible condena sea menos de 5 años), mujeres embarazadas, mujeres en estado de lactancia o con enfermedad terminal.

El estado de Aguascalientes no incluye la prisión preventiva en su proyecto de ley, pero sí contempla las disposiciones electrónicas para los sujetos que se encuentren bajo arraigo (misma legislación que en Nuevo León).

VII. REFLEXIONES Y COMENTARIOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Tanto en el ámbito del gobierno como en el de las agrupaciones de la sociedad civil, se hacen, a diario, planteamientos y demandas sobre el tema de la inseguridad pública y de la delincuencia. Como mexicanos nos encontramos, sin duda, preocupados por el alza de la criminalidad y por la sensación de inseguridad que nos rodea y estamos ansiosos por encontrar mecanismos racionales, efectivos y humanos que puedan realmente hacer frente al problema.

Los hechos hablan por sí mismos. En México se registran anualmente alrededor de 2 millones de delitos según datos del INEGI,¹⁵ y esto, considerando únicamente a los delitos que se denuncian. No debemos olvidar, que según los especialistas en estadística criminal, la cifra de lo denunciado es de más del doble, cerca del triple de lo denunciado. En este contexto es indispensable notar que la capacidad total de investigación criminal de nuestro país es tan sólo del 8% esto es, tan sólo se podrían investigar 8 de cada 100; sabemos que como regla general, las investigaciones en que se basan las averiguaciones previas son notoriamente distorsionadas y de poca utilidad. El otro lado de la moneda es que de los procesados uno tras otro son condenados (9 de cada 10 como tasa nacional.) Y aún nos faltaría por considerar el problema de los espacios penitenciarios que se encuentran totalmente saturados.

Hasta el día de hoy, desgraciadamente en México, la inmensa mayoría de las propuestas de reforma que se realizan en materia de administra-

¹⁵ Véase www.inegi.gob.mx.

ción de justicia penal se basan en la introducción de nuevos tipos penales y en el incremento de las penas o es decir en no hacer nada para crear fundamentos adecuados: explotando el poder de condenar, y faltando la capacidad de prevenir o investigar. Resulta absurdo y preocupante sobre todo si consideramos que de las 210,000 personas actualmente en detención, 120 ni siquiera han sido juzgadas todavía. La última década se ha caracterizado por más prisión preventiva; el número de presuntos responsables se duplicó de 42.1 por 100,000 de población en 1994 a 82.0 en 2004, seguidos de más inseguridad y protesta social. Además, entre los países latinos, únicamente México utiliza el concepto de probables responsables (queriendo decir *presuntos responsables*) para señalar a los que, según los principios de la ley, son presuntamente inocentes.

Imaginemos por un instante, que escuchamos el discurso de uno de nuestros distinguidos políticos hablando sobre nuestro sistema de justicia penal, el orador reconoce abiertamente la vulnerabilidad que padecemos los ciudadanos al estar constantemente expuestos a potenciales y peligrosos agresores, afirmando además, que la capacidad gubernamental para detectar esas fuerzas hostiles es poca, francamente débil y mal organizada; el discurso continúa con el señalamiento específico de que no se va a invertir en mejorar el sistema para enjuiciar a estos posibles malhechores, pero que sí, en cambio, procurará encerrar al mayor número posible; sin importar si son realmente los responsables de las agresiones sociales o no lo son y que se va a destinar una inmensa cantidad de dinero, de recursos materiales y personales en el esfuerzo por mantenerlos encarcelados el mayor tiempo posible, tiempo durante el cual, estas personas asistirán a la mejor escuela de delincuentes que se conoce: la prisión.

Al leer este relato seguramente nos causará alarma y nos parecerá inverosímil, sin embargo, en realidad, es el espejo de lo que dicen y hacen muchos de nuestros gobernantes, y una representación bastante fidedigna de nuestro sistema de justicia penal. Los paliativos que siempre se plantean no han hecho más que agravar el problema bajo el falso argumento de que se procura su solución; la tragedia mayor, es quizás, el hecho de que han logrado captar y desviar la atención del ciudadano en torno al discurso sobre la necesidad de endurecer el modelo penal, evitando que las personas se percaten del dispendio excesivo de recursos destinados a medidas que únicamente tapan y disfrazan la realidad pero no la resuel-

ven. Entonces, ¿Qué cosas se están haciendo para mejorar un panorama que parece tan desalentador?

En la última década, alrededor de una decena de países latinoamericanos —de Argentina a Guatemala— han emprendido procesos de reforma en el ámbito procesal penal, todos bajo distintas modalidades pero destinados en lo fundamental, a sustituir al tradicional sistema de corte inquisitivo heredado de las instituciones coloniales por un proceso más del tipo acusatorio con fuerte influencia del modelo anglosajón.¹⁶ En México está ocurriendo un fenómeno similar a nivel local, en donde diversos estados como Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Jalisco y Tamaulipas, están proponiendo paquetes interesantes de reformas procesales para el área penal.

Se trata esencialmente de establecer una estructura de oposición, contradicción, independencia e igualdad entre las partes del proceso penal: el fiscal o Ministerio Público que investiga y acusa; el defensor que responde a la estrategia y planteamiento de la acusación en representación del inculpado, y el juzgador, que supervisa la legalidad de las actuaciones y resuelve conforme a derecho; implica una nueva forma de desarrollar los juicios (aparece por ejemplo: el juicio oral), nuevos presupuestos para investigar, distintos mecanismos para defender a los imputados, mejor situación y protección para las víctimas dentro del proceso, una nueva estructura de litigio, y la modificación del uso excesivo e injusto de la prisión preventiva al incorporar mecanismos alternativos que aseguren el respeto a la presunción de inocencia, así como de nuevos mecanismos de supervisión de fianza que además de modernizar al sistema, promuevan el combate a la reincidencia y propongan soluciones al hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria.

