



Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública



TECNOLÓGICO DE MONTERREY

EGAP

Escuela de Graduados en Administración
Pública y Política Pública



CÁTEDRA
ESTADO DE DERECHO

Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública

Coordinadores:

Gabriel Cavazos Villanueva

Cátedra Estado de Derecho
Escuela de Graduados en Política Pública
y Administración Pública del Tecnológico
de Monterrey (EGAP)

Martín Carlos Sánchez Bocanegra

Institución Renace, A.B.P.

Denise Tomasini-Joshi

Open Society Justice Initiative

Compilador:

Javier Carrasco Solís

Proyecto Presunción de Inocencia en
México, Open Society Justice Initiative

ISBN: 968-891-133-X

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente de la Institución Renace, A.B.P., la Open Society Justice Initiative, el Proyecto Presunción de Inocencia en México de la Open Society Justice Initiative, el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM), la Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), los coordinadores o el compilador. El hecho de que las conferencias aparezcan publicadas no significa que las instituciones antes mencionadas, los coordinadores o el compilador se solidaricen con el contenido de los mismos.

Cátedra Estado de Derecho
Escuela de Graduados en Política Pública y
Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP)

Avenida Fundadores y Rufino Tamayo s/n

Colonia Valle Oriente

San Pedro Garza García, N.L. CP 66269

Tel: + 52 81 8625-8333 y 34

www.itesm.mx/egap

INSTITUCIÓN RENACE, A.B.P.

José María Morelos 1032 Ote.

Barrio Antiguo, Colonia Centro

Monterrey, N.L. CP 64000

Tel: + 52 81 1052-8930 al 33

www.renace.org.mx

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE

400 West 59th Street

New York, NY 10019 USA

Tel: +1 212 548 0157

Fax: +1 212 548 4662

www.justiceinitiative.org

Contenido

Agradecimientos (Cátedra Estado de Derecho, EGAP)	9
Presentación de los coordinadores	
- <i>Dr. Gabriel Cavazos Villanueva (Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey, EGAP)</i>	
- <i>Lic. Martín Carlos Sánchez Bocanegra y Dra. Denise Tomasini-Joshi (Renace y Open Society Justice Initiative)</i>	
Introducción (<i>Dr. Javier Carrasco Solís</i>)	15
Capítulo I	21
Principio de presunción de inocencia (<i>Magistrado Rodolfo Acosta Muñoz</i>)	
Capítulo II	27
Estándares internacionales y el proceso de reforma a la prisión preventiva en América Latina	
I. Estándares internacionales su relevancia para la reforma en México (<i>Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez</i>)	
II. Reforma a la prisión preventiva en América Latina: Lecciones aprendidas (<i>Mtro. Cristián Riego Ramírez</i>)	
III. Experiencias de países latinoamericanos en la reforma a la prisión preventiva	
A. Chile (<i>Mtra. Verónica Venegas</i>)	
B. Honduras (<i>Mtro. Rigoberto Ochoa</i>)	
Capítulo III	43
Costos económicos y sociales de la prisión preventiva	
I. Mitos y costos económicos de la prisión preventiva en México (<i>Dr. Guillermo Zepeda Lecuona</i>)	
II. Impacto de la prisión preventiva: Herramientas útiles de medición e implicaciones epidemiológicas	
A. Herramientas útiles de medición de la prisión preventiva (<i>Prof. Adam Stapleton</i>)	
B. Implicaciones epidemiológicas de las condiciones carcelarias (<i>Prof. Rob Allen</i>)	
III. La prisión preventiva y las políticas criminológicas en que se sustenta (<i>Dra. Elena Azaola</i>)	
Capítulo IV	59
Reforma de la prisión preventiva en México	
I. Reforma procesal penal a nivel federal	
A. Antecedentes del debate de la prisión preventiva en la reforma integral (<i>Dra. Ana Laura Magaloni</i>)	
B. Lo político y lo empírico: Implicaciones para el debate de la reforma integral (<i>Dr. Robert Varenik</i>)	
C. Perspectivas políticas (<i>Lic. Verónica Aguilera Orta</i>)	

- II. Prisión preventiva: Reforma estatal
 - A. Nuevo León
 - 1. Fundamentos, aspectos y resultados de la reforma de Nuevo León
(*Lic. Hugo Campos Cantú*)
 - 2. Implementación de la reforma de Nuevo León
(*Lic. Catarino García Herrera*)
 - B. Chihuahua (*Lic. Martha Silvia Chávez Loya*)
 - C. Oaxaca (*Lic. Juan de Jesús Vásquez Urdiales*)
 - D. Zacatecas (*Lic. Federico Soto Acosta*)
- III. Estudio sobre prisión preventiva en Nuevo León (*Dr. Javier Carrasco Solís*)

Capítulo V

91

Mecanismos de implementación: Herramientas para el manejo de las medidas cautelares

- I. Herramientas para el manejo de las medidas cautelares (*Prof. Timothy Murray*)
- II. Programa integral de supervisión de Renace
(*Lic. Martín Carlos Sánchez Bocanegra*)
- III. Mecanismos de implementación: Maximizando la libertad y minimizando los riesgos (*Mtro. Martin Schönreich*)

Capítulo VI

105

Lecciones internacionales: Manteniendo el progreso de la reforma y previniendo su deterioro (*Dr. Todd Foglesong*)

Conclusión y recomendaciones (*Dr. Javier Carrasco Solís*)

113

Apéndice

119

Prisión preventiva y la reforma constitucional (*Dr. Javier Carrasco Solís*)

Agradecimientos

Agradecemos a Open Society Justice Initiative por financiar el costo de la conferencia nacional *Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública* a través del Proyecto Presunción de Inocencia en México, que en colaboración con Institución Renace, A.B.P., Open Society Justice Initiative ha estado organizando eventos y estudios para incluir en la agenda de la reforma el tema de la racionalización del uso de la prisión preventiva. Ambas instituciones, a través del Proyecto referido, organizaron la conferencia y en conjunto con la Cátedra Estado de Derecho de la EGAP trabajaron arduamente para la publicación del presente documento. Adicionalmente agradecemos a Open Society Justice Initiative por la contribución económica y la edición de esta publicación.

La planeación de la conferencia tomó grandes esfuerzos por parte de los organizadores, agradecemos al personal de Open Society Justice Initiative y de Renace. Específicamente se agradece al Dr. Javier Carrasco Solís, que en calidad de Project Manager, sirvió como coordinador general del evento. La Mtra. Megan Crowe-Rothstein, Project Fellow, y la Mtra. Claudia Pumarejo Martínez, investigadora jurídica, ambas del Proyecto Presunción de Inocencia en México, se responsabilizaron de la logística, planeación estratégica, compilación y desarrollo de materiales y de las múltiples actividades que se requirieron para la realización del evento.

También se agradece a los relatores de la Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, en específico a la Mtra. Carolina González-Pineda, quien los coordinó y que participó en la preparación del presente documento.

Institución Renace, A.B.P.

Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de
Graduados en Administración Pública y Política
Pública del Tecnológico de Monterrey

Presentación de los coordinadores

Cátedra Estado de Derecho Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP)

La Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), en adelante la Cátedra, tiene el agrado de presentar las conclusiones de la conferencia nacional “*Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública*”.

En concordancia con la Misión 2015 del Tecnológico de Monterrey, la EGAP tiene un compromiso con la promoción de políticas públicas que tengan como eje el cumplimiento de los principios del Estado de Derecho. Por ello, la Cátedra, reconoce que el respeto a las garantías de las personas, contempladas tanto en la legislación nacional como en el derecho internacional, es un pilar básico de cualquier reforma a la justicia penal.

En los esfuerzos para la realización de esta conferencia y la producción de esta memoria, la Cátedra reconoce la labor emprendida por las organizaciones no gubernamentales Open Society Justice Initiative y Renace, con quienes sumamos esfuerzos en la difusión del conocimiento con miras a lograr cambios políticos y jurídicos viables y eficientes, partiendo de la premisa de transformar el conocimiento en soluciones reales.

La reforma judicial penal y la figura de la prisión preventiva cobra especial relevancia ante la necesidad de armonizar los intereses de la sociedad en general, el cumplimiento de las garantías de los individuos y la observancia de los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos. La conferencia de la que han surgido las conclusiones que en esta publicación se presentan genera importantes aportaciones al estudio y comprensión de dicha figura jurídica desde vertientes más allá del propio Derecho, ya que como cualquier fenómeno social involucra aspectos socioeconómicos de especial relevancia, como es el caso de la afectación a las familias de los inculpados.

Un aspecto que ha sido considerado en su justa medida por Renace y la Open Society Justice Initiative, es la oportuna comparación con experiencias de reformas judiciales penales en otros países y el manejo que la prisión preventiva ha desarrollado en contextos latinoamericanos. El análisis comparado de instituciones jurídicas es una de las herramientas de investigación más importantes que se promueven en el EGAP, tanto desde la Cátedra Estado de Derecho, como desde la Maestría en Derecho Internacional y los demás programas de graduados de la escuela.

El documento que se presenta en esta ocasión es una muy valiosa aportación para la cabal comprensión de las diversas dimensiones de estudio que, como punto de partida, deben tomarse en consideración por parte de autoridades, abogados, instituciones educativas, estudiantes y medios de comunicación en la difusión, interpretación y aplicación del Derecho.

México enfrenta retos enormes en materia de Estado de Derecho. El hacer cambios efectivos en esta materia es fundamental para la viabilidad de nuestro país. Ciertamente el combate al crimen y a la impunidad tiene múltiples vertientes, pero se tiene que comenzar por hacer cambios radicales en las estructuras que conllevan también a cambios de paradigmas culturales.

Bienvenida pues esta contribución a un tema sin duda esencial para enfrentar los retos a los que nos hemos referido. Nuestro reconocimiento a quienes han hecho posible, junto

con nosotros, esta publicación. De manera especial a la Mtra. Carolina González-Pineda, ex alumna de la Maestría en Derecho Internacional y actual estudiante del Doctorado en Política Pública de la EGAP, quien ha participado de manera determinante en la coordinación de esfuerzos con la Renace y con la Open Society Justice Initiative en esta obra.

Dr. Gabriel Cavazos Villanueva

Cátedra Estado de Derecho

Profesor de Derecho y Director de la

Maestría en Derecho Internacional

EGAP

Tecnológico de Monterrey

Monterrey, Nuevo León, México, abril, 2009

Institución Renace, A.B.P. y Open Society Justice Initiative

El uso indiscriminado de la prisión preventiva en México es uno de los más graves problemas que enfrenta el sistema de justicia penal. Dicha práctica, en la cual no se utiliza una racionalización para su aplicación, resulta en prisión sin condena. Buscando alternativas para frenar el abuso de la prisión preventiva, así como sus devastadoras consecuencias y los altos costos que este abuso genera, la Institución Renace, A.B.P., y la Open Society Justice Initiative nos comprometimos desde el 2004 en una alianza que ha buscado impulsar cambios profundos enfocados a racionalizar el uso de la prisión preventiva en México.

El proyecto que promovemos en conjunto aspira a que el régimen de la prisión preventiva del sistema de justicia penal mexicano se apegue a los estándares internacionales y al principio del debido proceso. Estos señalan que sólo se impondrá la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no puedan garantizar: a) la comparecencia del imputado en el proceso penal, b) el desarrollo de la investigación, y c) la seguridad de la víctima y/o la sociedad.

Trabajamos entonces para que la prisión preventiva se utilice excepcionalmente sólo en esos casos en que los imputados representen un peligro probado el cual no se pueda manejar a través el uso de otras medidas cautelares. Esta excepcionalidad evita, entre otras cosas, el hacinamiento, la contaminación carcelaria y los altos costos económicos y sociales que actualmente son generados por el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

Es importante precisar que estimamos que un porcentaje significativo de imputados - oscilando entre un 80 al 90%- son aptos para seguir su proceso en libertad provisional bajo alguna medida cautelar. Dado a que las personas en libertad tienden a cumplir con sus requisitos sin representar riesgos, el proyecto que realizamos en conjunto promueve que la legislación les otorgue discrecionalidad a los jueces para que ellos, después de escuchar y valorar los argumentos de las partes, decidan sobre la procedencia de la prisión preventiva.

Adicionalmente, promovemos la institucionalización de programas para el debido manejo de la libertad provisional que incluyen la evaluación de riesgos previa a la determinación de la libertad provisional y la supervisión de las personas en libertad bajo una medida cautelar.

Estamos seguros que respetando lo anterior podríamos evitar la prisión de cuando menos la mitad de las personas sin condena que hoy en día están en prisión esperando el desenlace de sus casos.

Lamentablemente, el uso de la prisión preventiva en México -el cual se dicta de forma automática a las personas acusadas de haber cometido un delito- se ha convertido en una pena anticipada. Dicha práctica ha generado el incremento de la población penitenciaria en México, lo cual resulta en cárceles saturadas y sobrepobladas. Es evidente, sin embargo, que el peor efecto es la privación injusta de la libertad que viven miles de personas que podrían enfrentar su proceso en libertad y continuar aportando al soporte de sus familias o comenzar un proceso de reintegración social.

Como resultado de esta colaboración, hemos realizado un diagnóstico de la realidad de la prisión preventiva, logrando con ello conocer la población que ocupa nuestras prisiones y los datos de los altos costos derivados de este problema. Nos apoyamos en expertos y estudios de instituciones reconocidas a nivel internacional- como el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), John F. Kennedy School of Government de Harvard, Penal Reform Institute, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y

Tratamiento del Delincuente (ILANUD)- y nacional como el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Centro de Investigación para el Desarrollo A.C. (CIDAC) y Proderecho.

Adicionalmente, como método de trabajo realizamos nuestros propios estudios con asesoría de un grupo de expertos, como es el caso del Estudio sobre Prisión Preventiva en Nuevo León. Investigamos las mejores prácticas internacionales en este ámbito, asistimos con capacitación a operadores del sistema penal en estrategias para el debate sobre la medida cautelar, asesoramos a varios estados con propuestas de implementación de posibles mecanismos para el manejo de las nuevas medidas cautelares y organizamos foros, talleres e intercambios con expertos nacionales y de varios países e instituciones que nos han brindado grandes aprendizajes.

En esta publicación presentamos una parte de los resultados de este trabajo, el cual incluye información y valiosos datos que sirven para la reflexión y el debate público. Esperamos que este material sea útil y sirva como guía y referencia para las autoridades y los responsables de llevar a cabo los cambios al sistema de justicia penal que ya son una realidad en México.

Lic. Martín Carlos Sánchez Bocanegra
Director General
Institución Renace, A.B.P.

Dra. Denise Tomasini-Joshi
Associate Legal Officer
Open Society Justice Initiative

Introducción

Proyecto Presunción de Inocencia en México

Desde mediados del 2004, las organizaciones Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P. han estado colaborando en el Proyecto Presunción de Inocencia en México con el propósito de racionalizar el uso de la prisión preventiva y promover la presunción de la inocencia a través de los siguientes objetivos:

- Desarrollar un análisis del costo- beneficio de la prisión preventiva en México;
- Promover un intercambio entre expertos nacionales e internacionales de los mecanismos de implementación de la reforma y las nuevas medidas cautelares;
- Promover el establecimiento de un sistema racional (conforme con los estándares internacionales) para el uso de las medidas cautelares;
- Generar conciencia de las consecuencias negativas del uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México que resulta en prisión sin condena;
- Fomentar compromisos sostenibles para establecer mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión de imputados en libertad provisional; y
- Asistir a los estados que inician su reforma integral para que adopten el nuevo sistema de medidas cautelares.

El Proyecto ha organizado foros, estudios, capacitaciones, talleres, análisis legislativos y otras actividades con el objetivo de generar conciencia sobre los altos costos que genera el uso indiscriminado de la prisión preventiva, no sólo en México sino también a nivel internacional.

Costos del uso excesivo de la prisión preventiva

A través del trabajo en este tema, podemos concluir que el mantener a personas encarceladas sin haber sido encontradas culpables de falta alguna genera los siguientes efectos negativos:

- El uso excesivo de la prisión como medida preventiva es un problema mundial. Se estima que hoy, en el mundo, existen alrededor de tres millones de personas presas preventivamente (esperando sus sentencias).
- En México, alimentar, custodiar y albergar a cada prisionero cuesta al contribuyente aproximadamente \$61,000 pesos al año (\$167 pesos por día). En México, según cifras del INEGI, había 90 mil personas presas preventivamente en 2006.
- La población de personas presas sin condena en 2006 le costó al erario \$15 millones de pesos diarios, \$5.5 billones de pesos al año – recursos que se podrían emplear en programas sociales y de prevención del delito.
- Encarcelar es el método más dañino y costoso para asegurarse que los acusados se presenten al juicio. Hay maneras menos costosas y menos nocivas de lograr ese objetivo que presentan varias ventajas para la seguridad pública y el erario.
- La prisión preventiva genera un sinnúmero de costos negativos para los reclusos: vuelven a sus hogares con menos salud, menor confianza en sí mismos, menos posibilidades de llevar una vida normal; genera un estigma social, priva a los acusados de saludables contactos con amigos y parientes y los expone a las experiencias de otros reclusos que les enseñan maneras de delinquir. Estos costos se generan aun en los casos en que la persona es eventualmente encontrada inocente de la ofensa por la cual se le detuvo.
- El incremento de la población penitenciaria genera un descontrol de la población penitenciaria y diluye las posibilidades de la cárcel como medida de tratamiento.
- El uso equilibrado y comedido de la prisión preventiva ayuda a mejorar la seguridad pública. El crear mecanismos para que los acusados puedan enfrentar un proceso penal sin romper con sus familias, sin perder su empleo y sin romper el contacto con su comunidad, genera mayores probabilidades de que no recaigan en conductas antisociales.

- El uso excesivo de la prisión preventiva implica una violación de los derechos fundamentales de las personas y de la presunción de inocencia, en contravención a la Constitución mexicana y los estándares internacionales.

Término “prisión preventiva”

La experiencia del uso irracional e indiscriminado de la “prisión preventiva” en México y a nivel mundial anteriormente expuesta analizamos el término que se utiliza para abordar este concepto, “prisión preventiva”. Partimos del reconociendo que esta frase es la que se utiliza en la legislación mexicana, instrumentos internacionales y legislaciones de Latinoamérica. No obstante, desde una perspectiva analítica del uso de esta medida precautoria, considero que el término “prisión preventiva” es inexacto para referirnos a los presos que están en espera de ser sentenciados.

La razón de la inexactitud de la terminología es porque supone que dicha modalidad se utiliza después de un análisis racional para prevenir el delito o los riesgos de fuga. Como estudios indican, en México la “prisión preventiva” se utiliza indiscriminadamente por lo tanto la naturaleza de “prevención” de la “prisión preventiva” no existe – esto contraviene el principio universalmente reconocido de la presunción de inocencia. La inexistencia de la naturaleza preventiva se debe que la aplicación de la medida es de forma automática utilizando como único indicador la clasificación de delitos graves – que son inexcusables–la falta de alternativas y de mecanismos racionales para determinar los casos que en realidad ameriten una detención de personas procesadas. Considerando lo anterior, el efecto del uso de dicha medida irracional resulta en “prisión sin condena”, por tal razón, considero que éste es el término más adecuado.

En la actualidad no existe un término que englobe todas las dimensiones relacionadas a las personas detenidas o en prisión sin haber sido condenadas. Por ejemplo, el Dr. Guillermo Zepeda, en su análisis de costo-beneficio titulado *“La prisión preventiva en México: Dimensiones, características, costos, alternativas”*¹, expone que: “La prisión o detención preventiva se entiende como la privación de la libertad de una persona procesada, antes de que se determine su culpabilidad...se entienden como sinónimos, prisión o detención preventiva, prisión o detención provisional, o prisión o detención sin condena. Estrictamente hablando, la denominación más adecuada es detención provisional, que incluye tanto la privación de la libertad durante la investigación así como la prisión después de que un juez determina la procedencia o inicio del proceso penal”.

Otros expertos como Alberto Bovino la denominan “encarcelamiento preventivo”, Perfecto Andrés Ibáñez como “prisión provisional”, Elías Carranza como “prisión sin condena” o “detención preventiva” referida por Jesús Rodríguez y Rodríguez.²

El término “prisión sin condena” no crea ninguna ambigüedad de lo que estamos abordando. En esencia, las personas en esta condición privativa de libertad están en prisión sin haber recibido una sentencia condenatoria.

Organización de los temas del presente documento

Motivados para continuar generando conciencia y promover un diálogo entre expertos, actores del sistema, académicos y la sociedad en general para encontrar soluciones apropiadas para México, ambas instituciones organizaron una conferencia nacional. La conferencia fue dedicada a discutir el tema de la prisión preventiva y su contexto dentro de la reforma de

¹ El estudio, el cual será próximamente publicado, es auspiciado por Open Society Justice Initiative como parte del proyecto sobre prisión preventiva en México, fue coordinado, investigado, preparado y redactado por el Dr. Guillermo Zepeda Lecuona.

² *Ibid.*

justicia penal que está viviendo el país. Dicha conferencia, titulada *Retos de la Reforma Penal: Equilibrado la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública* se realizó en Monterrey, Nuevo León del 13 al 14 de noviembre de 2007. Los objetivos centrales de la conferencia fueron:

1. Presentar el problema de la prisión preventiva como un asunto interdisciplinario, examinando los costos económicos y los impactos a la sociedad, comunidades y familias.
2. Presentar tendencias y estándares estatales, nacionales e internacionales en relación a la prisión preventiva y algunas lecciones aprendidas.
3. Presentar el proceso de reforma de la prisión preventiva llevándose a cabo en varios estados mexicanos dentro del contexto de la reforma integral.
4. Promover el proceso de la reforma integral y de la prisión preventiva al nivel federal y estatal. Presentar mecanismos para promover la libertad provisional utilizando medidas cautelares distintas a la prisión preventiva y sus respectivos mecanismos de implementación.

Como resultado de dicho encuentro nacional, publicamos este documento como instrumento de diseminación y referencia dirigido a legisladores, autoridades gubernamentales, autoridades judiciales, académicos y representantes de la sociedad civil. Atendiendo a los objetivos de la conferencia, las instituciones coordinadoras de esta publicación, Open Society Justice Initiative, Institución Renace y la Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados de Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), optaron por presentar las conclusiones de las sesiones dividiendo los temas de prisión preventiva desde las múltiples perspectivas citadas por capítulos.

El presente documento está organizado en los siguientes seis capítulos finalizando con las conclusiones y recomendaciones:

El capítulo primero, *Principio de presunción de inocencia*, define dicho principio, el cual es la base de los nuevos códigos de procedimientos penales de acuerdo a los estándares internacionales. Por la importancia de dicho principio, decidimos incluirlo como base del documento. De acuerdo a los estándares internacionales y las reglas de los nuevos códigos de procedimientos penales, el respeto al principio requiere que todas las personas sean juzgadas de acuerdo al debido proceso y que sean tratadas como inocentes mientras no hayan sido sentenciadas.

Para que opere debidamente el principio de presunción de inocencia es necesario que la prisión preventiva solamente se ejecute en situaciones excepcionales.

El equilibrio entre los dos valores que están en juego en un proceso penal -por un lado la libertad y presunción de inocencia y por el otro la seguridad pública- se logra a través de una debida fundamentación para solicitar la medida cautelar más apropiada que asegure que el imputado comparezca en el juicio, que no obstruya la investigación y que no ponga en riesgo a la víctima o la sociedad. El estado tendrá que implementar los mecanismos apropiados para el manejo adecuado de las medidas cautelares y asegurar que los imputados que siguen su proceso en libertad no ponen en riesgo los fines procesales.

El capítulo segundo, *Estándares internacionales y el proceso de reforma a la prisión preventiva en América Latina*, expone los principios internacionales que rigen el uso de dicha medida cautelar. Adicionalmente, en este capítulo incluimos el proceso de reforma procesal penal de América Latina en referencia a la prisión preventiva, sus retos y lecciones aprendidas que puedan beneficiar a México. En específico, expertos de Chile y Honduras comparten sus experiencias ofreciendo sugerencias para el proceso mexicano.

Aterrizando el tema al contexto mexicano, el capítulo tercero, *Costos económicos y sociales de la prisión preventiva*, ofrece un análisis de la cantidad de recursos involucrados en mantener dicho régimen cautelar. A través de un análisis de costo-beneficio podremos evaluar el costo

económico y humano de la prisión preventiva para el gobierno y la sociedad. Para seguir analizando estos costos, algunos expertos nos ofrecen herramientas útiles para medir el impacto de dicha medida, así como implicaciones epidemiológicas. Finalmente, concluimos con un análisis de las políticas criminológicas que sustenta a la prisión preventiva.

El capítulo cuarto, *Reforma de la prisión preventiva en México*, explica el proceso de reforma México a nivel federal³ y estatal. Abordando el tema federal se presenta la importancia de incluir el debate de la prisión preventiva en la reforma integral. Complementando el tema anterior, se presentan implicaciones políticas y empíricas útiles para dicho debate. Por último este segmento concluye con una presentación de las corrientes, posturas o perspectivas políticas sobre la reforma procesal, específicamente en el tema de prisión preventiva.

En este mismo capítulo, los estados que han liderado la reforma a nivel federal, Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas, comparten sus procesos respectivamente. El orden de presentación es de acuerdo a la fecha cronológica en la cual los Congresos de dichas entidades aprobaron sus reformas procesales. Nuevo León, aunque no implementó una reforma integral, es el primer estado en la República que avanzó aprobando reformas substanciales a su código de procedimientos penales en el 2004. Chihuahua es el primer estado que implementó una reforma integral, seguido por Oaxaca. Cabe mencionar que actualmente, Oaxaca y Morelos son los únicos estados que están implementado una reforma que no incluye el catálogo de delitos graves para la imposición de la prisión preventiva. Zacatecas fue el tercer estado que aprobó una reforma integral a su sistema de justicia penal, pero el cuarto en entrar en vigor, después de Morelos.

Finalmente, Open Society Justice Initiative y Renace presentan resultados preliminares de un estudio que han realizado en conjunto con el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León sobre la prisión preventiva en dicha entidad. El objetivo del estudio es presentar un diagnóstico del uso de la prisión preventiva en Nuevo León a través del análisis de expedientes concluidos en juzgados del estado. Dicho estudio también servirá para la elaboración de propuestas de reforma y política pública para el estado.

Dado que los nuevos códigos de procedimientos penales de los estados, y próximamente el de la Federación, incorporan nuevas medidas cautelares y adaptan un nuevo régimen para la libertad provisional, el capítulo quinto, *Mecanismos de implementación: Herramientas para el manejo de las medidas cautelares*, ofrece elementos para el uso de las nuevas medidas. Los objetivos de los mecanismos de implementación son preservar la presunción de inocencia y resguardar la seguridad pública, promoviendo el uso de la libertad como regla y la prisión preventiva como la excepción.

En el capítulo sexto, *Lecciones internacionales: Manteniendo el progreso de la reforma y previniendo su deterioro*, el experto exhorta al lector a la audiencia, ya sean legisladores, actores del sistema, representantes gubernamentales o representantes de la sociedad civil, a que se planten varias preguntas durante el proceso de la reforma. Las respuestas a dichas preguntas servirán para mantener el progreso de la reforma y evitar contrarreformas. A través de un análisis de procesos de reforma en Estados Unidos, Rusia y Chile el experto presenta los retos enfrentados. El propósito de presentar los retos es que México aprenda de los procesos de otros países las soluciones que les han funcionado.

La sección *Conclusión y recomendaciones* ofrece una síntesis de los temas abordados y líneas de acción útiles para el proceso de reforma penal mexicano. Las recomendaciones tienen como objetivo el generar un equilibrio entre la presunción de inocencia y la seguridad pública.

³ En noviembre de 2007, el Congreso de la Unión estaba en proceso del análisis de la propuesta de reforma constitucional. En marzo de 2008, el Congreso aprobó la iniciativa de reforma constitucional que incluye aspectos del uso de la prisión preventiva y el 18 de junio de 2008 el Presidente de la República publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma constitucional.

Finalmente, se incluye un *Apéndice* abordando el tema de la prisión preventiva dentro del contexto de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008. La reforma se publicó después del evento y antes de la publicación del presente documento por esta razón incluimos esta sección para cubrir los alcances de los nuevos criterios constitucionales. El análisis ofrece una perspectiva crítica de los aciertos y desaciertos del texto normativo comparándolo con los estándares internacionales. Adicionalmente, los estados pueden utilizar el análisis y el presente documento de consulta técnica al momento de y redactar, aprobar, planear e implementar sus respectivas legislaciones.

Dr. Javier Carrasco Solís

Project Manager, Proyecto Presunción de Inocencia en México Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P.

Capítulo I

Principio de presunción de inocencia

Magistrado Rodolfo Acosta Muñoz

Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chihuahua

Introducción

Quizá nadie pueda decir con absoluta seguridad cuál es el minuto en que el amor y la pasión por una profesión se apodera de uno, lo cambia y lo transforma; pero cuando se emprende el maravilloso viaje a través de la abogacía y se comparte el pan y la sal de la lucha por el Derecho, se convierte en el plinto de una férrea columna, arcilla maleable que puede hacer grandes obras, experiencia hermosa de vida para ayudar al hombre, en la medida que hace de la dignidad, la vida, la libertad y la justicia su propia religión y donde están esas palabras adquieren su sentido.

Precisamente esta reunión constituye una sencilla expresión de la fe inquebrantable de esta profesión, en la cual se me brinda la oportunidad de expresar mi pensamiento sobre un tema siempre actual que hemos denominado el principio de presunción de inocencia.

En esta plática abordaremos: el concepto de presunción de inocencia; antecedentes históricos; legislación mexicana en este respecto; contenido de dicho principio; contradicción entre el principio de inocencia y la prisión preventiva; y conclusiones.

Concepto

El principio de inocencia significa que a toda persona sometida a un proceso penal le asiste el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se acredite legalmente su culpabilidad; es decir, hasta que exista en su contra una sentencia firme dictada por un juez competente.

Antecedentes históricos

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789, en su Artículo 9º establece que: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”.

El Doctor Jesús Zamora Pierce, en su libro de *Garantías y proceso penal*, páginas 424 y 425, afirma: Es cierto “que la presunción de inocencia fue proclamada solamente como derecho de los ciudadanos en la Declaración Francesa, pero su origen se encuentra en la práctica judicial inglesa, concretamente en el principio del debido proceso legal... estos dos pueblos europeos coinciden pues el origen de uno de los mayores logros de la humanidad: los derechos humanos”.

Tanto los autores ingleses como los norteamericanos afirman que la presunción de inocencia forma parte de sus respectivos sistemas jurídicos, y agregan aún que dicha presunción es la característica más destacada y prestigiosa de dichos sistemas. A pesar de que no se encuentra consagrada legislativamente ni en Inglaterra ni en Estados Unidos, la han incluido entre los elementos esenciales del debido proceso legal.

Los dos principios: presunción de inocencia y debido proceso, aparecen, correctamente, fundidos en una sola garantía en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, cuyo Artículo 11.1 dice: “Se presume inocente a toda persona acusada de un acto delictivo hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida en el curso de un proceso público donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Legislación mexicana

Ahora bien, el referido jurista estima que el legislador mexicano de 1917 no tomó la presunción de inocencia de la declaración francesa, sino del debido proceso legal que establece la 5ta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, ya que el Artículo 14, párrafo segundo de nuestra Carta Magna prescribe: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus prioridades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Es decir, el principio en examen exige para su destrucción un juicio previo en la forma indicada y la decisión condenatoria ejecutoriada del órgano jurisdiccional. Todavía se recuerda, con indignación el antecedente más remoto de la facultad indagatoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la violación de las garantías individuales, establecida en el Artículo 97, párrafo segundo de la Constitución General de la República, el cual data del año 1879.

Sucedió que según la crónica del Doctor Flavio Galván Rivera, inserta en el Derecho Procesal Constitucional, páginas 538 y 539, de Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.:

en la noche del 24 al 25 de junio de 1879 se produjo una asonada en el cañonero ‘Libertad’, de la Armada Mexicana, anclando en Tlacotalpan, junto con el barco ‘Independencia’ sin que la tripulación de éste hiciera lago para citarlo. El barco se dirigió al Puerto de Alvarado, donde se unió a los rebeldes un grupo de soldados del regimiento 23 y, en estas circunstancias, el cañonero, ‘Libertad’ continuó navegando hacia la Ciudad del Carmen. Exagerando la gravedad de la situación, el Gobernador Luis Mier y Terán, en un telegrama cifrado, rindió informe al Presidente Porfirio Díaz quien, en otro telegrama similar, contestó según la voz popular, ahora desvirtuada por el contenido del documento, ‘Aprehendidos *in fraganti*, mátalos en caliente’. El Gobernador mandó detener a los insurrectos y ordenó su fusilamiento. De los doce aprehendidos, nueve fueron ejecutados en el cuartel del regimiento 23, sin formación de causa alguna. Ante la noticia de la cruel represión, el Juez de Distrito de Veracruz, Rafael de Sayas Enríquez, corrió al cuartel militar, donde logró salvar la vida de tres de los aprehendidos, diciéndole al Gobernador Mier y Terán que quedaban protegidos y amparados por la justicia federal. Pero el escándalo por la ejecución de los presuntos implicados en la llamada ‘contrarrevolución’, fue de tal magnitud de modo que el 1 de julio de ese año, el fiscal de los atentatorios de las libertades públicas y de las garantías individuales. Para este efecto propuso que el propio Juez de Distrito realizara una ‘averiguación sumaria’, para informar de los resultados al Pleno de la Corte, a fin de que esta decidiera invertir o no ‘en defensa de los fueros de la justicia y el cumplimiento de la Constitución’. El 2 de julio, con el fundamento en el Artículo 17 Constitucional, el Tribunal Pleno acordó favorablemente la petición, instruyó al Juez Rafael Sayas Enríquez que realizara la investigación judicial y, además informó de los hechos al Presidente de la República, requiriéndole otorgar al Juez todas las garantías para efectuar la averiguación con toda libertad, sin presión alguna. Extrañado por la petición, el Secretario de Justicia, Potasio Tagle, comunicó a la Corte que no tenía facultades constitucionales para dirigirse de esa manera al Presidente de la República y que su requerimiento era improcedente. La Corte, por conducto del mismo Ezequiel Montes, contestó mediante escrito de 7 de julio, explicando en forma brillante porque sí tenía competencia para tal efecto. El resultado de la investigación, que incluyó la exhumación de los cadáveres de las víctimas del asesinato militar, se comunicó a la Suprema Corte, que lo aprobó y mandó al Congreso de la Unión, cuya Comisión Permanente se declaró incompetente y turnó el asunto al Gran Jurado Nacional de la Cámara de Diputados.

Durante mucho tiempo se discutió si nuestra Constitución Federal vigente reconocía, o no, el principio que estamos examinando. Interrogante que actualmente debe contestarse en forma afirmativa, toda vez que nuestro país ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica⁴, cuyo Artículo 8.2 dispone: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

⁴ Sánchez Bringas, Enrique. *Los Derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales*, p. 292. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Adoptada el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica por la Organización de Estados Americanos; entrada en vigor de forma General el 18 de julio de 1978; Aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 (publicación en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981); Vinculación de México el 7 de mayo de 1991 (publicación en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981).

Asimismo nuestro país suscribió el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Artículo 14.2 establece: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”⁵.

Acordes con la posición adoptada por nuestras autoridades federales, en los citados tratados internacionales, el legislador chihuahuense, en el Código de Procedimientos Penales que entró en vigor el 1ro de enero de 2007 con las diversas modalidades que se expresan en los artículos transitorios aplicables, en su Artículo 5, párrafo primero, prescribe: “El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este código”.

Contenido del principio de presunción de inocencia en la doctrina

El tratadista Jesús Rodríguez y Rodríguez, en un artículo del Diccionario Jurídico Mexicano, en el que se refiere al principio en comentario, se observa que la presunción de inocencia incluye, entre otros derechos, el de que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra; motivo por el cual las diversas legislaciones prohíben la tortura empleada para arrancar tal medio de prueba.

Giulio Illuminati, en la presunción de inocencia del imputado, asevera que este principio tutela, entre otras garantías: el derecho a una sentencia correcta, la inviolabilidad de la libertad personal y el derecho a la imparcialidad del juez. Otros autores, como el de de la Rúa consideran que el derecho de defensa es el protegido por este principio.

Ahora bien, ¿qué comprende para nosotros el derecho de defensa? Responderemos, acordes con el pensamiento del Doctor Zamora-Pierce, que contiene las siguientes garantías elevadas a rango Constitucional en su Artículo 20, Apartado A: 1. El derecho a ser informado de la acusación; 2. El derecho a ser oído; 3. El derecho a ofrecer pruebas; 4. El derecho a ser careado y 5. El derecho a tener defensor.

Contradicción entre el principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva

Ya sabemos que el principio de presunción de inocencia, a la luz del Artículo 5 del nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, ya enunciado líneas atrás, consiste en que “el imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme.”

Sin embargo, en dicho Ordenamiento Jurídico, Artículo 280, entre lo elementos requeridos para decretar un auto de vinculación a proceso se le exige al lado de la comprobación del cuerpo del delito, la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado. De ahí que surge una interrogante: ¿son contradictorios ambos conceptos?

Aún aceptando la existencia de la aludida contradicción, consideramos justificada - como una excepción al principio de inocencia- la privación de la libertad temporal de un indiciado, para casos excepcionales; coexistencia entre ambas presunciones aceptada por el citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que en su Artículo 9.3 establece: “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

⁵ Sánchez Bringas. Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; Entrado en vigor en forma general el 23 de marzo de 1976; Aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 (Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981); Entrado en vigor en México el 23 de junio de 1981 (Publicación en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981).

Conclusión

Tomando lo anterior expuesto, llegamos a las siguientes tres conclusiones concretas y específicas:

1. Para que opere debidamente el principio de presunción de inocencia consideramos necesario que la prisión preventiva solamente opere en situaciones excepcionales y que el Ministerio Público, cumpliendo con esta premisa, no se oponga sistemáticamente a la aplicación de otras medidas cautelares en la mayoría de los casos;
2. En los supuestos de que se determine como medida cautelar la prisión preventiva, deberá operar a la máxima brevedad en el dictado de la sentencia definitiva respectiva; y
3. Que se derogue la indebida suspensión de derechos en los casos en que se resuelve la situación jurídica de un indiciado decretando su formal prisión, tal y como sucede en el Artículo 38, fracciones II y V, de la Constitución General de la República.

