

## EL DERECHO A LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

Guillermo ZEPEDA LECUONA\*

Toda estructura jurídico-política debe tener como base y finalidad el aseguramiento de los derechos humanos; si ello no fuere así, esa estructura carecerá de valor, constituyéndose en un régimen de opresión.

Un sistema político se define y caracteriza más allá de los aspectos ideológicos, de propaganda, de los mecanismos clásicos para alcanzar el equilibrio y los límites al poder, y de su ostentación como democracia, por el reconocimiento y protección real a los derechos humanos.

Jorge CARPIZO<sup>1</sup>

*SUMARIO: I. La eficacia de los derechos humanos en el pensamiento de Jorge Carpizo. II. Nivel axiológico: el principio de inocencia y los criterios de aplicación de la prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). III. Nivel normativo: las directrices del DIDH para la aplicación de la prisión preventiva frente al ordenamiento mexicano. IV. Evidencia empírica y evaluación sobre la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal y convergencia-divergencia entre los niveles axiológicos, normativos y fenomenológicos de los criterios de aplicación de la prisión preventiva.*

Es un gran honor ser convocado por la Universidad Nacional Autónoma de México en este homenaje internacional a uno de sus hijos más esclarecidos

\* Profesor-investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente; director de Jurimetría, Iniciativas para el Estado de Derecho. Agradezco el apoyo durante la redacción de este ensayo a Angélica Solís y a Cynthia Zepeda.

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos en México”, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 481-492.

como lo fue el doctor Jorge Carpizo. Muchos de los debates actuales sobre el derecho constitucional y los derechos fundamentales en nuestro país son hijos de sus cavilaciones. Destacó por su conocimiento profundo de la doctrina constitucional, el derecho comparado y las conquistas históricas del derecho mexicano. El tema de la separación y el control del poder en beneficio de los derechos humanos fue una de sus grandes pasiones y nos legó el estudio más completo del presidencialismo en México, un fenómeno que anulaba los controles entre poderes, situando a nuestra Constitución entre las cuasidemocráticas, dentro de los criterios de clasificación ontológica propuestos por el maestro campechano, a quien se rinde homenaje en estas páginas. Arquitecto e ingeniero del andamiaje institucional del México contemporáneo, fue servidor público honrado y eficaz, que prestó enormes servicios a la República del país al que tanto amó. Descanse en paz Jorge Carpizo, y queden como albaceas de su legado los universitarios y los hombres de bien que todos los días defienden nuestras libertades y construyen un país mejor.

En este ensayo presento un breve análisis de la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal desde un enfoque sociológico. Parto de la trascendencia de la eficacia de los derechos en el análisis ontológico de la Constitución en el pensamiento del doctor Carpizo. Presento brevemente los principios fundamentales y directrices desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos para hacer realidad el principio de inocencia y para aplicar, como medida cautelar excepcional, la detención provisional (“prisión preventiva”, como la denomina nuestro ordenamiento jurídico); se presenta el régimen constitucional y legal de la aplicación de la prisión preventiva; se presenta evidencia empírica para estimar el grado de eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal. Finalmente, se hace un análisis de convergencia-divergencia entre los principios axiológicos que deberían regir la aplicación de la prisión preventiva; el régimen de aplicación establecido en el ordenamiento jurídico mexicano, y la praxis y realidad social del fenómeno de la prisión preventiva en nuestro país.

## I. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE JORGE CARPIZO

En la obra del doctor Carpizo aparece el planteamiento constitucional liberal de mostrar al régimen federal y a la separación de poderes, así como otras instituciones constitucionales, como mecanismos para separar, distribuir y controlar el poder en beneficio de los derechos humanos.

Pero además de que los derechos humanos son la razón de ser del andamiaje jurídico-político del Estado (como se establece en el epígrafe que precede estas líneas), el jurista campechano refiere que esta finalidad debe ser contrastada con la realidad y evaluar la eficacia de esos derechos. Salir “...del seguro campo de lo descriptivo para entrar al valorativo”;<sup>2</sup> “investigar cómo operan y se respetan esos principios en la realidad constitucional”. Los derechos humanos “...indican la axiología de toda la ley fundamental”.<sup>3</sup>

En su propuesta de clasificación ontológica refiere que en países como México “el individuo tiene constitucionalmente aseguradas toda una serie de garantías individuales y un digno mínimo económico, pero en realidad, estos postulados, aunque no son simple letra sin contenido, no se cumplen bien”.<sup>4</sup> Esta característica es uno de los criterios por los que el doctor Carpizo coloca a la Constitución mexicana como una Constitución cuasidemocrática.