Es importante cuidar que las propuestas reformistas e innovadoras no acaben siendo boicoteadas por la subsistencia de medidas arbitrarias como son las prácticas que fomentan el uso excesivo de la detención preventiva. Acciones que resultan gravosas, ineficientes y muy costosas, y que violentan al sistema mismo que se pretende mejorar.

Pero... ¿Dejar libres a los presos sin condena?, ¿aparecer como un sistema blando y condescendiente con los procesados?, ¿ser amables con el

¹⁶ Véase Blanco Escandón, Celia, “El nuevo proceso penal en América Latina”, en García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho Penal, t. II, Proceso Penal, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 51-76.

“delincuente”? No. Pensemos en los ejemplos que nos brindan países tan dispares como Nigeria, Rusia, Chile y los Estados Unidos de América, países que han encontrado alternativas que permiten, por ejemplo, al imputado mantener su empleo y seguir siendo productivo mientras enfrenta el proceso penal, mecanismos que aseguran la presencia del inculgado durante todo el proceso y que además, permiten al Estado gastar menos e invertir en situaciones realmente urgentes y necesarias.¹⁷

Pero no nos vayamos tan lejos, en México encontramos ejemplos valientes y decididos en este sentido. En Nuevo León, por ejemplo, encontramos a la Institución Renace A.B.P., organismo que proporciona servicios de supervisión de fianza, que permiten que las personas accedan a la libertad bajo caución y aseguran su presencia en el proceso, acompañando, asesorando y apoyando al indiciado a lo largo del proceso.

VIII. RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

1. El sistema penitenciario como último eslabón en el sistema de justicia, sufre las consecuencias del incremento de la población carcelaria, principalmente de la población en detención preventiva. Ello provoca condiciones de hacinamiento que sumado al abandono de la reforma penitenciaria, convierte a las instituciones penitenciarias en escuelas del delito y en centros de castigo para los privados de la libertad, desviándose de los fines constitucionales de readaptación social.
2. No debemos olvidar que una de las consecuencias más comunes de la privación de la libertad, en muchas ocasiones es la desocialización, misma que acentúa el estereotipo criminal y propicia la reincidencia y la interiorización y reproducción de estos modelos.
3. Los efectos negativos de la privación de la libertad se acentúan en una población vulnerable, no sólo por el hecho de estar en prisión, sino por su condición económica de bajos recursos, por no tener trabajo y por su escasa o nula educación formal.

¹⁷ Para información sobre los avances en materia de Prisión Preventiva en estos países, véase www.justiceinitiative.org. La Open Society for Justice o Iniciativa Pro-Justicia de la Sociedad Abierta es un programa operativo del Instituto de la Sociedad Abierta que promueve reformas legales con base en los derechos humanos, provee conocimientos y fortalece la capacidad legal en el mundo entero.

4. La marginalización se agrava cuando hablamos de personas privadas de libertad indígenas.
5. En el caso de los menores de edad, el uso excesivo de la privación provisional de la libertad aumenta la precariedad de condiciones en los centros de reclusión y tratamiento para menores infractores.
6. Frente al uso excesivo de la privación de la libertad y la existencia de condiciones de hacinamiento y maltrato en los centros penales, el control de la ejecución de la pena resulta urgente en nuestro país para poder disminuir las violaciones a derechos humanos. Sin embargo, no contamos aún con jueces de ejecución.
7. Es importante lograr que se impulse la reforma coherente e integral del sistema de justicia penal en México, sin olvidar las reformas a la prisión preventiva.
8. Debemos lograr la vigencia de códigos penales acordes al modelo de derecho penal mínimo, que permitan la inclusión de alternativas a la pena de prisión como el arresto de fin de semana, el arresto domiciliario, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad, etcétera.
9. Es necesario impulsar las reformas a los códigos procesales penales para que se permita la aplicación de medidas sustitutivas a todos, y que sea el juez quien determine cuándo existe peligro de fuga, peligro de obstaculización o alguna otra causal que impida la procedencia de una medida sustitutiva.
10. Urge eliminar el catálogo de delitos graves.
11. Finalmente, se sugiere sensibilizar sobre el uso racional de la privación de la libertad y la promoción de métodos y salidas alternativas, como opciones en la resolución de conflictos, así como la utilización de medidas sustitutivas a la privación de libertad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, *Litigación penal en juicios orales*, Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2001.
- BLANCO ESCANDÓN, Celia, *Derecho procesal penal: enseñanza por casos*, México, Porrúa 2004.
- BERGMAN, Marcelo (coord.), *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: resultados de la encuesta a población en reclusión en*

- tres entidades de la República mexicana: Distrito Federal, Morelos y Estado de México*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2003.
- BOVINO, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1998. pp. 121-167.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.
- CARRASCO SOLIS, Javier, *Renace: un modelo mexicano de supervisión de fianzas*, serie prisión preventiva, México, Open Society Institute y Fundación Renace A.B.P., 2005.
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro *et al.* (coords.), *Cultura de la Constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal-Comisión Federal de Mejora Regulatoria-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas: un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México, National Center for State Courts-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1992.
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A., *Programa de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2002.
- LABASTIDA DÍAZ, Antonio *et al.*, *El sistema penitenciario mexicano*, México, Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, 1996.
- NIEVES SANS, Mulas, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Guatemala, Colex, 2000.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- , *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, 3 ts.

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-Centro de Investigación para el Desarrollo (CIDAC), 2004.

——— *Los mitos de la prisión preventiva en México*, México, Open Society for Justice Initiative, Serie Prisión Preventiva, 2004.