Por otra parte, como conclusión general, para lograr la preponderancia de otras medidas cautelares sobre la prisión preventiva consideremos lo siguiente: “Un enrejado todo el mundo sabe que es: La cárcel, la pena más honda, dolorosa y acongojadora que puede caerle encima a un vagabundo: los golfos del siglo de oro, los ilustres padres de germanía, llamaban angustia a la cárcel” (Camilo José Cela, *Judíos, moros y cristianos*, VIII).

A las cárceles, a las prisiones, ingresan los delincuentes, siguiendo la finalidad de la pena preventiva de la libertad para defensa de la sociedad, pero también para tratar de lograr la rehabilitación de los mismos. El Artículo 18 de la Constitución General de la República, en su primer párrafo, dispone: “Sólo por delito que merezca pena corporal 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”. El siguiente párrafo describe: “Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

Ahora bien, la realidad penitenciaria en México y en nuestro estado de Chihuahua, nos enseña que, hasta estos momentos, se viola constantemente el precepto constitucional transcrito, pues, por un lado, en un mismo local se encuentran procesados y sentenciados y, por otro, la rehabilitación del delincuente ha sido un rotundo fracaso, una quimera, una ilusión

Siguiendo a Don Mario Ruiz Funes pensamos que “la prisión castiga o contiene, pero aún no reforma”. La cárcel, en vez de apartar al criminal primario del delito, crea al reincidente, engranda al delincuente especializado, al profesional de las modalidades astutas y organizadas del delito; e ahí que para el prisionero “catedrales del miedo y universidades del delito”. Frases que hace mucho se pronunciaron y que aún en nuestros días, desgraciadamente, siguen vigentes.

Esta es la realidad triste de la mayoría de las cárceles de México y en Chihuahua, ojalá que en el futuro se purguen estos vicios que contaminan a un buen sistema penitenciario, empezando con la incorporación de personal técnico adecuado, capaz, en la dirección y áreas respectivas. Pero vayamos más lejos, preguntémosnos cómo hace algunos años lo hiciera el penalista Don Raúl Carrancá y Rivas, en un foro en que se discutían las iniciativas de la ley en materia penal federal “¿de qué sirve que se pueda rehabilitar, hipotéticamente, a un individuo dentro de un llamado Centro de Rehabilitación Social, si posteriormente se le ubica o se le reubica en el mismo seno de una sociedad criminógena que lo ha contaminado? Es como curar a un enfermo de un pulmón, lograr el éxito total en esta curación y después devolverlo a la misma contaminadora”.

Siguiendo al autor últimamente citado, creemos que el Derecho Penal represivo no es una panacea que pueda resolver el angustiante problema de la criminalidad ascendente en nuestro entrañable suelo patrio. Más bien se requiere una organizada y coherente política criminal, preventiva fundamentalmente, sistematizada, metódica y realista.

En síntesis, comulgamos con el insigne Francesco Carrara, cuando afirma “Punir, por consiguiente y corregir, es la verdadera idea sobre la cual debe asentar su disciplina el Derecho Penal. No exacerbar al caído con castigos enormes; no cerrarle el camino de la enmienda truncándole la vida; no empujando a la perdición con penalidades corruptoras. Procurarle con el dolor de la pena, la corrección, como consecuencia natural del hecho o del modo... El arte práctico de distribuir y aplicar las penas a los malvados, si está bien dirigido, es un instrumento poderoso del progreso civil y si está mal dirigido es, por el contrario una causa de gravísimos tropiezos para el perfeccionamiento humano, un conservador de la barbarie y no un educador de los pueblos”⁶.

⁶ Carrara, Francesco (1997). *Derecho Penal*. México: Editorial Harla. Pp. 77-79.

Capítulo II

Estándares internacionales y el proceso de reforma a la prisión preventiva en América Latina⁷

I. Estándares internacionales y su relevancia para la reforma en México

Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez

Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Costa Rica

Las medidas cautelares tienen diversas funciones y su existencia se explica en razón de que entre el momento del acaecimiento del hecho delictivo y el momento en que judicialmente se determinan las responsabilidades de las personas penalmente perseguidas, transcurre un lapso de investigación y esclarecimiento que necesariamente obliga a tomar ciertas medidas de anticipación, para que el resultado final no sea ilusorio. No obstante, en la imposición de medidas cautelares existen sus riesgos. Así, para el profesor italiano Luigi Ferrajoli, las medidas cautelares y en particular la prisión preventiva, inevitablemente tienden a convertirse en penas anticipadas.

El derecho procesal penal moderno ha desarrollado al menos tres órdenes diferentes de medidas cautelares: (a) por su gravedad y frecuente aplicación, está la prisión preventiva y las medidas con que puede sustituirse; (b) las medidas coercitivas, diferentes a la prisión preventiva que afectan la libertad de las personas; y (c) están las medidas cautelares reales.

La prisión preventiva es una medida extrema y excepcional que puede ser tomada desde las etapas tempranas del proceso, se caracteriza en el medio cultural jurídico latinoamericano como una medida a la que se echa mano como *prima ratio* de la intervención penal, convirtiéndose su aplicación prácticamente como la única y más aplicada de las medidas cautelares. El uso y abuso de la prisión preventiva se ha convertido en una de las patologías más evidentes y perniciosas con que funcionan nuestros sistemas penales.

Ciertamente “prisión preventiva” y “principio de presunción de inocencia” no son necesariamente incompatibles, siempre y cuando el instituto se regule adecuadamente con claros límites estrictamente procesales. Dichos límites, en sentido estricto, para la aplicación de la medida más extrema (prisión preventiva) están dados por la posible vinculación del sujeto al hecho que se investiga, el “peligro de fuga” o bien por el “peligro de obstaculización de la investigación”.

Lo anterior conlleva a tener claro que la prisión preventiva no puede ser, como se ha dicho, una especie de pena anticipada y por tanto, no pueden confundirse sus finalidades – insistimos, estrictamente procesales- con las de la pena. Por otra parte, cuando la ley expresamente lo recepta, existe un cuarto supuesto muy generalizado, el cual es el peligro de que “la persona prosiga con su actividad delictiva”. Este último supuesto es muy polémico y remite a la posibilidad de que a esta medida cautelar se le dé un fin preventivo especial, más propio de la pena.

A. Presupuestos de autorización de la prisión preventiva

En consecuencia, los presupuestos sustantivos que la doctrina y la legislación han determinado para autorizar la prisión preventiva son: (a) la existencia de elementos de convicción que señalen la probabilidad de que el imputado ha tomado parte en el hecho que se investiga;

⁷ Artículos de los siguientes expertos internacionales integran el presente capítulo: Magistrado José Manuel Arroyo Gutiérrez (Costa Rica); Mtro. Cristián Riego (Chile), Mtra. Verónica Venegas (Chile); y Mtro. Rigoberto Ochoa (Honduras). La Mtra. Brenda Carolina González Pineda participó en la compilación del presente capítulo, así como se incluyeron las conclusiones generadas durante el evento captadas por las siguientes relatorías: Mtra. Marcia Villasana (Estándares internacionales); Mtra. Brenda Carolina González Pineda (Reforma a la prisión preventiva en América Latina: Lecciones aprendidas y experiencias de países latinoamericanos en la prisión preventiva).

(b) la presunción razonable de que el acusado no se someterá al proceso, o peligro de fuga; (c) la presunción, también razonable, de que el imputado obstaculizará la investigación o peligro de obstaculización; y, (d) la presunción de que el sujeto continuará con la actividad delictiva o prevención especial negativa.

Además de esos presupuestos sustantivos, es importante señalar que la viabilidad de la prisión preventiva requiere de otros requisitos formales como: (a) legalidad; (b) fundamento; (c) criterio de mínimo perjuicio (que su ejecución perjudique lo menos posible a los afectados); y (d) proporcionalidad o razonabilidad. Este último aspecto incluye la imposibilidad de imponer prisión preventiva respecto de aquellas figuras penales que no prevén pena privativa de libertad, o bien que su duración vaya más allá de lo que previsiblemente será la pena de prisión a imponer.

B. Valoración de los criterios para otorgar la prisión preventiva

La valoración tendrá que hacerse de conformidad con las reglas generales de la apreciación probatoria, en nuestro medio, la sana crítica racional. También, el modelo procesal que se ha ido generalizando en nuestros países autoriza que estas cuestiones puedan ser discutidas y resueltas de manera expedita, en audiencias orales. Un problema a resolver será la posibilidad de que el juez que ha intervenido en la fase preparatoria del procedimiento, como la autoridad que ha conocido y resuelto las medidas cautelares y ha hecho estos juicios preliminares de probabilidad, pueda o deba conocer en otros momentos de resoluciones definitivas, como integrar el tribunal de juicio y dictar la sentencia. Lo sano sería que no pudiera tener esta doble intervención porque, claro está, el conocimiento que se tuvo en etapas tempranas puede influir en el ánimo y criterio que finalmente tenga al resolver mediante la sentencia.

El riesgo de que el imputado no se someta al procedimiento (peligro de fuga), debe valorarse con criterios objetivos: el arraigo que tenga la persona, (domicilio fijo conocido, trabajo, vinculación con actividades o negocios que no pueda fácilmente abandonar, vínculos familiares y afectivos que lo contengan; puede valorarse también si es un sujeto que pueda con facilidad abandonar la zona, región o país donde se le sigue la causa, o que pueda eludir su localización o esconderse). Algunas legislaciones agregan supuestos de presunción más discutibles, pero igualmente objetivos, como dar información falsa, el monto de pena que podría llegar a imponerse, la magnitud de los daños causados y el comportamiento revelado por el sujeto en cuanto a su vinculación con el proceso. Todos estos supuestos tienen un carácter enumerativo, a saber, no es un sistema de *numerus clausus* sino *apertus*, ilustran las posibilidades que tiene el juez. Pero no son los únicos y deben analizarse sistemáticamente, relacionando unos con otros y determinando cuántos de ellos concurren en el caso específico y si dan suficiente base para decretar la prisión preventiva.

Es muy importante poder fundamentar la sospecha de que el imputado actuará de la manera que queda prohibida, no bastan meras suposiciones infundadas del juez. Esta fundamentación es necesaria porque en las etapas tempranas, la investigación está incompleta, no puede suponerse per se el peligro de fuga o que el acusado realizará actos de obstaculización sin que haya indicios o pruebas que así lo confirmen.

La resolución que acuerde la prisión preventiva debe contener, como mínimo, los datos de identificación del acusado, los hechos que se le atribuyen, las razones que tiene el juzgador para decretar la medida cautelar, el fundamento legal y el plazo máximo por el que, prima facie, se decreta la prisión preventiva. Este tipo de resoluciones puede tomarse de manera tradicional, realizando todo el trámite de manera escrita (solicitud del fiscal, audiencia a la defensa, decisión constando en acta), actividad que como sabemos suele tardar semanas o meses, o bien, y hacia allá deberíamos enrumbarnos, a realizar una audiencia oral donde todo esto quede registrado de manera no tradicional (grabación fónica y/o de video) que acelere estos procedimientos, dure sólo unas cuantas horas y no cause ningún tipo de agravio a las partes.

C. Derecho internacional

La forma en que la ley ordinaria (Código Procesal Penal) indique cómo deben realizarse los actos procesales, debe contrastarse e integrarse con la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En nuestro entorno cultural, por ejemplo, la Declaración y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y muchos otros tratados y convenciones que están, como sabemos, por encima de la ley ordinaria. Si las constituciones y ese derecho internacional es también de aplicación en el ordenamiento interno y nos vincula, y si hay en todas estas normas fundamentales un claro llamado al acceso a la justicia a las respuestas prontas y cumplidas, y en particular, al derecho que tiene la persona detenida a ser puesta a la orden de juez en tiempo mínimo y a ser oído (y ojo que estoy diciendo oído y no leído) por ese juez, claro está que ahí donde la ley procesal ordinaria no diga cómo debe realizarse un acto, si oral o escrito y aún más, aunque dijera que debe ser escrito, una interpretación sistemática e integral del ordenamiento jurídico puede abrir la puerta para que el acceso a la justicia sea real, célere y efectivo de manera oral.

El carácter excepcional y la perspectiva de *última ratio* con que debe verse la prisión preventiva, obliga a que la normativa contemple un elenco de medidas sustitutivas; sea para evitar desde un inicio la privación de libertad cautelar, sea para sustituirla en algún momento de su curso. Siempre guiados por el principio de razonabilidad (necesidad real e ineludible de imponer la limitación a la libertad, o la posibilidad de sustituirla por medida menos gravosas), existen otras opciones que pueden servir de mecanismos sustitutivos, más o menos restrictivos, siempre de la libertad de desplazamientos. Una vez más, entendiendo la prisión preventiva como medida excepcional y extrema, conviene señalar que un régimen amplio y flexible para su revisión debe imponerse en cualquier sistema procesal penal democrático.

Las opciones, bien de decretar esta medida cautelar, bien de modificarla, sustituirla o cancelarla, deben estar ampliamente previstas, para ser valoradas en cualquier momento del proceso ya sea a petición de parte o por actuación oficiosa del juzgador. Asimismo, hay supuestos en que se obliga la sustitución de la prisión preventiva, casi siempre por arresto domiciliario o atención en centro médico cuando se trata de personas de avanzada edad, o bien valetudinarios o enfermos graves o terminales. En el mismo caso se considera a la mujer en estado avanzado de embarazo o con hijos menores de tres meses.

Una reflexión final se impone. Ante la violencia social y delictiva que asola nuestras comunidades una fuerte tendencia hacia el debilitamiento de las garantías procesales se puede verificar en muchos de nuestros países. No sólo se trata de la expansión general del derecho penal en que prácticamente todo conflicto social se quiere resolver por este medio; se trata de querer imponer la posibilidad de medidas alternas a la prisión preventiva o de imponerla en todos los casos.

Esta es la situación respecto al narcotráfico, las agresiones sexuales o crímenes considerados de gravedad. Este es un lujo que el Estado de Derecho no puede darse, las reglas deben ser generales y las libertades, garantías y derechos constitucionalmente establecidos no pueden estarse excepcionando o debilitando sin excepcionar y debilitar el propio Estado de Derecho. En el contexto de esta polémica está el rol de los medios de comunicación de masas y la influencia que puedan tener sobre nuestros jueces. Pero éste es ya un problema ético-profesional más que jurídico.

Los jueces, temerosos respecto de las noticias o críticas que puedan hacerle en periódicos, radio o tele-noticiarios, nos plantean la necesidad de revisar con qué formación ingresamos a la carrera judicial y si estamos dispuestos a ser los garantes que la Constitución y las leyes dicen que somos de los derechos ciudadanos. Porque ha de decirse con todas sus letras, esos

derechos y libertades son del ciudadano y no del delincuente, como la cultura de la información popular a veces lo quieren hacer ver; tampoco el proceso existe para condenar, como parecieran creer los que profesan que una detención o una acusación bastan para mandar a alguien preventivamente primero y definitivamente después a una cárcel.

El proceso existe para investigar y averiguar una verdad, dentro de la legalidad y con requisitos y procedimientos preestablecidos y rigurosos. Nadie ha dicho que el establecimiento de la verdad legal es un hecho simple o fácil, y la valentía de tomar decisiones en estricta legalidad, es una condición que cada vez se vuelve más necesaria en la judicatura de nuestros países.

D. Conclusión

El sistema penal a veces se presenta como el mecanismo que resuelve las desigualdades sociales. Esto es una falacia y se debe estar alerta. El sistema penal nunca va a poder dar una respuesta a toda la conflictividad social. También es una verdad comprobada que a veces se abusa de lo penal porque entran al sistema una gran cantidad de denuncias que no son penales, pretendiéndose por esta vía aprovechar una respuesta judicial relativamente más rápida y mucho más coercitiva al amenazarse con cárcel.

El juez que aplica el derecho debe ser valiente y entiende que su carrera no depende de un tabloide amarillista; si así actuáramos tendríamos importantes puntos de apoyo para evolucionar en dirección de no abusar del derecho penal. En cuanto al papel de los jueces, éstos deberían tener un margen de acción más amplio, con la posibilidad de tener claro hasta donde conviene aplicar la medida cautelar de prisión preventiva. Los jueces deben tener conciencia de que el derecho es algo más que la ley ordinaria, que incluye a la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos, que deben ser avaladas por los tribunales.

II. Reforma a la prisión preventiva en América Latina: Lecciones aprendidas⁸

Mtro. Cristián Riego Ramírez

Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

En la mayor parte de países latinoamericanos, durante la década de los noventa y 2000, en un sentido estrictamente legal, existía algún tipo de régimen caracterizado como de inexcusabilidad. Esta característica se refiere a la de alguna regulación en que la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían en general permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o por lo menos por algún periodo importante de tiempo.

Las características del sistema inquisitivo que contribuían a hacer de la prisión preventiva una situación generalizada estaban vinculadas en primer lugar a la figura del juez de instrucción. Esto es, al hecho de que un mismo funcionario concentrara sobre sí las funciones principales de persecución y la de resolver sobre la prisión preventiva hacía que, aún cuando este funcionario pudiera contar con algún margen de discrecionalidad para liberar al imputado, en la práctica no tuviese los incentivos para usarlo. La razón de dicha actuación es que esta medida de encierro constituía a su vez un instrumento útil para el juez en el desempeño de su función persecutoria. De igual modo, en el sistema inquisitivo se daban otras condiciones que favorecían la situación descrita: el formalismo del procedimiento escrito y la falta de límites operativos para su duración.

⁸ Mtra. Brenda Carolina González Pineda (relatora).

A. Reforma en América Latina

Las reformas se hacían necesarias y por lo mismo esta nueva corriente jurídica se plasmó en el Código Procesal Penal Modelo creado en Argentina, y que se difunde y sirve de base a las posteriores reformas. Éste presenta como principio base la presunción de inocencia (surgida en Europa que combate a la coerción) ya que antes que haya sido declarada la culpabilidad la coerción es ilegítima. En la gran mayoría de los países la legislación que estableció el sistema acusatorio cambió el modelo legal desde uno de inexcusabilidad hacia otro basado en la de una noción cautelar.

En algunos casos se establecieron límites de tiempo para la prisión preventiva o para el proceso en general con diversos mecanismos de aseguramiento, y en otros se plantearon normas destinadas a asegurar una relación de proporcionalidad entre la prisión preventiva y la pena arriesgada por el imputado.

El impacto de estas regulaciones en la realidad ha sido muy variado. En términos generales podemos decir que esa variedad se mueve entre situaciones en que, a pesar de los cambios legislativos, la práctica se mantuvo apegada al modelo tradicional. Otras situaciones que han generado variedades resultan de la aplicación del nuevo modelo cautelar, la cual se realiza estrictamente por parte de los nuevos jueces de garantías, limitándose fuertemente el uso de la prisión preventiva respecto de lo que constituía la práctica anterior.

No contamos con datos que nos permitan indicar con exactitud cuál ha sido el impacto real de las nuevas regulaciones de la reforma en el uso de la prisión preventiva en cada país. Dado a esta limitación, probablemente existe una amplia gama de situaciones que van desde un impacto nulo o mínimo hasta otras en que este ha sido muy significativo. (No obstante, contamos con datos sobre presos sin condena compilados por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD. Referirse a Cuadro 1.)

Los factores que han determinado el diverso impacto de estas regulaciones son variados pero en general éste ha tendido a ser mayor en los procesos de reforma posteriores, lo cual ha estado vinculado a que algunos de esos procesos han sido más fuertes en cuanto a su proceso de implementación. Los procesos más recientes y fortalecidos se traducen a sistemas de defensa pública mejor organizados y financiados, metodologías de trabajo de los jueces de garantías mejor estructuradas y en general basadas en audiencias públicas y contradictorias, así como mayor celeridad en la organización de los juicios orales, producto de sistemas de gestión más eficientes en los despachos judiciales.

Cuadro 1
Porcentaje de personas presas sin condena en países de América Latina⁹

Países	1978-1992	1999	2002
Argentina	51%	55%	N/D
Bolivia	90%	36%	56%
Brasil	N/D	36%	34%
Colombia	74%	42%	41%
Costa Rica	47%	18%	24%
Chile	52%	51%	40%
Ecuador	64%	68%	70%
El Salvador	83%	76%	50%
Guatemala	54%	61%	N/D
Haití	N/D	83%	N/D
Honduras	58%	88%	79%
México	74%	42%	42%
Nicaragua	N/D	31%	N/D
Panamá	67%	57%	58%
Paraguay	94%	93%	N/D
Perú	71%	63%	67%
R. Dominicana	80%	90%	N/D
Uruguay	77%	77%	72%
Venezuela	74%	59%	N/D

En la práctica de la prisión preventiva se han generado enormes presiones en contra del nuevo modelo generando procesos de contrarreforma. Estos procesos, con diversas intensidades, han revertido a lo menos en parte los avances que la legislación había hecho en el sentido de limitar el ámbito de aplicación del encierro.

Adicionalmente, la constante presión pública traducida en críticas permanentes a la liberación de imputados ha influido a que los jueces amplíen el uso de la prisión preventiva como camino seguro para evitar las críticas provenientes de la población y los medios de comunicación, e incluso en algunos casos para evitar el riesgo de procesos o aun sanciones disciplinarias. Este último fenómeno se observa tanto en los países que han modificado la legislación como en los que no lo han hecho, con lo que el efecto neto en ambos casos tiende a ser similar. Ambos procesos, el de la reforma legislativa y el de la presión sobre los jueces, dan cuenta de las enormes dificultades que existen para sustentar políticamente los avances en esta materia de los riesgos de retroceso de procesos largos y dificultosos.

B. Análisis comparativo

Los países de la región han adoptado cambios al régimen de la prisión preventiva como parte de sus reformas generales al sistema de justicia. Como se ilustra en el Cuadro 1 de los anexos de este capítulo, las versiones originales de los códigos procesales penales de América Latina varían en varios aspectos para el otorgamiento de la prisión preventiva. Sin embargo, en términos generales coinciden en los siguientes criterios: la excepcionalidad de la prisión preventiva, proporcionalidad en relación con la pena del delito en cuestión, peligro de fuga y obstaculización al proceso.

⁹ Estudio elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con datos recogidos hasta el año 1996, sobre presos sin condena en América Latina (Presentado en la Conferencia por el Mtro. Cristián Riego).

Fuente: Carranza, Elías, "Prison Overcrowding As an Obstacle to the Application of the United Nations Standards on Penitentiary Systems" in *The Application on the United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice. Office on Drug and Crime, United Nations*. Austria, 2002.

Tomado de Rodríguez, María Noel, "Panorama de los sistemas penitenciarios en América Latina y el Caribe desde una perspectiva de derechos humanos" en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/seguridad/docs/seg_docpolicia/curso%20noel%20doct.htm#_ftn1

1. Bolivia

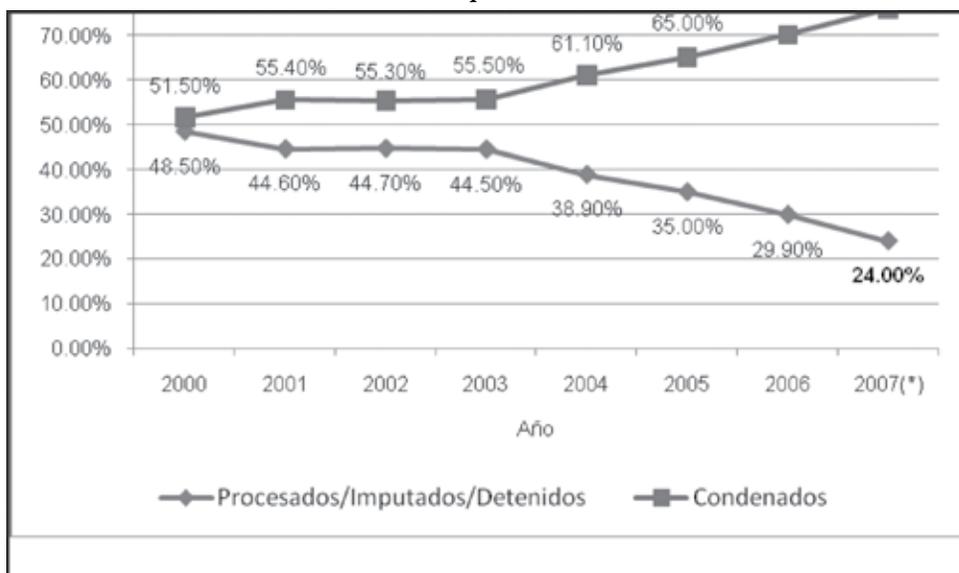
La Ley de Fianza Juratoria contra la retardación de la justicia penal, de marzo de 1996, establecía que el juez podría ordenar la detención preventiva “tratándose de delitos con pena privativa de libertad cuyo máximo legal exceda de 2 años” y existieran elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es autor de un hecho punible o participe en él. Adicionalmente a tales requisitos, la citada norma establecía que debía existir “fundada presunción que el imputado no se sometería al procedimiento o dificultaría la averiguación de la verdad, o que continuará con actividades delictivas”. En el caso boliviano, la decisión de ordenar la detención preventiva recaía en el juez de instrucción que también estaba a cargo de la persecución penal del delito.

2. Chile

En Chile, hasta 1976 existió un régimen de inexcusabilidad, esto es, una gama de delitos considerados muy graves para los cuales la prisión preventiva era necesaria o al menos el juez no estaba autorizado para levantarla. En 1976, se abrió la posibilidad de que la libertad provisional pudiera ser otorgada en todo tipo de casos por parte de la juez, lógica que fue amparada posteriormente en la Constitución de 1980. Empero, el Código de Procedimiento Penal vigente desde 1907 continuó su aplicación hasta el inicio de la reforma procesal penal en el 2000. El citado Código contemplaba un sistema de coerción para el proceso penal, comprendido por la prisión preventiva y la libertad condicional como únicos regímenes iniciados el proceso penal. En Chile el juez llamaba al sujeto y lo dejaba en prisión hasta que confesara. Este mecanismo incluía la incomunicación.

El impacto de la reforma es muy grande, por lo que el cambio ha sido sustancial, entre 2000 y 2007 ya se ha implementado el proceso de reforma de manera completa. La composición carcelaria se redujo al 24%; la reforma ha significado una modificación sustancial de la composición de la población penitenciaria, según muestra la gráfica siguiente que abarca desde el inicio del proceso de implementación de la reforma hasta el 2007.

Gráfica 1
Evolución de la composición carcelaria en Chile
Promedio anual periodo 2000-2007



[Fuente: Gendarmería de Chile]

3. Colombia

El Código de Procedimiento Penal de 1991 –vigente hasta el inicio de la reforma procesal penal en ese país en 2005–, reguló un sistema mixto, donde el fiscal tenía la potestad de decidir la prisión preventiva. De acuerdo a dicho código, la prisión preventiva procedía, entre otros supuestos, cuando el delito tenga una pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda dos años o, cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión. También se estableció que la prisión preventiva procedía cuando el sindicado (imputado) no otorgaba la caución prendaria o, cuando en casos de lesiones culposas, el sindicado cometía el delito en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica. En síntesis, antes del inicio de la reforma a la prisión preventiva en Colombia, dicha medida podía dictarse bajo una amplia gama de supuestos para su otorgamiento por parte del fiscal.

4. Perú

El Código de Procedimientos Penales vigente hasta el inicio progresivo de la reforma a la prisión preventiva en 2006, contempla una relación taxativa de delitos en los cuales procede el “mandato de detención”, siempre que éstos sean intencionales y se sustenten en suficientes elementos probatorios. Estos delitos varían notablemente, encontrándose entre ellos: el homicidio, aborto, lesiones, tráfico de drogas y abandono de familia. La norma también dispone que corresponda dictar la prisión preventiva cuando el inculcado es reincidente o el delito se ha sido cometido en concierto o banda, destacándose que en estos dos últimos casos la decisión debe ser “definitiva y fundamentada”.

5. Guatemala

En Guatemala el Código Procesal Penal que rigió hasta 1994 establecía que “la aplicación de la prisión preventiva constituía la regla y no la excepción”. De acuerdo a un informe nacional que reporta la situación antes de la reforma a la prisión preventiva en Guatemala, para dictar la prisión preventiva se requería “la comisión de un delito y motivos suficientes para creer que el imputado podría resultar culpable, lo cual en la práctica no se cumplía. Cuando no se daban los elementos para dictar la prisión preventiva, el juez dejaba en libertad al sindicado, que era otorgada en forma provisional, bajo caución juratoria.

La legislación también regulaba la posibilidad de aplicar medidas sustitutivas a la prisión preventiva: fianza y detención domiciliar, pero restringida a determinados delitos, a circunstancias del hecho o bien a características personales del imputado”.

C. Lecciones aprendidas

En cuanto a los procesos de implementación ha sido de muy baja preocupación por dotar de un respaldo operativo adecuado a los sistemas de medidas alternativas a la prisión preventiva creadas por la ley. En general se ha dejado que los propios operadores del sistema lleven adelante estas medidas alternativas de un modo que podríamos calificar como espontáneo. La consecuencia de esto ha sido que en general no existen mecanismos de control de su eficacia, y se ha tendido a instalar la percepción de que todos los sistemas de control durante el proceso que no se traducen en encierro son equivalentes a la liberación del imputado sin control.

Actualmente los procesos son públicos y los medios tienden a publicitar uno o dos casos como si fueran la regularidad. En Chile por ejemplo se resuelven 55 mil casos, pero basta con que uno o dos casos no se resuelvan adecuadamente para que los medios asuman que el proceso penal no funciona. Esta información limitada genera procesos de contrarreforma.

El cuadro 2 en el anexo al final de este capítulo muestra las modificaciones a los nuevos códigos procesales penales que amplían los supuestos para dictar la prisión preventiva en países de las Américas.

La discusión de la prisión preventiva es de mucha importancia y debe retomarse considerando nuevos temas:

- Credibilidad de las medidas tomando en cuenta la implementación de los procesos de seguimiento difundiendo sus logros; estos muchas veces se perciben como impunidad y muchas veces los son.
- Acortamiento de los procesos.
- Flexibilidad de causales (peligro de reiteración, protección de la víctima). Estas no se encontraban en los códigos modelos, deben por lo mismo estudiarse con detenimiento sin quitar a los jueces las facultades ganadas.
- Evitar inexcusabilidad.
- Compensar con otros logros.
- Introducir la cuestión de la legitimidad del sistema.

La dinámica del proceso acusatorio a largo plazo funciona mejor porque pone los incentivos correctos para que los actores adecuen a sus preceptos. Una de las virtudes es que los fiscales están sometidos a un sistema de control sancionatorio tanto de sus jefes y de la comunidad, incluida por la pérdida del caso. El problema es que se requiere de mucho tiempo para que los incentivos den fruto, y para que la prensa se acostumbre a que si el fiscal actúa incorrectamente no se ataque la labor del juez y sí la del fiscal. Se requiere de tiempo. En Chile, por ejemplo, se ha logrado consistencia y se refleja en sus logros. En América Latina, sin embargo, no se tiene lugar para darle tiempo al desarrollo de logros. Es importante generar un debate, debe haber control público, en los países donde no existen estas condiciones no se han visto avances.

III. Experiencias de países latinoamericanos en la reforma a la prisión preventiva¹⁰

A. Chile

Mtra. Verónica Venegas

Abogada de la Unidad de Asesoría Jurídica de la Defensoría Regional Metropolitana Sur, Defensoría Penal Pública (Santiago, Chile)

El nuevo sistema de justicia penal de Chile surgió como resultado de la conjugación de dos tendencias, una que pretendía hacerlo eficiente —era profundamente ineficiente y había por lo mismo que reformarlo en el contexto de apertura hacia la comunidad internacional y los procesos de globalización en marcha— mientras la otra buscaba adecuar el sistema a los tratados internacionales en la materia, partiendo por la instauración del debido proceso y el reconocimiento de la presunción de inocencia. Pese a que estas tendencias se conjugaron para dar por origen al sistema, han estado siempre en tensión, a tal punto que con el transcurso del tiempo ha ganado terreno la tendencia de la eficacia persecutoria del sistema, en detrimento de los derechos y garantías procesales y penales.

Uno de los principales cambios de la reforma es la consagración de la presunción de inocencia y de la libertad individual como regla general, ya que en el sistema antiguo la prisión era la favorecida y la libertad la excepción. El auto de procesamiento acarreaba de pleno derecho la prisión y se podía pedir la denominada “libertad provisional”, ya que la presunción de inocencia no estaba reconocida en el Código de Procedimiento Penal ni aún hoy se recoge de

¹⁰ Mtra. Brenda Carolina González Pineda (relatora).

manera categórica en la Constitución Política de la República. En el nuevo sistema se consagra la presunción de inocencia como eje central estableciendo un catálogo de medidas cautelares alternativas a la prisión y, entre otras cosas, ésta es decretada en una audiencia pública ante el juez de garantía con todos los intervinientes presentes.

Previo a la reforma más o menos la mitad de las personas privadas de libertad en las cárceles estaban en prisión preventiva, hoy en día sólo el 3% de la población encarcelada están en proceso. Aproximadamente de un 15% a un 17% de los que ingresan al sistema judicial están en prisión preventiva. La reducción ha sido considerable, destacando sí que en el caso de los delitos más graves la aplicación es mucho más alta, sobre todo en los delitos contra más graves, como homicidios y robos con violencia. Del total de medidas cautelares aplicadas en Chile, incluyendo la prisión preventiva, un 70% corresponden a las contenidas en el catálogo de medidas alternativas a la prisión.

1. Retos

Sin embargo, y pese a los beneficios que ha generado el funcionamiento del nuevo sistema de justicia, se observa una disociación entre la percepción pública de éste y la aplicación real de la prisión preventiva por parte de los jueces. En general los fiscales, defensores y jueces están bastante conformes con el modo en que se aplica esta figura, no así la mayoría de la sociedad, lo cual en gran medida se debe a la distorsión que efectúan los medios de prensa acerca de la forma en que funciona el sistema. Algunas veces también se critica desde la defensa a algunos fiscales a quienes, cuando no les va bien en las audiencias, en los pasillos de los tribunales acusan la actuación del juez frente a la prensa: ellos “litigan en los medios”.

Existe una doble realidad, por un lado la mediática y de percepción de las personas, y por otro la de los resultados a escala del funcionamiento del nuevo sistema. Los medios de comunicación se regodean con los delitos a grados de morbosidad. Eso genera una sensación de que se vive en un país donde se deja libre a los delincuentes, esa percepción llega al Congreso y se generan procesos legales de contrarreforma. Se habla incluso de hacer juicios políticos contra los jueces que otorgan demasiadas libertades. Las decisiones de los jueces de otorgar la libertad al imputado pronto se volverán suspensivas con una nueva legislación pronta a entrar en vigor, y quien las resolverá al final serán las Cortes, por lo que pese a que el nuevo sistema se basa en el principio de única instancia, en la práctica la facultad de decidir en ese ámbito se las han quitado a los jueces de garantía.

El mayor problema ha sido que nunca se contempló en la ley un sistema de control de las medidas cautelares alternativas, las que tampoco se diseñaron para de alguna manera ayudar al imputado a aprovechar la oportunidad que dichas medidas le presentan. Pese a que existen y se aplican no están legitimadas a los ojos de la ciudadanía. Se observa que no hay un proyecto o intención de fortalecer las medidas cautelares alternativas, a pesar de que hay evidencia que sugiere que la gran mayoría de los imputados las acata. La mayoría de los imputados cumplen sus medidas cautelares, y pese a los siete años de reforma no hay todavía una incorporación en la conciencia colectiva. Se necesita mucho tiempo más para que se entienda e integre el nuevo sistema procesal penal.

Estamos en una democracia donde existe la libertad de expresión y libre mercado, lo que no funciona en Chile es la manera de que los medios cubren las noticias de índole judicial. La razón es la existencia de un oligopolio mediático que tienen una tendencia conservadora en materia de política criminal, esto influye en el tratamiento que le dan a las noticias de esta materia. Es un tema profundo al que no se le ve solución; es una realidad que se debe aceptar.

2. Lecciones aprendidas

Para contrarrestar los retos, las siguientes consideraciones se deberían tener presentes:

- En cuanto a la eliminación del ámbito de libertad de los jueces, evitar reformas que se les digan qué deben hacer.
- Para todo el sistema y los interesados que saben que la prisión preventiva y el sistema penal no resuelven el problema de la delincuencia, establecer mecanismos de seguimiento y asistencia para las personas que enfrentan un proceso penal, similares a los que Open Society Justice Initiative está promoviendo en México.
- Establecer un proceso de evaluación y monitoreo permanente de las reformas con publicidad de los resultados que arrojen los estudios que se hagan. En el caso de Chile, no se han hecho evaluaciones rigurosas ni sostenidas en el tiempo acerca del funcionamiento del antiguo sistema ¿con base en qué se dice que las cosas no están funcionando? Debe haber un espacio de publicidad, para dar a conocer a la población números reales.

B. Honduras

Mtro. Rigoberto Ochoa (*Honduras*)

Consultor para la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)

Honduras cuenta con una democracia joven, su historia social y política durante el siglo XX fue escabrosa, la cual se caracterizó por una marcada inestabilidad institucional. La sociedad hondureña ha impulsado durante 25 de años la independencia judicial frente a los otros poderes públicos, con la idea de fortalecer el Estado de Derecho. El proceso de reforma judicial inició en la década de los ochenta, procurando un sistema que diera respuesta a las necesidades jurídicas insatisfechas de la población, creando nuevas instituciones como la Defensa Penal Pública, la Inspectoría General de Tribunales como órgano de control interno del poder judicial, entre otras. Para los años noventa, el proceso de reforma judicial formó parte de la denominada modernización del Estado; se creó el Ministerio Público, se le dotó de una policía de investigación criminal y se avanzó con el apoyo de la cooperación internacional en el fortalecimiento de la judicatura y desarrollo de la infraestructura judicial.

En 2002 entró en vigencia la nueva modalidad de elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, mediante una Junta Nominadora integrada por sectores de la sociedad organizada, se conformó una lista de 45 candidatos que posteriormente se envió al Congreso Nacional para su elección. La reforma implicó un aumento en el número de magistrados (de 9 a 15) y del número de años en el cargo (de 4 a 7).