Estas directrices se encaminan a una verificación empírica, un análisis sociológico de la eficacia de los derechos humanos. En la investigación sociológica se contrasta el deber ser con el ser de una institución jurídica. El marco conceptual y epistémico de la sociología del derecho busca describir la realidad social de una institución jurídica y explicar las realidades descubiertas por la descripción, fundando algunas generalizaciones útiles para la mejor comprensión de dicha institución.<sup>5</sup>

Luigi Ferrajoli plantea un análisis crítico del *edificio legal*,<sup>6</sup> que puede tener tantos pisos “...como los niveles normativos –Constitución, ley ordinaria, jurisdicción, actividad policial que tomemos como punto de vista o como referencia semántica”.<sup>7</sup> Entre los diversos niveles o pisos de este edificio se puede hacer un análisis de convergencia o divergencia que ponen a prueba la solidez y armonía del edificio. De esta forma, se analiza la justicia e injusticia; eficiencia o ineficiencia, así como la racionalidad o irracionalidad que pueda apreciarse en el contraste entre los diversos niveles del sistema penal.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 491.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, “La clasificación de las Constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, cit., pp. 413-433. Citas de p. 428.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 430.

<sup>5</sup> Luhmann, Niklas, “El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho”, *Teoría de los sistemas (artículos)*, 1a. edición en español, México, Universidad Iberoamericana-ITESO, 1998, pp. 135-153, y Lautmann, Rüdiger, *Sociología y jurisprudencia*, México, Fontamara, 1991, 142 pp., especialmente pp. 51 y ss.

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995, 991 pp.

<sup>7</sup> *Idem*.

El también catedrático de la Universidad de Roma señala la posibilidad de realizar diversos análisis críticos de convergencia-divergencia entre niveles. Así, al abordar el análisis fenomenológico del caso italiano en su tratado, realiza a ese sistema penal una crítica externa (*de iure condendo*) de acuerdo con el modelo axiológico de un sistema garantista, así como una crítica interna (*de iure condito*) con referencia a la Constitución. También denuncia la existencia en el sistema italiano de una triple divergencia "...entre sistema constitucional y subsistema penal ordinario; entre subsistema penal ordinario y subsistema penal de policía; entre ambos subsistemas, considerados a nivel normativo, y la praxis judicial y policial".<sup>8</sup>

En este trabajo se propone el desarrollo y descripción de tres niveles, así como tres análisis de convergencia-divergencia. En el nivel superior, las nociones filosóficas que han construido a lo largo de centurias el principio de la presunción de inocencia, así como los criterios de aplicación y limitación de una de sus principales instituciones restrictivas, como lo es la prisión preventiva. Se describirá el desarrollo que de dichos criterios de aplicación ha realizado y plasmado el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), como directriz que se ha nutrido con la doctrina, con los instrumentos y con los tratados, así como con la jurisprudencia internacionales, constituyendo el *deber ser* objetivado, que cuenta con el consenso de la comunidad internacional. En particular, se hará referencia al sistema interamericano de derechos humanos.

## II. NIVEL AXIOLÓGICO: EL PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)

El considerar y tratar como inocente a una persona sujeta a investigación o a proceso criminal, y que esta consideración solo pueda cesar por un fallo judicial firme que le declare responsable, es uno de los principios políticos fundamentales del proceso penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental, es quizás, la presunción de inocencia".<sup>9</sup>

El máximo instrumento del sistema interamericano es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, también con-

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> *Caso Figueredo Planchart*, citado en O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, nota 10, p. 399.

tiene el derecho al principio de inocencia, enunciado en su artículo 26, en los siguientes términos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.<sup>10</sup> En términos muy similares, este derecho se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:<sup>11</sup> artículo 8o., fracción 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no establezca legalmente su culpabilidad”.<sup>12</sup>

En términos similares se establece este principio en instrumentos internacionales fundamentales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup> (PIDCP) y el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.<sup>14</sup>

El Comité de Derechos Humanos establecido por el PIDCP, analizando este instrumento, ha desarrollado el siguiente contenido del principio de inocencia:

En virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. Además, la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso.<sup>15</sup>

En junio de 2008, la Constitución mexicana adoptó expresamente este principio.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>11</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980; ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> Parte III, artículo 14, fracción 2: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. *Op. cit.*, nota 31, p. 48. Pacto adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por México el 23 de marzo de 1981, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981, entró en vigor para México el 23 de junio del propio 1981. *Ibidem*, p. 42.

<sup>14</sup> Principio 36.1: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa”. *Ibidem*, p. 223. Adoptado el 9 de diciembre de 1988. *Ibidem*, p. 215.

<sup>15</sup> Observación General 13, parr. 7. Citado en *op. cit.*, nota 24, p. 132.

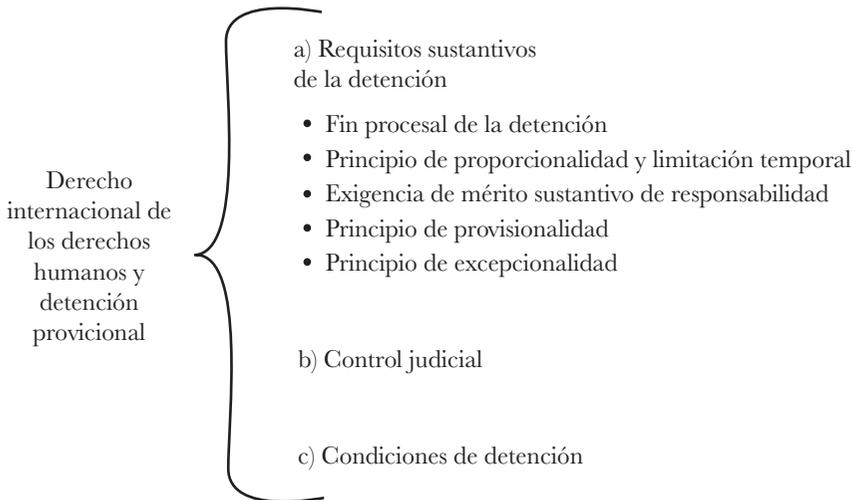
<sup>16</sup> “Art. 20, inciso B. *De los derechos de toda persona imputada*:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