Los procesos de reforma judicial exitosos, pasan por promover la independencia judicial e imparcialidad de la judicatura, para lo que se requiere de voluntad política de fortalecer el Estado de Derecho y de procesos transparentes de elección de jueces y magistrados, que neutralicen las influencias internas y externas indebidas y procuren el fortalecimiento de la carrera judicial y la magistratura. Actualmente se observan una serie de oportunidades para establecer las bases de la justicia del siglo XXI, tendencia que cobra fuerza con la promoción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley del Consejo de la Judicatura y de la Carrera Judicial –pendientes de aprobación por el Congreso Nacional- y el Código Procesal Civil, que vendrían a modernizar y cambiar el esquema actual de administrar e impartir de justicia.

En el ámbito penal, la garantía judicial de presunción de inocencia tiene reconocimiento en la Constitución de la República de 1982, pero en la realidad no ha sido generalizada su aplicación práctica. En cuanto al uso de la prisión preventiva, en los tribunales se decía comúnmente que “un auto de prisión no se le niega nadie”, lo que ejemplifica que el porcentaje de personas en prisión preventiva antes de la entrada en vigencia en 2002 del nuevo Código Procesal Penal era de 85%. La visión sobre el tema y las estadísticas confirman lo acertado de la frase.

Con la puesta en marcha del nuevo Código Procesal Penal de corte acusatorio, las medidas sustitutivas han tenido un incremento progresivo en su aplicación, lo que constituye un avance, ya que se ha logrado reducir la prisión preventiva en un 36%, aunque no se ha contado con el presupuesto adecuado para aplicarlas. Actualmente, la prisión preventiva se aplica a partir de las consideraciones de peligro de fuga y el menor o mayor arraigo del imputado. Los jueces, para determinar la falta de arraigo, consideran si el imputado es propietario o no de la casa en la que habita, lo que es complicado en un país como Honduras, donde la mayoría de su población vive bajo la línea de la pobreza.

Por otra parte, aún persiste una percepción social en el sentido de que la cárcel es el medio para combatir la criminalidad, por lo tanto, los fiscales se ven compelidos a solicitar en el requerimiento fiscal medida cautelar de prisión preventiva, y a su vez, los jueces se ven presionados socialmente a dictarla. Cabe señalar, que uno de los factores que ha contribuido a estancar la disminución de la prisión preventiva en el país, lo constituye la reforma del artículo 332 del Código Penal (delito de asociación ilícita), conocido como Ley Antimaras, que formó parte de la política de mano dura.

La realidad de la aplicación de la prisión preventiva, permite señalar que –pese a que es distinta a la pena de privación de libertad- ésta reviste un carácter punitivo y desconoce que a la persona que se le impone tal medida cautelar, le ampara el principio constitucional de presunción de inocencia.

1. Retos

En Honduras, según el Código Procesal Penal la prisión preventiva como medida cautelar constituye la excepción. En los cinco años de implementación del nuevo proceso penal, se aprecia una tendencia progresiva a la aplicación de medidas sustitutivas, aunque ésta se ha estancado por la ausencia de recursos y mecanismos para hacerlas efectivas, así como por la presión social y mediática por la aplicación de la prisión preventiva como medio de lucha contra la criminalidad. Superar este estado actual de cosas, constituye uno de los principales retos del sistema de justicia penal en el país.

2. Lecciones aprendidas

En cuanto a las lecciones aprendidas, es importante superar todos aquellos factores que deslegitiman la reforma penal, en particular la relativa a la prisión preventiva:

- a) Ausencia de una política de seguridad democrática. Deben crearse las medidas de política para que no se continúe utilizando a la cárcel como el medio para combatir la delincuencia. El Estado no ha desarrollado políticas públicas e instituciones que incidan en la reducción de los índices de criminalidad, con lo cual, no es a partir de la prisión preventiva que se va a combatir los factores que inciden en la delincuencia. La prisión preventiva debe mantener su carácter de medida cautelar en el proceso penal y el respeto a los derechos humanos en su aplicación.
- b) Tendencia a la influencia de la cultura inquisitiva en el nuevo proceso penal. La cultura jurídica de los servidores judiciales no se cambia de la noche a la mañana, por lo que se aprecia como el proceso penal y los principios garantistas se ven influenciados por prácticas inquisitivas del anterior modelo. Esta situación genera además reformas que buscan reducir la discrecionalidad del juez en materia de prisión preventiva, por lo que aún subyace en el país el peso de la cultura inquisitiva que por siglos ha regido en Honduras.

IV. Anexos

Cuadro 1
La prisión preventiva en las versiones originales de los nuevos códigos procesales penales de países de América Latina
Mtro. Cristián Riego Rodríguez
Director Académico del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

País y referencia normativa	Carácter excepcional de la prisión preventiva	Proporcionalidad específicamente con relación a la pena arriesgada	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva	Peligro de fuga	Peligro de obstaculización	Otros
Argentina, Ley 11922 - CPP de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde septiembre de 1998.	Sí.	No, es general. El órgano judicial podrá ordenar, a pedido de las partes, medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones:... Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela.	Sí.	Sí.	Sí.	
Bolivia, Ley N° 1970 - Código de Procedimiento Penal de Bolivia, promulgado en 1999 y entró en vigencia en el 2000.	Sí.	No, es general. Cuando exista duda en la aplicación de una medida cautelar o de otras disposiciones que restrinjan derechos o facultades del imputado, deberá estarse a lo que sea más favorable a éste.	Sí. Cuando su duración exceda 18 meses sin que se haya dictado sentencia o de 24 meses sin que hubiera adquirido la calidad de cosa juzgada.	Sí.	Sí.	No.
Chile, Ley 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000.	Sí.	Sí. No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.	No. Transcurridos 6 meses desde que se ordenó la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se decidió, el tribunal citará de oficio a una audiencia, a fin de considerar su cesación o prolongación.	Sí.	Sí.	Si la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.
Colombia, Ley N° 906- Código de Procedimiento Penal promulgado en 2004, vigente desde el 2005.	Sí.	No, es general. La privación preventiva debe ser proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.	Sí. Si en 60 días a partir de la imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión.	Sí.	Sí.	Peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
Costa Rica, Ley N° 7594- Código Procesal Penal de Costa Rica, del 10 de abril de 1996 y entró en vigencia en 1998.	Sí.	Sí.- La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso.	Sí. Cuando su duración exceda 12 meses.	Sí.	Sí.	Continuará la actividad delictiva.

País y referencia normativa	Carácter excepcional de la prisión preventiva	Proporcionalidad específicamente con relación a la pena arriesgada	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva	Peligro de fuga	Peligro de obstaculización	Otros
Ecuador, Ley No. 000. RO/ Sup. 360 de 13 de enero del 2000.	Sí.	No, es general. Todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad o los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente.	Sí. La prisión preventiva no podrá exceder 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de 1 año en delitos sancionados con reclusión.	Sí.	Para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena.	No.
El Salvador.	Sí.	Sí. La detención provisional debe guardar la debida proporción a la pena que se espera.	Sí. En ningún caso puede sobrepasar la pena máxima prevista en la ley, ni exceder el plazo de 12 meses para los delitos menos graves o 24 meses para los graves, so pena de incurrir en responsabilidad penal.	Sí.	Sí.	Circunstancias del hecho, alarma social que su comisión haya producido o frecuencia con la que se cometían hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar. Asimismo, cuando por el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otros anteriores, el juez tenga grave sospecha que continuará cometiendo hechos punibles.
Guatemala, Decreto N° 51-92- Código Procesal Penal de 1992, que entró en vigencia en 1994.	Sí.	Sí. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta la pena que se espera como resultado del procedimiento.	Sí. Cuando su duración exceda 1 año; pero si se hubiere dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar 3 meses más.	Sí.	Sí.	No.
Nicaragua, Ley N° 406 - Código Procesal Penal, de 2001.	Sí.	Sí. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta sea desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.	No. La prisión preventiva nunca podrá exceder el tiempo de la pena impuesta por la sentencia impugnada y, de ser el caso, bajo responsabilidad, el tribunal que conoce del recurso, de oficio o a petición de parte deberá dictar auto ordenando la libertad inmediata del detenido.	Sí.	Sí.	Peligro que cometa nuevos delitos o que continuará con actividad delictiva.

País y referencia normativa	Carácter excepcional de la prisión preventiva	Proporcionalidad específicamente con relación a la pena arriesgada	Límite de tiempo específico para la prisión preventiva	Peligro de fuga	Peligro de obstaculización	Otros
Perú, Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, de julio de 2004, y que entró en vigencia en 2006.	Sí.	Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta: (...) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.	Sí. La prisión preventiva no durará más de nueve meses. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.	Sí.	Sí.	Existencia de elementos razonables de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá brindarse para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.
República Dominicana, Ley No. 76-02 – Código Procesal Penal, de 2002 y que entró en vigencia en 2004.	Sí.	No, es general. Las medidas restrictivas de la libertad personal deben aplicarse proporcionalmente al peligro que trata de resguardarse.	Sí, un máximo de 18 meses y, en caso de haber sentencia condenatoria, hasta 6 meses más.	Sí.	Sí.	-
Venezuela, Código Orgánico Procesal Penal de 1998.	Sí.	Sí. No se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.	Sí. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de 2 años.	Sí.	Sí.	No.

Cuadro 2
Modificaciones a los nuevos códigos procesales penales que amplían los supuestos para dictar la prisión preventiva en países de las Américas

Mtro. Cristián Riego Rodríguez

Director Académico del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

Países	Modificación normativa y año	Contenido
Bolivia	Ley N° 2494 del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, de agosto de 2003.	Se incorporó el peligro de reincidencia como presupuesto para la aplicación de medidas cautelares personales.
Chile	Ley N° 20074, de noviembre de 2005.	Se amplía la procedencia de la prisión preventiva para aquellos casos en que las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar la seguridad del ofendido o de la sociedad. Asimismo, se restringieron los supuestos para la improcedencia de la prisión preventiva.
El Salvador	Decreto N° 752, octubre de 1999.	Se estableció la inexcusabilidad para determinados delitos como narcotráfico y crimen organizado, así como otras manifestaciones de delincuencia común de gravedad como los robos agravados, los homicidios y las violaciones sexuales.
Guatemala	Decretos 32-96; 79-97; 30-2001; 2002; y sentencia de la Corte de constitucionalidad de enero de 2000.	Se estableció la prisión preventiva para determinados delitos o circunstancias especiales del autor.
Colombia	Ley 1142 de junio de 2007.	Se estableció la prisión preventiva para determinados delitos.

Capítulo III

Costos económicos y sociales de la prisión preventiva¹¹

Este capítulo está integrado por las participaciones del Mtro. Guillermo Zepeda, la Dra. Elena Azaola, el Dr. Adam Stapleton y el Dr. Rob Allen, quienes abordan los costos económicos y sociales de la prisión preventiva. Es importante desarrollar el análisis de los costos para argumentar la necesidad de una reforma y/o de crear nuevas políticas públicas. Este análisis es una herramienta complementaria al debate político, el cual ayuda a: 1) Evaluar la razonabilidad de políticas públicas, identificando el esfuerzo en el que incurre la sociedad, por medio de una comparación y la efectividad de la medida; y 2) Determinar prioridades sociales.

I. Mitos y costos económicos de la prisión preventiva en México¹²

Dr. Guillermo Zepeda Lecuona

Profesional Asociado del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC)

A. Propósito y limitaciones del análisis costo-beneficio¹³

Antes de entrar a fondo a los datos estadísticos de los costos económicos de la prisión preventiva, primero es importante señalar los diferentes niveles de análisis de costo-beneficio:¹⁴

1. Estimación de costos de la política
2. Costos + Análisis de efectividad de la política
3. Costos + Efectividad + Cálculo de beneficios de la política
4. Costos + Efectividad + Beneficios + Comparación de costos y beneficios de alternativas.

Tomando los diferentes niveles que existen, el presente estudio está clasificado entre las categorías primera (estimación de costos de la política) y segunda (costos + análisis de efectividad de la política).

En el estudio se realiza un análisis de costos tomando en cuenta la efectividad (entendida como el cumplimiento o no de los objetivos de la prisión preventiva) y el cálculo de los beneficios de la prisión preventiva. Para realizar este estudio también fue necesario medir el esfuerzo social y la efectividad de las políticas públicas. Sin embargo, existen dos problemas dentro de la investigación: 1) un problema conceptual, ya que no se le puede poner un valor económico a los valores judiciales; y 2) un problema práctico, ya que existe subjetividad en cuanto a la determinación del costo exacto de la prisión preventiva.

Para responder al primer problema la solución al problema conceptual se puede considerar que existe una concordancia entre la economía procesal y pecuniaria con la buena impartición de justicia. Es decir, que la eficiencia económica y la satisfacción de los valores normativos son concordantes.

¹¹ El capítulo sobre costos incluye los artículos por los siguientes expertos: Dr. Guillermo Zepeda, Prof. Adam Stapleton; Prof. Rob Allen; y Dra. Elena Azaola. Adicionalmente, la Mtra. Claudia Pumarejo asistió con la compilación del material para el capítulo y se utilizó la relatoria realizada por el Mtro. Joel Martínez para incluir las conclusiones que se generaron durante la conferencia.

¹² El Dr. Guillermo Zepeda Lecuona, Profesional Asociado del Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. (CIDAC) ha estado realizando el análisis costo de la prisión preventiva auspiciado por Open Society Justice Initiative, como parte del proyecto sobre prisión preventiva en México; dicho análisis se publicará en el 2008. El presente artículo representa un resumen del Análisis que está próximo en publicar. Para más información consultar la página: www.justiceinitiative.org

Adicionalmente, Open Society Justice Initiative patrocinó la realización de un libro sobre los costos sociales de la prisión sin condena, titulado "Prisión sin condena", editado y publicado por Random House Mondadori, S.A. de C.V. (2008). El libro contiene siete historias de personas que estuvieron encarcelados sin condena y los relatos de los costos sociales que experimentaron y siguen viviendo.

¹³ El Mtro. Miguel La Rota, economista y abogado colombiano, consultor de Open Society Justice Initiative, ha trabajado con el Dr. Zepeda en la organización del estudio, ha aportado su conocimiento en economía y métodos estadísticos para identificar los costos indirectos del sobre uso de la prisión sin condena, así como la identificación de los límites del presente análisis.

¹⁴ Cohen, Swaray, McDougall, Perry; 2003.

Con respecto del problema de la subjetividad de las cifras, se propone la transparencia de las cifras, es decir, de las fuentes, supuestos, metodologías y debilidades, guardar un margen de subjetividad razonable y habiendo seleccionado supuestos conservadores (sin subestimar costos reales).

En cuanto a los desafíos metodológicos de los estudios relativos a los costos sobre de la prisión preventiva:

- La literatura sobre costos de instituciones del Estado de Derecho en México es reducida;
- No existe información desagregada en materia penitenciaria y menos aún sobre prisión preventiva;
- Información de difícil cuantificación; y
- Existe una necesidad de realizar trabajo de campo para obtener ciertas variables.

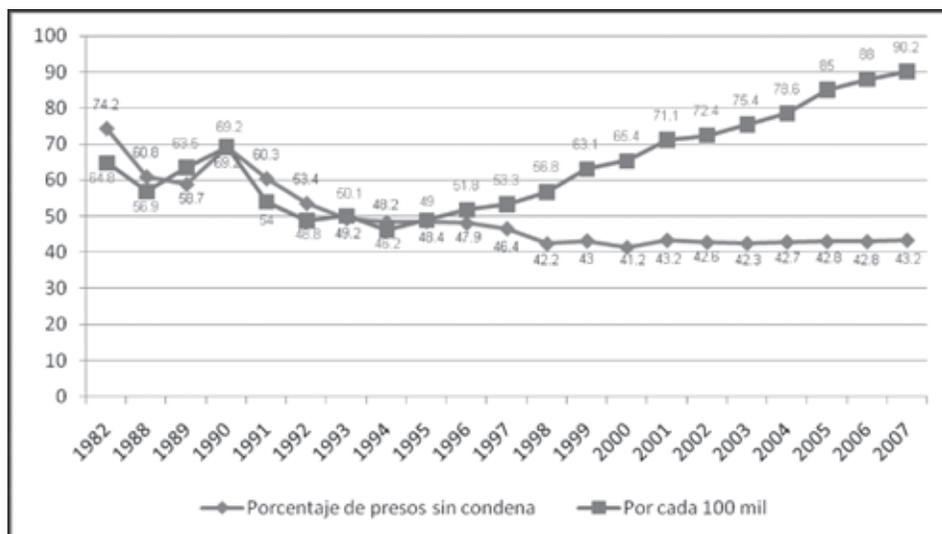
Para subsanar lo anterior, se proponen las siguientes opciones:

- Apoyo en estudios internacionales y organizaciones con experiencia en la materia
- Considerar fuentes secundarias;
- Marginar variables subjetivas con cuantificación insuficientemente avalada metodológicamente; y
- Adopción de escenarios conservadores.

B. Tendencia ascendente en el uso de la prisión preventiva en México

Haciendo un análisis de los delitos en la última década, nos damos cuenta que en 1994 existían solamente 16 delitos considerados graves que ameritaban prisión preventiva por diversos motivos. Hoy día son 220 conductas típicas que son consideradas delitos graves dentro de diferentes cuerpos legislativos federales y locales. Lo anterior, evidentemente, resulta en una tendencia ascendente en el uso de la preventiva (ver Gráfica 1). En 1994 habían 41.4 mil personas reclusas sin sentencia, en el último trimestre del 2007 esta cifra aumentó a 94.6 mil.

Gráfica 1
Traectoria reciente del porcentaje de los indicadores nacionales de prisión preventiva en México (Ambos ámbitos de competencia)



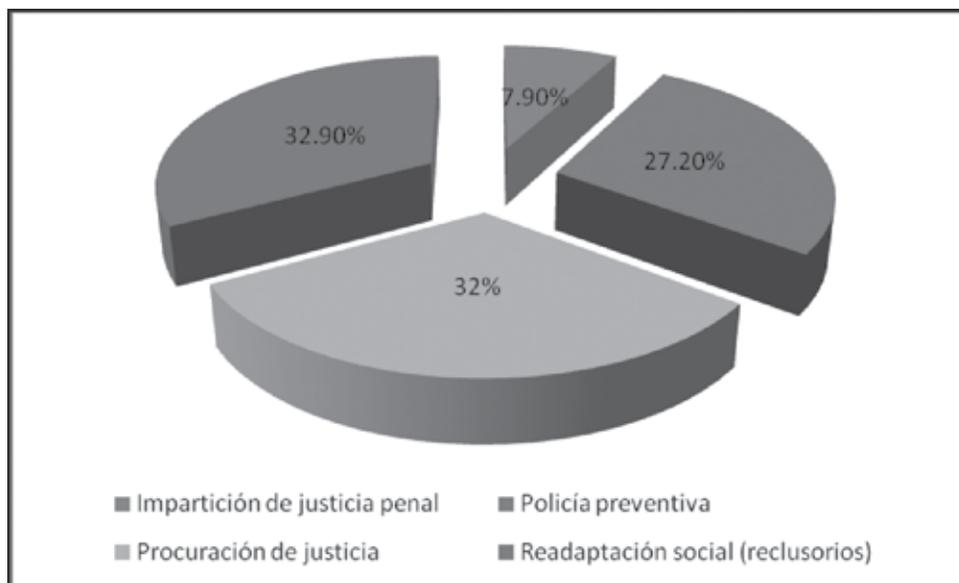
México ocupa el décimo tercer lugar en un comparativo internacional de personas detenidas sin condena por cada 100,000 habitantes con 90,324 (enero de 2007) sometidas al régimen de prisión preventiva. Esto equivale a 89.7¹⁵ personas en prisión preventiva por cada 100,000 habitantes. El primer lugar lo ocupa Panamá con 215.6 por cada 100,000¹⁶.

C. Costos económicos y sociales

Estos altos números de personas privadas de la libertad sin haber sido sentenciadas generan altos costos humanos (privación de la libertad y costo de oportunidad familiar, laboral y educacional). El hacinamiento carcelario exacerba los costos por la necesidad de clasificar y vigilar a los reclusos ya que la ocupación carcelaria oscila en un 133.9%¹⁷, lo que causa condiciones de hacinamiento crítico. El hacinamiento carcelario tiene efectos negativos, ya que genera violencia entre los reclusos, situaciones de autogobierno, motines y extorsión. Las tasas de homicidio son 5 veces superiores, mientras que las de suicidios son 8 veces superiores. Estas condiciones también influyen en el incremento de costos de atención médica en virtud de un alza en la tasa de enfermedad entre los reclusos.

Atendiendo al presupuesto que destina el gobierno para la seguridad e impartición de justicia penal, se determina que \$1 de cada \$3 pesos se asigna al sistema penitenciario (ver Gráfica 2).

Gráfica 2
Presupuesto de seguridad y justicia penal (31,623.6 millones de pesos)



Se comentó anteriormente que en este rubro existen varios desafíos metodológicos, como son el hecho de que existe poca literatura del tema en México; la inexistencia de información desagregada en materia penitenciaria y prisión preventiva; la dificultad al momento de hacer una ponderación cuantitativa de la información; y la necesidad de realizar un trabajo de campo para la obtención de diversas variables. En este apartado se tomaron en cuenta cuatro rubros distintos:

¹⁵ Secretaría de Seguridad Pública (enero de 2007).

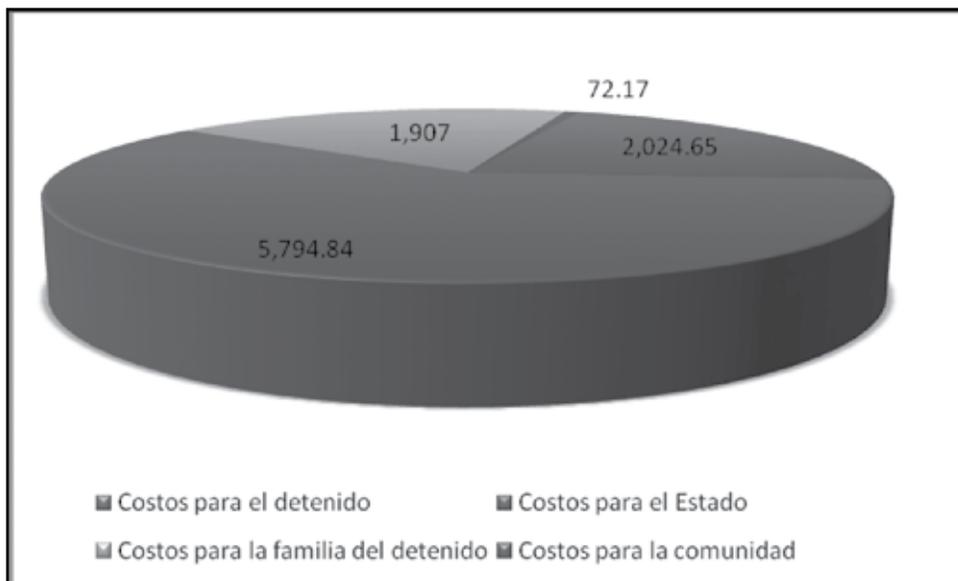
¹⁶ International Center for Prison Studies (www.prisonstudies.org), información para la mayoría de los países para el 2005 y 2006. La información para México en esta base de datos es muy similar, le asignan 86.2 en el lugar número 13.

¹⁷ Secretaría de Gobernación y Secretaría de Seguridad Pública y Servicios a la Justicia (junio de 2006).

- Costos para el detenido: costos de oportunidad laboral, riesgos para el detenido (atención a enfermedades, falta de atención médica, suicidios y homicidios), pérdida de aportes a la seguridad social y gastos extralegales.
- Costos para el Estado: manutención del detenido, proceso penal con detenido (costo de investigación, proceso judicial y defensa de pública), provisión de servicios de salud a familiares de los detenidos, pérdida de cuotas y cotizaciones de seguridad social por parte del detenido.
- Costos para la familia del detenido: ayuda en la manutención del detenido, costo de oportunidad en tiempo de visita, costos legales y gastos extralegales.
- Costos para la comunidad: costos de trabajos de asistencia social hacia el detenido y productividad laboral.

Tomando en cuenta los rubros anteriormente mencionados, el estimado del costo social de la prisión preventiva en el 2006 fue de \$9,798.76 millones de pesos, el cual se ubica entre una cantidad mínima (\$7,570 millones) y otra máxima (\$14,598 millones). De manera resumida¹⁸ se utilizará en el presente análisis el estimado como la cantidad del costo, señalando que se han calculado las cantidades mínimas y máximas de cada rubro. El 59.3% (\$5,794.84 millones) de esa cifra son los costos erogados por el Estado, el 20.7% (\$2,024.65 millones) son gastos realizados por el detenido, el 19.5% (\$1,907.1 millones) son costos por la familia del detenido, y el 0.73% (\$72.17 millones) restante son costos para la comunidad (Referirse a Gráfica 3).

Gráfica 3
Estimado de los costos sociales anuales de la prisión preventiva en México en 2006
(\$9,798.76 millones de pesos).



D. Propuesta y líneas de acción

Reconociendo que el abuso de la prisión preventiva es contraproducente, que no sólo no alivia la inseguridad de la población, sino que contribuye a su incremento, se plantean las siguientes líneas de acción para el uso racional de dicha medida.

¹⁸ El desglose de los rubros y las cantidades detalladas correspondientes se presentaran en su totalidad en el Análisis del costo-beneficio de la prisión preventiva en México, que se publicará en el 2008 por Open Society Justice Initiative, quien ha patrocinado el estudio.

1) Cambio al régimen legal:

- a. Esta revisión del marco institucional incluye el establecimiento de un sistema de justicia penal acusatorio, adversarial y transparente para fortalecer y garantizar la presunción de inocencia.
- b. Otorgarle al juez la discreción de decidir sobre los fundamentos procesales de la medida cautelar en una audiencia con este fin donde las partes argumenten sus posturas.
- c. Abandonar el esquema de presunción legal para restringir el derecho a la libertad, como lo es los delitos graves.
- d. Descriminalización de conductas, desarrollar sanciones no privativas de libertad y permitir la excarcelación en casos en que se anticipe sanción que admita conmutación o beneficio (este tipo de beneficios digamos para primerizos en delitos menores, puede reducir en 20% el ingreso a la prisión preventiva).
- e. Salidas procesales alternas (particularmente la suspensión del proceso a prueba) y justicia restaurativa. En Chile, estas salidas alternas representan más de 90% del ahorro por reducción de días de prisión preventiva. En México se podrían reducir anualmente 3 millones de días de prisión preventiva, lo cual resulta en un ahorro de \$390 millones de pesos.
- f. Establecer jueces de garantías y de ejecución de sentencias.
- g. Desarrollar medidas cautelares alternas.

2) Desarrollo institucional:

- a. Establecer programas de servicios evaluación de riesgos y supervisión que brinden asistencia y seguimiento a procesados liberados.
- b. Impulsar la concientización en la sociedad sobre el problema social y humano de la prisión preventiva.

II. Impacto de la prisión preventiva: Herramientas útiles de medición e implicaciones epidemiológicas

Prof. Adam Stapleton

Profesor visitante

*Centro de Derechos Humanos Internacionales, Northwestern Law School
(Chicago, IL, EEUU)*

A. Herramientas útiles de medición de la prisión preventiva

Para un análisis profundo del uso de la prisión preventiva, las siguientes herramientas de medición nos sirven como guías útiles para replicar estudios a niveles locales. Primero, se estudia la población penitenciaria; segundo, las condiciones carcelarias; tercero, los actores del sistema las causas que generan sus actividades; y un censo demográfico de la población penitenciaria.

En términos proporcionales, la prisión preventiva ha aumentado a nivel mundial en la última década. El índice de crecimiento de los penales por regiones del mundo es el siguiente (1999-2004)¹⁹:

- África: 61%
- América: 71%
- Asia: 90%
- Europa: 66%
- Oceanía: 69%

¹⁹ World Prison Brief, International Centre for Prison Studies.

A nivel mundial estas son las tendencias de aumento de la prisión preventiva:

- En la mayoría de países africanos más del 50% esperan su juicio (Penal Reform International).
- En los Estados Unidos la prisión preventiva aumentó del 51% en 1990 a 62% en 2005 (Sentencing Project).
- En India aumentó en más del 60%, Bangladesh 67%, Pakistán 66% (British Broadcast Corporation).
- En América del Sur: Paraguay 93%, Argentina 62%, Perú 67% (ILANUD).

Al analizar las condiciones de las cárceles, los siguientes son los factores que impactan en el hacinamiento carcelario:

- Percepción social del índice delictivo.
- Clima político.
- Sistemas o actitudes opresivas o intolerantes.
- Enfoque punitivo vs. restaurativo.
- La duración de la prisión preventiva.
- Coordinación y manejo de expedientes entre las dependencias de justicia penal.

A nivel mundial, las actividades de los tres principales actores de intervención en el sistema penal generan las causas que resultan en el incremento y uso desproporcionado de la prisión preventiva.

1) La policía:

- Arresto primero, investigación después.
- Falta de investigación de los hechos (acusaciones falsas).
- Uso excesivo de la detención sobre otras alternativas.
- Abuso del sistema (preferir acusaciones graves; o acusar de delitos que conllevan penas más altas).
- Uso excesivo de redadas.
- Tipos penales desactualizados (vagabundeo, prostitución, etc.).
- Ausencia de asesoría y asistencia legal.

2) Juzgados:

- Falta de fijación de fianzas.
- Fijación de montos de fianzas demasiado altos.
- Aplazamientos innecesarios.
- Incapacidad de manejar su carga de expedientes.
- Fijar expectativas: términos, audiencias previas al juicio.
- Inhabilidad de promover negociación: incentivar negociaciones en las primeras etapas del proceso, tomar en cuenta el tiempo que se pasa en detención.

3) Cárceles:

- Falta de aviso a los juzgados de quién está en prisión.
- Resistencia a la liberación de los que permanecen detenidos ilegalmente.
- No facilitar el ingreso de los asesores jurídicos.
- Inhabilidad de hacer alianzas con agencias externas.

En términos de identificar las características demográficas de la población carcelaria, estudios indican que prevalece la gente de escasos recursos, con niveles bajos de peligrosidad, y quienes no tuvieron un adecuado acceso a la justicia.

Censos recientes de quienes están en prisión arrojan las siguientes conclusiones:

- La gran mayoría es pobre.
- La mayor parte no tuvo acceso a una asesoría legal adecuada.
- A la mayor parte de los que espera juicio se les ha fijado fianza o están acusados de delitos elegibles para fianza, pero no pueden cubrir los montos establecidos por el juzgado.
- Muchos han cometido delitos en el nivel más bajo de la escala delictiva, muy pocos son peligrosos.
- Muchos han permanecido más tiempo de debido esperando su juicio – algunos han sido detenidos ilegalmente.
- Algunos están detenidos por causas de migración que no son asuntos penales.
- Algunos tienen enfermedades mentales o terminales; son muy viejos o demasiado jóvenes.

Para contrarrestar los efectos negativos de la prisión preventiva y disminuir su uso se recomienda mayor participación de asistentes legales (*paralegals*), quienes pueden actuar como paramédicos en el sector de salud que brindan ayuda de primeros auxilios o de emergencia, en este sentido los asistentes legales pueden brindar asistencia legal de “emergencia” o primaria al:

- Revisar los expedientes en cárceles, estaciones de policía y juzgados y categorizar la carga de expedientes.
- Asesorar y apoyar a quienes se enfrenten con un problema legal.
- Educar a la población y los acusados sobre la ley y a los que generan las políticas públicas sobre los obstáculos de la ley.
- Enlazar a todos los actores y facilitar la comunicación y la coordinación.
- Referir los casos complicados y graves a expertos legales.
- Proveer de asistencia legal primaria que nadie más brinda en las estaciones de policía al momento del arresto, en la primera comparecencia ante el juez o dentro de las cárceles.

Estudios indican que los beneficios probados de este cambio incluirían:

- Eliminar la detención innecesaria;
- Acelerar el procedimiento de los casos;
- Buscar alternativas para los menores infractores;
- Reducir el rezago;
- Mejorar la ‘igualdad de brazos’ en el juzgado; y
- Reducir la población a la que se negó la fianza.

B. Implicaciones epidemiológicas de las condiciones carcelarias

Prof. Rob Allen²⁰

*Director International Centre for Prison Studies, King’s College
(Londres, Gran Bretaña)*

El Centro Internacional de Estudios Penitenciarios del King’s College London (www.prison-studies.org) ha acumulado experiencia de reforma tanto en Latinoamérica como en el campo de salud penitenciaria. Han emprendido proyectos de trabajo en Brasil, Chile, Guatemala y la República Dominicana, diseñados para auxiliar a los administradores penitenciarios a lograr un mejor cumplimiento de los estándares y normas internacionales. Actualmente, están por

²⁰ Investigador del Centro Internacional de Estudios sobre la Prisión, King’s College, Universidad de Londres.

embarcarse en un programa en Argentina enfocado en la implementación del Protocolo Opcional de las Naciones Unidas para la Convención contra la Tortura. Su trabajo con respecto al tema de salud penitenciaria se ha enfocado principalmente en Europa Oriental y Asia Central, donde con ayuda de la Open Society Justice Initiative buscamos incrementar la conciencia de la salud penitenciaria como un asunto de salud pública. Este trabajo ha continuado en colaboración con la Organización Mundial de la Salud, a través de su proyecto de salud en las prisiones. También han preparado un manual de herramientas para las Naciones Unidas acerca del VIH/SIDA en las prisiones – prevención, tratamiento y cuidados.

Los estándares internacionales enfatizan la importancia de la salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requiere que los estados que son parte reconozcan el derecho que tenemos todos de disfrutar de los más altos estándares alcanzables de salud física y mental. Los principios básicos de las Naciones Unidas brindan a los prisioneros derechos de acceder a los servicios de salud disponibles en el país sin discriminación basada en su situación legal. El Comité de Prevención de la Tortura, que cubre los 46 países del Consejo de Europa, ha dejado claro que el acto de privar a una persona de su libertad siempre conlleva un deber de cuidado que llama a encontrar métodos efectivos de exploración sin condena y tratamiento.

Normas más detalladas, como el estándar de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de prisionero han enfatizado en que el alojamiento en el que viven los prisioneros debe ser propicio para el mantenimiento de la buena salud, proveer acceso a bañarse y facilidades sanitarias y tener un clima, iluminación y espacio de suelo adecuados. Los prisioneros deben tener una dieta suficiente para su salud y debe brindárseles agua potable.

No obstante, la salud de los prisioneros alrededor del mundo es mucho más pobre que la de la población en general. La existencia del VIH se estima entre un 10% y un 50%, y de la tuberculosis entre el 20% y el 50%. Los problemas de salud mental pueden estar presentes entre el 40% y el 80% de los prisioneros y el uso de drogas se estima en 40%. En la Federación Rusa, por ejemplo, en una población de 950,000 prisioneros en 2006, el número conocido de pacientes con tuberculosis era de 47,431, el número conocido de pacientes VIH positivo era de 39,645 y el número de enfermos de ambas condiciones era 2,846. El número de pacientes no conocidos podría ser mucho más alto, aunque los esfuerzos para identificar y diagnosticar han mejorado en los años recientes.

Las cifras mundiales de la prevalencia del VIH/SIDA entre los prisioneros de algunos países son las siguientes:

- Brasil hasta el 15%;
- Canadá entre el 2-8%;
- Cuba hasta el 26%;
- Egipto hasta el 1.6%;
- España hasta el 14%;
- Estados Unidos hasta el 2%;
- Honduras hasta el 7%;
- Indonesia hasta el 15%;
- Rusia hasta el 4%;
- Sudáfrica hasta el 44%; y
- Vietnam hasta el 28%.

Ciertas características del encarcelamiento pueden empeorar la salud de los internos. Éstas incluyen condiciones antihigiénicas y poco espacio, la presencia de enfermedades infecciosas, la falta de diagnóstico y cuidados, y los altos niveles de violencia. Las prisiones son también lugares de conductas de alto riesgo, particularmente el compartir drogas intravenosas o agujas, sexo sin protección y tatuajes.

La prisión preventiva puede ser especialmente mala para la salud porque incluye el hacinamiento crítico, la falta de separación y clasificación de prisioneros. A las celdas y salas a menudo les falta ventilación e iluminación natural. Los regímenes pueden implicar oportunidades limitadas de ejercicio físico. Los prisioneros en prisión preventiva son una población transitoria que experimenta las peores condiciones. La falta de actividad en muchas prisiones sin condenas puede tener un efecto particularmente negativo en la salud mental.

Los impactos negativos a la salud no se limitan a los prisioneros. Cerca de 30 millones de prisioneros alrededor del mundo regresa a su comunidad cada año. Se estima que existen alrededor de 300 mil trabajadores de planta en los sistemas penitenciarios de Estados Unidos. En una prisión grande en Perú se estima que entran y salen 4 mil visitantes por día de visita.

Hay mucho que se puede hacer para reducir los impactos negativos a la salud. Las aproximaciones a la salud pública sugieren que junto con una mejor asistencia sanitaria, la provisión de condones, terapia para drogadictos, programas de intercambio de agujas y la provisión de desinfectante deben ser introducidas. Hay medidas controversiales en algunos sistemas penitenciarios que pueden ser vistas como que pasan por alto la obediencia de la ley dentro de las prisiones; pero esta debe ser una consideración secundaria a la reducción del daño y la enfermedad.

Es evidente que deben tomarse acciones necesarias para mejorar las condiciones físicas – en particular la provisión de comida y agua y los arreglos sanitarios-. En muchos países la provisión de servicios de salud es parte de la salud pública en vez de ser parte del sistema penitenciario, y esto produce mejores resultados. Por encima de todo existe una necesidad urgente de reducir el número de prisioneros detenidos en prisión preventiva.

II. La prisión preventiva y las políticas criminológicas en que se sustenta²¹

Dra. Elena Azaola

Antropóloga y psicoanalista, investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social

A. Las prisiones preventivas y la política criminal

La tesis que en lo que sigue intenta sustentar, es que lo que hoy ocurre en las prisiones preventivas y en los centros de reclusión no puede ser visto de manera separada a la puesta en práctica de una determinada política criminal. Vale aquí comenzar por aclarar que “la política criminal es igualmente una estrategia jurídica y social basada en las elecciones ideológicas, para responder con pragmatismo a los problemas planteados por la prevención y la represión del fenómeno criminal, entendido en toda su extensión”²².