El principio de inocencia solo puede ser desvirtuado tras un debido proceso, con pruebas suficientes a cargo del órgano de acusación que supere toda duda del juzgador. Como se ha señalado, entre los derechos que dan contenido al tratamiento del imputado como inocente está, en primer lugar, el derecho fundamental de enfrentar el proceso penal en libertad. La antinomia de este derecho es la detención provisional o prisión preventiva. La libertad durante el proceso es un contenido o implicación esencial de la presunción de inocencia, e incluso organismos internacionales de protección de los derechos humanos han considerado que la prisión preventiva vacía el contenido de la presunción de inocencia.<sup>17</sup>

Aunque contradictorio con el principio de inocencia, la mayoría de los tratadistas han considerado a la prisión preventiva como un mal necesario. Una vez que se admite como necesaria, los tratadistas han señalado la necesidad de reducirla a su menor expresión. Este conjunto de restricciones desarrolladas por el DIDH se presenta de forma sintetizada en el siguiente diagrama:

*Directrices del DIDH para la aplicación de la detención provisional o prisión preventiva*



<sup>17</sup> Por ejemplo, véase párrafo 80 del Informe 12/96 de la CIDH en el caso 11.245, *Jorge A. Giménez vs. Argentina*.

### III. NIVEL NORMATIVO: LAS DIRECTRICES DEL DIDH PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA FRENTE AL ORDENAMIENTO MEXICANO

El sistema penal constitucional mexicano está en un momento de transición. La reforma de junio de 2008 que busca restablecer el sistema acusatorio en nuestro país establece un régimen de entrada en vigencia que concluye en junio de 2016. El nuevo sistema acusatorio también incorpora ajustes al régimen de aplicación de la prisión preventiva. Hasta octubre de 2013 el nuevo sistema procesal ya había entrado en vigencia en 13 de las 31 entidades federativas del país, por lo que todavía en la mayor parte del territorio nacional se sigue aplicando el régimen anterior de aplicación de la medida cautelar extrema. En este apartado se describe el nuevo régimen y se señalan en notas al pie los contrastes respecto del sistema tradicional al que le restan tres años de vigencia.

Como medida cautelar, la prisión preventiva solo debe atender a los objetivos de preservar el proceso y sus consecuencias, por lo que únicamente el riesgo de fuga, la posibilidad de que el imputado obstaculice las investigaciones o la protección de las víctimas, son las únicas causas por las que puede justificarse su aplicación (fin procesal de la detención). Este principio se respeta en la Constitución, pues estas causas de justificación se establecen en el artículo 19 de la norma fundamental mexicana:

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.

La última de las causales para la justificación de la aplicación de la medida no encuentra fundamento en el DIDH, ya que en el primer caso (que esté siendo procesado) se violenta el principio de inocencia, y en el segundo (sentenciado) implica una consecuencia de la reiteración, que sería una especie de sanción adicional, que no tiene nada que ver con el proceso penal para el que se dicta la medida cautelar, con lo que se desnaturaliza su esencia al no estar relacionada con la preservación del proceso penal.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> El régimen anterior (vigente en los estados en los que aún no se adopta el sistema acusatorio) también incorporaba esta noción “sustantivista” de la detención provisional o prisión preventiva (término acuñado por Alberto Bovino), pues el artículo 20, apartado A,

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad y limitación temporal de la prisión preventiva, la Constitución lo contempla al establecer que “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva” (artículo 18 constitucional), así como al señalar:

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.<sup>19</sup>

La duración del encarcelamiento preventivo por un tiempo nunca mayor al límite máximo de la pena prevista para el ilícito que se impute al procesado es apenas el mínimo de los requisitos establecidos por el DIDH. Más relevante es la referencia de que “...en ningún caso será superior a dos años...”. En algunos códigos reformados de los estados en los que ya opera el sistema acusatorio se instrumenta este límite de manera solvente.

En otros estados con sistema acusatorio y en los estados en los que aún opera el sistema tradicional se impone la excepción: “salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”. Esto sucede a través de los criterios jurisprudenciales, que en nuestro país supeditan la garantía al proceso en un plazo razonable a la garantía de defensa, por ejemplo, “Defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la de obtención de una sentencia en breve lapso” (2002) y se emitió la tesis: “Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia” (2002). De esta forma, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable quedó expresamente supeditada a la garantía de defensa Y la garantía de libertad ¿también? Mala aritmética constitucional la que no puede aplicar la propiedad conmutativa a sus garantías.

Por lo que se refiere a la exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad, su adopción no es pacífica en el ámbito del DIDH,<sup>20</sup> porque implica

de la Constitución, antes de la reforma de junio de 2008 establecía: “En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley que también”.

<sup>19</sup> Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>20</sup> Por ejemplo, puede consultarse el debate sobre este principio en Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

aspectos propios de la sentencia, que no tienen que ver con la naturaleza de una medida cautelar. Esta exigencia plantea fundamentalmente el que en los casos en los que se aplique la prisión preventiva, como la medida cautelar extrema y más gravosa, se cuide la solidez de los elementos de la acusación. En México, el análisis de los datos y evidencias de la imputación se analizan en la audiencia de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional). En caso de que se vincule a proceso al imputado es cuando se aborda la medida cautelar que podría aplicarse, pero en este supuesto la argumentación versa exclusivamente sobre las causales de justificación de la medida, sin abordar lo relativo a la probable responsabilidad del imputado.

Alberto Bovino señala que el principio de provisionalidad “solo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla”.<sup>21</sup> Además, este principio implica que estén expeditos los medios procesales para solicitar la revisión sobre la pertinencia o no de que la medida cautelar cese. El texto constitucional mexicano no aborda expresamente este principio, pero se puede desprender del principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. En la legislación secundaria del país está prevista la posibilidad de plantear la revisión de la medida de la prisión preventiva y solicitar una medida cautelar menos gravosa por “causas supervinientes” (véase por ejemplo, el artículo 401 del Código Federal de Procedimientos Penales).

La exigencia de que la prisión preventiva sea excepcional es el punto de partida y el punto de llegada en el análisis de esta institución. El principio es expreso, en el ya citado segundo párrafo del artículo 19 constitucional: “El Ministerio Público *sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar...*”<sup>22</sup> (cursivas agregadas). Es decir, se debe agotar antes el análisis de las medidas cautelares menos gravosas y dejar la prisión preventiva como la última opción.

La verificación de este principio es la prueba de fuego para determinar la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal; es decir, en la medida en que realmente sea excepcional su aplicación, querrá decir que

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 160.

<sup>22</sup> El régimen constitucional anterior también fraseaba de inicio esta excepcionalidad (aunque seguido de restricciones y “excepciones” muy significativas): “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando...” (artículo 20, apartado A, fracción primera, del texto constitucional anterior, que todavía rige el proceso de los estados que no han adoptado el sistema acusatorio, derivado de la reforma de junio de 2008).

las providencias tomadas por el ordenamiento jurídico y la operación cotidiana del sistema penal logra preservar el valor del principio de inocencia en uno de sus elementos clave: reducir a su menor expresión el fenómeno de la prisión preventiva.

El control judicial de la detención preventiva refiere que la limitación de un derecho fundamental como el de enfrentar en libertad el proceso debe estar necesariamente sujeta al conocimiento y control judicial. Este principio es fundamental para que los valores que inspiran los principios de aplicación de la prisión preventiva, que se han descrito en este apartado, tengan eficacia. El juez es el garante de que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional.

A partir de 1993, el sistema constitucional de aplicación de la prisión preventiva optó por establecer que las personas vinculadas a proceso por delitos considerados graves perderían el derecho a la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, aun en ese inapropiado esquema se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de delitos graves; sin embargo, se dejó al legislador ordinario la determinación de los delitos deberían considerarse como graves.

A partir de la reforma de 2008 se ha pretendido dejar la aplicación de la medida cautelar abierta a la argumentación jurídica de las partes (en igualdad de condiciones) ante la presencia del juez. En este modelo el control judicial permite realizar consideraciones específicas sobre las circunstancias y características del imputado, que hace posible evaluar el caso concreto, determinar la viabilidad de una medida cautelar menos gravosa o verificar el riesgo fundado de fuga o la posibilidad de obstaculizar la investigación de la verdad, así como el riesgo fundado de que se atente contra la víctima o contra la sociedad.

Sin embargo, el propio texto constitucional establece cinco delitos, para los que, de oficio, los jueces deben imponer la prisión preventiva:

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.<sup>23</sup>

Como se puede apreciar, deja subsistente la posibilidad de que el legislador local establezca delitos “inexcusables” (como los denomina Luigi

<sup>23</sup> Artículo 19 constitucional, segundo párrafo.

Ferrajoli) en determinadas materias, así como en los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, que deja abierta la posibilidad de impedir, de oficio, la libertad durante el proceso a una amplia tipología de conductas delictivas, como sucede actualmente con los “catálogos de delitos graves” de los códigos procesales tradicionales. En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos graves (y por lo tanto, *inexcarcelables*) del artículo 194 contemplaba en 2007, 127 modalidades delictivas.<sup>24</sup>

Luigi Ferrajoli, quien critica los criterios de aplicación de la medida cautelar *ex lege* o automática,<sup>25</sup> indica que el juzgador debe aplicar la legislación de acuerdo con los hechos comprobados y verificados, y que la ideología mecanicista de la aplicación de la ley es incompatible con la epistemología garantista.<sup>26</sup>

Respecto de las condiciones de la detención durante la prisión preventiva, la disposición XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona detenida “tiene derecho... a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.<sup>27</sup> En el mismo sentido, en las Reglas de Tokio se refiere en particular que la prisión reventiva *deberá ser* aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano” (6.2).<sup>28</sup>

“Además, estarán separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”.<sup>29</sup> Por disposición expresa de la Constitución mexicana (artículo 18), la prisión preventiva deberá desarrollarse en un sitio distinto del que se destine para la extinción de las penas, y estarán completamente separados.