No obstante que numerosos países han optado por una política criminal que hace de la pena privativa de la libertad y de la prisión preventiva el instrumento principal en el que finca sus expectativas de reducir la tasa de la criminalidad, diversos estudios han mostrado que dicha política -que durante la última década ha significado el encarcelamiento en masa en contra de los excluidos- no ha producido los resultados prometidos. Así, por ejemplo, un estudio efectuado por Green M. (*Incapacitation Effect of Imprisonment Policies on Crime*, tesis de doctorado Carnegie-Mellon University) sobre la realidad brasileña, ha aplicado modelos matemáticos para estimar los efectos del encarcelamiento y ha mostrado de manera convincente que los niveles de criminalidad son prácticamente insensibles al tamaño de la población carcelaria.

²¹ Relator: Mtro. Juan Carlos Centeno Maldonado.

²² 1991:77, citado por Bermúdez Tapia, 2007.

También algunas estimaciones efectuadas por el Home Office para el caso del Reino Unido, señalan que apenas existe un 1% de reducción de las tasas de criminalidad por cada aumento del 15% en la población carcelaria. Las evidencias en favor de esta conclusión son innumerables. Holanda y Francia, por ejemplo, tuvieron 12% de aumento en las tasas de la criminalidad durante la década de los noventas, siendo que Holanda encarceló en el mismo periodo a 20 veces más delincuentes que Francia. Situaciones similares hicieron que, en noviembre de 2002, los gestores penitenciarios de 44 países del Consejo de Europa reunidos en Estrasburgo, concluyeran que el número de presos en cada nación estaba determinado por las respectivas políticas criminales y no por las tasas de criminalidad.

A la misma conclusión han arribado otros estudios que demostraron que cada sociedad puede escoger, por varias razones, el número de presos que admite tener, sea que tenga altas tasas de criminalidad o no. De este modo, se observa que Finlandia, Canadá y Alemania, por ejemplo, escogieron disminuir drásticamente sus poblaciones carcelarias sin que ello tuviera ningún impacto en la dinámica criminógena. Por el contrario, otros estudios disponibles, como el de Seymour (*Alternatives to Custody*, 2006, www.iprt.ie/iprt/1754), muestran el éxito que han tenido distintas experiencias que apostaron por prescribir penas alternativas a la prisión para la mayoría de los delitos (Rolim, 2007).

No obstante estas experiencias, lo que prevalece en los países de América Latina son las políticas que privilegian el enfoque punitivo, incluyendo el uso de la prisión preventiva, y que permanecen impermeables al cúmulo de evidencias producidas por la experiencia internacional y por los estudios científicos. La crisis penitenciaria, sostiene junto con una gran cantidad de especialistas, es el resultado de una política criminal equivocada y del relativo abandono de programas efectivos de rescate social, particularmente los que deberían dirigirse a jóvenes en riesgo (Rolim, 2007).

Entre los especialistas que más han analizado estos fenómenos destaca Raúl Zaffaroni, quien, en una entrevista reciente, señaló que el incremento de la violencia es el correlato del aumento de la miseria y de la polarización social que ha tenido lugar como consecuencia de las políticas económicas hegemónicas a partir de la década de los noventa. Consideró por ello, como un deber urgente, contener el avance del poder punitivo y fortalecer y profundizar nuestras democracias. Asimismo, apuntó que deben impulsarse las soluciones alternativas no punitivas, como la de la justicia restaurativa, especialmente para los conflictos en que no existe violencia grave (Lembruger, 2007).

Otros estudios, publicados por el último número de la Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, analizan las condiciones y los enormes retos que enfrenta el sistema carcelario en América Latina. Ahí se señala que si la cárcel es la expresión máxima de la exclusión social, no deja de extrañar que se siga sosteniendo que debería ser un medio para la resocialización, la inclusión social. Lo que se observa en las cárceles latinoamericanas es, más bien, que el encierro termina oprimiendo al interno, generando una mayor reincidencia y permitiendo que el crimen se desarrolle con más fuerza. A ello ha contribuido lo que recientemente se ha dado en llamar el “populismo punitivo”, es decir: la legitimación desde abajo de las estrategias de represión del delito, las demandas de los afectados en marchas multitudinarias, el papel de los medios de comunicación en exacerbar un clima de alarma social y las campañas electorales que se disputan las políticas de mano dura frente al crimen.

Este populismo punitivo ha llevado a que en América Latina la población carcelaria crezca muy por encima de las tasas de crecimiento de la población (más de 6 veces) y lo haga, paradójicamente, por factores vinculados a la misma cárcel y no al delito; es decir, por el incremento y la extensión de las penas, el uso de la prisión preventiva y las nuevas políticas carcelarias. Esta situación va de la mano con el deterioro de las infraestructuras, la degradación de las condiciones carcelarias y los escuálidos presupuestos que se destinan para este fin.

Como diversos estudios lo han documentado, el hacinamiento en las prisiones latinoamericanas ha llegado a niveles intolerables y al interior prevalecen sistemas de corrupción que se expresan, por un lado, en la existencia de mercados ilegales que permiten introducir servicios como prostitución, alimentos y drogas, así como definir precios por los equipamientos y por el trato que reciben del personal. Asimismo es un denominador común el control de las cárceles por las mismas organizaciones delictivas con las que los funcionarios penitenciarios se ven obligados a pactar.

B. Tendencias para solucionar la problemática de las condiciones carcelarias

Frente a esta realidad se han delineado tres caminos posibles. El primero apunta a la construcción de nuevas cárceles y la imposición de más mano dura, reforzando el aislamiento de los presos. El segundo insiste en el modelo conocido señalando que se requiere más presupuesto para fortalecer los factores rehabilitadores como el trabajo, la educación y la familia y, el tercero, al que nos sumamos, que busca disminuir la población de las prisiones eliminando al máximo posible el uso de la prisión preventiva e impulsando la creación de un sistema de penas alternativas y la despenalización de los delitos menores.

Por lo que hasta aquí hemos dicho, lo que caracteriza a las políticas criminales en América Latina es la presión política que ha instaurado el llamado “populismo punitivo” que se caracteriza por el incremento indiscriminado de las penas y el uso de la prisión preventiva sin un sustento criminológico o social. El objetivo de estas políticas ha sido generar la percepción de que se trata de un Estado que atiende las necesidades de protección de la sociedad respecto al avance de la criminalidad. Lo que se ha incrementado bajo estas políticas más bien, es lo que Young ha denominado “la Criminología de la Intolerancia” o “el Derecho Penal del enemigo”, que ha tenido como resultado la sobrecriminalización dirigida sobre todo a los delincuentes de poca monta (Young, 1996).

Otros especialistas han explicado que el surgimiento del así llamado “populismo punitivo” ha tenido lugar después de que el crecimiento de la inseguridad urbana fuera presentado como una “emergencia” tanto en el discurso de los actores políticos como en el de los medios de comunicación. Esta “emergencia” se encontraba fuertemente ligada a la centralidad que la inseguridad comenzó a adquirir en las percepciones y demandas de los ciudadanos. El carácter de “emergencia” presentaba a la inseguridad urbana como una cuestión sobre la que se debía actuar “ya”. Se consideraba, además, que dichas acciones “urgentes” deberían producir resultados inmediatos, en el corto plazo. La inseguridad urbana se fue transformando así en una mercancía política a través de la cual se buscaba la producción de consensos políticos.

En esta tendencia se construye discursivamente una representación del delincuente que estructura lo que David Garland ha llamado una “criminología del otro”. Esta representación está fundada mucho más en mitos y prejuicios que en investigación científica y en ella el delincuente aparece como un “otro” completamente ajeno o distinto a “nosotros”. Se esencializa, entonces, aquello que separa a este tipo de individuos de nosotros. El “populismo punitivo” también se caracteriza porque apela recurrentemente a metáforas bélicas como la de “guerra contra el crimen” lo que de paso justifica la militarización de las estrategias de control y el retroceso que ello supone particularmente para aquellos países que han padecido dictaduras militares.

Ello explica que, en casi todos los países de la región, la población penitenciaria se hubiera más que duplicado durante la última década. Esta tasa de crecimiento, hay que subrayarlo, es de más del doble de la que los países de la Unión Europea han considerado “alarmante” para el mismo periodo.

Siendo así, y mientras notoriamente empeoran las condiciones y las expectativas de vida de los presos hasta hacerlas intolerables, no es de extrañar que la violencia y el consumo de drogas entre los internos se incrementen poniendo en riesgo la seguridad de todos. De ser un laboratorio social que pretendía, al menos en el modelo ideal, ensayar el mejoramiento de la condición humana, la prisión ha pasado a ser el laboratorio que pone a prueba los límites de la capacidad humana para tolerar, para resistir, la indignidad.

C. El deterioro de las condiciones de vida en las prisiones

Con base en dos encuestas que se levantaron para recabar la opinión de los internos en los establecimientos penitenciarios más importantes del centro del país (Distrito Federal y Estado de México), se han podido obtener datos que ponen en cuestión el desacierto que resulta de incrementar en proporciones geométricas el número de personas en reclusión, lo que en buena parte se explica por la decisión de mantener de manera indiscriminada la prisión preventiva y de elevar constantemente la duración de las penas.

En efecto, los datos obtenidos permiten poner en cuestión las políticas de seguridad pública que se han impuesto como meta llevar a más personas a prisión, sin importar a quién y por qué; es decir, sin importar que sea por delitos banales o que las cárceles se saturen de aquellos que están ahí básicamente porque no han tenido una defensa apropiada. Y sin importar, tampoco, que nada de ello haga descender los índices de criminalidad, en general, y de violencia, en particular, que tanto preocupan a los ciudadanos (Zepeda, 2006).

La primera encuesta a establecimientos penitenciarios del Distrito Federal y el Estado de México la levantamos en 2002 y la segunda en 2006. Estas dos entidades concentran 50 mil internos, es decir, casi la cuarta parte del total de la población en prisión que hay en el país.²³ Se trata, al mismo tiempo, de las dos entidades que cuentan con el mayor nivel de sobre cupo ya que reúnen al 40% de la población excedente en prisión a nivel nacional. Y son también las entidades que han tenido los mayores incrementos en su población penitenciaria, ya que ésta se duplica cada seis años.

Por lo que se refiere a las condiciones de vida, algunos de los datos que arrojó la segunda encuesta, son los siguientes:

- 26% de los internos señalaron que no disponen de suficiente agua para beber.
- 63% considera que los alimentos que les proporcionan son insuficientes.
- 27% señalaron que no reciben atención médica cuando la requieren.
- Sólo 23% de los internos dijeron que la institución les proporciona los medicamentos que requieren.
- La frecuencia con la que los internos reciben la visita de sus familiares y la visita conyugal ha disminuido ligeramente respecto a la que encontramos en la primera encuesta.
- La tercera parte de los internos opina que el trato que reciben sus familiares cuando los visitan es “malo” o “muy malo”.
- El apoyo que reciben los internos por parte de sus familiares para proveerles de alimentos, material de trabajo, medicamentos, ropa, etc., ha disminuido.
- 72% de los internos dijeron que se sienten menos seguros en la prisión que en el lugar donde vivían antes de ingresar.
- 57% dijeron que no conocen el Reglamento del centro penitenciario donde se encuentran reclusos.

El problema del hacinamiento es particularmente grave en los dormitorios de las prisiones del Distrito Federal y los de la zona metropolitana, donde existen establecimientos que cuentan con más de 10 mil internos. Baste señalar que la mitad de la población interna en las entidades

²³ La muestra estuvo conformada, en la primera encuesta, por un total de 1,615 internos e internas y, en la segunda por 1,264. Los resultados completos de dichas encuestas pueden consultarse en: Bergman, Azaola y Magaloni, 2003 y 2006.

estudiadas duerme en espacios que rebasan, en ocasiones por más del doble, el cupo para el cual fueron diseñados.²⁴

Comparando los resultados de las dos encuestas, queda claro que las instituciones penitenciarias estudiadas cada vez proveen menos a los internos de bienes básicos como ropa, cobijas y zapatos. De hecho, en la segunda encuesta se obtuvieron, en todos los renglones, porcentajes más elevados para los artículos que la familia provee a los internos; es decir, para los que la institución ha dejado de proveer.

En relación con la calidad de los alimentos, 44% de los internos dijeron que es “mala” o “muy mala”, mientras que en la primera encuesta fueron 39%. No obstante este deterioro, el porcentaje de internos que reportó que su familia le lleva alimentos disminuyó del 87 al 82%.

Con respecto a la atención médica, en el Distrito Federal, la proporción de quienes dijeron que no habían recibido atención médica cuando la requirieron fue de 20% en la primera encuesta y 35% en la segunda. En cuanto a los medicamentos, 59% señalaron que se los piden a familiares. Asimismo, entre la primera y la segunda encuesta en el Estado de México se incrementaron de 15% a 23% los que calificaron la atención médica como “mala” o “muy mala”.

Por lo que se refiere al contacto con sus familiares, los porcentajes que se obtuvieron en cuanto a la frecuencia con la que los internos se comunican por vía telefónica con sus familiares, son muy semejantes a los que se reportaron en la primera encuesta. En cambio, se registró una disminución respecto a la frecuencia con la que reciben la visita de sus familiares. En los casos en los que sus familiares no lo visitan, los internos dieron como motivos principales que viven lejos o bien que no tienen recursos suficientes. También ha disminuido la frecuencia de la visita conyugal para el Distrito Federal ya que mientras en la primera encuesta 26% de los internos dijeron haber tenido acceso a ésta durante los 6 últimos meses, en la segunda sólo la tuvieron el 20%. En el Estado de México la proporción se mantuvo estable con 24%.

Con respecto al trato que reciben sus familiares cuando los visitan, 30% opinan que es “malo” o “muy malo”, porcentaje similar al que se obtuvo en la primera encuesta. En cuanto a los pagos que tienen que efectuar sus familiares cuando los visitan, el cuadro siguiente muestra que los cobros son significativamente más frecuentes en las prisiones del Distrito Federal que en las del Estado de México, si bien en esta última entidad los porcentajes se han incrementado respecto a los obtenidos en la primera encuesta.

Porcentaje de internos que reportaron cobros a familiares, 2006²⁵:

Motivo del cobro	Distrito Federal (%)	Estado de México (%)
Por entrar al penal	27.8	9.7
Por mandar llamar al interno	45.8	13.0
Para ingresar alimentos	40.9	22.7
Para ingresar ropa	47.2	19.9
Para ingresar otros objetos	45.5	16.7

²⁴ Vale la pena señalar que el Conjunto de Principios de las Naciones Unidas para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, así como el Comentario General 20 del Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han establecido que la obligación de tratar a los detenidos respetando su inherente dignidad, es una regla básica de aplicación universal. Los Estados no pueden alegar la falta de recursos materiales o dificultades financieras para justificar el trato inhumano. Los Estados están obligados a proporcionar a todos los detenidos y presos, servicios que satisfagan sus necesidades básicas. El hecho de no ofrecer comida o atención médica suficientes viola estos Principios. De igual modo, estos Principios establecen que los detenidos o presos tienen derecho a solicitar mejoras en el trato que reciben, o a quejarse del mismo. Las autoridades deben responder con celeridad, y si la solicitud o reclamo son denegados, pueden ser presentado ante una autoridad judicial o de otro tipo (ONU Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 30).

²⁵ Fuente: Segunda encuesta a población en reclusión, CIDE, 2006.

El peso significativo que para los internos tiene el apoyo que reciben de sus familiares, queda claro si se toma en cuenta que, en el transcurso de los 6 meses anteriores a la entrevista: 86% de los internos dijeron que sus familiares les habían llevado alimentos; 78% ropa o zapatos; 65% dinero; 62% medicinas y 46% material de trabajo. No obstante, este apoyo ha disminuido respecto al que los internos reportaron en la primera encuesta.

En cuanto a los niveles de seguridad, 72% de los internos dijeron sentirse menos seguros en la prisión que en el lugar donde vivían antes, porcentaje similar al que se obtuvo en la primera encuesta. Asimismo 57% dijeron que, cuando menos en una ocasión, les habían robado sus pertenencias en la prisión y 12% dijeron haber sido golpeados, cuando menos en una ocasión, durante los últimos seis meses. Estos últimos porcentajes se han incrementado ligeramente respecto a los que se recabaron en la primera encuesta.

Con respecto a los niveles de consumo de alcohol y/o drogas, sólo 13% de los internos reportaron consumirlos, si bien las autoridades penitenciarias reconocen que más del 40% consumen habitualmente estas sustancias.

De igual modo, tampoco se obtuvieron cifras confiables respecto al porcentaje de internos que participan en actividades laborales o educativas. Así, mientras que tres cuartas partes de los internos dicen participar en estas actividades, las autoridades penitenciarias reconocen que sólo cerca de una tercer parte tiene, en realidad, la oportunidad de participar en actividades laborales o educativas. De hecho, la mayoría no participa porque la institución no tiene la capacidad para ofrecer a todos lo que, paradójicamente, les exige para poder reducir sus tiempos de condena.

D. Conclusión

En relación con las condiciones de vida, los datos que arrojan las dos encuestas levantadas en los centros penitenciarios más densamente poblados de la República Mexicana, nos permiten formular las siguientes reflexiones:

En términos generales, casi todos los establecimientos penitenciarios incluidos en el estudio muestran un deterioro y carencias importantes en lo que se refiere al acondicionamiento de sus espacios, al estado de las instalaciones y del mobiliario, así como en la disponibilidad y el acceso universal por parte de los internos a bienes y servicios básicos. Estas deficiencias tienen un indudable impacto negativo sobre la calidad de vida de los internos y, consecuentemente, sobre el tipo de relaciones e intercambios que se generan entre ellos y con el personal. Sin embargo, entre los temas que se debaten al interior del campo penitenciario no parece haber una discusión que pondere seriamente los costos y los beneficios de esta política o que se centre en el análisis riguroso de los riesgos que entraña.

Por otro lado, es preciso hacer notar que los familiares asumen con frecuencia, y de diferentes maneras, una parte importante de los costos de reclusión del interno dado que lo abastecen de bienes y servicios básicos que la institución no les proporciona o lo hace de manera insuficiente. Esto significa que la institución impone, o admite de facto que se impongan, penas que incluyen a la familia, que trascienden al interno. Además de que esta situación es jurídicamente inadmisibles, coloca en una situación de desventaja a aquellos internos que carecen de familia o cuyas familias no están dispuestas o no tienen la posibilidad de asumir dichos costos.

Varios de los datos que las encuestas mostraron en relación con el orden, la legalidad y la seguridad al interior de los establecimientos penitenciarios, contribuyen a fortalecer la hipótesis de que la institución carcelaria tiende a conformar un universo propio de relaciones que se caracteriza por el predominio de un régimen paralegal. Esto es, que como diversos estudios lo han documentado, las cárceles son espacios que propician la existencia de una normatividad y una organización informal paralelas al orden institucional formal (Pérez, 2000).

Otro factor que aconseja la revisión del modelo que rige a las prisiones, es el hecho de que éstas no se encuentren en condiciones de cumplir con los preceptos legales que tienen como fundamento, es decir, la doctrina de la readaptación social mediante el trabajo, la educación y la capacitación para el trabajo.

Por lo que se ha demostrado con los resultados de estos estudios, contamos con evidencias suficientes para pronunciarnos por emprender una profunda revisión de nuestros sistemas penal y penitenciario. Dentro de esta revisión, emprender las modificaciones legales necesarias para acotar, reducir, el uso de la prisión preventiva y someter a examen las políticas criminológicas en que se sustenta, deberían ocupar un lugar central. Deberíamos también poder avanzar hacia el diseño de un sistema de justicia capaz de reparar los daños, restañar las heridas, en lugar de un sistema que, como lo hemos intentado mostrar, no hace sino producir nuevos daños, magnificarlos.

Bibliografía

Azaola, Elena y Marcelo Bergman, 2007. The Penitentiary System, en: Cornelius, Wayne A. and David A. Shirk (eds.), *Reforming the Administration of Justice in Mexico*. La Jolla and Notre Dame: Center for U.S.- Mexican Studies and University of Notre Dame Press.

Bergman, Marcelo, Elena Azaola, Ana Laura Magaloni y Layda Negrete, 2003. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México D.F.

Bergman, Marcelo, Elena Azaola y Ana Laura Magaloni, 2006. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México D.F.

Bermúdez Tapia, Manuel, 2007. La fragilidad de la política criminal y los derechos fundamentales en el sistema penitenciario peruano, en: *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, FLACSO-Ecuador, núm. 1, mayo 2007: 31-37.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006. *Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal*, CDHDF, México D.F.

Lembruger, Julita, 2007. A esquerda tem medo, não tem política de segurança pública. Raúl Zaffaroni entrevistado por J. Lumgruber, en: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, año 1, núm. 1, Foro Brasileiro de Segurança Pública: 130-139.

Matsuda, Fernanda, 2007. La urgencia de castigar. Las políticas penitenciarias en el Estado de Sao Paulo, en: *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, núm. 1, mayo, FLACSO-Ecuador: 135-150.

Organización de las Naciones Unidas, *Conjunto de principios de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, ONU Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 30.

También: www.ohchr.org/spanish/law/tratamiento_reclusos.htm

Pérez, José Luis, 2000. *La construcción social de la realidad carcelaria. Los alcances de la organización informal en cinco cárceles latinoamericanas (Perú, Chile, Argentina, Brasil y Bolivia)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rolim, Marcos, 2007. Caminhos para a inovação em segurança pública no Brasil, e: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, año 1, núm. 1, Foro Brasileiro de Segurança Pública: 33-47.

Ungar, Mark, 2003. Prisons and Politics in Contemporary Latin America, volumen 25, número 4, noviembre de 2003, *Human Rights Quarterly*, 909-934.

Urvio. Revista latinoamericana de seguridad ciudadana, núm. 1, mayo de 2007, FLACSO-Ecuador.

Wacquant, Loïc, 2000. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.

Young J., 2006. *The Criminology of Intolerance Zero-tolerance Policing and the American Prison Experiment*, Middlesex University, UK.

Zepeda, Guillermo, 2004. *Crimen sin castigo*, CIDAC-FCE, México D.F.

Zepeda, Guillermo, 2006. *Los retos de la eficacia y la eficiencia en la seguridad ciudadana y la justicia penal en México*, CIDAC-Fundación Friedrich Naumann, México D.F.

Capítulo IV

Reforma de la prisión preventiva en México²⁶

El Gobernador del estado de Nuevo León, Lic. José Natividad González Parás, durante su participación en la conferencia inaugural mencionó: “México se encuentra en estos momentos inmerso en un proceso profundo de revisión de estructuras jurídicas institucionales y procedimentales en materia de impartición de justicia”, por lo que participamos en este proceso analizando la reforma a la prisión preventiva en nuestro país.

Como lo mencionó el Gobernador de Nuevo León, México ha entrado en una fase de análisis y reforma en varios aspectos de sus instituciones, en tema referente a esta conferencia se enfoca en el sistema de justicia penal. Siendo Nuevo León el primer estado en México en implementar partes del sistema adversarial – desde el 2004 el estado cuenta con juicios orales para ciertos delitos culposos, no graves, que gradualmente se han estado expandiendo a otros delitos. No obstante este cambio histórico en nuestro país, el régimen de la prisión preventiva en dicha entidad no fue reformado.

El movimiento reformista ha continuado siendo Chihuahua el primer estado en implementar una reforma integral, desde el 1 de enero de 2007. Dicha reforma, que incluye un cambio radical al régimen de la prisión preventiva, abarca todas las etapas del proceso penal (investigación, etapas previas a juicio, juicio y apelación). En septiembre de 2007, Oaxaca se ha sumado a la implementación de la reforma integral. Actualmente, Zacatecas (junio de 2007), Morelos (noviembre de 2007) y Baja California (2007) han aprobado códigos procesales integrales. A nivel federal, una reforma a la constitución se encuentra aprobada en la Cámara de Diputados y por el Senado con modificaciones.

El proceso de reforma en México es un proceso dinámico, complejo e interesante que requiere análisis desde una perspectiva política y cultural. Dicha reforma no sólo representa un cambio legislativo sino también en la práctica y en la cultura.

En materia de prisión preventiva, el cambio es aún más drástico ya que en el sistema tradicional-inquisitivo podemos argumentar que “primero se detiene y castiga y después se investiga”; por otro, lado la reforma integral parte desde el respeto de la presunción de inocencia, lo cual exige que “primero se investigue y luego se detenga y castigue”. Este cambio requerirá la creación de nuevas políticas públicas, una concientización social y mediática, y la aplicación adecuada de la nueva legislación. Los estados tendrán que adoptar mecanismos para manejar los nuevos supuestos legislativos para lograr un equilibrio entre la presunción de inocencia y la seguridad pública.

Esta sección presenta el proceso de reforma a nivel federal y estatal enfocándose en los primeros cuatro estados que aprobaron ya sea una reforma parcial, como la de Nuevo León, o integral como la de Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas. El presente análisis se enfoca solamente en los cambios legislativos pertinente a la prisión preventiva como parte de la reforma integral.

²⁶ El capítulo sobre la Reforma a la prisión preventiva en México incluye los artículos de los Dra. Ana Laura Magaloni, Dr. Robert Varenik, Lic. Verónica Aguilera Orta, Lic. Hugo Campos Cantú, Lic. Catarino García Herrera, Lic. Martha Silvia Chávez Loya, Lic. Juan de Jesús Vázquez Urdiales, Lic. Federico Soto Acosta y Dr. Javier Carrasco Solís. Adicionalmente, el Dr. Javier Carrasco Solís asistió con la compilación del material de este capítulo.

I. Reforma procesal penal a nivel federal²⁷

A. Antecedentes del debate del tema de la prisión preventiva en la reforma integral

Dra. Ana Laura Magaloni

Profesora-investigadora

Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)

Existen varias justificaciones éticas, sociales y económicas para que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla en un juicio penal y que, además, sea determinada por el juez en función de las circunstancias concretas de cada caso y no por el legislador. El argumento en esta sección se enfocará en el contexto político para incluir el tema de la prisión preventiva en el debate sobre la reforma, discusión en la cual México está insertado.

Voy a referirme, en términos generales, a lo que he podido percibir del proceso de discusión que hoy están llevando a cabo los legisladores y el ejecutivo en torno a las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia penal. Existen, como suele suceder en estos procesos, visiones encontradas, objetivos distintos y propuestas diferentes. Me voy a referir a ellas brevemente. Después voy a analizar concretamente cómo se está discutiendo en este contexto político complejo el tema de prisión preventiva, sin duda, uno de los más debatidos en la reforma. Finalmente, voy a referirme a lo que yo creo que pueden ser los desenlaces o posibles escenarios de esta larga novela política.

1. Reformas constitucionales en materia penal

El Congreso y el Ejecutivo en estos días se están poniendo de acuerdo para aprobar las reformas constitucionales en materia penal. La discusión oscila entre dos problemas claramente distintos, que ha costado mucho trabajo que estos objetivos queden claramente diferenciados:

- 1) Hacerle frente a lo que aparece ser una situación de emergencia en relación al crimen organizado; y
- 2) La también urgente necesidad de profesionalizar la procuración e impartición de justicia penal en el país.

Existen dos grupos parlamentarios con distintas visiones al respecto. Por un lado, algunos diputados del PRI, PRD, Convergencia y PT proponen una reforma que coloque nuevos incentivos en todas las instituciones penales (policías, ministerios públicos, jueces, defensores públicos), que permitan: 1) Erradicar las prácticas perversas y autoritarias; 2) Obliguen a todas las instituciones a profesionalizarse y brindar un servicio de calidad a los ciudadanos; y 3) Para este grupo, las medidas excepcionales deberían quedar acotadas en el tiempo y sólo para los casos de delincuencia organizada y de las instituciones penales federales.

Por otro lado, el grupo compuesto por el Ejecutivo, los legisladores panistas y la bancada priista en el Senado proponen que en el contexto actual no es posible aspirar a una reforma así de ambiciosa. Los cambios van en dos direcciones opuestas: medidas cautelares excepcionales (arraigo, policías sin órdenes de cateo, MP con más capacidad para dictar estas medidas en algunos casos, más atribuciones y menos controles judiciales a policías y MPs) o una transición gradual hacia un sistema adversarial-oral que inicie los cambios en la justicia después en las procuradurías.

En este ambiente político, es bueno reflexionar en algunas preguntas relevantes: ¿Será cambiar en la dirección correcta el aumentar el poder discrecional de policías para hacerle frente a la

²⁷ Cuando se realizó la conferencia nacional, en noviembre de 2007, el Congreso de la Unión aún no había aprobado la iniciativa constitucional de en materia de reforma a la justicia penal, por esta razón el material no hace referencia a la misma. En el *Apéndice* del presente documento, posterior a las *Conclusiones y Recomendaciones*, se presentan los aspectos de la recientemente aprobada reforma constitucional, señalando con detalle lo referente a la prisión preventiva, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

situación de emergencia? ¿Es verdad o no que ello puede aumentar la eficacia del Estado en la persecución del crimen organizado? Una y otra vez la experiencia internacional demuestra que otorgar amplios poderes a la policía, sin control judicial, debilita la capacidad de mando en las cabezas de las instituciones policiales sobre los miembros de la corporación. Estas instituciones, por sus funciones requieren de mucho orden interno y disciplina. Esa es la experiencia colombiana.

Sobre la reforma procesal penal, podemos saber que la principal lección de los éxitos y fracasos en América Latina es que, en el mundo de los policías y fiscales y jueces, las rutinas burocráticas y la forma aprendida de hacer las cosas pueden terminar anulando los efectos deseados de cualquier marco normativo, por innovador que éste sea. Dada esta fuerte resistencia institucional al cambio, las reformas en este ámbito requieren de al menos tres elementos centrales: un sólido marco normativo, un plan estratégico de implementación gradual y un liderazgo político firme por parte del presidente de la República. Ninguno de estos elementos aún está presentes en la reforma que hoy se discute.

2. Marco normativo

Las normas constitucionales y legales tienen que ser pensadas para modificar los incentivos que generan las malas prácticas de todos los operadores del sistema penal (policías, jueces, defensores y fiscales). Las reformas exitosas son aquellas que colocan nuevos incentivos en el lugar correcto y los hacen efectivos, de tal manera que las instituciones pueden comenzar a funcionar de otra manera.

Se debe destacar que la parte más complicada de lograr acuerdos políticos entre los dos grupos es la reforma a la procuración de justicia. La reforma, cualquiera que esta sea, debe cerrar cualquier resquicio u oportunidad para que el MP pueda seguir consignando y ganando juicios a través de la arraigada práctica de incomunicar al detenido y fabricar testigos. Esta práctica inhibe la investigación criminal robusta, vulnera los principios básicos de debido proceso y perpetúa la falta de profesionalismo de las procuradurías. Es fundamental sustituir las confesiones y testimoniales en la agencia del ministerio público por evidencias científicas sólidas (huellas dactilares, balística, necropsias), expuestas públicamente ante el juez.

Puntos nodales de la discusión: el lugar de retención del detenido no sea la agencia del MP; proscribir el arraigo; contar con un control judicial inmediato a la detención; jueces de garantías que se aseguren que ninguna prueba recabada en forma ilegal sea parte del juicio; y claro está, que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla.

Como se puede apreciar, en estos temas medulares lo que está en juego son dos cosas: acotar el amplio poder que hoy tienen las procuradurías y, al mismo tiempo, ampliar o robustecer el poco poder que hoy tienen las defensorías -y al mismo tiempo ampliar o robustecer el poco tiempo que hoy tiene el acusado. Esta es la más importante tensión en la reforma procesal penal mexicana. Ahí nos jugamos la profesionalización del sistema y el derecho de todos los ciudadanos procesados penalmente a tener un juicio justo. Aunque no lo quieran ver así algunos legisladores, esto, en el mediano plazo, aumentará la tremenda ineficiencia del sistema penal: 90% averiguaciones previas impunes, 47% robos simple sin violencia y 93% en flagrancia.

3. La discusión política en torno a la prisión preventiva

La discusión comenzó desde el extremo opuesto al que se requiere. En la primera propuesta del Ejecutivo, la prisión preventiva deberá imponerse a todo acusado por delito grave y por delito grave hay que entender todas aquellas conductas que “alteren la paz social y el orden público”.

El ejecutivo no habla de juicios orales, los senadores priistas quieren darle medidas cautelares excepcionales a cambio de juicios orales. En el borrador de la propuesta del 12 de noviembre de 2007 intentan establecer un sistema de juicios orales, y por tanto, relajan los requisitos del auto de formal prisión y lo sustituyen al auto de vinculación a proceso. Lo que no establecen es que no son equiparables, ya que la vinculación del proceso no interrumpe la investigación; existe una etapa de preparación del juicio, en donde al final el acusado puede aceptar alguna salida alterna o el ministerio público puede llegar a la conclusión de que no tiene evidencia suficiente para ganar el juicio y solicitarle al juez de garantías un sobreseimiento.

Lo interesante de esta especie de confusión de los senadores priistas es que, en el borrador del 12 de noviembre, aparece por primera vez la posibilidad de que la prisión preventiva sea la excepción, dado que resultaba simplemente injustificable que fuese más fácil para el MP iniciar un juicio penal y que se mantuviera intacta la prisión preventiva. “La prisión preventiva sólo podrá imponerse cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, proteger a la víctima, a los testigos, la comunidad o por reincidencia. Esta medida se deberá imponer en los casos de delincuencia organizada”.

El otro grupo de legisladores, liderados por el Diputado César Camacho, buscan la forma de ser tomados en cuenta en el debate, y reviran este texto de los senadores priistas en el siguiente sentido: “La prisión preventiva sólo podrá imponerse cuando otras medidas cautelares menos respectivas no sean suficientes para garantizar su propósito. 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 podrá superar dos años. Si cumplido ese plazo no existe una sentencia condenatoria, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello opte para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de detención”. Habría que elevar aún más el estándar si queremos que presidencia sintiera algún tipo de presión.

El cuanto al Ejecutivo, entonces no hay reforma. Pasa un largo impasse en donde el tema de prisión preventiva pasó a ser uno de esos temas de los que no se podía hablar. Las negociaciones entre el Senado y el PAN continúan y el Diputado César Camacho comienza a hacer ruidos en la cámara de diputados, “si no nos toman aquí se va a votar el proyecto”. Pasa una larga historia de cosas: Camacho en colaboración con la Red a Favor de los Juicios Orales, particularmente el trabajo de Carlos Ríos, empiezan a intentar imaginar soluciones para que las medidas de emergencias del Presidente no impidan la reforma. El Senador Santiago Creel afirma que la reforma de juicios orales se va a pasar a la cámara de diputados pero que la de procuradurías se quedará en el Senado. Por otro lado, Pedro Joaquín Codwel y Murillo Karam afirman que la oralidad será gradual y que se va a reformar por partes el sistema. La reforma a la procuraduría quedará pendiente, el Ejecutivo sigue insistiendo en medidas de emergencia extraordinarias y afirma que el arraigo y la prisión preventiva son temas innegociables, al mismo tiempo invita a los expertos chilenos, la Red a Favor de los Juicios Orales se manifiesta públicamente que sin reforma a la procuración de justicia no hay reforma y que nos están tomando el pelo a los ciudadanos.

Tratando de conciliar con el presidente, Camacho y los Senadores priistas proponen que se presumirá la necesidad de medidas cautelares, salvo prueba en contrario, cuando se trate de delitos dolosos de homicidio, secuestro, violación y de los previstos como delincuencia organizada por esta Constitución. En esos casos el juez decretará la prisión preventiva del imputado después de que el Ministerio Público acredite las bases a que se refiere la última parte del párrafo anterior (la probable existencia de un hecho delictivo y la participación del acusado). La prisión preventiva solo podrá imponerse cuando otras medidas cautelares menos restrictivas no sean suficientes para garantizar su propósito. Al concluir esta conferencia, el Ejecutivo aún tenía “algunas dudas” con respecto a la propuesta de los priistas en materia de prisión preventiva.

4. Pronósticos y lecciones

El texto último va a tener modificaciones que amplíen la prisión preventiva forzosa. Sin embargo creo que va a terminar existiendo un ámbito de discrecionalidad para el juez. Se abre una ventana de oportunidad pero no es tan amplia como debería ser.

En un clima de alta incidencia delictiva como el que vivimos es difícil que los políticos capitalicen políticas legislativas o administrativas que favorezcan al acusado.

- La presunción de inocencia, en un país que lleva 70 años con un sistema de procuración y administración de justicia tan autoritaria, es un principio que tomará tiempo para que se incorpore a la cultura judicial, política y social del país. Ello puede resultar un contrasentido, pero en el caso de México no lo veo así.
- En un país en donde el proceso de transición democrática ha llevado aparejado la ruptura de los mecanismos del Estado para perseverar el orden la paz pública y que, por tanto, ha consigo menos predictibilidades de la que exista y más conflictos sociales, las políticas de mano dura son populares y no así las políticas garantistas.
- La falsa disociación entre seguridad pública y justicia.

B. Lo político y lo empírico: Implicaciones para el debate de la reforma integral²⁸

Dr. Robert Varenik

Director de Programas

Open Society Justice Initiative

1. Introducción

Para reformar la política pública, tenemos que involucrarnos en la política. Y para sostener las reformas, probablemente tenemos que permanecer envueltos en esa arena delicada. Uno de los grandes retos para los que aspiran a una política pública informada por análisis empíricos es cómo sostener el apoyo para este tipo de enfoques entre los políticos que tienden a preferir las opciones más fáciles o ideológicamente correctas para sus representados claves, o ambos. El objetivo de esta presentación es para discutir los dos polos del discurso de la política, las “políticas” y los “datos”, y demostrar que mientras promotores exitosos deben atender a ambos ramos, no están tan separados. Espero utilizar estas ideas como una manera de ofrecer un marco conceptual para pensar en cómo sostener las reformas en política pública. Para ejemplos utilizaré enfoques para la cuestión de prisión preventiva, en México y en otros lugares.

2. El ejercicio del equilibrio – Más allá de sopesar intereses legales

La propuesta del paquete de reformas federal, en una de sus iteraciones, contempló la limitación de las medidas cautelares que se pueden imponer al imputado a las que sean indispensables 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”. Algunos estados han promulgado códigos de procedimientos penales con disposiciones similares, y otros están en discusión. Este lenguaje expresa una ambición sana para adaptar la cantidad de coerción impuesta por el Estado a la mínima necesidad para asegurar la integridad del procedimiento penal y resguardar a la sociedad. Para estar seguro, balanceando los derechos del acusado con las demandas del proceso penal y de la seguridad pública, se requiere una precisión desalentadora.