<sup>24</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *Castigo sin crimen: la prisión preventiva en México, trayectoria, alcances y alternativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 424. En preparación editorial.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 554.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 25 y 26.

<sup>28</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, t. 1, p. 274.

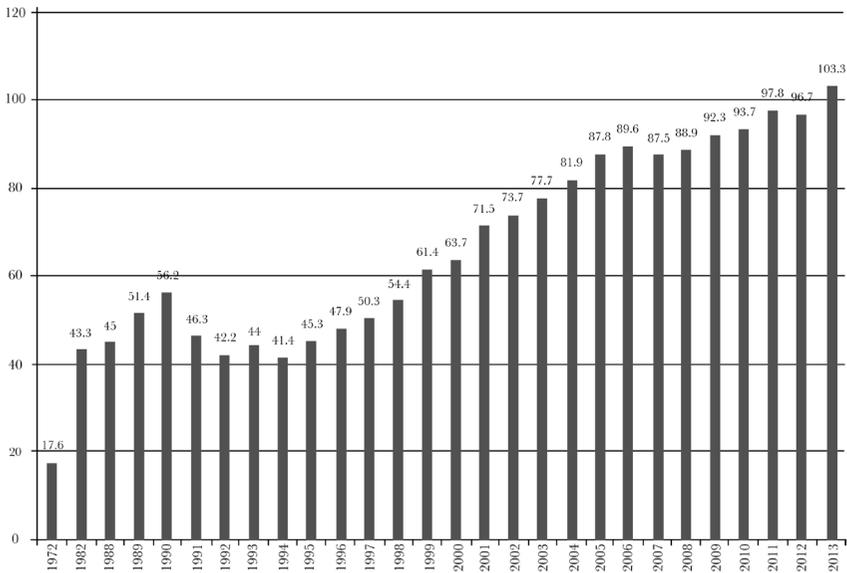
<sup>29</sup> Artículo 10, párrafo 2, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Ibidem*, t. 1, p. 47. En el caso *Pinkney*, el Comité de Derechos Humanos consideró “*que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados)*”, *op. cit.*, p. 223.

#### IV. EVIDENCIA EMPÍRICA Y EVALUACIÓN SOBRE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DURANTE EL PROCESO PENAL Y CONVERGENCIA-DIVERGENCIA ENTRE LOS NIVELES AXIOLÓGICOS, NORMATIVOS Y FENOMENOLÓGICOS DE LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En este apartado se presentará la evidencia estadística sobre la dimensión y trayectoria del fenómeno de la prisión preventiva. Posteriormente, se realizará una evaluación para determinar si los principios que deben regir la aplicación de la prisión preventiva de acuerdo con el DIDH se han adoptado en México, así como su eficacia.

Finalmente, se hará una reflexión general sobre la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal en México, como uno de los componentes centrales de la eficacia del principio de inocencia.

Gráfica 1  
*Presos sin condena en México (miles)*

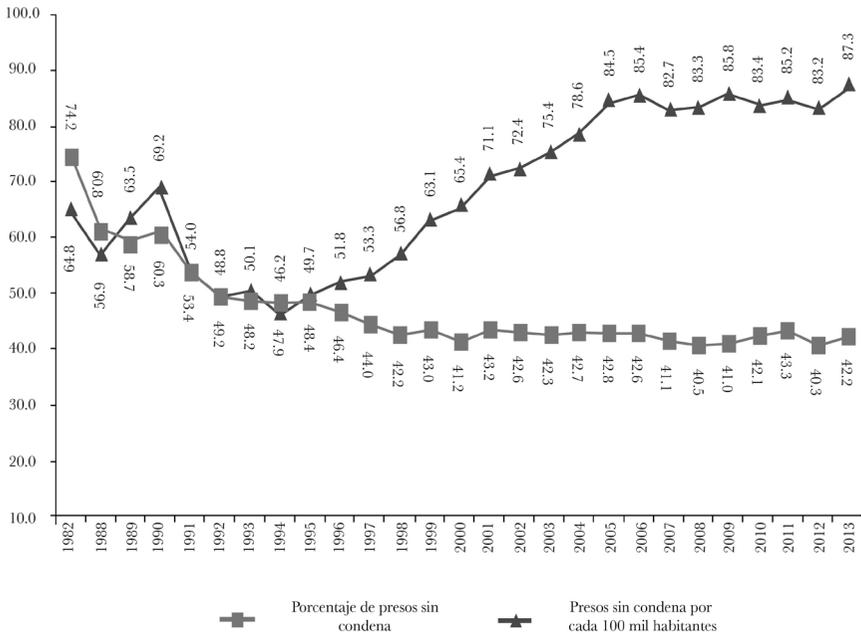


FUENTE: 1972 y 1982, Carranza (1983); 1988-2000; y 2013, Secretaría de Gobernación y 2001-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2013 corresponde al mes de mayo.

Desde hace veinte años el número de personas privadas de la libertad durante su proceso penal se ha incrementado por encima de la tasa de cre-

cimiento poblacional (véase gráfica 1). En mayo de 2013, 103 mil personas se presumían inocentes ante la Constitución, pero en la práctica sobreviven y duermen en prisión, como lo hacen los internos ya condenados.

Gráfica 2  
*Trayectoria de los indicadores nacionales de prisión preventiva en México (ambos ámbitos de competencia)*



FUENTE: 1972-1982, Carranza (1983); 1988-2000; y 2013, Secretaría de Gobernación y 2001-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2013 corresponde al mes de mayo. Los datos sobre población son del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Existen tres formas de medir el fenómeno de la prisión preventiva: a) como porcentaje de la población penitenciaria;<sup>30</sup> b) con relación a la población, generalmente por cada 100 mil habitantes, y c) imputados procesados en prisión, respecto del total de imputados vinculados a proceso. A pesar de que este último es muy ilustrativo de la intensidad con la que se utiliza la medida, generalmente no se genera la información para obtener el

<sup>30</sup> Aunque este depende de diversos factores, como la duración del proceso y la severidad de las sanciones promedio, y no solo a variables procesales o relacionadas con la aplicación de la medida cautelar.

indicador,<sup>31</sup> y no es frecuente disponer del dato en otros países. De los otros dos indicadores se ofrece la trayectoria en nuestro país, así como evidencia internacional comparada.

Como porcentaje de la población penitenciaria, la prisión preventiva se ha estabilizado en alrededor del 42 por ciento; no obstante el progreso del indicador respecto de décadas anteriores, este indicador sigue ubicando a nuestro país entre el 25 por ciento de los países con mayor proporción de sus internos sin condena (véase tabla 1).

Tabla 1  
*Comparativo internacional del porcentaje de la población penitenciaria sin condena*

<i>Lugar que ocupa</i>	<i>País</i>	<i>Porcentaje de población penitenciaria sin condena</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
1	Bolivia	83.6	9,627
2	Paraguay	71.2	4,486
6	Nigeria	69.6	36,821
10	Perú	58.5	35,913
15	Andorra	55.6	23
21	Argentina	50.4	30,638
24	Panamá	50.1	6,180
40	México	42.2	103,297
44	Colombia	30.8	35,842
68	Turquía	23.5	30,455
110	Estados Unidos	21.5	481,546
118	Ucrania	19.1	27,598
125	Rusia	15.2	105,716
137	Japón	11.3	7,773
143	Rep. Checa	14.6	2,369
156	Singapur	8.8	1,100
161	San Marino	0	0

FUENTES: Base de datos obtenida del International Center for Prison Studies ([prisonstudies.org](http://prisonstudies.org)), con información, para la mayoría de los países, de 2011 y 2012. En dicha base, la información para México es: 41.3 por ciento (100,257 internos en prisión preventiva). Aquí se toman los datos de mayo de 2013 de la Secretaría de Gobernación.

<sup>31</sup> Afortunadamente, en México, varios estados con el nuevo sistema acusatorio están generando esta información. Tal es el caso de Morelos, Baja California y Chihuahua.

Ciento tres mil personas representan 87.3 presos sin condena por cada 100 mil habitantes, que posiciona al país entre el 25 por ciento de los países con mayor indicador (véase tabla 2).

Tabla 2  
*Comparativo internacional de población penitenciaria sin condena por cada 100 mil habitantes*

<i>Lugar que ocupa según procesados por cada 100 mil habitantes</i>	<i>País</i>	<i>Internos sin condena por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
1	Panamá	209.3	7,474
4	Estados Unidos	152.3	476,764
8	El Salvador	131.8	8,208
16	Venezuela	97.7	28,771
18	Sudáfrica	96.0	48,417
19	Belice	95.7	304
22	México	87.3	103,297
23	Rusia	86.6	123,755
38	Turquía	73.1	53,848
63	Chile	59.9	10,343
72	Colombia	55.4	26,009
94	España	27.5	12,758
119	Nigeria	21.3	34,600
123	India	20.2	250,307
137	Alemania	13.3	10,894
154	Islas Faroe	3.2	2

FUENTES: Base de datos obtenida del International Center for Prison Studies (prisonstudies.org), con información, para la mayoría de los países, de 2011. Para Estados Unidos, El Salvador, islas Faroe e India: 2009; Colombia, Venezuela y Panamá: 2010. En dicha base, la información para México es: 85.3 (100,304 internos en prisión preventiva). Aquí se toman los datos de mayo de 2013 de la Secretaría de Gobernación.

Estos datos evidencian un uso intensivo de esta medida cautelar en México. El análisis de la evidencia empírica sobre la dimensión y trayectoria del fenómeno de la prisión preventiva en México permite afirmar que en el país se hace un uso excesivo de esta medida cautelar, por lo que *no se cumplen el principio de excepcionalidad ni el de proporcionalidad*. La reforma penal ha introducido mecanismos institucionales que han permitido que algunos de los estados en los que ya opera el nuevo modelo acusatorio hayan logrado revertir esta tendencia.