²⁸ Información adicional y datos estadísticos más detallados en los cuales está basada esta presentación están disponibles en publicación “Justice Initiatives” publicada por Open Society Justice Initiative, edición primavera de 2008. Se puede obtener contactando a la organización a través de la página: www.justiceinitiative.org.

Los tomadores de decisión, especialmente los servidores públicos quienes decidirán y elaborarán las normas legales generales, señalando a los jueces qué valores deben llevar más peso en la práctica, deben involucrarse en más que un cálculo binario. Su desafío es encontrar y mantener equilibrios entre varias variables que tienen peso en sus decisiones y reacciones públicas.

Estos factores incluyen los elementos obvios para el proceso de decisión judicial: características del inculcado, posiblemente incluyendo antecedentes penales (cumplimientos previos a las audiencias en los juzgados), empleo, vínculos familiares y sociales a la comunidad, tendencia violenta demostrada y otros elementos sobre el perfil psicológico, y otros datos que al conocerlos el juez le pueden ayudar a racionalizar una decisión sobre la libertad provisional.

No obstante, para ambos el juez y el legislador otros elementos no legales claramente van a jugar un papel al menos que sean inusualmente inmunes a las reacciones reales y anticipadas de los otros actores del sistema de justicia, miembros organizados de la sociedad civil, incluyendo grupos de derechos humanos, unidades de seguridad pública o grupos afiliados, los medios, partidos políticos y sus líderes y organizaciones no gubernamentales. Esto típicamente puede incluir el índice de criminalidad (real y percibido), percepciones acerca de los éxitos de cuerpos policíacos en atender a la criminalidad, así como las perspectivas de los promotores de cualquiera de estos asuntos. Esta lista puede elaborarse con mayor alcance, sin embargo, en esta versión pero sirve para puntualizar el punto básico: factores que son externos a los valores sociales que pensamos como más relevantes para esta decisión (derechos del imputado contra la seguridad del proceso, las partes y la sociedad) van, por su importancia política, a jugar un rol importante en la determinación de cómo se va a redactar y aplicar la legislación.

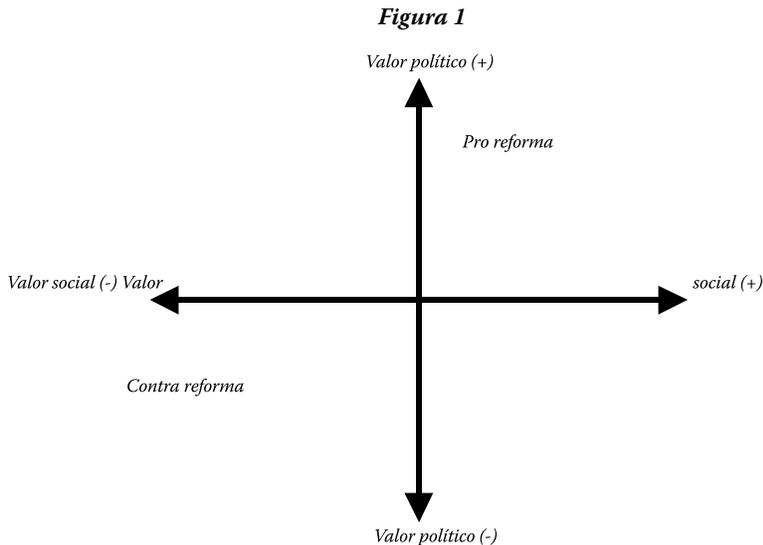
3. Factores para los tomadores de decisión

Al contemplar y analizar la mejor manera para la reforma integral, los siguientes factores o consideraciones - que no es una lista exhaustiva- pueden guiar a los tomadores de decisión manteniéndolos en mente. Los primeros dos aproximan las bases de decisión para el juez según los nuevos códigos promulgados por los reformistas. Pero pronto se verá que hay otros, externos al proceso, que pueden ser muy influyentes.

1. Derechos del imputado, el valor de libertad máxima en la sociedad. Este factor incluye los argumentos jurídicos y de derechos humanos. Estos argumentos sirven para algunos actores pero no para todos.
2. Seguridad del proceso, las partes y la sociedad.
3. Factores económicos incluyen los costos de las políticas de mantener prisiones, costos de oportunidad (ingresos perdidos). Una serie de costos que no se pueden identificar como la burocracia de la reforma.
4. Riesgos explícitamente políticos que se generan por los siguientes factores:
 - Escenarios de desastre, los procesos de reforma deben tener contemplado qué hacer en la situación cuando un imputado sale en libertad y comete un delito de gran impacto social cubierto por los medios masivos. La ausencia de dicho plan estratégico puede crear un clima de temores de inseguridad afectando la reforma.
 - Resistencia pública: La falta de estrategias para lidiar con los críticos o sentido de inseguridad; y
 - Falta de un bloque o sector del electorado que vigilan estos intereses: es importante que la sociedad civil, de forma organizada, pueda servir para darle seguimiento al proceso de reforma y tenga incentivos apropiados para hacerlo.
5. Otros factores adicionales que no están incluidos en esta lista que pueden afectar este proceso de reforma.

4. Trazando el cálculo de un proceso real de toma de decisión

Los factores anteriormente expuestos se pueden colocar gráficamente en un diagrama analizando sus valores. El siguiente diagrama representa los valores políticos y sociales que son parte de todo proceso de reforma. El eje vertical se encuentra el valor político, desde la perspectiva de los tomadores de decisión, con una escala de positivo en la parte superior a negativo en la parte inferior. El eje horizontal representa el valor social (como el argumento de los derechos humanos) por una escala de negativo en la parte izquierda a positivo en la derecha. Por ejemplo, la prisión preventiva tiene un valor social positivo y también se tiene que pensar en un valor político positivo para su debida reforma.



Si la interacción entre los factores con valor político positivo (lo que realzará los intereses políticos de los que estén asociados con estos valores o posturas) y valor social (los beneficios sociales reales o los costos generados por ciertas políticas o prácticas) es de hecho tan insignificante en la toma de decisión legislativa que fuertemente afecte la política sobre prisión preventiva, los futuros reformistas deben de hacerse preguntas como las siguientes:

- ¿Puede uno tener éxito político tomando decisiones sensibles en un área llena de irracionalidad como el orden público y la justicia penal?
- ¿En términos prácticos, cómo podemos identificar posturas y documentar factores que puedan aumentar el valor político de una reforma a la prisión preventiva?
- ¿Existe una manera en que los reformistas puedan honestamente modificar, o recontextualizar, algunos de estos factores negativos (los que tradicionalmente se entienden como que los han colocado en el cuadrante inferior izquierdo de la Figura 1) para que puedan abogar a favor de la reforma?

5. Comenzando y sosteniendo la reforma – Distinciones cruciales

Con esta hipótesis, las anteriores son tres preguntas que queremos entender. Cualquier sea el cálculo, todo reformista debe tener claro que existen dos fases en el proceso para contemplar:

- La fase de aprobación o adopción de una reforma, cuáles son las cosas que podemos explicar para determinar la resistencia o éxito de la reforma; y
- La fase de implementación, por ejemplo, cómo en prisión preventiva en algunos estados

se puede detectar que este tema se coló en alguna de las reformas sin ser analizado con profundidad. De alguna forma este aspecto no ha sido contemplado debidamente; esto puede resultar en algo negativo, que representa una espada de doble filo. La prueba de ácido para la reforma no es lo que se puede obtener, sino que se puede *sostener*.

a. Fase de aprobación

Varios estados mexicanos ya han tomado medidas importantes, por lo menos a nivel legislativo para combatir el uso excesivo de la prisión preventiva. ¿Qué puede explicar el apoyo para la adopción de estas reformas? Aunque indudablemente existe una comunidad de reformadores motivados por el espíritu de normas internacionales y determinados a proteger los derechos de los inculpadados, es poco probable que México se esté alejando de la experiencia de la mayoría de los otros países en los cuales una combinación de factores externos fue necesaria para atraer a otros grupos de apoyo con números y/o influencia necesaria para asegurar la aprobación. ¿Qué otros factores pudieron haber entrado en el juego? Las explicaciones posibles pueden incluir:

- El nivel de falta de credibilidad del sistema es tan dominante que políticamente es riesgoso oponerse al cambio;²⁹
- Como parte del paquete más amplio incluyendo el cambio de paradigma a un proceso adversarial y oral, algunas porciones de la reforma pudieron haber pasado inadvertidas (y por lo tanto nunca despertó la oposición que pudo potencialmente existir);
- La reforma puede realmente tener la intención de servir objetivos relacionados pero distintos: por ejemplo, la Procuraduría de Chihuahua estaba a favor de las alternativas a la prisión preventiva de acuerdo a su deseo general de encontrar salidas alternas para los casos desde las etapas tempranas del proceso y de tal modo reducir el flujo de casos a los juzgados;
- El costo de encarcelamiento puede generar presiones del presupuesto a favor de cualquier cambio que disminuya a poblaciones de detenidos;
- Puede haber importantes grupos de interés internos e influyentes que están presionando por estos cambios particulares, quizás debido a preocupaciones por el poder del Ministerio Público y o el papel relativamente limitado del juez con respecto a los asuntos de la custodia.

Por ejemplo, un estudio sobre procesos penales en el Distrito Federal, demuestra que casi tres cuartos de la muestra eran por casos graves, calculado por el término medio aritmético, es mayor de 5 años. Tomando esto en cuenta, uno pensaría que si la gran mayoría de los casos son procesados por delitos graves, entonces de los casos con condena (90% de los sentenciados) tendrían una proporción más o menos similar, es decir, de tres cuartos, deben de tener penas alrededor, sin no arriba de, cinco años. Sin embargo, lo sorprendente es que los casos con penas impuestas fueron menos del 50% de lo anticipado; una diferencia muy importante según los cargos. No hay una explicación muy adecuada, pero este resultado indica que algo está pasando.

A través de entrevistas con jueces, varios están manifestando sus inquietudes sobre los vicios de los procesos por el tiempo que el imputado estuvo en prisión preventiva. El hecho de que el porcentaje de sentencias condenatorias sea menor al número de procesados por delitos graves indica de alguna manera se utiliza una justicia informal para remediar la predominancia de la prisión preventiva. Es una forma de distorsión de la ley, tal vez por motivos buenos, pero no es sostenible por ellos. Por lo tanto, uno puede pensar que dichos jueces serían materia maleable en cuanto la idea de una reforma.

²⁹ Por un lado, en algunas ocasiones, el temor de corrupción actúa como un límite sobre la posibilidad del apoyo para la reforma. Si hay un temor de la discrecionalidad de un juez de dar una respuesta individualizada a cada caso —lo cual es el corazón de reforma de las reglas de libertad durante el proceso. Él o ella que pretende impulsar una reforma de esta naturaleza tendría que encontrar una forma de mediar tales temores.

b. Etapa de implementación

La implementación presenta sus propios desafíos, de sostener la reforma. Antes de su aprobación se vendía la reforma principalmente por los costos de la política actual, y tiene el lujo de especular sobre los presuntos efectos de cambio. Ahora hay que demostrarlos, aun en contextos donde lógicamente los resultados concretos probablemente no se vean a corto plazo. Vale entonces pensar en varias formas alternativas de medir impactos, así como percepciones públicas, actitudes de los protagonistas y usuarios del proceso.

Hemos visto, por ejemplo, que en Chihuahua, después que pasaron nueve meses de comenzar con la implementación de la reforma, aún con poco tiempo, se comenzó a hablar de más cambios. La vida política no nos permite esperar para ver los cambios cuantitativos de un impacto. Los cambios pueden ser muy fluidos, se tienen que ver formas rápidas para medir el impacto.

En ambientes políticos volátiles, la falta de incorporar variables para medir el impacto, puede resultar en una contra reforma. En Chihuahua, la preocupación sobre los riesgos de asumir una postura que liberaliza las reglas de libertad provocó una contra reforma, sin que ni una persona cometiera un delito o se fugará durante su libertad. Sin un esfuerzo para dar a conocer los hechos, retractó varios elementos de una reforma que no estaba “rota”.

6. Reglas básicas para la aprobación y sostenimiento de la reforma

Para terminar, sugiero reglas básicas para promover la adopción y sostener la reforma, divididas en tres categorías:

1) Reglas para la educación, argumentación y acumulación de datos.

- a. Para esta regla se tienen que entender quiénes son las audiencias (usuarios, adversarios, aliados, tomadores de decisiones) en la fase de aprobación o adopción de la reforma, y mantener la idea de que cualquier persona o grupo puede convertirse en un aliado, según las circunstancias y los argumentos. Por este motivo, hablemos con todos a quien impacta la implementación. En esta fase de implementación ¿quién es el cliente de la reforma? ¿A quién se trata de servir? La respuesta es a todos.

En prisión preventiva, por ejemplo, dependiendo la óptica utilizada, los beneficiados de la reforma son el imputado, la víctima, el juez, ministerio público, el defensor, los administradores, testigos y la sociedad en general. Hay que buscar a que todos estén comprometidos y entiendan la reforma.

- b. El reto en el proceso de reforma a la prisión preventiva es de tratar de balancear el énfasis de los beneficios y los costos e impactos que representan el que una persona salga en libertad, como la percepción de impunidad o que la persona va a cometer otro delito, en este sentido nos referimos a los riesgos sociales y para la comunidad. Una decisión errónea, aunque honesta, del juez tendrá consecuencias rápidas de alto perfil en los medios que van a tener una resonancia muy fuerte dado a los temores sociales. Por otro lado, los costos de la práctica masiva del uso de la prisión preventiva que son menos visibles por su naturaleza como la pérdida de empleo, marginalización de los pobres, entre otros. Es importante mostrar los dos lados de los costos.

Segundo, la fase de implementación se tiene que preparar el mecanismo para responder cuando ocurra una crisis, cuando un imputado en libertad cometa un delito de alto impacto social. Cualquier actor tiene que estar preparado para lidiar con desastres y responder a las crisis que inevitablemente pueden ocurrir. Es una

cosa que se tiene que pensar y preparar dentro de la preparación. ¿Qué vamos a decir cuando pasa un caso anticipado que afecte a la sociedad, cuál debe ser nuestra respuesta? ¿Qué van a decir los adversarios a la reforma? Es importante estar preparados para contrarrestar las críticas de los adversarios a la reforma en estas situaciones de crisis. Esto es de educación y retroalimentación. El debate a la reforma de prisión preventiva radica precisamente en estos temores.

2) Reglas para la producción de información sobre el funcionamiento de la reforma.

- a. Existe una necesidad de realizar estudios para medir la situación actual antes de la reforma para medir el impacto y, segundo, para identificar las dimensiones del problema del sistema. Si hablamos de la posibilidad de un quinto poder de trabajar con los cómplices para afectar el proceso. Para medir el problema tenemos que entender quiénes son a los que estamos encarcelando, si son de casos simples o crimen organizado, etc. Tenemos que entender hasta qué punto podemos hacer la reforma y en qué aspectos enfocarnos.
- b. Eso nos lleva a la importancia de definir qué es el éxito. ¿Si queremos reformar la prisión preventiva en qué sentido? ¿Queremos mejorar el proceso, reducirla, tener menos gente en la prisión, fijar un perfil distinto de las personas que actualmente están en prisión preventiva? Estas cosas van a afectar la intervención en el proceso, cómo definimos el éxito de la reforma y cuáles son sus indicadores. Con estos indicadores, podremos medir si la reforma está funcionando bien y en qué dirección se dirige.
- c. En lo referente al concepto de clientes, es importante que la reforma produzca a cualquier actor del sistema mejor información, es una manera de mostrar que hay beneficios e involucrarlos en el proceso. Es muy importante que viéndolos a todos como clientes tenemos más información y resultados para dar a conocer los indicadores y beneficios.

C. Perspectivas políticas

Lic. Verónica Aguilera Orta³⁰

Asesora técnica del Partido Acción Nacional

El exceso en la aplicación de la prisión preventiva, junto con la ineficacia del sistema de justicia es una realidad que a todos preocupa.

La prisión preventiva en México cuesta al día \$167 pesos por reo; si multiplicamos esta suma por los 90 mil reos en prisión preventiva que existen actualmente nos sale un gasto de 15 millones de pesos diarios.

Las cárceles hoy en día, a pesar de contar con un objetivo legal de readaptar a los infractores de la ley a la sociedad, lo que ha hecho es profesionalizar criminales. Lo mismo pasa con aquellas personas que llegan a pisar la cárcel en virtud de una prisión preventiva. Ahora bien ¿cómo se podría aminorar esto? La respuesta es mediante una real presunción de inocencia en los procesos penales. Dicha presunción, si bien ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirmando que nuestra Constitución en su parte positiva reconoce la presunción de inocencia, lo cierto es que no se encuentra en forma expresa.

³⁰ Los organizadores de la Conferencia extendieron la invitación a los partidos con mayor representación en el Congreso de la Unión: PAN, PRD, PRI y Convergencia. La Lic. Verónica Aguilar, asesora técnica del PAN, fue la única que acudió en este panel en representación del Dip. Cristián Castaño (PAN).

En el seno del Congreso de la Unión han existido diversas propuestas de ley de diferentes bancadas partidistas como las siguientes:

1. En 2004 se generó por primera vez una propuesta integral, por parte del Ejecutivo Federal, tendiente a mejorar el sistema de justicia y la seguridad pública que incluía, entre otros, los siguientes puntos:
 - a. Incorporación del principio de presunción de inocencia a nivel constitucional;
 - b. Principio de inmediación y economía procesal en la impartición de justicia penal;
 - c. Existencia de un juez preliminar, juez de proceso y juez de ejecución;
 - d. Más derechos para las víctimas como partes del proceso penal;
 - e. Reestructura del arraigo y el arresto;
 - f. Reparación de daños; y
 - g. Sistema de enjuiciamiento oral.
2. Ese mismo año, el PRI, PAN, PRD, PVEM realizaron otra propuesta que incluía lo siguiente:
 - a. Implementación de un sistema acusatorio, adversarial y oral;
 - b. Presunción de inocencia;
 - c. Prisión preventiva sólo por riesgo de fuga u obstrucción de la justicia; y
 - d. Justicia restitutiva.
3. En 2007 el PRI realizó una propuesta que incluía nuevamente la implementación de un sistema acusatorio.
4. El 9 de marzo de 2007 por parte del Ejecutivo Federal se estableció una iniciativa de reforma constitucional que incluía:
 - a. Elevar a ese rango el principio de presunción de inocencia; y
 - b. Reestructurar el catálogo de delitos graves por sólo aquellos que alteren la tranquilidad y la seguridad pública.
5. El 25 de abril de 2007 el PANAL, PT y el PRD presentaron una propuesta con los siguientes puntos:
 - a. Prisión preventiva seguida de un juicio acusatorio; y
 - b. Libertad precautoria.
6. El 4 de octubre de 2007 el PRD presentó una propuesta tendiente a modificar el sistema de justicia mediante:
 - a. La elevación a nivel constitucional de la justicia restitutiva; y
 - b. Poner como delitos graves sólo los de violencia y crimen organizado.

En sí las reformas han sido tendientes a reemplazar el actual sistema de justicia penal federal de escrito a oral; con ello se pretende tener juicios más dignos, ágiles y expeditos. Se pretende un sistema acusatorio en virtud de que existe más respeto a los derechos fundamentales así como un menor coste procesal.

En conclusión, existe una concordancia entre las ideas de los legisladores y la voluntad política del Congreso para realizar reformas al sistema de justicia. Sin embargo, el éxito de estas reformas depende de los diversos actores involucrados en el sistema de justicia así como de los ciudadanos.

II. Prisión preventiva: Reforma estatal

Como se ha mencionado, la reforma procesal penal de México está siendo liderada por varios estados. Representantes de Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas hablaron sobre el proceso de reforma en sus respectivas entidades enfocándose a la prisión preventiva. En Nuevo León, representantes de la Procuraduría y Consejo de la Judicatura favorecen de la reforma a la prisión preventiva. Renace y Open Society Justice Initiative presentaron resultados preliminares de un estudio sobre prisión preventiva que han estado realizando en colaboración con el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León con el propósito de generar una propuesta legislativa en dicha materia.

Los estados de Chihuahua, Oaxaca y Zacatecas son los primeros tres estados que han aprobado códigos integrales con una serie de 12 medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, en las cuales la libertad es la regla regida por la presunción de inocencia. Se presenta una sinopsis del proceso de reforma a nivel estatal de acuerdo al orden cronológico basado en el año que se aprobaron reformas penales. En este sentido, señalamos que desde la fecha de la conferencia, los estados de Morelos y Baja California han aprobado reformas integrales.

A. Nuevo León³¹

1. Fundamentos, aspectos y resultados de la reforma de Nuevo León

Lic. Hugo Campos Cantú

Subprocurador Jurídico del Estado de Nuevo León

Desde un plano teórico y académico, y por supuesto sin pretender ahondar en la pregunta milenaria de qué es el Derecho, me permito brevemente referirme en apretada síntesis a las tres grandes concepciones del derecho; el Iusnaturalismo como la concepción que se ocupa del derecho justo o natural, y lo que le interesa son los *valores*; el Iuspositivismo o Iusformalismo que se identifica con el derecho vigente o formal, y lo que le ocupa son las normas; el Iusrealismo que se enfoca al derecho eficaz o real, y lo que lo fundamenta son los hechos.

Estos tres aspectos, valores, normas y hechos, que pueden formar parte de una misma concepción del Derecho, es soporte de la *Teoría tridimensional del derecho* de Luis Recaséns Siches y de la *Teoría integral del derecho* de Miguel Reale.³² En ambas teorías, la concepción del derecho conserva las tres dimensiones antes mencionadas -valor, norma y hecho- pero estrechamente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación.

Por lo tanto, el tema de hoy, el proceso de reforma a ordenamientos jurídicos, además de referirse al concepto de Derecho, también tiene que ver con el dinamismo del derecho. El ilustre mexicano Don José Vasconcelos presentó su tesis profesional, titulada *Teoría dinámica del derecho*, a partir de los principios newtonianos en el sentido de que la energía no se crea ni se destruye sino simplemente se transforma, de que no existe en el mundo cosa alguna que se mantenga siempre en el mismo estado. Además, señala Vasconcelos, de igual manera el Derecho no puede permanecer inerte ante las nuevas dificultades y otras imperfecciones que la compleja vida social impone: el derecho es una ley de distribución de energías en forma proporcional a las causas o necesidades.³³

³¹ Relatoría por Mtro. Miguel Ángel Murillo.

³² Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa S.A. de C.V., 2002, pp. 158-161. También Benjamín Flores Mendoza, en la *Concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica*, documento de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6>, cita a Reale, Miguel, *Filosofía do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 431-519 y 603-639; y Reale, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968; con Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1991.

³³ Imer Benjamín Flores Mendoza, en la *Concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica*, documento de Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6>, Cita a Vasconcelos, José, "Teoría dinámica del derecho", *Obras completas*, México, Libreros Mexicanos Unidos, 1957, pp. 13 y 25.

La evolución y la historia del derecho es, al mismo tiempo, la historia de sus diversos problemas, nos dice Gustav Radbruch. El Derecho, -al igual que otras obras culturales- tiene siempre una vinculación *circunstancial* señala el citado jurista, es decir tiene un sentido referido a las realidades concretas en las que se concibió la conveniencia del fin, y en las que se apreció la adecuación y la eficacia de los medios empleados. Esta dimensión circunstancial, nos dice, no excluye que en el sentido del Derecho se haga una referencia a valores cuya validez trascienda los confines de la situación concreta.³⁴

Así, encontramos antecedentes del Derecho y en particular de la prisión y prisión preventiva a lo largo de diversas situaciones y *circunstancias* históricas.

Ahora bien, si se asume que el Derecho Penal tiene como justificación la minimización de la violencia en la sociedad, es ardua labor encontrar el equilibrio en la balanza; lograr el punto medio entre la prisión preventiva o “incapacitación” del inculcado y el beneficio social que ésta conlleva, ya que las consecuencias que recaen dentro del entorno social y familiar del inculcado son un estigma que lo marcará en definitiva.

Ferrajoli, como se ha dicho, señala que lo que se pretende es minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Dice el jurista italiano que si la “venganza” es incierta porque se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la “venganza incontrolada” y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados.

Al día de hoy, en la legislación Federal y la de Nuevo León se prevé que sólo habrá lugar a la prisión preventiva cuando se trate de delitos que merezcan pena corporal; se sigue aplicando el principio de que en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero y se añade la causa de responsabilidad civil y motivos análogos a este principio (Artículos 18 y 20 de la Constitución Federal y artículos 17 y 19 de la Constitución de Nuevo León).

También se establecen ciertas responsabilidades para los servidores públicos que violenten los principios de tiempo y forma de la prisión preventiva (Artículo 20 de la Constitución Federal y Artículo 19 de la Constitución de Nuevo León).

En el presente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la luz del Derecho vigente, ha señalado que la prisión preventiva es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecidas constitucionalmente.

Así, para el Máximo Tribunal, la *prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia*, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende *a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena*, así como también *a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad*.³⁵

Mencionando que, independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional, no está en contradicción con la garantía de audiencia; y que debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva

³⁴ Gustav Radbruch, Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 2002, p.9.

³⁵ Prisión preventiva. Es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecida constitucionalmente, Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho. No. Registro: 196,720-Tesis aislada-Materia(s): Penal, Constitucional-Novena Época-Instancia: Pleno-Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta-VII, Marzo de 1998-Tesis: P. XVIII/98-Página: 28.

más bien de los *finés que persigue* y no de su carácter provisional. Fines que son *preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.*

Continúa nuestro Máximo Tribunal señalando que no puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí, a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, *se afecta un bien de alta jerarquía axiológica, como lo es la libertad*, y no obstante que, en efecto, a veces tiene ese carácter -cuando no se impone pena- debe reconocerse que su ejecución afecta de manera inmediata y directa al derecho sustantivo de la libertad. Además, esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, de la Ley Fundamental al decir que “En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”. Es decir, *en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional, se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas.*³⁶

Ahora bien, en las circunstancias actuales en México encontramos que se discuten y ventilan, tanto a nivel federal como en las entidades federativas, reformas jurídicas de gran trascendencia, con el fin de lograr la aplicación más efectiva de los principios de presunción de inocencia, contradicción, concentración, inmediación, y un equilibrio procesal adecuado entre defensa, acusación y víctimas, de tal manera que se logre el equilibrio entre los inculpados dentro del proceso, la acusación y los ofendidos.

La eficacia en la prevención y la represión de la delincuencia exige, en determinadas situaciones, la detención del individuo, bien para poder llevar a cabo la investigación necesaria, bien como medida precautoria para que la justicia no resulte burlada. Por lo tanto, resulta necesario armonizar en debida forma la seguridad de la libertad, por una parte, y las legítimas exigencias de la administración de justicia penal, por otra parte.³⁷

En el estado de Nuevo León, desde el año 2004, se ha iniciado e instrumentado un proceso de reforma integral al sistema de justicia penal. Comenzando en julio de 2004 se reformaron, derogaron y adicionaron diversas disposiciones del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales.

Dentro de las modificaciones al Código Adjetivo, se consideró lo relativo a la adición de un Título Décimo Cuarto en el que se regularon por primera vez en Nuevo León las normas relacionadas con el Procedimiento Abreviado y la Suspensión del Procedimiento a Prueba del Procesado, y como innovación nacional en materia penal, se incorporó el sistema adversarial con sus características propias incluyendo la oralidad.

En noviembre de 2004 entró en vigor la regulación del procedimiento oral penal aplicable a los delitos culposos no graves, el cual ha arrojado resultados satisfactorios, gracias a la celeridad de los procesos.

En dicha reforma también se establecieron salidas alternativas al procedimiento penal, alternativas que además de evitar en ciertos casos la imposición de la prisión preventiva, también permiten dedicar más recursos y mayor calidad a los asuntos de mayor impacto social y para los cuales no exista otra respuesta distinta, más eficaz y satisfactoria, que el juicio penal.

³⁶ Prisión preventiva. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter cautelar, Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Gutiérrez. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XIX/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.-No. Registro: 196,724-Tesis aislada.

³⁷ Luis Recaséns Siches, ob.cit. p. 572 y ss.

En este sentido hemos medido las implicaciones de la reforma integral realizada en el estado y que impulsa los métodos alternos para la resolución de conflictos; por lo que al día de hoy tenemos las siguientes cifras, en el periodo de septiembre de 2004 a septiembre de 2007:

- Se integraron 212,040 averiguaciones previas:
- De las cuales 156,021 se resolvieron a través de salidas al procedimiento, antes de la consignación.
 - Esto representa el 73.58 % del total de asuntos iniciados y se integra por:
 - 318 inejercicios dictados en asuntos culposos.
 - 89,268 suspensiones y reservas.
 - 66,435 convenios y/o desistimientos.
- Y 46,861 averiguaciones que no se iniciaron.
 - Que a su vez representan el 22.10 % de asuntos que no fue necesario iniciar y se integra por:
 - 46,310 actas circunstanciadas.
 - 551 acuerdos de no inicio de la averiguación.

Lo anterior indica que en un periodo de tres años, contado a partir de la reforma al sistema de justicia penal (de septiembre de 2004 a septiembre de 2007), de un total de 212,040 averiguaciones se resolvieron 89,268 casos por medio de suspensiones y reservas, lo que se traduce en notables beneficios de estas nuevas salidas al procedimiento.

Estas salidas alternas, como la *suspensión del procedimiento de preparación de la acción penal*, la *suspensión del procedimiento a prueba del procesado*, la *conciliación y la mediación como medios alternos para la solución de conflictos*, y el *procedimiento abreviado*, entre otros, han logrado beneficios tanto para las víctimas de los delitos como para el inculcado y sus familias, ya que al lograrse una justicia más pronta y expedita, se logra también una disminución considerable en el tiempo en que el inculcado pudiera estar impedido para proveer a su familia con lo necesario para su manutención.

De la misma manera, a partir de la vigencia de los procedimientos orales en el estado, se han realizando una serie de reformas a fin de que de forma gradual se implementen en un mayor número de casos, para adecuarse en forma paulatina a este nuevo sistema de justicia y acortar de forma significativa los tiempos de los procedimientos.

Finalmente quiero comentarles que como mencioné con anterioridad, la Teoría del dinamismo del derecho se materializa ahora en nuestros tiempos, la evolución de las normas no se detiene, y en Nuevo León estamos trabajando para ello.

2. Implementación de la reforma de Nuevo León

Lic. Catarino García Herrera

Consejero del Concejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León

La implementación del sistema acusatorio y la vigencia de los principios de inocencia y debido proceso legal son incompatibles con el sistema rígido dirigido y tasado de prisión preventiva que opera actualmente en nuestro país. Ello ha llevado a la aplicación excesiva del uso de esta medida cautelar. Esta idea surgió clara desde aquellos momentos en que se discutía el contenido de la reforma antes y durante el debate legislativo y si la fuente de inspiración de las reformas de Nuevo León. Este sistema es congruente con los principios fundamentales que

rigen al sistema acusatorio y al juicio oral y opera en la mayoría de todos los países que han incursionado en el proceso de reforma penal por lo menos legislativamente.

¿Qué se ha aprendido en ya casi 3 años de vigencia de las reformas al proceso penal del estado de Nuevo León encaminadas hacia un sistema acusatorio adversarial y oral en forma definitiva?

- Se aprendió un nuevo lenguaje, conocimos un nuevo esquema del proceso penal moderno con un objeto más amplio que el tradicional, buscando no sólo la aplicación concreta de la norma, sino la búsqueda de la solución de raíz del conflicto.
- Se descubrió que es posible resolver el procedimiento penal en término breve, teniendo cientos de audiencias ante los jueces de preparación o de garantía como prueba que permiten sostener que efectivamente se garantiza el principio de imparcialidad cuando un juez tutela derechos y otro decide el fondo de la cuestión surgida en el proceso penal.
- Queda en evidencia debilidades en el ministerio público, en la defensa y en los propios tribunales y la solución está en el proceso.
- Se ha aprendido a desarrollar nuevas capacidades de trabajo interinstitucional con coordinadores de otras áreas como los ingenieros en sistemas y administradores de recursos humanos y financieros.
- Se han desarrollado procesos de formación y de capacitación permanente de los operarios del sistema y se han empezado a generar nuevos esquemas estadísticos para la toma de decisiones y de gestión administrativa.

Estas son sólo algunas de las enseñanzas obtenidas de esta experiencia, advirtiéndose los siguientes efectos positivos:

- Transparencia en el trabajo de los jueces y demás operarios.
- Definición de roles y responsabilidades de jueces, agentes del ministerio público, defensores y abogados en general.
- Mayor intervención de la víctima u ofendido para la reparación del daño y ejercicio de sus derechos.
- Solución del conflicto mediante salidas alternas.

En esas condiciones podemos afirmar que Nuevo León se prepara para iniciar una nueva etapa de procesos de implementación con la impulsión de un proyecto de nuevo código de procedimiento penal que regule el capítulo de prisión preventiva. Esta nueva regulación posiblemente coincidirá con las reformas constitucionales que se encuentra actualmente en trámite en el Congreso de la Nación y que impulsan la implementación del juicio oral penal en toda la República. La percepción alentadora de la comunidad significa confianza en las instituciones de justicia concretando así un sistema de justicia penal eficiente y transparente que se ajuste a los estándares internacionales y que logre el equilibrio justo entre los derechos fundamentales de la persona y los intereses de la sociedad como fundamento de la paz social.

B. Chihuahua

Lic. Martha Silvia Chávez Loya³⁸

Subprocuradora de Procesos Penales del Estado de Chihuahua

1. Introducción

Comparto con ustedes la experiencia de nuestro estado en el tema de prisión preventiva, que en el proceso de la reforma integral al sistema de justicia penal, que cobrara vigencia en nuestro

³⁸ En representación de la Procuradora del Estado de Chihuahua, Mtra. Patricia González.

estado a partir del 1 de enero del año 2007, cuyo inicio se da de manera gradual en el Distrito Judicial Morelos, mientras que en el Distrito Bravos entró en vigor a partir del 1 de enero del año 2008, y en el resto del estado a partir del 1 julio de este mismo año. En Chihuahua, como en el resto del país, uno de los escenarios con mayor complejidad dentro de las políticas del Estado moderno y democrático de derecho, lo constituye sin duda, la construcción de un sistema de justicia penal eficiente, eficaz y válido.

Por ello, al inicio de la presente administración, el Gobernador Constitucional del estado, Lic. José Reyes Baeza Terrazas, asumió el compromiso político, histórico y social de cambiar el paradigma tradicional de concebir y operar la justicia penal, impulsando una profunda reforma al sistema de justicia penal, como respuesta al reclamo social en contra de un modelo agotado que se distinguía por procedimientos lentos, costoso e ineficaces, que generaron el descrédito y desconfianza de los chihuahuenses, logrando el consenso de los tres poderes que se concretizó en un acuerdo político firmado el 31 de mayo del año 2005.

2. Aspectos de la reforma integral

En ese esfuerzo compartido, los tres poderes del Estado llevaron a cabo los trabajos de una reforma integral al sistema de justicia penal, con la finalidad de contar con un modelo transparente, objetivo, oportuno y de calidad, que sea un componente esencial de la democracia y del desarrollo económico y social del estado.

La construcción del nuevo sistema de justicia penal se cimentó sobre la creación y adecuación de diez ordenamientos jurídicos, incluyendo la Constitución Política del estado, lo que le dio el carácter de integridad a la reforma; así contamos actualmente con un nuevo Código de Procedimientos Penales; un nuevo Código Penal, la Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores, la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, la reforma a la Ley del Poder Judicial, la Ley de Atención y Protección a Víctimas u Ofendidos del Delito, la Ley de Justicia Penal Alternativa, la Ley de la Defensoría Pública, la Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y finalmente la Ley Estatal del Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Esto nos ha permitido organizar en forma integral el sistema de justicia penal de nuestro estado, donde la justicia alternativa juega un relevante papel, pues constituye el eje toral para el cumplir con el mandato constitucional de obtener una justicia pronta, completa e imparcial, elementos estos que se hacen necesarios para hacer efectivo del nuevo modelo de justicia penal, de la que nos ocuparemos más adelante, mostrando su efectividad.

Esta modificación de los procedimientos jurídicos y las leyes para una mejor procuración y administración de la justicia, fue fundamental para el fortalecimiento de nuestro sistema de justicia penal y por tanto la consolidación del Estado de Derecho.

Por ello, la definición del acuerdo político de mayo del año 2005, que tuvo como resultado la modificación y creación de la nueva legislación en nuestro estado, se enfoca en darle coherencia funcional y jurídica a los subsistemas de prevención del delito, procuración y administración de justicia y los de readaptación social relacionados con el sistema punitivo.

Sin embargo, no se trata sólo de modificar el andamiaje jurídico institucional, sino que requerimos impulsar a la par una cultura de legalidad y de respeto a los derechos humanos; no hay otro camino para restituir la confianza de los ciudadanos en la justicia para que la certeza jurídica se convierta en certidumbre social, que la sociedad se dé cuenta de que la ley es realmente un instrumento de la justicia, lo que necesariamente fortalece el Estado de Derecho y la convivencia social.

En Chihuahua estamos convencidos de que la reforma penal integral que hemos impulsado con el consenso de la sociedad y los tres poderes, es parte esencial de la reforma del Estado que los tiempos actuales demandan, donde la legalidad, la transparencia y la certeza jurídica son valores intrínsecos en ésta y el mejor antídoto a la impunidad y la corrupción.

De igual manera, existe la conciencia acerca de que el Derecho, no resuelve conflictos, sino que, facilita formas jurídicas para que las partes allanen la controversia de sus intereses antagónicos. Esta visión en la reforma integral al sistema penal considera de especial relevancia que el Derecho, además de ser un instrumento para regular la convivencia humana, tiene una función moderna adicional: la de constituirse en un instrumento de orientación social, donde se le atribuye a las reglas jurídicas una tarea de carácter organizativo, anterior al momento en que éstas deban intervenir con todo el poder coactivo del Estado, es por ello que constituye un eje rector prioritario, el proceso de una adecuada sensibilización de la sociedad acerca de su propia necesidad de cambiar la justicia penal.