Una de las principales razones<sup>32</sup> de este uso y abuso de la aplicación de la prisión preventiva se deriva de la *debilidad del principio del control judicial* de dicha aplicación. Como se describió, el legislador federal y los legisladores locales han adoptado el esquema de catálogo de delitos graves o establecer como criterio de gravedad el término medio aritmético de la pena privativa de libertad, al mismo tiempo que se registra un incremento sistemático de las sanciones establecidas en los códigos.

El delegar al legislador ordinario este cuestionable criterio de gravedad cancela, además, la posibilidad de que se cumpla el principio fundamental del DIDH de la aplicación de la prisión preventiva, que es el control judicial de la aplicación de la medida cautelar. El nivel de abstracción y generalidad que caracteriza a la ley es una de los principales elementos que propicia la irracionalidad en la aplicación de la prisión preventiva, pues si la conducta atribuida por el Ministerio Público al inculcado corresponde a una figura contemplada por ley como delito grave, el juez tendrá que imponer la medida cautelar, independientemente de que las peculiaridades de las circunstancias del hecho o de la persona inculpada permitan asumir que no se configura un riesgo fundado para que se verifique el proceso.

La imputación de la comisión de un “delito grave” es el supuesto preponderante de aplicación de la prisión preventiva, pues en un muestreo que se realizó en casos de aplicación de la prisión preventiva en Jalisco, 94.2 por ciento se derivaban de la vinculación a proceso por la imputación de un delito grave; 5 por ciento, por la imposibilidad de cubrir la caución para acceder a la libertad durante el proceso, y 0.8 por ciento por revocación de una medida menos gravosa por incumplimiento de las condiciones judiciales impuestas.<sup>33</sup>

En el nuevo sistema de justicia, al solicitar la imposición de la prisión preventiva, los ministerios públicos deben argumentar y probar ante el juez el riesgo de que la persona en proceso penal se fugue o que represente algún peligro para la víctima, para la investigación o para la sociedad. En estos estados ya no es forzosa por ley la prisión preventiva por robos menores, por lo que se ha registrado una reducción en el uso de la prisión preventiva.

<sup>32</sup> En trabajos previos he analizado con mayor detalle las causas y razones sociales e institucionales del abuso en la aplicación de la prisión preventiva en México. Véase, por ejemplo, Zepeda Lecuona, Guillermo, *op. cit.*, y Zepeda Lecuona, Guillermo, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”, en García Ramírez, Sergio *et al.* (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal: proceso penal y justicia penal internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 229-246.

<sup>33</sup> Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Monterrey, N. L., Open Society Institute, 2010, p. 82.

En la mayoría de estos trece estados el populismo penal ha llevado a que se comiencen a engrosar los delitos para los que se contemple prisión preventiva oficiosa; sin embargo, solo en Chihuahua y Durango se ha registrado en incremento en los indicadores de prisión preventiva (véase tabla 3).

Tabla 3  
*Población en prisión preventiva por delitos de competencia local  
 en estados con sistema acusatorio*

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Baja California	5,987	7,360	8,307	7,340	6,205	5,709	4,574	4,618
	57.12%	58.27%	60.19%	53.32%	47.08	44.88%	37.77%	37.23%
Chihuahua	2,074	2,024	1,959	1,304	1,242	1,707	2,353	2,680
	44.41%	43.93%	42.15%	33.67%	33.82%	42.73%	47.46%	46.74%
Durango	1,136	1,395	1,504	1,388	1,241	866	948	800
	54.43%	60.65%	61.36%	56.19%	54.69%	57.35%	49.12%	42.08%
México	6,989	7,384	7,315	6,680	6,847	6,884	5,813	5,471
	43.61%	42.71%	44.52%	40.53%	40.91%	40.44%	34.70%	32.73%
Morelos	1,218	1,222	1,139	1,224	1,079	914	967	800
	49.11%	46.77%	43.44%	47.26%	42.75%	35.09%	35.67%	30.46%
Zacatecas	363	358	345	345	304	283	281	323
	41.97%	37.18%	32.89%	33.01%	32.14%	30.93%	31.02%	35.61%
Nacional	69,762	71,553	70,718	69,562	70,222	71,710	76,195	72,187
	45.20%	44.46%	43.05%	40.96%	40.50%	40.25%	41.27%	38.55%

FUENTE: Elaborado con base en las estadísticas judiciales en materia penal del INEGI. Las cifras en tinta roja refieren los años en los que ha estado en vigencia el nuevo sistema acusatorio en la entidad.

Otra de las consecuencias del abuso en la aplicación de la prisión preventiva es la saturación del sistema penitenciario. Actualmente la ocupación penitenciaria promedio en México es de 126 por ciento. Para la Organización de las Naciones Unidas, más de 120 por ciento de ocupación penitenciaria se considera como hacinamiento y un trato cruel e inhumano. Sin embargo, esta tasa de ocupación es apenas un promedio. Los centros penitenciarios más grandes del país están a más del 200 por ciento de su capacidad. Dos de cada tres internos en México están en situación de hacinamiento.

miento. Uno de cada tres internos del país (sobre)vive en el Distrito Federal, en el Estado de México o en Jalisco.