Y este es el punto de partida de dicha función social de la justicia, debido a que estamos consientes de que los procesos de sensibilización llevan a veces mucho tiempo y no deben de ser subestimados; y existe además la certidumbre de que la eficacia del proyecto de la reforma integral, depende de una sensibilización adecuada, previa a la implementación de una reforma de tal envergadura. Sobre todo cuando que, para obtener el consenso o alcanzarlo, ello supone que la mayoría de los individuos se adhieran a valores comunes a su forma de vida, y compartan creencias afines en relación a los aspectos fundamentales de su organización política, económica, social y jurídica, como por ejemplo: el modo de introducir los cambios en las instituciones que garantizan el Estado social y democrático de Derecho; la naturaleza y la dirección de los cambios; las normas que definen y rigen el orden social, y la libertad de regulación y expresión de los diferentes sectores de la población.

3. Retos

Es así que uno de los retos más grandes en la implementación del nuevo sistema de justicia penal, es precisamente el nuevo régimen de la prisión preventiva, pues requiere de un cambio de cultura o paradigma en la sociedad y en los medios de comunicación, toda vez que ambos se encuentran acostumbrados a que toda persona que es presentada como sospechosa de un delito es merecedora de la prisión. Por ende, se genera una alarma social cada vez que una persona imputada de un delito conserva su libertad antes de ser declarada culpable. Nuestra cultura popular exige el castigo inmediato de los sospechosos, sin importar si estos puedan ser culpables o inocentes.

Para lograr el cambio cultural y de paradigma, se requiere de una intensa campaña de comunicación social y educación cívica de sociedad y medios en la que se explique el principio de presunción de inocencia y sus implicaciones, el que se entiende donde el juez aborda la causa sin prejuicio alguno y sin suponer, bajo ninguna circunstancia, que el imputado es culpable, por lo que debe ser tratado como inocente. Esto constituye una de las principales garantías que rigen nuestro nuevo procedimiento penal, con lo que, entre otras cosas, se buscan garantizar procesos verdaderamente justos y equitativos, para que puedan ser considerados como debidos o justos procesos, tal y como lo señala nuestra Carta Magna en sus Artículos 14, 17 y 20, y como lo exigen igualmente el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 8° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y los organismos internacionales de Derechos Humanos, de tal suerte que se advierte un estrecho vínculo entre la presunción de inocencia y el carácter excepcional de la prisión preventiva.

4. Nuevo régimen a la prisión preventiva y alternativas

Sin embargo, no obstante lo anterior, nuestra Constitución consagra una excepción a este principio, al establecer que la prisión preventiva debe aplicarse a personas imputadas de aquellos delitos que el legislador califique como graves, con el objeto de garantizar, por otro lado, la no substracción de sus actores en la acción penal. Situación que corrige nuestro Código Procesal Penal, a través de la aplicación de las diversas medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, y donde ésta se convierte en una medida de ultima ratio, cuya aplicación no depende ya del delito imputado, sino de la necesidad específica de la medida, analizada en cada caso concreto, lo que permite determinar si existe riesgo grave de fuga, de obstaculización de la investigación, o peligro de la víctima u ofendido, circunstancias que tienen carácter excepcional y por ello, sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial, fundada, motivada y debidamente documentada, y por el tiempo absolutamente indispensable, previa solicitud del Ministerio Público, de motu proprio o instancia de parte.

Ahora la protección de la sociedad y de las víctimas durante los procesos se garantiza, ya no por la indiscriminada aplicación de la prisión preventiva, sino con base en factores racionales acreditados en audiencias públicas en donde el juez la determine, sustentándose en las circunstancias de cada caso y los argumentos tanto del Ministerio Público, como de la defensa, y tomando en consideración el acreditamiento del peligro de fuga, del peligro de la víctima o del peligro a la sociedad en caso que ello obstaculice la investigación.

Así por ejemplo, las personas que hayan sido acusadas por delito de robo de unos cuantos pesos, no sufrirán los efectos a veces devastadores sobre ellos y sus familias del encarcelamiento sin ser juzgados, pudiendo sin embargo ser asegurados para garantizar su comparecencia al juicio, mediante alguna otra de las medidas cautelares consagradas por el nuevo Código.

De esta forma se garantiza a todos los ciudadanos su derecho a la libertad en tanto no hayan sido condenados en juicio justo, y mediante el debido proceso de algún delito que merezca pena corporal, lo que viene a constituir la llamada presunción de inocencia, que se constituye en un ingrediente esencial de cualquier sociedad civilizada y garantiza el derecho a la defensa al imputado antes de la aplicación de esta medida.

Tradicionalmente, la función del Estado en materia de persecución de los delitos era de corte represivo, en donde se detenía para investigar. Ahora, con la reforma integral al sistema de justicia penal en Chihuahua, se procura la obtención del ideal de investigar para detener, desde luego, con las excepciones que se constituyen por aquellos ilícitos que por su propia naturaleza obligan al sistema de procuración de justicia a la detención del probable responsable del delito como requisito sine qua non para proveer al inicio o al curso de la investigación precedente.

5. Justicia restaurativa y sus impactos

En el periodo de enero a octubre del año 2006, el sistema de justicia penal en Chihuahua generó 2,179 detenciones, mientras que en el mismo periodo del año 2007, el mismo sistema produjo sólo 799 detenidos, más 416 detenidos de conformidad con el nuevo sistema de justicia penal, evidenciándose así el proceso de reforma a la prisión preventiva en el estado de Chihuahua.

Otro nuevo paradigma consiste en establecer que la justicia restaurativa debe prevalecer sobre la justicia represiva, a efecto de que la capacidad del Estado en la investigación, persecución y sanción de los delitos se centre en lo que realmente afecta a la sociedad. Entendiendo por justicia restaurativa los procesos alternativos útiles para la solución de conflictos entre las partes, con los cuales se busca que el ofendido, antes que la represión del ofensor, obtenga en la medida de lo posible la reparación por este daño causado en aras del restablecimiento del orden y la armonía que debe imperar en las relaciones sociales, restaurando el daño que al tejido social ocasiona la infracción de la norma jurídica, en especial la de carácter penal.

En virtud de lo anterior, la reforma integral al sistema de justicia penal en Chihuahua pretende dar vigencia al nuevo paradigma de justicia restaurativa, mediante la institucionalización de la misma a través de la creación de los llamados “Centros de justicia penal alternativa”, incorporando la misma al nuevo Código de Procedimientos Penales y a la Ley Orgánica del Ministerio Público, y creando los centros a través de la Ley de Justicia Penal Alternativa, que regula sus procedimientos, lo que se ha convertido en una metodología idónea para resolver con rapidez, eficiencia y justicia un gran número de casos planteados penalmente, que cada día engrosan más la estadística de averiguaciones previas y procesos, además de que la justicia alternativa constituye la mejor forma de anticiparnos a la futura comisión de otros delitos.

La justicia restaurativa brinda una gama de oportunidades para el diálogo y la solución de problemas entre las víctimas, los inculpados, sus familias y la sociedad en general. Ofrece a los agresores la oportunidad de desarrollar sus competencias y reintegrarse a la vida productiva de la comunidad, fortaleciendo así la seguridad pública.

Las opciones alternas para solucionar los conflictos, así como la oportunidad de hacer uso del juicio abreviado, permiten que se restituya el daño ocasionado a la víctima de manera inmediata; que el agresor se reintegre a la sociedad de manera pacífica y en menor tiempo se dicten sentencias a sólo días de haberse cometido el delito, lo que desde luego implica un verdadero concepto de reforma al concepto tradicional de prisión preventiva en México.

Este hecho se demuestra estadísticamente con las siguientes cifras:

- El número de asuntos resueltos en Chihuahua a través del Centro de Justicia Penal Alternativa y de las Unidades Especiales de Investigación, de enero a octubre de 2007 es de 10,292 casos, universo que se integra por 3,574 casos concluidos por perdón del ofendido;
- 4,417 casos resueltos por convenio concluido;
- 2,301 casos por convenios en trámite de su cumplimiento.

Lo que significa que el nuevo sistema de justicia penal ha evitado en Chihuahua en diez meses el trámite de 10,292 causas penales, permitiendo así al Estado reorientar sus esfuerzos en materia de procuración y administración de justicia, a la atención de causas con mayor trascendencia social incluso a aquellas de menor cuantía en donde no fue posible obtener solución pronta y expedita a través de los medios alternativos.

Aunado a lo anterior, la reforma integral al sistema de justicia penal consagra otros procedimientos tendientes a la obtención de una justicia penal pronta y expedita, a través del denominado procedimiento abreviado con el cual se han resuelto 145 casos, y el procedimiento de acuerdos reparatorios mediante cual se han resuelto 68 casos más en mismo periodo.

Todo ello permite afirmar que estamos en el camino correcto, en donde sin duda habrá piedras y tropiezos, pero con empeño y tenacidad lograremos superarlas hasta alcanzar una verdadera y eficaz procuración y administración de justicia, dentro de un marco de estricto respeto a los derechos humanos.

C. Oaxaca

Lic. Juan de Jesús Vásquez Urdiales³⁹

Magistrado de lo Penal

Poder Judicial del Estado de Oaxaca

1. Introducción

Oaxaca es un estado que ha empezado en su organización interna un sistema procesal penal diferente al que hemos estado analizando. Este esquema, al dar eminencia precisamente al principio de presunción de inocencia, viene a trastocar absolutamente todo lo que como abogados hemos estudiado durante muchos años, desde la universidad, y lo hemos aplicado a lo largo de nuestra carrera profesional; algunos en la procuración de justicia, otros en la administración de justicia, de los abogados del foro y los litigantes.

El nuevo esquema deriva, como se ha explicado ya aquí abundantemente, de una serie de factores que tiene que ver con la forma de ser del mexicano. Cómo hemos enfrentado nosotros como pueblo, como país, como estado unitario- vamos hablándolo así- la cuestión de las personas enfrentadas a un proceso penal. En muchas ocasiones se ha señalado en diversos foros que en algunas situaciones las personas que han sido objeto, víctimas u ofendidos en un delito, no quieren justicia si no quieren venganza y en esa función lo que se pretenden o pretendiera mantener a la gente privada de la libertad el mayor tiempo posible.

Les comento que el día de ayer viajando de la ciudad de Oaxaca a México y a aquí a Monterrey, la línea aérea que me transportó, Aeroméxico, mandó mi equipaje a otro lado, a otro estado del país. Después del disgusto se da cierta etapa de frustración y posteriormente de impotencia. Es precisamente ese mismo esquema el que pasa con las víctimas del delito en todas las proporciones, por supuesto nada que ver una con la otra, pero si es finalmente es el mismo sentimiento cuando nosotros nos enfrentamos dentro del esquema procesal penal al justo equilibrio que debe tratarse entre la víctima, el ofendido y el activo del delito.

Entendemos que debe ser el Derecho Penal, como han señalado los tratadistas maestros, una herramienta de mínima interpretación del Estado. El Estado cada vez más debe operar menos, si se me permite decirlo así, en el esquema penal. Como ciudadanos, no podemos estar mandando a la cárcel a todos por todo lo que pase. Primero, porque eso genera un sinnúmero de injusticias y, segundo, porque no resuelve nada. Lo mismo que con el ejemplo del equipaje que yo les ponía, te enojas pero la aerolínea no te resuelve nada, entonces mejor te aguantas. En el caso del Derecho Penal, si mandamos a alguien a la cárcel o lo privamos de la libertad, como sistema procesal penal realmente es poco lo que estamos avanzando en cuestión de la controversia planteada en la comunidad.

2. Aspectos de la reforma de Oaxaca

Los sistemas de justicia alternativa que se han señalado acá, de justicia restaurativa, han tenido un efecto muy consistente en el estado de Oaxaca. A partir del 1ro de enero de 2007 año entró en vigor el esquema procesal acusatorio adversarial para todo el Estado tratándose de la justicia de adolescentes, y a partir del 9 de septiembre entró en vigor para el esquema procesal de adultos en la región del Istmo de Tehuantepec.

Incluso los más escépticos al sistema, los más retractarios, se asombraron y lo han manifestado en forma personal, de forma muy exclusiva, ante los resultados obtenidos. Realmente cuando pusimos en marcha el primer sistema de adolescentes bajo esta modalidad de la cuestión

³⁹ En representación del Lic. Héctor Anuar Mafud Mafud, Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

acusatorio adversarial nunca nos imaginamos el éxito que iba a tener. Les comento que de 450 asuntos que han entrado en todo el estado de medidas estrictas de adolescentes al sistema, solamente dos han sido llevados a juicio oral. La inmensa mayoría ha salido a través de los medios de justicia restaurativa ante el Ministerio Público con la aprobación del juez de garantías o ante el juez de garantías.

Esto implica, fundamentalmente desde nuestro punto de vista, una solución práctica a los conflictos que se están suscitando ante la sociedad obteniendo resultados prácticos y de inmediato. Pero, además despresuriza al sistema penal y los casos que realmente han llegado ante el juez de juicio oral para ser juzgados por los delitos que le están siendo imputados, permiten al Ministerio Público y por supuesto a la defensa a preparar su teoría del caso, ofrecer y desahogar las pruebas en la audiencia de juicio oral y en su momento obtener la sentencia correspondiente. El esquema, igual que el procedimiento para adultos, implica también una cuestión de naturaleza garantista para el procesado como lo es también para la víctima. Ello lleva manejado también o va de la mano la cuestión recursal, a que se puedan recurrir absolutamente todas las determinaciones que toman los jueces en un esquema más amplio del que tenemos, que es el sistema tradicional. Prácticamente todas las determinaciones pueden recurrirse.

Sin embargo cuando hablamos de la presunción de inocencia y de que las personas enfrentaran sus procesos en libertad, cuando nosotros no conocemos bien el sistema, siempre nos da la duda - “¿bueno y realmente enfrentarán ese proceso en libertad o se irán de la entidad y a lo mejor dejamos un asunto más impune?” – la respuesta por lo que hemos visto en la práctica es no. Las personas tienen un sentido muy alto de su propio honor, de su honorabilidad y están dispuestos también a acudir ante los jueces para someterse a través de la lupa de la ley a ese examen judicial que los declare culpables o inocentes.

Realmente estamos ante los inicios de una nueva era en el ámbito procesal penal mexicano. Chihuahua, Zacatecas ahora, Oaxaca, estamos ya caminando en este sistema - estamos asombrados del éxito que está obteniendo. Oaxaca es un estado con muchas asimetrías, acabamos de pasar por problemas políticos y sociales de una enorme dimensión que de alguna forma se están empezando a atenuar a través de la puesta en marcha de reformas estructurales a la organización del Estado. Una de ellas es precisamente responder, aunque debo señalar que el esquema acusatorio lo veníamos trabajando con Proderecho cuatro años antes de la puesta en marcha, precisamente viendo la crisis que ha envuelto al derecho procesal penal.

En cuanto a los costos, realmente hay una falsa percepción de cuánto cuesta este sistema. En principio cuando nosotros nos acercamos a este sistema nos informaron que a la hermana república de Chile había invertido \$500 millones de dólares para echar andar el sistema en todo el país. Nosotros vimos eso y dijimos “pasarán unos 50 años y nosotros no podremos echarlo a andar”. Sin embargo, analizando las cosas con detenimiento la primera experiencia que tuvimos fue echar andar el sistema para adolescentes que tuvo un costo aproximado de \$600,000 pesos, entre la habilitación del salón: dos salas de juicio, dos salas de debate, el sistema de cómputo, y el sistema de cámaras para videograbar en vivo. Además incluye la capacitación que dimos al foro litigante, la capacitación que llevamos a otras regiones del estado, naturalmente la capacitación a los operadores del Derecho incluyendo al Ministerio Público y a la Defensoría de Oficio.

En el Istmo de Tehuantepec, una región grande e importante del estado que se ha caracterizado por su incidencia delictiva, hemos hecho una inversión (el Poder Judicial) de \$40 millones de pesos, que representa la puesta en marcha de cuatro sedes judiciales nuevas, con todos los adelantos tecnológicos y que permite un esquema muy avanzado en el acercamiento de la justicia a la comunidad. No es nada más el hecho de llevar la tecnología; es el hecho fundamental de llevar la capacitación a las comunidades, llevar la capacitación a los policías, a las autoridades municipales, al Ministerio Público, a los defensores, jueces y demás personas.

Lo más importante de esto es la transparencia que arroja el sistema con relación a la comunidad. Se acabaron los jueces que están resolviendo atrás del escritorio encerrados sin conocer nunca a su procesado, sin saber quién es la persona que están juzgando. Se acabó para siempre el hecho de aquellos jueces que mandan al secretario o, en última instancia, al escribiente a tomar la declaración preparatoria y le piden al proyectista que resuelva el término constitucional a como mejor le parezca porque tiene mucha carga de trabajo. De aquí en adelante en Oaxaca, como es también en otros estados, es el juez quien recibirá en forma directa todas las declaraciones, todas las pruebas que aporten las partes y determinará ahí mismo enfrente de todos lo que deba determinar con relación a los planteamientos que se estén haciendo.

Debe señalarse que, en el caso de los adolescentes, el sistema funciona con un juez de garantías, un juez de juicio oral y un juez de ejecución. La diferencia con el sistema de adultos es que los jueces de juicio oral, es un tribunal colegiado compuesto por tres jueces. Las determinaciones que toman estos jueces o el juez de juicio oral está totalmente desvinculada de la actuación que realiza el juez de garantías, porque eso permite y garantiza tanto al imputado como a las partes que intervengan el hecho de la plena objetividad en la toma de decisiones. No puede tomarse una decisión objetiva si los jueces tienen un conocimiento previo del hecho que se estén imputando porque, como seres humanos, todos podemos quedar sujetos a tener una idea o empezar a formarnos una idea con relación a lo que se está planteando o lo que se está haciendo. Se garantiza pues por parte del sistema objetividad plena, transparencia plena, publicidad total, acceso pleno a todos los que quieran a ver las resoluciones.

3. Estados liderando la reforma de justicia penal

Yo invitaría a que se adopte este sistema en todos los estados. Una de las ponentes brillantes que nos antecedió, señalaba que la Federación estaba dando pasos tibios hacia allá. Nosotros consideramos que la Federación está entrampada todavía en ese paso a la democracia que tenemos en este país y como ciudadanos; señalo que los estados hemos estado poniendo el ejemplo del camino que debemos seguir. Los estados debemos marcar el rumbo ahora de los destinos de esta misión.

Finalmente, si lo vemos desde el punto de vista muy objetivo, podemos asegurar que la Federación es parte integrante de los estados y no al revés. Fíjense bien como lo planteo, la Constitución señala que los estados somos parte integrante de la Federación. Yo lo estoy partiendo al revés ahora por una sencilla razón, los Diputados Federales y los Senadores que nos representan a todos los mexicanos en el Congreso de la Unión ¿de dónde vienen? ¿De la Luna, de Marte o de otros estados? Son pocos los Senadores o Diputados Federales que salen del D.F., la inmensa mayoría vienen de Nuevo León, de Chihuahua, de Zacatecas, de Oaxaca, de todos los estados del país, y somos los estados los que recibimos y vivimos los problemas que nos genera una falta de legislación nacional adecuada.

Todos los elementos que están consagrados en los instrumentos internacionales a nivel de garantías o de derechos fundamentales y ese tipo de cuestiones no se han aterrizado debidamente en la Constitución. La Corte ha señalado la ubicación de los tratados internacionales, pero creo que nos falta a todos caminar mucho en ese sentido. Creemos que es el momento: ha llegado el momento de México y de los mexicanos.

El eje fundamental del desarrollo del país, entre otros claro, es precisamente una seguridad pública adecuada que nos permita a todos vivir sin riesgo de ser víctima de un delito. Eso no va a pasar mientras no tengamos instrumentos políticos eficientes que nos permitan tener un poder judicial fuerte, poderes judiciales fuertes en los estados y una procuración de justicia técnica que realmente inspire confianza en la ciudadanía y que genere investigación seria para poderse llevar a juicio y, llevar por supuesto a través de estos medios, a los criminales a juicio. No vamos a poder seguir por el rumbo en el que vamos; debemos corregirlo y creo que la forma en que debemos hacerlo es, entre todos los mexicanos, a través, precisamente, de los

instrumentos que la propia Constitución General de la República nos da como miembros de esta Unión llevando todas nuestras inquietudes ante el Congreso.

Finalmente, no se ha cabildeado en el Congreso todavía la reforma que plantea nuestro Presidente el Señor Felipe Calderón⁴⁰. Pero tampoco, por ejemplo, en la cuestión de adolescentes, fíjense cómo nos hacen que los estados caminemos en esa materia y la federación no se dio un término, y a un año que ha entrado en vigor en todo el país, la federación no atiende ni la ley. Tienen un proyecto interesante, pero están como unas perlas que adornan el Congreso de la Unión y que no se pueden aterrizar porque la ley no ha sido aprobada. Creo que es el momento de que sin temor los mexicanos caminemos por este camino, es el camino que nos va a terminar de consolidar las libertades. Es el camino que nos va a permitir a todos los mexicanos a tener una administración de justicia, una procuración de justicia, una prevención del delito, como decía el Señor Presidente, mucho más consolidada; hago votos en lo personal porque así sea.

D. Zacatecas

Lic. Federico Soto Acosta⁴¹

Juez de lo Penal

Poder Judicial del Estado de Zacatecas

1. Introducción

El tema de estos dos días de trabajo ha sido el equilibrio de la presunción de inocencia y seguridad pública. Quisiera que permitieran hacer una disgregación y recordar el estudio de un literato del por qué acostumbramos a enterrar a los muertos. Tituló su trabajo como La salvaje costumbre de enterrar a los muertos, y explicaba sobre su análisis sociológico el por qué enterramos a los muertos; llegó a la conclusión de que quería que no lo enterraran cuando muriera.

Hecha esta disgregación, diría yo que tenemos la salvaje costumbre de enterrar la verdad. Tenemos la salvaje costumbre de pretender resolver los males sociales con el Derecho Penal. Tenemos la salvaje costumbre de engañar a la sociedad con que legislando en materia penal se resuelven los problemas de seguridad pública. Tenemos la salvaje costumbre del uso indiscriminado de la prisión preventiva como medio de cautela para asegurar los fines del proceso. Tenemos la salvaje costumbre de mal informar a la sociedad sobre el curso de un asunto legal provocando el otro proceso y la otra sentencia, la de los medios masivos de comunicación. Tenemos la salvaje costumbre de no atender a quienes el Estado tiene privados de su libertad en las cárceles y no sólo en México, en todo el mundo, como lo hemos visto.

2. Proceso de reforma

Iniciando con la experiencia del estado de Zacatecas, les diré que en marzo del año 2007 la gobernadora del Estado, Lic. Amalia García Medina, usó la facultad de iniciativa de ley enviando al Congreso del Estado la iniciativa de un Nuevo Código de Procedimientos Penales, y se discutió hasta el día 15 de septiembre de 2007, día en que fue promulgado el nuevo Código de Procedimientos Penales para el estado de Zacatecas. ¿Cuáles son los motivos de la reforma? En síntesis les diré que se recoge la idea de garantizar los derechos fundamentales; el debido proceso de los imputados; se pretende garantizar la asistencia, protección y restauración de los derechos a las víctimas y ofendidos, así como a su efectiva participación en el proceso penal; se pretende recuperar la eficiencia y eficacia del proceso penal; se pretende transparentar los procesos penales y en consecuencia recobrar la confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.

⁴⁰ En noviembre de 2007, cuando se realizó la conferencia nacional, el Congreso de la Unión aún no votaba sobre la reforma federal.

⁴¹ En representación del Lic. Bernardo del Real Ávila, Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas.

Para realizar la iniciativa del nuevo Código se justificó a partir de una concordancia, o si se quiere, una interpretación sistemática desde el sistema constitucional procesal penal. A esto se le llamó el estudio de plan y viabilidad constitucional, pero además se realizó un estudio sistemático de las normas de origen internacional, entre ellas la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Haciendo así un estudio sistemático de todas estas normas tanto las de origen nacional como las de origen internacional, logrando recoger en el nuevo Código Procesal Penal los estándares del debido proceso penal.

Los principios rectores del nuevo Código de Procedimientos Penales son: la igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, mediación, contrariedad, concentración, presunción de inocencia, defensa técnica, excepciones en la aplicación de la medida cautelar, dignidad de la persona, protección de la intimidad, justicia pronta, igualdad entre la ley, igualdad entre las partes, única persecución, derecho a juez natural, derecho a un juez independiente, derecho a objetividad en la decisión judicial, derecho a que sus decisiones sean fundadas y motivadas. Todos estos principios han sido objeto de análisis a lo largo de estos dos días de manera que no tengo mucho que agregar al respecto; simplemente, como se dice en la jerga, les pido que los tengan por reproducidos.

3. Nuevo régimen de prisión preventiva

Para el ejercicio de la acción penal se establecen los criterios de oportunidad, la extinción de la acción penal, la justicia restaurativa, la suspensión del proceso a prueba. Concretamente respecto de la medida cautelar de prisión preventiva - que actualmente se aplica en automático porque la gran mayoría de los tipos penales prevén como sanción la prisión, la multa y alguna otra- procede en automático en el sistema tradicional, de suerte que para tener la posibilidad de evadir la prisión preventiva en estos casos, el imputado, en este caso el inculpado, tendrá que garantizar con alguna fianza su presencia en proceso y evadir a través del instituto jurídico de la libertad provisional mediante caución su reclusión. Si por desgracia el inculpado no cuenta con recursos económicos, pues a pesar de que se le hace saber que tiene el derecho de libertad provisional bajo caución, ésta no es posible y entonces en el curso del procedimiento permanecerá privado de su libertad.

Esta concepción de la prisión preventiva se cambia, se transforma en el nuevo Código de Procedimientos Penales y se considera como una medida cautelar de excepción. Esto evidentemente implica un cambio de cultura, un cambio de considerables cosas respecto del seguimiento de un juicio y de un proceso penal. El Artículo 195, en relación a la mencionada medida cautelar de prisión preventiva, establece como parámetros que sea una medida excepcional, que es una medida revisable, la revisión en la apelación con efecto devolutivo. De manera que si el juez concede la libertad provisional, ésta la puede gozar el imputado y en todo caso si es recurrible por el Ministerio Público el efecto es devolutivo y ésta se cancelará si es revocada la decisión del juez. La medida cautelar es temporal y es proporcional. La medida cautelar como fin está prevista en la del nuevo Código Procesal; exclusivamente pretende asegurar la presencia del imputado y en todo caso evitar la obstaculización del procedimiento. Una crítica que se hace al nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas es la relativa a establecer una serie de supuestos de delitos graves siguiendo la línea que señala el artículo 20 de la Constitución Federal. Los delitos que contempla el nuevo Código Penal como graves son: evasión de presos, terrorismo, corrupción de menores, violación, asalto, plagio o secuestro, homicidio, parricidio, infanticidio, robo mayor de 500 cuotas, robo calificado cuando exceda 300 cuotas, el abigeato cuando el valor del ganado sea mayor de 300 cuotas, tortura, lesiones dolosas y, curiosamente, algún supuesto de delitos electorales. Seguramente el legislador decidió conservar esta lista de delitos graves conociendo simplemente cuáles han sido las contrarreformas, y quizás aquí no quiso correr el riesgo de más adelante hacer una contrarreforma incorporando una mínima lista de delitos graves.

Nuestro Código establece cómo definir el principio de obstaculización y desviación cuando el imputado pretenda afectar, desvirtuar los medios de prueba y cuando pretenda acometer contra otros sujetos que pueden tener relación con la imputación con alguna evidencia en el proceso. En términos generales, las medidas cautelares tienen una vida y una cesación y se establece claramente en el Código de Procedimientos Penales la forma de su establecimiento, la revisión, la sustitución, modificación y el cese de la medida cautelar. El Código restringe, aún en los casos de delitos graves, el uso de la medida cautelar de prisión preventiva tratándose de personas mayores de 70 años, de personas embarazadas, madres en lactancia y personas afectadas por enfermedad grave y terminal.

4. Fase de implementación

Tratando de seguir la línea del trabajo establecido, dejaría aquí la exposición porque el estado de Zacatecas, en el Artículo 2do transitorio, establece una *vacatio legis* de la ley aproximadamente 1 año 4 meses. Durante esta *vacatio legis*, lo que se pretende realizar es un estudio y una proyección de planeación estratégica para la implementación de la reforma. En esta implementación estratégica básicamente quien lleva la punta es el poder judicial, pero por disposición del legislador, también se está integrando al ejecutivo, al legislativo y las instituciones no gubernamentales que tienen serio interés en estos temas.

En el poder judicial se está trabajando una serie de actividades de capacitación, de concientización del cambio de paradigma que pretende o que presenta el nuevo Código de Procedimientos Penales, y esto lo ha hecho el poder judicial a partir de enviar a sus jueces que están operando con el sistema tradicional a que conozcan otras realidades en Chile, Colombia, Inglaterra, y que se sensibilicen en relación al cambio que está por operar para que ellos puedan ser más adelante objeto de transmisión de todos estos conocimientos en todas las nuevas habilidades y herramientas que exige la implementación de la justicia oral de un sistema adversarial y de corte acusatorio.

Finalmente les diré que la salvaje costumbre de usar indiscriminadamente la prisión preventiva debe ser matizada, debe ser regulada por la racionalidad en el uso de la violencia institucionalizada. El hecho de tener privada de la libertad a una persona es la expresión máxima del poder coactivo del Estado y por tanto también debiera de ser la expresión mínima en el uso racional de la prisión preventiva. No es posible que en nuestro país más del 40% de las personas que están privadas de su libertad lo estén por no tener recursos para seguir el curso del procedimiento en libertad.

III. Estudio sobre prisión preventiva en Nuevo León⁴²

Dr. Javier Carrasco Solís

*Project Manager, Proyecto de la Presunción de Inocencia en México
Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P.*

A. Introducción

Desde el 2004, Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P. han estado colaborando en un proyecto para analizar el uso de la prisión preventiva en México con el objetivo de generar propuestas de reforma para racionalizar su aplicación. Dado a que a nivel nacional alrededor un 40% de las personas que se encuentran privadas de su libertad están en prisión preventiva, las instituciones se interesaron en estudiar dicho uso en el estado de Nuevo León.

Después de varias presentaciones de los retos que representa la prisión preventiva a nivel nacional, en Nuevo León surgió la creación de un grupo interinstitucional con representantes

⁴² Relator, Mtro. Miguel Ángel Murillo.

de la Oficina del Gobernador, la Procuraduría, Poder Judicial y Administración Penitenciaria. Dicho grupo comenzó a establecer parámetros para un estudio local.

Dado a que Open Society Justice Initiative y Renace, a través de este proyecto, han sido pioneros en el tema haciendo que esté sobre la mesa de discusión a nivel estatal y federal, desarrollaron la metodología del estudio en colaboración con el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Nuevo León. El estudio empírico pretende presentar un panorama de cómo está la situación actual de la prisión preventiva en el estado, compararlo con otros estudios, generar propuestas de reforma específicas para la entidad y posteriormente contrastar los datos con un análisis post-reforma.

Cabe mencionar que la interpretación de los resultados preliminares se va a gestionar en talleres y reuniones con el Poder Judicial del Estado, específicamente con los jueces y magistrados penales. Lo que se presenta en este momento, son los resultados preliminares para los cuales las interpretaciones de los mismos serían en colaboración cercana, con el poder judicial, la procuraduría y la defensoría para escuchar, desde sus perspectivas, sus conclusiones y poder proponer algunos ajustes a la legislación. El reporte final presentando los resultados, conclusiones y recomendaciones se publicará en el 2009.

El análisis estadístico⁴³ nos da herramientas que nos permite encontrar resultados sorprendentes, los cuales ayudan a entender el funcionamiento del sistema y cambiar perspectivas y creencias que se tienen sobre cómo funciona el sistema.

B. Objetivos y metodología del estudio

La metodología del estudio estuvo dirigida por las investigadoras Lic. Katheryn Fahnestock y Mtra. Patricia Hernández Ruiz. Las investigadoras, que han realizado otros estudios estadísticos sobre el flujo y manejo de casos en juzgados, dirigieron un taller con representantes de Renace, de Open Society Justice Initiative, del Poder Judicial del Estado de Nuevo León y de otras autoridades del gobierno estatal. En dicho taller, los participantes desarrollaron los siguientes objetivos del estudio:

1. Desarrollar bases sobre la operación actual del sistema de prisión preventiva.
2. Medir los efectos de la prisión preventiva en los resultados de los casos, es decir si el haber estado en prisión preventiva o libertad provisional tiene alguna incidencia con la sentencia o con cualquier otro tipo de conclusión.
3. Desarrollar información para que la legislatura pueda tomar decisiones de política pública sobre la elegibilidad de las personas para salir bajo fianza, la discrecionalidad judicial y las posibles alternativas a la prisión preventiva.
4. Determinar la duración de los procesos. Queremos conocer los lapsos, qué información existe sobre el inicio, la conclusión y los eventos intermedios de los casos y los ahorros potenciales y costos de la prisión preventiva.
5. Reunir información para conocer la posibilidad de implementar servicios de evaluación de riesgos y modelos de supervisión, similares a Renace, que pudieran ser mejorados y subsecuentemente replicados para la utilización efectiva de las alternativas a la prisión preventiva.

Para la selección de la muestra se determinó utilizar a seis juzgados promedio en términos de sus funcionamientos normales (número de casos consignados, autos de formal prisión, autos de libertad, autos de sujeción a proceso, casos concluidos, casos pendientes y carga de trabajo, etc.) para tener una muestra que representara toda la judicatura del estado en el tiempo seleccionado. Se utilizaron únicamente juzgados del área metropolitana de Monterrey porque se

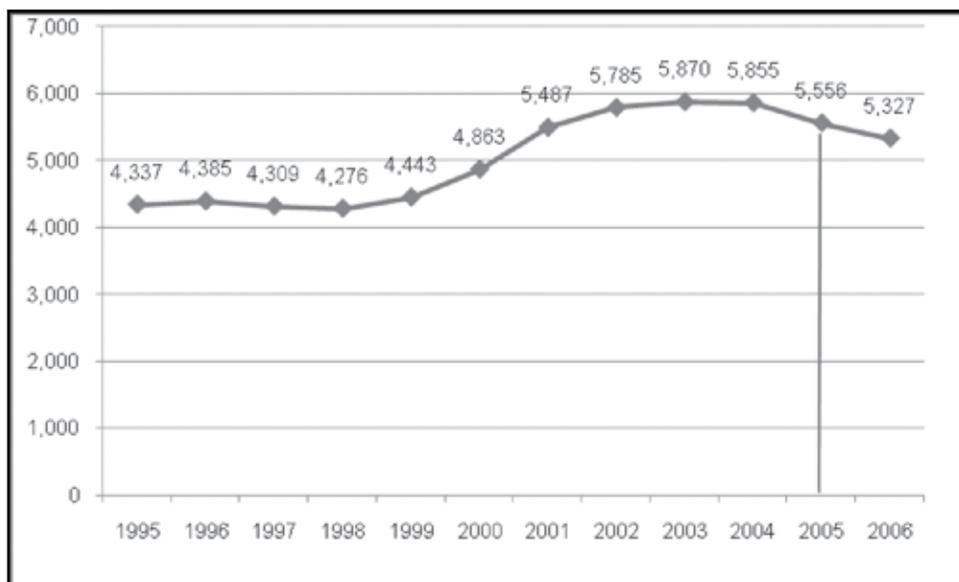
⁴³ La Mtra. Patricia Hernández Ruiz y el Mtro. Miguel La Rota realizaron el análisis estadístico del presente estudio. El Mtro. La Rota está coordinando el análisis final y la organización de los factores que se incluirán en el reporte final.

estima que son representativos de toda la judicatura y es donde la mayoría de los casos son consignados y concluidos. La muestra incluye casos con sentencias ejecutoriadas en el periodo entre el 1 de agosto de 2004 y 31 de julio de 2005.

C. Resultados preliminares

Antes de presentar los resultados preliminares, primero se analizará al estado de Nuevo León en cuanto a población penitenciaria de 1995 a 2006 (Ver Gráfica 1). Se aprecia que del 1995 al 1998, la población se mantuvo en el mismo nivel y después del 1998 la población penitenciaria estuvo en crecimiento hasta el 2004. Después del 2004 la población penitenciaria comienza a descender (a mediados del 2004 y 2005, el tiempo de donde se eligió la muestra para el estudio). En este año del 2004, las reformas procesales penales del Estado se implementaron incluyendo la salidas alternas de la suspensión del procedimiento a prueba, el procedimiento abreviado y los medios alternos de conciliación y mediación, que tal vez pudieron influir con este fenómeno de descenso de la población penitenciaria. De igual manera, analizando la población de prisión preventiva del 2005 y 2006, también notamos que está disminuyendo. Aunque el Estado no ha reformado su régimen de prisión preventiva, se puede atribuir que una de las razones de esta disminución es por los mecanismos alternos, sobre todo por la suspensión que se está otorgando a las personas que reúnen los requisitos sin tener que pagar una fianza. La suspensión del procedimiento a prueba no impone la condición de depositar una caución.

Gráfica 1
Población penitenciaria en el estado de Nuevo León



(Fuente: Subsecretaría de Administración Penitenciaria del Estado de Nuevo León)

Se realizó un estudio del perfil de los procesados resultando, como se esperaba, que la mayoría son del sexo masculino (con un 91.6% de la muestra) y el 8.4% es femenino. La edad, nos damos cuenta que la mayoría de las personas de la muestra son de menos de 30 años (el 22.7% de la muestra tenía de 21 a 25). En términos de educación, la mayoría de las personas tiene un nivel de escolaridad de entre 6 y 9 años (la mayoría con menos de 9 años de educación).

En cuanto al origen del inculpado, un 70% son originarios del estado de Nuevo León, un 29% son del resto de la República y solo 1% de procedencia extranjera. También se hizo el análisis en cuanto a la relación entre las víctimas y los acusados, vemos que un 35% de las víctimas tienen relación con el inculpado, ya sea esposo, esposa, familiar, amigo o conocido y un 47.8% de la muestra no tenía relación alguna con la víctima.

El análisis del perfil de los procesados es importante porque el juez, al momento de determinar el monto de la libertad provisional bajo caución, tiene que tomar en cuenta las circunstancias sociales y personales de las personas. En los sistemas reformados los criterios para evaluar la libertad provisional son el resultado de una evaluación de los riesgos de la fuga, el riesgo para la víctima, el riesgo para la sociedad y riesgo de obstaculización de las pruebas. Los datos demográficos de los inculcados nos ayudan a determinar esos riesgos para tomar la decisión sobre la medida cautelar más apropiada analizando cada caso.