Las concentraciones de entre tres mil y trece mil personas son bombas de tiempo esperando en detonación en los centros penitenciarios, como los preventivos Sur (252 por ciento de ocupación penitenciaria), Oriente (al 233 por ciento), y Norte (al 220 por ciento) en el Distrito Federal; Puente Grande (al 258 por ciento) y el Centro Preventivo de Guadalajara (al 234 por ciento) en Jalisco, así como el Centro Penitenciario de Ecatepec, al 298 por ciento de su capacidad en el Estado de México. Con menos de 3 mil internos, pero con mayor hacinamiento, están los centros de Jilotepec (al 353 por ciento) y Chalco (al 305 por ciento) en el Estado de México.

De esta forma, las condiciones de reclusión de las personas en prisión preventiva no corresponden a los mínimos establecidos por el DIDH. La saturación de los centros penitenciarios y la insuficiencia de la infraestructura, así como las medidas de seguridad, provocan que en la práctica no se cumpla la obligación constitucional de que los internos procesados estén “completamente separados” (artículo 18 constitucional, párrafo primero, y Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Internos de Naciones Unidas, artículo octavo). Como señala un estudio sobre el sistema penitenciario mexicano, “La evidencia que arroja la estadística penitenciaria es la violación del precepto constitucional sobre la separación de internos por grado de peligrosidad y según su situación jurídica”.<sup>34</sup>

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las deficiencias en la clasificación criminológica de los internos, así como la falta de separación entre procesados y sentenciados en áreas comunes, son factores que reducen la eficacia de la reinserción social del interno, uno de los cinco rubros de evaluación de dicho diagnóstico. En los cien centros penitenciarios evaluados en dicho estudio (de entre las más pobladas del país, que concentran al 75 por ciento de los internos) se documentaron anomalías al respecto. Se refiere que la “inadecuada clasificación criminológica y por situación procesal [son parte] de la problemática imperante en el sistema penitenciario”.<sup>35</sup> Incluso se refieren casos de incumplimiento en la separación entre hombres y mujeres.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> Patiño Arias, José Patricio, *Nuevo modelo de administración penitenciaria*, México, Porrúa, 2010, p. 248. Cita de p. 106.

<sup>35</sup> *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2012, 350 pp. Disponible en internet: <http://dnsp.cndh.org.mx/#>. Cita de p. 6.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 3.

Además de un hacinamiento predominante, se ha documentado que en los centros penitenciarios prevalece la corrupción y el autogobierno (que quienes mandan son las camarillas de internos que someten y extorsionan al resto). En el sistema penitenciario nacional hay ocho internos por cada custodio, y considerando los turnos, las vacaciones, las incapacidades o las comisiones, llega a haber hasta 25 o 30 internos por custodio (para no hablar de los días de visita).

Los motines, las fugas, los suicidios, las riñas y los homicidios se han incrementado exponencialmente. En 2011 se registraron 116 homicidios, y en 2012 se superó la cifra, rondando los 160. Según informó en septiembre de 2012 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en las cárceles mexicanas se habían cometido 352 homicidios en dos años.<sup>37</sup> Los grupos del crimen organizado han extendido sus disputas a los centros penitenciarios. Un interno de los centros penitenciarios de Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa o Durango tiene ocho veces más probabilidades de morir hoy que la población en general de nuestro país.

Las adicciones, las enfermedades y la reducción en la expectativa de vida por el creciente deterioro de las condiciones de internamiento son un tema humanitario y de salud pública. La prevalencia del sida entre los varones en reclusión es el doble de la población en general, y entre las mujeres internas es cinco veces mayor que la prevalencia de las mujeres en libertad.

Las cifras son elocuentes al referirnos a la crisis de nuestro sistema penitenciario y a la política criminológica equivocada que nos ha llevado a este deterioro. Deben impulsarse las sanciones alternativas a la prisión y deben profundizarse las mejores prácticas del nuevo sistema de justicia penal, que permiten un uso más racional de la prisión preventiva. El genocidio carcelario en México es un pésimo referente de nuestra sociedad. Transformar esta realidad es un imperativo ético y una emergencia humanitaria que no podemos ignorar.

Volviendo al análisis de la eficacia de los derechos humanos en el pensamiento de Jorge Carpizo, siguiendo las directrices del jurista campechano, tratamos de indagar cómo opera el principio de inocencia y los criterios de aplicación de la prisión preventiva en la realidad constitucional mexicana y constatamos un bajo nivel de cumplimiento. Aunque se ha avanzado con la reforma constitucional de 2008 hacia el fortalecimiento de la libertad durante el proceso, se deben sortear inercias y la evidencia de un pobre cumplimiento.

<sup>37</sup> *Idem.*

El incumplimiento de los criterios desarrollados por el DIDH y los principios constitucionales de la aplicación de la prisión preventiva refieren un rezago cuasidemocrático (usando la categoría desarrollada por Jorge Carpi-zo) en la operación del sistema penal mexicano, y la ineficacia de los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad durante el procedimiento penal indica un gran pasivo de nuestra ley fundamental.