Siguiendo con un desglose de los tipos de delito de la muestra, se encontró que el delito de robo, con un 25.8%, es el de mayor incidencia; aquí van incluidos el robo simple y el robo con violencia. El siguiente sería el daño a propiedad ajena, con un 18.1%; violencia familiar con 13.46%; lesiones y sus relativos con un 12.9%.

Es necesario también tomar en cuenta los antecedentes de las personas ya que este indicador se puede usar para medir el posible riesgo de cumplimiento procesal y riesgo para la sociedad. En el sistema tradicional, el Ministerio Público se podría oponer a la libertad provisional bajo caución si el inculpado tiene antecedentes por delito grave. En todos los casos vemos que un 75% de los procesos no tenían antecedentes, de acuerdo al registro de antecedentes, y un 25% de las personas habían tenido una sentencia anterior. De los procesados por delitos no graves vemos que un 76% de las personas no tenían antecedentes y un 24% tenía un tipo de antecedente.

El siguiente análisis relaciona al porcentaje de personas que salieron en libertad provisional. Los resultados muestran que a un 51% de la muestra se le otorgó la fianza ya sea a nivel agencia, en el juzgado o ambos y un 49% alcanzó a pagarla. Aquí vemos que la mitad de las personas o no salieron en libertad provisional o sus casos concluyeron antes de que se les otorgara la fianza. Este es uno de los resultados que seguimos analizando para determinar las razones de la cifra.

En un análisis comparativo de los tres diferentes montos las fianzas otorgadas, pecuniario, reparación del daño y caución, notamos que de los tres, la reparación del daño en todos los delitos es la más alta. ¿Qué es lo que pasa cuando a una persona se le impone una fianza con una caución baja pero con un monto de reparación alta en un estado donde no existen otras alternativas para la libertad provisional? Si el inculpado no puede cubrir el monto requerido (cualquiera de los tres) tendrá que permanecer en prisión preventiva, aún siendo elegible para la libertad provisional.

En esta etapa del análisis de los resultados preliminares podemos señalar la existencia de asociaciones entre la prisión preventiva y diferentes factores. Es importante aclarar que, como ya es sabido, una asociación o una relación entre dos elementos no significa que uno sea la causa del otro. Habiendo aclarado lo anterior, la siguiente etapa del análisis es revisar con profundidad este tipo de relaciones y, en conjunto con el poder judicial del estado, determinar qué significan y qué podemos aprender de ellas para llegar a conclusiones apropiadas.

El estudio ha arrojado una asociación entre las personas que salieron en libertad provisional bajo caución y el tipo de defensor (de oficio o privado). A nivel agencia ante el Ministerio Público, el porcentaje de personas a quienes se otorgó la libertad provisional bajo caución es más alto en los casos donde aparece una persona de confianza comparado con los que aparece

uno de tipo defensor. Este porcentaje se calculó tomando en cuenta los casos elegibles (consignados por delitos no graves) desglosados por tipo de representación o asistencia ante el Ministerio Público (defensor de oficio, privado y persona de confianza) y el número de casos en que se otorgó la fianza. De 310 casos elegibles para la libertad provisional con defensor público al 13% se le otorgó la fianza en esta etapa procesal; de 64 elegibles con defensor privado al 14% se le otorgó la fianza; y de 39 casos elegibles donde aparece una persona de confianza en el expediente, al 33% se le otorgó la fianza.

Efectuando el mismo análisis a nivel juzgado, el porcentaje es más alto en los casos con defensor privado. En este análisis sólo se comparó entre defensor público y privado dado que una persona de confianza ante el juez no tiene ninguna facultad. De los casos elegibles representados por un defensor público el juez le otorgó la libertad provisional bajo caución al 44%, comparado con un 53% en casos con defensor privado.

La siguiente asociación es entre el total de casos concluidos por sobreseimiento comparados entre el estatus de detención del inculcado. De los casos con inculcados que estaban detenidos, el 44% concluyó con sobreseimiento (por perdón de la víctima) en comparación con casos con inculcados que estaban en libertad provisional, el 32% se sobreyó. Por otro lado, el 34% de los casos con detenido concluyó con un tipo de sentencia (absolutorio o condenatoria); comparado con 46% de los casos con inculcados en libertad provisional que concluyeron sus procesos por un tipo de sentencia. Comparando si el inculcado estaba detenido o en libertad provisional al momento de concluir sus casos con sentencias condenatorias, los resultados indican una asociación en este análisis con 95% de los detenidos concluyendo con sentencia fueron condenados, y el 90% de los que estaban en libertad provisional concluyendo con sentencia fueron absueltos.

La siguiente asociación es entre las personas que salieron en libertad provisional y el elemento de antecedentes penales. En este análisis, el 52% de las personas que salieron en libertad provisional no tenían antecedentes penales, comparado con que el 33% de los que salieron con fianza tenían antecedentes.

El siguiente análisis incluye los porcentajes de los inculcados que estaban en prisión preventiva (detenidos) al momento de concluir sus casos. Este resultado indica que el 67% de los casos con inculcado en prisión preventiva al momento de concluir sus casos obtuvieron su libertad por el tipo de conclusión que recibieron (auto de libertad, suspensión del proceso a prueba, sobreseimiento y absolución). De este tipo de conclusiones el 66% concluyó por sobreseimiento.

Por último, el análisis de las sentencias condenatorias de la muestra, tomando los días que se les impuso de prisión (ver Gráfica 2, pág. 90), nos indica que la mayoría de las sentencias condenatorias son de menos de 5 años. Es importante señalar que en el estado de Nuevo León sentencias menores a 5 años de prisión impuestas a imputados primarios, por ciertos delitos, califican a salir en libertad con un beneficio (condena condicional o conmutación de la pena). A este tipo de fenómenos, el Maestro Guillermo Zepeda les ha titulado “sentencias que liberan”.

El tipo de sentencias que vemos nos indica que la mayoría de las personas comete delitos menores, que en un sistema con alternativas a la prisión preventiva podrían seguir su proceso en libertad bajo algún tipo de supervisión. Un número bajo de personas recibieron sentencias condenatorias de 10 a 35+ años de prisión, éstos delitos son los que merecen mayor investigación y cuidado por la seriedad e impacto social que representan.

D. Conclusión

El análisis de los resultados aún continúa tomando en cuenta las perspectivas de los operadores del sistema de justicia penal de Nuevo León. Este tipo de estudios son importantes para mostrar el funcionamiento del sistema penal y así poder elaborar propuestas para la adopción de nuevas legislaciones o políticas públicas. De igual manera, nos sirven como punto de referencia para evaluar los impactos de una eventual reforma al régimen de prisión preventiva del Estado. Para este efecto es necesario realizar un estudio similar después de que una reforma entre en vigor. La comparación entre los resultados de ambos estudios nos servirá para medir y evaluar el impacto de las nuevas políticas.

En esta etapa del estudio es prematuro llegar a conclusiones y propuestas concretas para el estado de Nuevo León. No obstante, se pueden mencionar cuatro conclusiones generales basado en este y otros estudios similares.

Primero, la ausencia de otras medidas cautelares como alternativas a la prisión preventiva genera una imposibilidad a un número significativo de personas para que puedan seguir sus procesos en libertad provisional, ya que muchos, aún siendo elegibles, no pueden cubrir los montos de la caución.

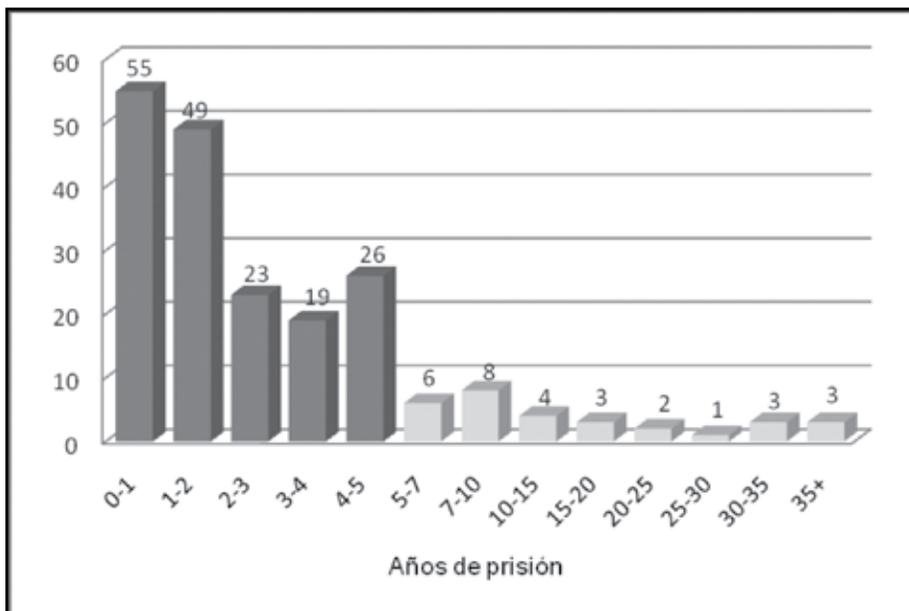
Segundo, la falta de una audiencia donde las partes (Ministerio Público y defensa) junto con el inculcado acudan ante el juez para el debate sobre la libertad provisional, resulta en que un gran número de inculcados elegibles a la libertad provisional sigan sus procesos penales en prisión preventiva. El proceso penal de otros países y estados que incluyen este tipo de audiencias para debatir sobre la medida cautelar más apropiada, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada inculcado, tienden a informar con mayor grado al inculcado sobre sus derechos, resultado en un apego más cercano a la presunción de inocencia.

Tercero, este tipo de estudios, cada vez que se realizan, coinciden en la gran necesidad de mantener bases de datos estadísticos y homologación de conceptos para poder evaluar las reformas y políticas públicas adoptadas.

Por último, es necesario que el Estado reforme la etapa de investigación y el régimen de prisión preventiva.

Este tipo de estudios asiste a que los procesos de reforma logren sus metas. En específico, se pretende colaborar a que la reforma de justicia penal de Nuevo León continúe avanzando con la meta de que se implemente un sistema integral totalmente acusatorio.

Gráfica 2
Análisis de los años de prisión de 202 sentencias condenatorias en Nuevo León



Capítulo V

Mecanismos de implementación: Herramientas para el manejo de las medidas cautelares⁴⁴

I. Herramientas para el manejo de las medidas cautelares⁴⁵

Prof. Timothy Murray⁴⁶
Director General
Pretrial Justice Institute (EEUU)

A. Introducción

La reforma a las prácticas en materia de justicia es un trabajo complicado y desafiante. Aunque la reforma tenga a su favor la ley, datos sobre la relación costo-eficiencia y los resultados, no es sencilla. Cambiar los valores y la práctica cotidiana de aquellos que trabajan duro dentro de nuestros sistemas de justicia es considerado, generalmente, como una tarea casi imposible. En una nota más personal puedo decir, sin reservas, que en mis cuarenta años de servicio público nunca me he topado con actitudes y creencias más afianzadas en normas y valores tradicionales que aquellas que rodean la administración de la justicia en las etapas previas a juicio.

Me gustaría brindar un contexto para la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio en Estados Unidos. Nuestras leyes están modeladas en gran parte sobre el Derecho Consuetudinario inglés. Bajo el Derecho Consuetudinario, un individuo acusado de un delito era detenido mientras esperaba a que un juez de primera instancia llegara, a menos que otro ciudadano (normalmente un familiar o amigo) asegurara a las autoridades la presencia del acusado cuando fuera requerido en la Corte o que ellos se someterían a responder a los cargos pendientes si el acusado huía. La octava enmienda de la Constitución de Estados Unidos prohíbe el uso de “fianza excesiva” lo que sugiere que los constructores de la República querían limitar el poder estatal de detener a los ciudadanos por capricho – sin una oportunidad razonable de asegurar la liberación mientras esperan la adjudicación. A lo largo del tiempo, la fianza en Estados Unidos cambió de una promesa de otro para responder por el acusado, a la colocación de propiedad en depósito para garantizar la presentación del acusado, hasta el estándar actual de utilizar dinero como el principal mecanismo de asegurar la libertad provisional.

Esta práctica de requerir que los acusados depositen dinero para obtener su libertad no es más que un medio ligeramente disfrazado a través del cual el Estado encarcela a los acusados hasta que es conveniente resolver sus acusaciones. El uso de dinero como llave de la prisión nunca ha tenido sentido para mí ni para muchos otros en mi país, sin embargo, la práctica ha persistido, si no es que ha crecido con fuerza a lo largo de nuestra historia. En Este sentido, Wayne Thomas escribió en su libro, *Bail Reform in America* (Reforma a la libertad provisional en Estados Unidos), “aquellos que alcanzan el precio son liberados; aquellos que no pueden costearlo, permanecen en prisión. La inocencia, la posibilidad de que una persona se presente a juicio -la reputación- en la comunidad- todos son esencialmente irrelevantes. El dinero es la llave de la prisión”. Agregando a la posición anterior, John Goldkamp escribió en *The Two Classes of the Accused (Las dos clases de acusados)*: “ninguna cantidad de dinero, no importa qué tan grande, protegerá al pueblo de acusados peligrosos que lo tienen”. En cambio, ningún monto de fianza, independientemente de lo pequeño que sea, liberará al acusado que no lo tiene.

⁴⁴ El capítulo sobre los mecanismos de implementación contiene las presentaciones del Prof. Timothy Murray, Lic. Martín Carlos Sánchez Bocanegra y el Mtro. Martin Schönteich. La Mtra. Claudia Pumarejo Martínez y el Mtro. Javier Carrasco Solís participaron en la compilación del presente capítulo.

⁴⁵ Texto traducido por la Mtra. Claudia Pumarejo Martínez de la versión original escrita por el Prof. Murray en inglés.

⁴⁶ El Profesor Murray es experto con más de 25 años de experiencia en reforma a la justicia en las etapas previas a juicio en Estados Unidos. Su instituto, Pretrial Justice Institute, PJI, se especializa en brindar asistencia técnica para desarrollar programas de evaluación y supervisión de las medidas cautelares; realiza estudios sobre la prisión sin condena, sobre el manejo de medidas cautelares y sobre los estándares para la evaluación de riesgos y supervisión de los procesados en libertad provisional.

Sin embargo, por décadas la imposición de montos de fianza fuera del alcance del acusado ha sido una práctica común. En mi país el propósito de la fianza o libertad provisional es asegurar la comparecencia en del acusado en el procedimiento penal a la vez de mantener segura a la comunidad. El uso de dinero para determinar quién está el libertad y quién no, no cumple con ninguno de los supuestos anteriormente mencionados. Más bien es un simple mecanismo para separar a aquellos que tienen dinero –independientemente de cómo lo pudieron haber obtenido o el riesgo que puedan significar– de aquellos que no lo tienen. No es de sorprenderse que aquellos que esperan su juicio en los Estados Unidos sean predominantemente pobres más que predominantemente peligrosos. Independientemente de las obvias inequidades de este sistema y su inherente indiferencia por la seguridad pública, los profesionales del sistema de justicia y la sociedad de la misma manera se aferran a la creencia de que funciona.

B. La reforma

Los primeros esfuerzos por reformar la inherente discriminación contra los pobres impuesta por las prácticas de fianza económica comenzaron en Nueva York hace alrededor de cuarenta y cinco años. Irónicamente, la noción de que el dinero debería determinar la libertad estaba tan incrustada en nuestra conciencia nacional que los primeros reformistas en Nueva York buscaron establecer un fondo de donde pagarían los montos de fianza requeridos para aquellos que no pudieran pagarlo por ellos mismos. Estos pioneros pronto se dieron cuenta de que sus esfuerzos estaban contribuyendo a la hipocresía de que el dinero es un estándar efectivo para determinar la libertad y en cambio propusieron una alternativa a la Corte. Su premisa era simple, identificar los lazos del acusado con la comunidad a través de una entrevista realizada antes de la llegada al juzgado y recomendar la libertad de aquellos que mostraron estabilidad social.

En vez de hacer que el acusado, o en su caso un fiador, deposite el dinero con el gobierno, recomendaban que se les liberara bajo promesa de regresar al juzgado para seguir con su proceso. Esta notable reforma, la cual inicialmente sólo impactó en delitos menores, de bajo nivel y sin violencia, se extendió rápidamente a casos más difíciles y dentro del primer año los reformistas estaban recomendando la libertad provisional para casi el 50% de aquellos a los cuales revisaron sus lazos con la comunidad. Los resultados empíricos de este trabajo eran impresionantes, el 99% de los liberados bajo promesa de presentarse en el juzgado lo hicieron cuando fueron requeridos, mientras que los índices de conducta delictuosa en libertad eran similares o tenían mejores resultados que aquellos liberados a través de una fianza económica.

Esta reforma también ayudó a exponer los efectos complementarios causados por la prisión preventiva. Específicamente, los estudios mostraron que los acusados detenidos con antecedentes penales similares y acusados de delitos similares que aquellos que fueron liberados recibían sentencias condenatorias con mayor frecuencia y sentencias mucho más severas que sus contrapartes. Como resultado del experimento en Nueva York, el Procurador General de Estados Unidos convocó al primer foro nacional sobre reforma a la libertad provisional (*Bail Reform*). Subsecuentemente, el Congreso Federal aprobó la Ley Federal de Reforma a la Libertad Provisional (*National Bail Reform Act*) la cual, por primera vez en la historia, creaba una presunción de liberación no económica para aquellos acusados de delitos que no enfrentan una sentencia de pena de muerte. En las dos décadas siguientes la mayoría de las legislaturas locales adoptaron cambios similares en sus constituciones o leyes sobre la libertad provisional.

Impulsados por el éxito del experimento neoyorquino, programas similares empezaron por todo el país, en lugares tan diversos como Des Moines, Iowa, Washington, DC y San Francisco, California. Todos estos programas buscaban alejar la práctica de los índices inevitablemente altos de la prisión preventiva causados por el uso de la fianza económica a través de la revisión de los lazos comunales y antecedentes penales de los detenidos, para entonces hacer recomendaciones de libertad bajo protesta. Este trabajo, en sus etapas de inicio, estaba lejos de ser

preciso y especialmente estaba dirigido para el acusado de escasos recursos económicos en su carácter de vulnerabilidad ante el *status quo*.

La reforma se impulsaba por la pasión y por estudios ocasionales con resultados rudimentarios. La reforma a la libertad provisional en los Estados Unidos cobró velocidad cuando grupos como la American Bar Association, la National Association of Pretrial Services Agencies e inclusive la National District Attorneys Association⁴⁷ publicaron estándares nacionales llamando a la presunción de la liberación provisional y la abolición de los fiadores comerciales. Estos estándares también desafiaban a los programas para utilizar criterios objetivos y validados, consistentes con la ley para determinar a quién identificar como un riesgo.

Sin embargo, a pesar de estos avances, casi todas las prisiones permanecían llenas de detenidos incapaces de depositar la cantidad requerida por el juzgado. Tal como en sus países, esta reforma despertó preocupación en cuanto a la conducta de los que eran liberados. Una cosa es asegurar la libertad de un acusado que es detenido sólo porque no puede costear ser liberado, pero ¿qué tal si éste era pobre y peligroso? Preocupados de que los detenidos que representaban una amenaza para la comunidad ya no pudieran permanecer en prisión preventiva por no poder cubrir el monto de la fianza, el Congreso eventualmente enmendó la Ley de Reforma a la Libertad Provisional para permitir la detención de aquellos acusados que se estimaran peligrosos para ser supervisados con seguridad dentro de la comunidad. Esta detención requería argumentos convincentes por parte del Estado en cuanto a la solidez del caso contra el acusado y claridad en cuanto a que ninguna combinación de condiciones de libertad provisional podría asegurar razonablemente la presentación ante el juzgado y la seguridad de la comunidad. La Ley enmendada mantuvo sin embargo la presunción histórica a favor de la liberación no-económica.

En los años subsecuentes, un número sin precedentes de prisiones locales sufrieron un aumento dramático de sus niveles de población. El hacinamiento en las prisiones llevó a condiciones de confinamiento peligrosas e ilegales. Lo anterior resultó en un brote de litigios buscando reparar el “castigo cruel e inusual” prohibido por la constitución de los Estados Unidos y creado por estas instalaciones sobre pobladas. Estos litigios originaron una nueva generación de programas de libertad provisional que se implementaron en un intento por controlar la población carcelaria. Ya no conducidos por los valores ideológicos de sus predecesores, estos programas eran frecuentemente alojados en los departamentos del alguacil (sheriff) locales u otra autoridad correccional. Sin embargo, como sus predecesores, muchos de ellos adoptaron el criterio usado en el experimento de Nueva York décadas antes como la base de sus políticas y prácticas.

C. El estado de la práctica actual

Actualmente existen más de 200 programas de libertad provisional operando en los Estados Unidos. Estos programas incluyen la evaluación de riesgos para recomendar la libertad del detenido y la subsecuente supervisión de las personas en libertad provisional. Muchas jurisdicciones han logrado un éxito notable. En estos sitios la presunción de inocencia se apoya con la presunción de liberación durante el proceso penal. Las condiciones de supervisión empatan con el riesgo que representa el acusado.

En estos sitios los programas de servicios de evaluación de riesgos y supervisión se han ganado un lugar como componentes esenciales de los sistemas de justicia locales. Frecuentemente, a estos programas se les solicita para hacer más que evaluar el riesgo en las etapas previas a juicio y brindar supervisión. Muchos de ellos también sirven como guardianes de la gama de programas y servicios necesarios para tratar con población especial como los enfermos

⁴⁷ La traducción del nombre de las agencias citadas, respectivamente, son las siguientes: La Asociación de la Barra Americana, Asociación Nacional de Agencias de Servicios Previos a Juicio (las agencias gubernamentales o no-gubernamentales que brindan servicios de evaluación de riesgos y supervisión para el manejo de las medidas cautelares pertenecen a esta asociación nacional) y la Asociación Nacional de Fiscales de Distrito.

mentales y los adictos. Remarcablemente, este es a menudo el trabajo que estos programas realizan en la primera etapa del sistema de justicia, que alerta a los funcionarios locales de la necesidad de los programas de dirigirse a esta población especial. Estos programas altamente funcionales aspiran a los estándares de desempeño en las etapas previas a juicio publicados por la American Bar Association, la National Association of Pretrial Services Agencies y otras que operan con una profunda conciencia, sino es que dedicación, a la justicia en relación con la prisión preventiva.

En congruencia, basan su trabajo en esquemas de riesgo empíricamente validados, revisan prácticamente a cada detenido para evaluar el posible riesgo y revisan rutinariamente la población carcelaria para identificar a aquellos que podrían ser elegibles para la libertad provisional debido a un ajuste en sus cargos pendientes o un cambio en su estatus. Estos programas reportan sus resultados públicamente y hacen cambios adecuados en sus prácticas según lo que los datos indiquen. Finalmente, además, estos programas operan en comunidades que no sufren de hacinamiento penitenciario crónico, un hecho directamente atribuible a su trabajo.

Sin embargo, nacionalmente, estos programas no representan la norma a pesar de su éxito. Desafortunadamente, la tradición inicial de basar las políticas y la práctica en datos empíricos y legislación imperante se desgastó con el tiempo. Las comunidades enfrentadas a hacinamiento penitenciario de proporciones críticas adoptaron rápidamente los componentes más aceptables de los primeros programas de servicios de evaluación de riesgo y supervisión. Estos nuevos programas, sin el apoyo de las políticas generadas por datos y sin un fuerte apoyo colaborativo entre otros actores del sistema de justicia, fueron susceptibles a presiones políticas e ideológicas, lo que desgastó aún más su desempeño y resultados. Permítaseme presentar una rápida imagen de cómo esta erosión ha tenido a menudo consecuencias significativas entre programas de servicios de evaluación de riesgo y supervisión en los Estados Unidos.

La aplastante mayoría de los programas en Estados Unidos proveen alguna clase de supervisión directa de aquellos liberados durante su juicio. En la mayoría de los sitios esta supervisión incluye brindar aviso al acusado de futuras citas en el juzgado. Muchos programas reportan que los acusados que violan las condiciones de supervisión son reaprehendidos aunque hayan hecho todas las presentaciones requeridas en el juzgado y permanecido libres de arresto por reincidencia. Cada vez más los programas reportan que los juzgados imponen a los acusados tanto una fianza económica como el sometimiento a los requerimientos de supervisión de algún programa.

La mayoría de los programas excluye a ciertos tipos de acusados basados en la acusación en su contra y no en las cualidades del caso. Menos del 25% de los programas a nivel nacional utilizan esquemas de riesgo objetivos para identificar a aquellos elegibles para la libertad provisional, mientras que más de un tercio de hecho recomiendan cantidades específicas para depositar con el fin de asegurar la libertad. Más de la mitad de los programas utilizan algún tipo de vigilancia electrónica de los liberados, mientras que el 70% monitorea activamente el uso de drogas y/o alcohol entre quienes supervisa. Finalmente, 50% de las jurisdicciones que tienen un programa de evaluación de riesgo y supervisión tienen poblaciones penitenciarias en exceso de su capacidad.

D. Los resultados

Según lo he dicho, cuando la práctica del programa de evaluación de riesgos y supervisión se adhiere a los estándares nacionales los resultados son a menudo notables y han llevado directamente a otras reformas como la creación de tribunales o juzgados especiales para personas con problemas de drogadicción, alternativas para acusados con problemas de salud mental y programas para atender a los casos relacionados con violencia doméstica. Sin embargo, en los

Estados Unidos muchos programas de evaluación de riesgos y supervisión fueron implementados específicamente para dirigirse al hacinamiento penitenciario y lo hicieron en muchos casos sin la debida atención a los elementos claves de la reforma. También debo hacer notar que en los Estados Unidos la industria del fiador comercial ha sido un tenaz adversario de esta reforma y ha gastado vastas sumas de dinero para desacreditarla en todo nivel. Como resultado, la imagen nacional de la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio en Estados Unidos es causa de cierta preocupación.

A pesar del enfoque central del movimiento reformista a la justicia en las etapas previas a juicio en los Estados Unidos, de eliminar el uso de montos económicos para determinar si un individuo será liberado durante su proceso penal, y el aparente éxito de la reforma en brindar a las autoridades alternativas viables a la detención, la tan duramente conseguida tendencia hacia la liberación no-económica, ha sido revertida en los últimos años. En los últimos 15 años los datos agregados nacionales muestran que la liberación no-económica ha decrecido de 60% a cerca de 43% mientras que la liberación por medios económicos ha aumentado de 32% a más de 50%. En nuestros tribunales federales algunos distritos reportan un índice de libertad provisional de menos del 20%, mientras que otros distritos mantienen índices de liberación arriba del 80%. Esta disparidad no es menos dramática en nuestros juzgados estatales.

Los montos de fianza continúan creciendo a una tasa fija y las prisiones están, nuevamente, hacinándose con aquellos a los que se les niega la oportunidad de asegurar su libertad durante el juicio. Muchos programas que se originaron como una alternativa a la prisión preventiva ahora contribuyen a ésta con políticas y prácticas demasiado conservadoras.

La mala conducta en las etapas previas a juicio permanece relativamente estable con casi 80% de los procesados en libertad provisional asistiendo al juzgado cuando se les requiere y 83% que permanece libre de arresto por reincidencia durante el periodo de sus procesos.

Sin embargo, las jurisdicciones continúan buscando que la reforma les provea alivio. Midiendo los incrementos por segmentos de diez años; la década de los noventa fue testigo del comienzo de más programas de servicios de evaluación de riesgos y supervisión en toda la historia.

E. Lecciones aprendidas, los retos y la promesa de la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio

A pesar de la tradición legal de “inocente hasta que se demuestre lo contrario”; a pesar de la obligación legal de presunción de libertad provisional; y a pesar de más de cuarenta años de experiencia con la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio, es claro que tenemos un largo camino que recorrer antes de decir que hemos alcanzado nuestros objetivos. Sin embargo, hay amplias razones para ser optimistas.

Un asombroso número de acusados han sido liberados con seguridad desde el primer experimento en las etapas previas a juicio en Nueva York. Estos acusados, que de otra manera hubieran languidecido en prisión, con altos costos para la población, pudieron regresar a defenderse en juicio. La mayor parte recibieron sentencias que eran menos severas y por lo tanto menos caras que las que habrían recibido si hubieran permanecido en prisión. Además, significativamente participaron en un sistema de justicia que no presta atención a su estatus financiero sino más bien se preocupa por su riesgo potencial. Como he descrito, las lecciones aprendidas de la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio en los Estados Unidos son innegables, y a menos que las examinemos cuidadosamente estamos condenados a repetir nuestros errores.

Las siguientes son algunas de las lecciones aprendidas que sirven para enfrentar los retos de la reforma en estas etapas previas al juicio.

- *Usualmente la reforma es percibida como tolerante ante el crimen:*

Es irónico que durante periodos de alta conciencia y preocupación social con relación a la proliferación del crimen, la respuesta sistémica es usualmente más de las mismas políticas que contribuyeron a la crisis en primer lugar. Intentos por lograr una reparación son vistos demasiado frecuentemente como actos de desesperación a rendirse, más que esfuerzos reflexionados para mejorar los resultados. Para vencer esta percepción, los reformistas deben tener un extenso conocimiento de cómo opera el sistema actual y los resultados que produce. Los profesionales y la sociedad en general deben concientizarse de las fallas del status quo antes de que pueda esperarse que apoyen el cambio.

- *La pasión no es suficiente:*

Las reformas deben impulsarse por datos empíricos que deben ser comparados rutinariamente con el *status quo*. Como se aprendió en el movimiento de reforma a la justicia en las etapas previas a juicio en los Estados Unidos, incluso en apoyo total de la ley no cambiará las normas y valores de los que toman las decisiones. Ellos sólo pueden ser persuadidos si se les muestran datos fríos, duros y convincentes que den respaldo a la reforma.

- *La reforma debe ser colaborativa:*

La experiencia de los Estados Unidos lamentablemente muestra que cuando la reforma se conduce solamente por la preocupación por los grupos vulnerables o por la necesidad de prisiones repletas, el status quo va a prevalecer al final. Cada funcionario impactado por la decisión de la reforma debe ser traído a la mesa a negociar no sólo el diseño, sino los inevitables ajustes que la reforma requerirá con el tiempo. A menos que el sistema de justicia exprese una sola voz sobre el tema y que se exprese fuerte, el grueso de la población nunca apreciará la racionalidad de este nuevo acercamiento.

En cambio, sin apoyo y entendimiento popular, la reforma está condenada desde adentro, cuando los oponentes a los cuales no se invitó a la mesa de negociaciones exigen ley y orden más que sistemas exitosos.

- *Se fracasará:*

Tal como el status quo, la reforma tendrá fracasos, tanto de manera individual como conjunta. Los reformistas deben explicar su trabajo en el contexto de la justicia penal y sus resultados habituales.

La experiencia en Estados Unidos muestra que la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio se volvió cada vez más conservadora con cada fracaso notorio. En algunas instancias la reforma fue hecha pedazos totalmente debido a un caso individual que llegó a los titulares del periódico. Sin un conocimiento de cómo el sistema desempeñaba antes de la reforma a la justicia en las etapas previas a juicio o de los beneficios cuantificables específicos logrados por sus esfuerzos, los reformistas tienen poca oportunidad y tendrán que ver morir sus programas. No podemos correr ni escondernos del fracaso, sino más bien debemos estar vigilantes en nuestros esfuerzos por minimizarlos dentro de niveles realistas, a la vez que se asegura a la población la viabilidad de nuestro acercamiento.

- *No hay sustituto para la ciencia:*

Las prácticas y políticas en relación con la justicia en las etapas previas a juicio deben tener una base empírica. En los Estados Unidos hemos visto que los programas que

utilizan esquemas de recomendaciones sobre riesgos conducidos empíricamente constantemente experimentan más altos índices de liberación con menos índices de fallas que aquellos que se apoyan en evaluaciones subjetivas del riesgo que implica el acusado. Sin ser coincidencia, los programas que utilizan esquemas de recomendaciones sobre riesgos validados también experimentan mucho menor hacinamiento carcelario que aquellos que no lo hacen. Los datos deben ser rutinariamente utilizados para informar a los que toman las decisiones acerca de los progresos en las reformas y para ajustar las prácticas del programa.

- *Los principios de salud pública aplican a nuestro trabajo:*

La identificación temprana del riesgo y la necesidad es la modalidad más efectiva y eficiente en cuanto al costo disponible para nosotros. La respuesta inmediata a estas necesidades y riesgos produce los resultados más favorables. La revisión en las etapas previas a juicio debe servir como una herramienta de diagnóstico para identificar no sólo el riesgo, sino también como oportunidades de intervenir. En los Estados Unidos el movimiento de reforma a la justicia en las etapas previas a juicio dio origen a los tribunales o juzgados especiales para las personas procesadas con problemas de drogadicción. Contra todas las probabilidades y en una época en la que la población estaba indignada a causa de los delitos relacionados con el uso de drogas, estos tribunales especiales ofrecían tratamiento inmediato a los adictos y proveían vigilancia judicial a su terapia. Este tipo de juzgados especiales disfrutaban de un amplio apoyo tanto de conservadores como de liberales.

- *La reforma inevitablemente se vuelve a lo que una vez buscó resolver:*

Como hemos observado de nuestra experiencia con la justicia en las etapas previas a juicio en los Estados Unidos y sospecho que se está empezando a observar con nuestra última reforma - la creación de juzgados especiales para las personas procesadas con problemas de drogadicción- la reforma en sí misma se convierte en nuestro nuevo problema.

Los programas de evaluación de riesgos y supervisión que alguna vez buscaron liberar a aquellos que estuvieran detenidos simplemente porque fueron acusados ahora los mandan a prisión por violar los requisitos de la supervisión. Los programas que se establecieron para eliminar la discriminación contra los pobres ahora discriminan contra aquellos que no cumplen con sus requisitos de exigibilidad, los cuales no han sido probados. Los programas que pelearon por la disminución de la prisión preventiva ahora les cargan a los acusados una serie de condiciones de supervisión sin sentido, bajo la apariencia de la seguridad pública y casi asegurando que habría lugar a la violación de las mismas. Los programas que alguna vez pidieron que nuestro sistema viera a cada acusado como un individuo ahora rutinariamente excluyen a un vasto número de estos individuos basados únicamente en su cargo.

El efecto dominó producido por estas prácticas no puede ser exagerado. Si la reforma etiqueta a los individuos como incorregibles porque no encajan en criterios que no han sido probados, el sistema de justicia en general tiende al mismo camino. Para evitar esta posibilidad, los programas de evaluación de riesgos y supervisión tienen que adoptar criterios objetivos, medibles y constantemente promover la imposición de las condiciones menos restrictivas para la libertad. Por ejemplo no es recomendable que un programa de supervisión requiera digamos, tratamientos terapéuticos para todos los acusados, independientemente si dicho tratamiento está relacionado con el delito o no – esta opción impondría condiciones subjetivas a veces difíciles de cumplir.

- *Cuando se hace correctamente funciona:*

En los Estados Unidos hemos visto una y otra vez que cuando los programas de evaluación de riesgos y supervisión utilizan políticas conducidas por datos, tienen misiones y objetivos claros, crean alternativas colaborativamente con otros actores del sistema y reportan resultados honestamente con regularidad, se logran resultados notables. No se necesita mirar más allá que uno de los estados de los Estados Unidos que tiene frontera con México para ver de primera mano la prueba de estos principios.

En el condado más grande de este estado, los costos penitenciarios consumen un porcentaje demasiado alto y diariamente incrementa construcciones. La población está indignada con la violencia en la comunidad y los medios locales agregan a la mezcla una cobertura frenética que sólo alimenta el miedo y la desesperación local. Con pocas o ninguna alternativas o tratamientos implementados, la reincidencia es alta, garantizando de esta manera la continuación de los costos y el desorden público. No muy lejos de este condado está el segundo condado más grande del estado. Aquí, la construcción de prisiones no está en discusión, pues los niveles de población penitenciaria se mantienen dentro de su capacidad. Aquí, la percepción de la población es que la comunidad es relativamente segura. El índice de libertad provisional es el doble que en el condado vecino, sin embargo, los índices de fuga y reaprehensión son esencialmente los mismos. Aquí las alternativas y el tratamiento se desarrollan rutinariamente en datos de evaluación que muestra las necesidades y los riesgos de los arrestados. Aquí, las evaluaciones de riesgos empíricamente validadas y la supervisión apoyan la presunción a favor de la libertad provisional. Este lugar es nuestra inspiración y esperanza. Aunque este condado no es único en los Estados Unidos, no refleja la mayoría de nuestros programas de evaluación de riesgos y supervisión; espero que la realidad de este segundo condado refleje la mayoría de los suyos.

II. Programa integral de supervisión de Renace

Lic. Martín Carlos Sánchez Bocanegra⁴⁸

Director General

Institución Renace, A.B.P.

A. Introducción

En la Institución Renace, A.B.P., llevamos más de 14 años trabajando en el sistema de justicia penal, tomando la defensa de personas injustamente procesadas y en la supervisión de personas en libertad provisional. Además, desde el 2002 hemos estado promoviendo la reforma de justicia penal en Nuevo León y a nivel federal.

Con este modelo de trabajo de la Institución contribuimos al respecto de la presunción de inocencia porque:

- Apoyamos el principio de que toda persona que está bajo un proceso judicial es inocente hasta que haya una sentencia condenatoria.
- Promovemos el respeto al debido proceso.
- Apoyamos la libertad responsable de personas de escasos recursos económicos sujetas a proceso que tienen derecho a fianza o alguna salida alterna al proceso, para evitar la prisión preventiva.
- Brindamos de asesoría y representación legal a personas de escasos recursos económicos que están sujetas a un proceso penal.
- Elaboramos estudios y planteamos reformas que permitan el respeto a la presunción de inocencia.

⁴⁸ Licenciado en psicología por la Facultad de Psicología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

- Realizamos estudios y planteamos reformas para disminuir el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

A la vez, el trabajo de la Institución contribuye a proteger la seguridad pública, pues:

- Planteamos la necesidad de una debida evaluación de riesgos a aquellas personas que estén sujetas a una medida cautelar o suspensión de procedimiento a prueba.
- Hemos desarrollado un modelo de supervisión y vigilancia en libertad para las personas que están sujetas a proceso bajo una medida cautelar.
- Hemos diseñado un programa de tratamiento en libertad para las personas que les otorgan la suspensión del procedimiento a prueba.
- Activamos redes de apoyo familiar y social tanto en la supervisión y vigilancia como en el tratamiento en libertad.
- El modelo contempla sesiones de tratamiento, entrevistas de control, asesoría legal, visitas domiciliarias de evaluación.
- Enviamos informes periódicos a la autoridad responsable del cumplimiento o incumplimiento de las personas sujetas a supervisión y vigilancia o tratamiento en libertad.

B. Características del modelo Renace de atención integral

El modelo que Renace ha estado desarrollando, el cual aplicamos en cada uno de los programas de atención a los beneficiarios, surgió como una respuesta a la necesidad de atención a las personas que se ven inmersas en el sistema de justicia penal. Con este modelo buscamos dar una respuesta integral para atender la problemática de la justicia y la reintegración social. El abordaje de esta problemática no se limita al aspecto jurídico sino que también contemplamos los factores sociales, psicológicos y criminológicos.

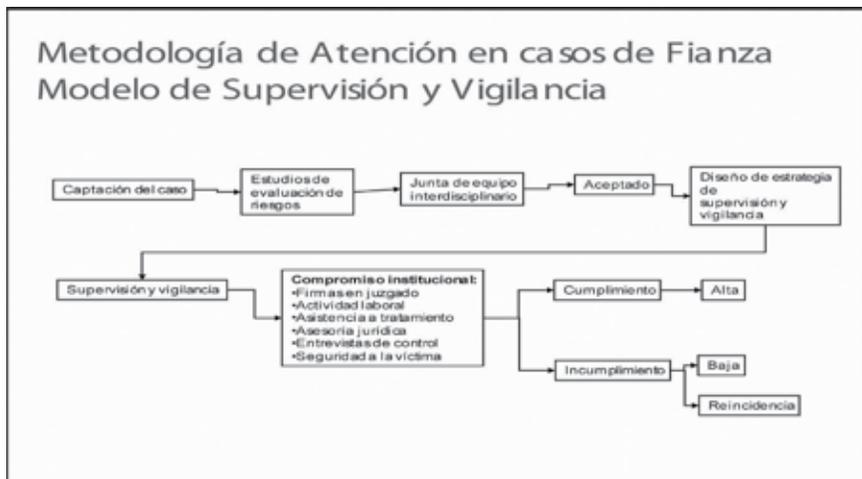
Específicamente, el modelo de supervisión y vigilancia de las personas en libertad condicional tiene como objetivo que las personas se mantengan cumpliendo con sus procesos. Las actividades incluyen apoyo para las personas sujetas a través de la supervisión y manteniendo informada a la autoridad judicial correspondiente.

Los indicadores de evaluación de riesgos que utilizamos en la institución son los siguientes: antecedentes penales, arraigo domiciliario, estabilidad laboral, adicciones, red familiar de apoyo e información de localización.

La metodología de atención en casos de inculpados en libertad provisional bajo caución, gráficamente representada (ver el flujograma para el programa de fianzas), comienza con la captación del caso. En esta etapa personal del departamento de trabajo social de la institución realiza una entrevista inicial para determinar si la persona cumple con los requisitos establecidos institucionalmente para brindar el servicio.

Entre los requisitos institucionales para ofrecer asistencia con una fianza, están que el inculpadado no haya sido condenado anteriormente, esté siendo procesado por delitos no graves y que represente un bajo nivel de riesgo (se realiza una evaluación de riesgos para este fin). La determinación de aceptar o rechazar el caso se realiza en una junta de equipo interdisciplinario compuesto por una trabajadora social, un psicólogo y un abogado. En dicha junta, estudiamos el caso, los riesgos y el perfil de la persona para tomar una decisión institucional.

Flujograma para el programa de fianzas



Una vez que aceptamos el caso, el equipo correspondiente diseña la estrategia para la supervisión de las personas, la cual la realizamos mediante las firmas al juzgado (condición impuesta por el juez), asistencia a la Institución para recibir tratamiento psicológico, asesoría jurídica, entrevistas de control y aspectos relacionados con la seguridad a la víctima. La supervisión continúa hasta que el proceso jurídico termine; durante todo este lapso de tiempo reportamos al juzgado en caso de incumplimientos. Al concluir con el proceso penal y si el inculcado ha cumplido con sus obligaciones procesales y con el programa de Renace, en la Institución consideramos ese caso como una “alta”. Los incumplimientos los contabilizamos en caso de reincidencia o cuando la persona decida no seguir con la supervisión por parte del programa.

C. Resultados del trabajo de Renace

A lo largo de nuestra trayectoria, hemos mantenido datos estadísticos sobre los servicios que hemos brindado como una forma de monitorear y evaluar nuestros logros. En Renace trabajamos con el programa de Fianzas Telmex, quienes garantizan la libertad con una póliza de fianza. Los siguientes son algunos de nuestros resultados cuantificables:

- Hemos apoyado la libertad responsable de 2,500 personas por medio de una póliza de fianza.
- Hemos atendido en supervisión y vigilancia en libertad a 8,798 personas, de las cuales el 96% han cumplido debidamente con sus obligaciones.
- Hemos brindado tratamiento psicológico en libertad a 4,000 personas, logrando el 98% de reintegración social efectiva.
- Hemos realizado un promedio de 35,192 servicios adicionales a nuestros beneficiarios, pues también buscamos cubrir necesidades diversas y ajenas a las cuestiones penales.

D. Beneficios de un programa de supervisión

Por último, señalo los beneficios del trabajo de supervisión a personas en libertad provisional, los cuales deben de considerarse en otros estados al momento de tomar la decisión de implementar este tipo de servicios para el manejo de las medidas cautelares:

- Fomento el respeto a la presunción de inocencia;
- Las personas de baja peligrosidad tienen la oportunidad de llevar su proceso penal en libertad, reduciendo el costo de encarcelamiento para el gobierno;
- Favorece la integración familiar;

- Al seguir sus procesos en libertad, las personas se mantienen en una actividad productiva contribuyendo al bienestar social y familiar;
- Garantiza la seguridad de la víctima y de la comunidad;
- El costo económico de vigilancia es menor que el de prisión preventiva;
- Se evita la contaminación carcelaria; y
- Un equipo interdisciplinario se encarga de la debida vigilancia de las personas que se encuentran en libertad sujetas a proceso, en suspensión del procedimiento o cumplimiento de alguna sentencia pudiendo así atender a otras cuestiones sociales que afectan a los procesados.

III. Mecanismos de implementación: Maximizando la libertad y minimizando los riesgos⁴⁹

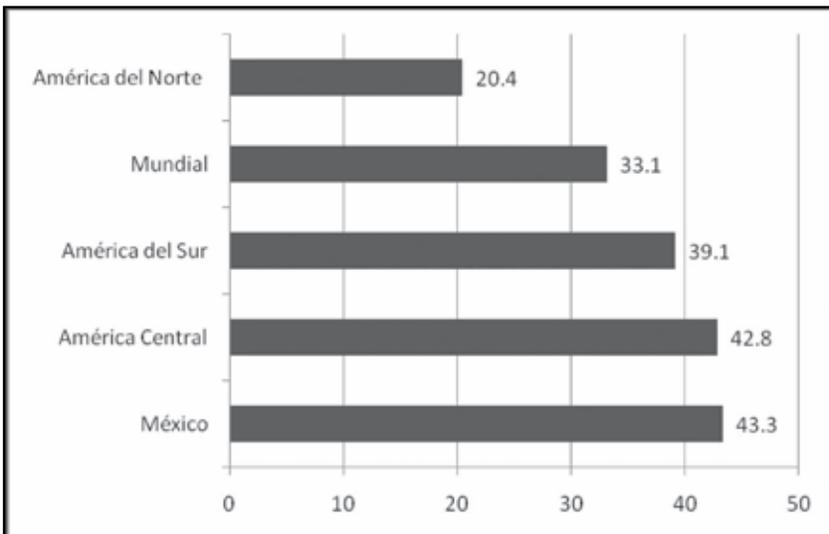
Mtro. Martin Schönteich
Senior Legal Officer
Open Society Justice Initiative

A. Antecedentes y cifras de la prisión preventiva

En 2006 se estimó que 3 millones de personas estaban en prisión preventiva; en un año promedio pueden superar los 10 millones. Colectivamente, la población actual de 3 millones de detenidos pasará 500 millones de días en prisión preventiva. Esas cifras tan altas generan un costo enorme para los gobiernos. Por ejemplo, los países europeos gastan \$19 billones de dólares anualmente para encarcelar a los detenidos en prisión preventiva.

La siguiente tabla muestra el porcentaje de personas en prisión preventiva con respecto a todos los prisioneros durante el año 2006 en diversas regiones de América, comparadas con el índice mundial y de México. Estas cifras indican que a nivel mundial un 33% de los detenidos no han sido condenados, comparados con un 43% en México.

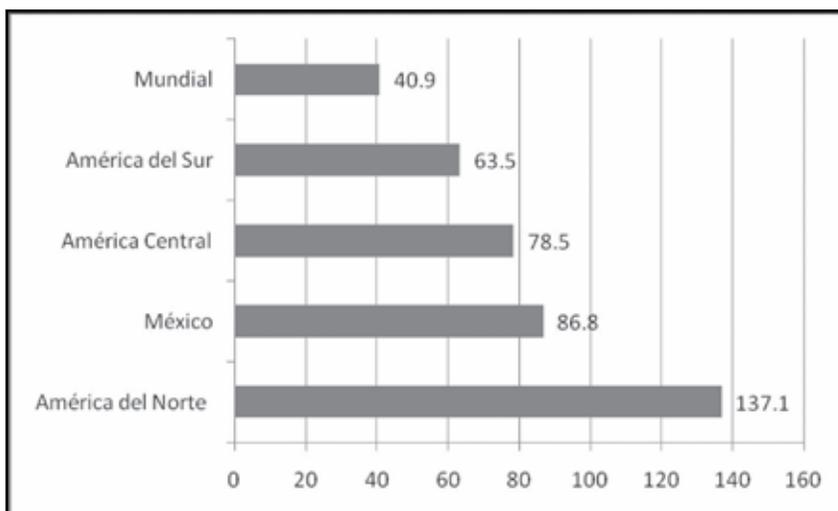
Gráfica 1.
Porcentaje de personas en prisión preventiva en las regiones de América



⁴⁹ Información adicional y datos estadísticos más detallados en los cuales está basada esta presentación están disponibles en la publicación "Justice Initiatives" de Open Society Justice Initiative, edición primavera de 2008 disponible en inglés y se puede obtener contactando a la organización a través de la página www.justiceinitiative.org

A continuación se muestra el número de personas detenidas por cada 100,000 habitantes en estos mismos lugares, según datos del año 2006. La región de Norte América es la que tiene más personas detenidos por cada 100,000 habitantes, por la cantidad de reclusos en Estados Unidos.

Gráfica 2:
Personas detenidas por cada 100,000 habitantes en las regiones de América



Las siguientes propuestas son necesarias para combatir los factores que alimentan el uso excesivo de la prisión preventiva:

- Limitar el uso de arresto y la detención inicial;
- Fomentar las medidas cautelares alternativas y las salidas alternas;
- Incentivar la mediación;
- Permitir a que la fiscalía otorgue la libertad provisional bajo algún concepto de la liberación de amonestación o fianza;
- Buscar la descriminalización de algunos delitos.

B. Mecanismos de evaluación de riesgos y supervisión

Algunos mecanismos para el manejo de las medidas cautelares se brindan a través de los servicios de evaluación de riesgos y supervisión, también conocidos como servicios previos a juicio. Este tipo de mecanismos se utilizan para racionalizar la práctica del uso de las medidas cautelares, incluyendo la prisión preventiva.

Estos servicios incluyen dos intervenciones que se complementan. Primero, la evaluación individual de riesgos para minimizar el uso de la detención y el riesgo a la seguridad pública. Dicho servicio se realiza antes de que el juez determine su decisión sobre la libertad provisional ofreciendo una recomendación sobre los riesgos que cada detenido representa, la posible medida cautelar y el nivel de supervisión más adecuado atendiendo a las características personales del individuo. Segundo, la supervisión de las personas en libertad bajo una medida cautelar para minimizar el riesgo de fuga, la reincidencia o interferencia con la investigación.

Los servicios de evaluación y supervisión varían de programa a programa. No obstante, todos siguen el siguiente procedimiento. Primero, la recopilación de información relevante sobre

los detenidos de una variedad de fuentes (entrevista con el detenido, bases de datos estatales, familiares y conocidos, fuentes policíacas). Esta información es referente a los datos demográficos del detenido para determinar su arraigo comunitario y cumplimiento con condiciones impuestas con anterioridad. El segundo paso consiste en verificar la precisión de la información obtenida. Este paso es importante para identificar información dudosa o cuándo el detenido no ha dicho la verdad. Tercero, ya concluidos los dos pasos anteriores, con un instrumento objetivo se evalúan los riesgos de cada detenido basados en la información obtenida. Se utiliza un instrumento incluyendo los factores de riesgo contemplados en los códigos de procedimientos penales y otros factores específicos a la localidad. El instrumento otorga un valor matemático para al final hacer la determinación correspondiente. Cuarto, elaborar y emitir la opinión sobre la libertad bajo alguna de las medidas cautelares basada en los posibles riesgos, y posteriormente se presenta a las partes del proceso para su uso. Finalmente, los servicios reciben a los imputados que se les haya impuesto una medida cautelar para la supervisión adecuada, reportando a la autoridad judicial el cumplimiento de las condiciones impuestas.

Los beneficios de esta clase de servicios impactan a la justicia, a la sociedad y al gobierno. Estos servicios fomentan que la justicia procesal tenga mayor equidad, sea más racional y eficaz. La protección a los lazos familiares, comunitarios a la seguridad pública, genera beneficios sociales. Por último, al ofrecer mecanismos más seguros para que las personas enfrenten sus procesos penales en libertad, el gobierno se beneficia ya que se reducen los costos, el hacinamiento, la reincidencia y los riesgos a la salud pública.

C. Recomendaciones para la implementación de los mecanismos

Existe literatura y experiencia de otros países sobre la implementación de este tipo de reformas. Recopilando las más generales, se debe de comenzar poco a poco porque de esta manera se minimiza el impacto de los errores y se fomenta la colaboración interinstitucional. Es importante entender la importancia de, y desarrollar, las dinámicas organizacionales y las relaciones profesionales. Finalmente, idear medidas de impacto políticamente significativas y balanceadas para la evaluación de la reforma.

Para concluir, todo proceso de reforma debe incorporar en sus planes estratégicos los mecanismos para institucionalizar las prácticas. La adecuada institucionalización es necesaria para hacer efectiva la nueva legislación y políticas públicas ya que las reformas por sí solas no son suficientes para provocar un cambio duradero. En esta planeación se deben desarrollar estrategias realistas en conjunto con todos los actores claves del sistema. Es necesario contemplar el apoyo político, cuestiones de burocratización, dotación de personal y presupuesto. El último punto crucial se refiere a la capacitación continua, monitoreo y evaluaciones constantes de la reforma.

Capítulo VI

Lecciones internacionales: Manteniendo el progreso de la reforma y previniendo su deterioro⁵⁰

Dr. Todd Foglesong

Investigador

Escuela de Gobierno JFK, Harvard University (EEUU)

A. Introducción

Les comparto información sobre tres casos sobre la reforma del proceso penal; casos que generan preguntas, algunas inconvenientes, sobre los desafíos que tal vez le esperen a México en el futuro. Abordaré información sobre los casos de los Estados Unidos, Rusia y Chile tomando en cuenta las grandes diferencias en sus sistemas políticos, tradiciones jurídicas, condiciones criminológicas y los objetivos de estas reformas. Los tres casos demuestran un patrón en común, una gran tendencia de construir aún más cárceles.

En Rusia y en Estados Unidos la tendencia es de un aumento en los presos sin condena y en los presos sentenciados. Es cierto que en el caso de Chile, la prisión preventiva no ha aumentado, pero si incrementó significativamente el número de los sentenciados, o como prefiero llamarlos, presos con condena. Esto no suena muy optimista y quizá parece ofensivo ante el entusiasmo de las posibles reformas de justicia en México. Mi objetivo no es subestimar el proceso de reforma, sino ofrecer algunas lecciones de lo que está sucediendo en otros países para aprender de esos procesos. Al final trataré de dar recomendaciones sobre cómo se pueden usar estadísticas para prevenir el deterioro de la reforma a la prisión preventiva.

Partiré de la realidad de los tres países y haré un pronóstico para México. La pregunta de partida es si México o alguno de sus estados podrán ser capaces de evitar las tendencias que vemos en casi todos los países que están implementando la reforma procesal penal e implementar soluciones a los problemas que tenemos en común. Esto dependerá de la calidad del liderazgo de las instituciones de justicia penal. El liderazgo no es sólo el de adentro del sistema, sino el del gobierno en su totalidad, al igual que el liderazgo entre los diputados. Quiero destacar que a veces los diputados no entran en el discurso dejando el manejo de justicia penal y la razón de la calidad de esta justicia a los expertos, a los abogados. Me parece que los legisladores les tienen que dar a los abogados un propósito público al sistema de justicia. ¿Qué quieren lograr a través del sistema de justicia penal? Más adelante abordaré este punto.

B. Estados Unidos

La experiencia de la reforma del sistema de libertad bajo palabra de los Estados Unidos desde los años 70, la legislación de la mayoría de los estados y la jurisdicción federal, es que se presume la libertad del inculpaado y la prisión preventiva de un detenido cuando ninguna otra medida, ni la combinación de medidas son capaces de garantizar la comparecencia del imputado al juicio. Este régimen es el común para la mayoría de los estados y la práctica, pareciera, se comporta con este reglamento.

En el 2002⁵¹, el último año por el cual tenemos datos sobre la prisión preventiva, los jueces otorgaron la libertad provisional a un estimado de un 62% de todos los detenidos por delitos clasificados como los más serios (*felonies*), los cuales en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos son los que tienen contemplado una posible sentencia de privación de la libertad de más de un año. El 40 % de estos salieron en libertad provisional bajo palabra o

⁵⁰ El Dr. Javier Carrasco Solís asistió con la traducción de conceptos y términos del presente capítulo.

⁵¹ Felony Defendants in Large Urban Counties, 2002, www.ojp.usdoj.gov/bjs

promesa, y el 22% salieron bajo caución (fianza). El restante 38% de los detenidos siguieron sus procesos en prisión preventiva, ya que se negó la libertad provisional al 7%, y el otro 31% no pudo pagar el monto asignado por el juez. Los jueces frecuentemente fijan montos muy altos, usualmente siguiendo la recomendación del fiscal sabiendo que los imputados no van a ser capaces de depositar la cantidad.⁵² Esto es *de facto* prisión sin condena, aunque el juez no negó la libertad pero, de antemano, sabía que la persona permanecería detenida.

Eso es un retrato bastante artificial porque es el promedio de los 75 condados más poblados del país y la tasa de excarcelación varía mucho en cada condado por diferencias de la propia legislación. En algunos condados el nivel de excarcelación alcanza un 80% mientras que en otros está de entre 25-30%. Por lo tanto, las cifras que he estudiado sobre el uso de la prisión preventiva en México no me sorprenden mucho porque, a pesar de las leyes actuales en México, la norma del índice de prisión preventiva se encuentra dentro del rango de los Estados Unidos con las leyes que México actualmente tiene.

También cabe desatacar la rapidez de la justicia durante este periodo de tiempo. Casi la mitad de los detenidos salieron un día después de su arresto, el 85% salieron en un lapso de tiempo menor a un mes. ¿Cómo tenemos que interpretar estas cifras? La interpretación de los datos depende de las expectativas y de otros datos pertenecientes a la decisión judicial. En lo personal, me impresiona que un gran número de personas que obtuvieron su libertad tuvieran antecedentes, más de dos tercios ya había sido detenido en el pasado por delitos serios, el 40% ya había sido condenado por un delito serio y un tercio tenía un proceso pendiente.

Las cifras de México indican que el 24% de personas en prisión sin condena tenían antecedentes, esto no es lo mismo porque estas personas no obtuvieron su libertad. ¿Este 24% es un porcentaje alto o bajo? Eso también depende de quién está en la cárcel, no sabemos si el universo puede ser más grande; quiero decir que el universo total de personas con antecedentes que no han sido detenidas. Necesitamos buscar un medio más preciso para comparar ambos datos. Aun así, es bastante alto desde el punto de interpretación de los datos, porque es información sobre el comportamiento de las personas que han salido en libertad provisional.

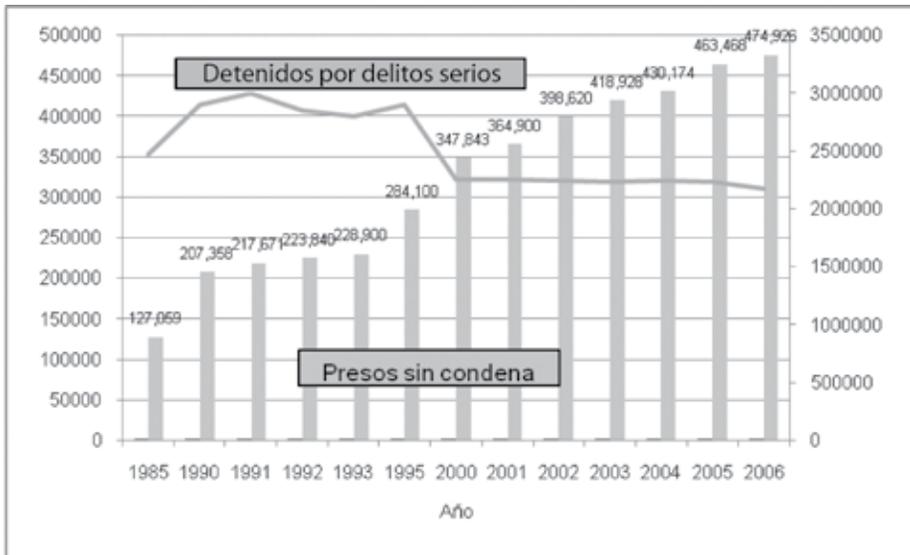
En Estados Unidos los jueces están otorgando la libertad con una peligrosidad demostrada, no supuesta, sin embargo eso no sirve como obstáculo para decretar la libertad provisional. ¿Por qué? Esta es una pregunta que tenemos que abordar.

No obstante de esta práctica en los Estados Unidos, el número de cárceles sigue creciendo. ¿Entonces qué significa el número alto del índice de excarcelación, el número creciente de cárceles y la población en estas cárceles también en acenso? En los últimos 15 años la cantidad de camas en las cárceles se duplicó. También casi se ha duplicado el número de presos sin condena (ver la gráfica *Presos sin condena*). Estas cifras son al 30 de junio del 2006. Obviamente la población de presos sin condena ha aumentado significativamente.

Esto sucede aunque el volumen de detenidos por delitos serios no está creciendo; desde el año 2000 el nivel de detenidos por delitos serios ha bajado. En los Estados Unidos casi 14 millones de personas son detenidas anualmente, esta cifra muestra que los detenidos por delitos serios son casi 2 millones. La pregunta es ¿por qué está creciendo la población de las personas en prisión preventiva? No hay una respuesta clara porque nadie es directamente responsable por el sistema de justicia. En Estados Unidos los fiscales, defensores y jueces son independientes. Estas personas son responsables por sus propias instituciones pero no por la calidad del sistema en su totalidad. Nadie controla el sistema que crea el problema de prisión preventiva y, por lo tanto, las explicaciones disponibles son de algunas de estas instituciones, por lo cual sufren de una cierta parcialidad.

⁵² Por un ejemplo de esta práctica en Nueva York, ver el informe: "Prosecutor's Bail Requests and the CJA Release Recommendation: What Do They Tell The Judge," CJA Research Brief, no. 9, Agosto 2005, www.nycja.org

Presos sin condena (Estados Unidos)



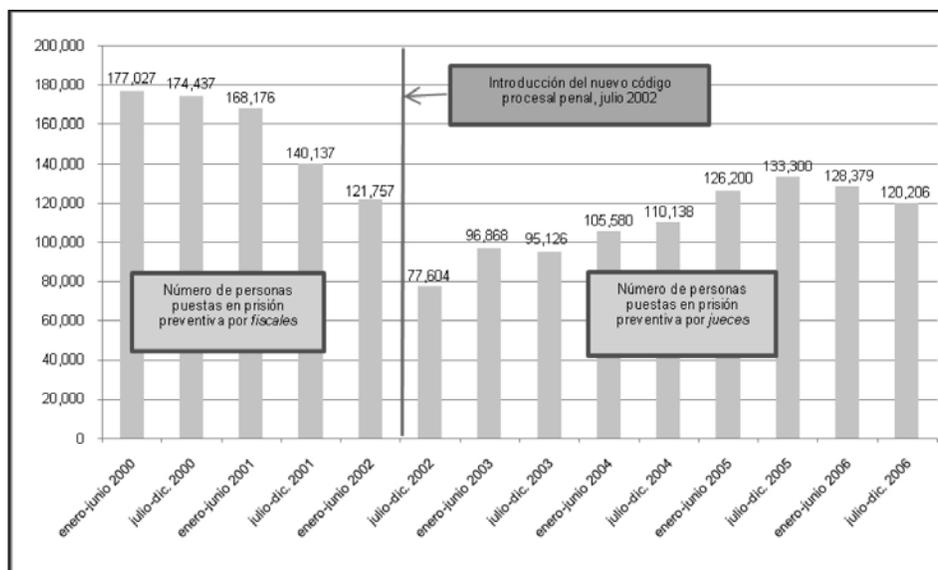
Entonces, mientras prospera el tema de la legalidad sobre prisión preventiva y otros valores como la independencia de los jueces y la autonomía de la persecución, la población penitenciaria sigue creciendo. Una posible explicación del aumento es que en los condados que no han aumentado la capacidad de las cárceles no aumentó tan alto el nivel de presos sin condena. Esto suena un poco casuístico, si no aumenta la capacidad de las cárceles no habrá más personas en las cárceles. Esta tendencia se puede investigar en México.

C. Rusia

En 2002, el Congreso de Rusia introdujo un nuevo código de procedimiento penal con algunos aspectos del sistema acusatorio; Rusia ya tenía un sistema mixto. Incluyeron la trasferencia de la facultad de dictar prisión preventiva a los jueces de los fiscales y ordenaron la presencia obligatoria de un defensor durante la primera audiencia para decidir sobre esta medida.

Entre los otros objetivos del nuevo código eran la reducción de la dependencia del sistema general a coerción y aminorar los niveles de hacinamiento y peligro en las cárceles, no sólo para los reclusos sino también para el personal penitenciario. Esto fue un objetivo claro para el Congreso que aprobó las reformas.

Los resultados de esta reforma (ver gráfica *Personas en prisión sin condena en Rusia*) indican que la prisión preventiva estaba en descenso antes de la entrada en vigor del nuevo código, después de la reforma el número de personas puestas en prisión preventiva por los jueces comenzó a incrementar. Este incremento no alcanza el nivel que existían antes de entrada en vigor el nuevo código penal pero aumentó, no radicalmente, pero el número de personas sin condena en vez de continuar en descenso incrementó.

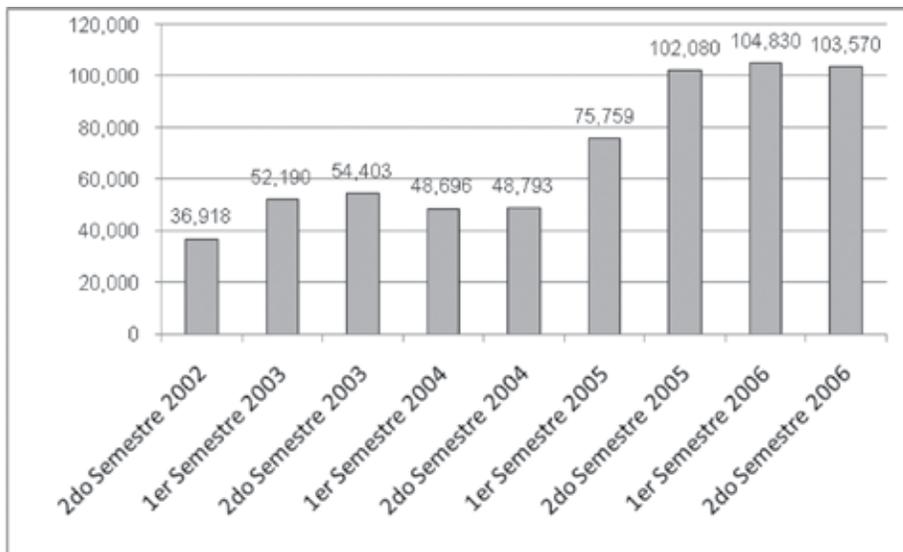
Personas en prisión sin condena en Rusia⁵³

¿Por qué paso esto? ¿Las razones de este aumento tienen que ver con el incremento de la actividad delictiva? Las cifras indican que las denuncias aumentaron sólo por dos tipos de delitos serios (graves) durante los últimos cinco años. Lesiones y homicidios se mantuvieron en un nivel relativamente estable, luego comenzaron a bajar, también bajó el robo en domicilios (lugar cerrado) que afecta a un gran número de personas de escasos recursos; pero aumentó hurto (robo simple o por sospecha) y robo con violencia. La sospecha del aumento en la población carcelaria es el crimen, pero los datos nos indican que ésta no es la única explicación.

Otros factores que explican este fenómeno de crecimiento es señalando que, a pesar del incremento en la población carcelaria, el número de detenidos sigue estable. Después del 2002 el número de arrestos se mantuvo estable, fluctuando gradualmente de entre 311,886 arrestos en el 2002 y 280,752 en el 2006, pero en este mismo periodo se prolongó el periodo de prisión preventiva, lo cual resultó en retrasos en el periodo de enjuiciamiento. La gráfica *Extensiones de la prisión sin condena* indica el número de veces que el juez prolonga el periodo de dicha medida, que se triplicó durante los últimos cinco años.

Esto contribuye al problema del hacinamiento, pero también contribuye al cambio del uso de la discrecionalidad por parte de los fiscales. Ahora con jueces independientes, los fiscales ya no presionan cierto resultado al concluir el juicio o la disminución del crimen. El porcentaje de casos con sospechosos en los que el fiscal decide no formalizar la acusación baja en los últimos cuatro años. En el 2005, para menos del 4% de todos los sospechosos los fiscales decidieron no formalizar la acusación utilizando su discrecionalidad (es decir, el “principio de oportunidad”), mientras que en 2001 la misma situación alcanzó el 21 %. Ahora los fiscales mandan el asunto a los jueces para que ellos decidan sobre el proceso. Entonces, el cambio en las relaciones inter-institucionales muestra un impacto aún más importante en las prácticas de la justicia penal que el cambio en el código proceso penal.

⁵³ Ver los datos del sistema judicial de Rusia, disponible: www.cdep.ru

Extensiones de la prisión sin condena en Rusia⁵⁴

Lamentablemente, Rusia decidió resolver su problema de hacinamiento con la construcción de más cárceles. Recientemente el Subdirector de la Gendarmería declaró que ellos procuraron del Congreso una propuesta para aumentar 37,000 camas adicionales para las cárceles para antes del año 2016. Con esta construcción las camas llegaron a 81,000 nuevos espacios desde el 2000. Esto significa que la capacidad de las cárceles casi se ha duplicado en Rusia en este periodo. ¿Qué está pasando con las alternativas a la prisión preventiva? En Rusia se ha contemplado los brazaletes electrónicos, pero el gobierno los ha descartado porque existe una empresa que está promoviendo esta idea sólo con fines lucrativos. Nadie se ha preguntado ¿con qué fines se construyen las cárceles?

D. Chile

Tanto como en Rusia, los líderes en Chile quisieron distanciarse de un pasado un tanto brutal a través de la implementación de un sistema de justicia introduciendo el proyecto del nuevo código en el 1995. El Presidente Frei dictó que el nuevo sistema de justicia tiene que atender a los derechos de las víctimas e imputados y evitar, como dijo, “la marginalidad.” El proyecto, entonces, fue para lograr un equilibrio en el sistema de justicia y limitar el uso de coerción. Pero el deseo fue más ambicioso, no era sólo crear legalidad, sino transformar a la sociedad a través de un sistema de justicia.

En respecto a prisión preventiva, en Chile el número de la personas encarceladas sin condena disminuyó y se mantuvo un porcentaje bastante bajo de las personas a quienes se dictó esta medida cautelar. En el 2006, el 10% de las personas representadas por la defensa pública estaban en prisión preventiva. Menos del 20% de los imputados condenados estuvieron en prisión preventiva. Teniendo en cuenta las dificultades de hacer comparaciones, estos números parezcan bastante bajos. En Rusia el 27% de los condenados estuvieron en prisión preventiva.

Aun más importante que las cifras anteriores es que la duración de la prisión preventiva se mantuvo constante. En el segundo año de la reforma, el tiempo promedio de prisión preventiva fue de 129 días; en el 2006, 118 días. El tiempo disminuyó por algunos días, estas tendencias son impresionantes por varias razones.

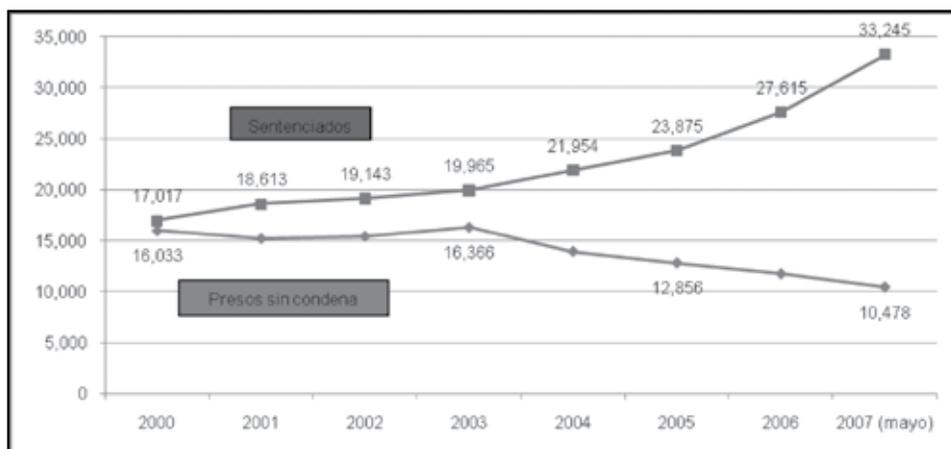
⁵⁴ Referirse a Nota 51.

Estas prácticas “garantistas” son objetos de crítica de algunos diputados. Un diputado realizó un estudio usando un caso en que una persona acusada de cometer un homicidio junto con otros tres sujetos no estuvo en prisión preventiva. Usando este caso, el diputado preguntaba si el sistema no estaba usando la prisión preventiva como debería. Este es uno de los riesgos que algunas personas utilizan un caso de este tipo para devaluar a todo el sistema.

Es interesante que estos niveles de prisión preventiva se mantuvieran aunque el nivel de denuncias en el país aumentó, así como la cantidad de detenidos por delitos de mayor impacto social. Una de las razones por estas tendencias es que el sistema tiene otras posibilidades de lograr la responsabilidad para los detenidos. Los fiscales están logrando acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales con mayor frecuencia para lograr la responsabilidad de los procesados y obtener algo para las víctimas. Esto indica que no hay impunidad porque, aunque las personas no están en la prisión, de alguna manera son responsables por sus hechos.

Al mismo tiempo la tasa de crecimiento de presos con condena en Chile ha aumentado; en el último año aumentó por 20% (ver gráfica *Índice de crecimiento: Presos sentenciados vs. personas sin condena*); esto supera la tasa de crecimiento del estado de California en Estados Unidos por tres veces. Una razón de este fenómeno es que un número de las personas sentenciadas que dejan la cárcel antes del término de sentencia ha disminuido significativamente, no se están usando los beneficios de libertad condicional tan frecuentemente. Entonces, por otro lado, los hechos de la gendarmería no están impactando en el trabajo del otro lado del sistema, en los fiscales. También ocurre un aumento en las penas y en la duración de las sentencias de las personas, comprometiendo un poco los logros que las personas tienen en las etapas previas al juicio. La pregunta que surge al ver estas cifras es la siguiente: ¿esto es un logro de la reforma? ¿Es una ganancia de libertad la meta de la reforma que disminuye las personas en prisión sin condena pero aumenta la cantidad de personas sentenciadas? ¿Es el “precio” de la libertad previa a juicio tener a más personas sentenciadas en las prisiones?

*Índice de crecimiento: Presos sentenciados vs. personas sin condena*⁵⁵



E. Lecciones para mantener el progreso de la reforma y prevenir su deterioro

Quisiera destacar algunas lecciones de estas experiencias que pueden ayudar a México. Es importante destacar que en otros países como Sudáfrica, Turquía y la República Dominicana muestran la misma tendencia de que hemos visto en los ejemplos anteriores – es decir, que después de un periodo de la disminución de la prisión preventiva, dicho uso aumenta. Destaco cinco lecciones que pueden ser útiles para México. Una de las tendencias se trata del diseño

⁵⁵ Datos de la división de estudios del Ministerio Público de Chile.

del sistema, otra del manejo del sistema - la gestión - y otras a nivel meta ¿qué queremos tener con un nuevo sistema de justicia penal?

- 1) México necesita una mejor y más realista serie de respuestas a la pregunta ¿por qué no estamos encarcelando más gente durante la averiguación previa? ¿Cuál es el valor público que se defiende a través de un sistema de justicia penal equilibrada?

Para evitar la construcción de cárceles tenemos que contestar por qué es tan atractivo el aumento de las construcciones. ¿Qué es tan atractivo; y existen opciones que puedan competir con las prisiones? Se tiene que entender las razones para dejar en prisión preventiva a los imputados, ya sea el temor de las víctimas o el riesgo del mal comportamiento de las personas en libertad.

Enseñar las nuevas formas de justicia, no basta con introducir nuevas leyes y códigos, por ejemplo, si los policías no creen en la libertad provisional ellos pueden considerar la prisión como la única manera de responsabilizar a los inculpados de algún hecho. Los estados tienen que atender a estas preocupaciones. Chile por ejemplo atiende a estas preocupaciones no sólo con las unidades a víctimas, sino con otras “salidas” en las cuales las personas ven que los inculpados son sometidos a alguna responsabilidad. También existe un programa de comunicación sobre los logros del sistema de justicia.

- 2) México tiene que poner atención a la rapidez de la justicia, una profunda atención a las medidas de dicha rapidez. Por ejemplo, un verdadero líder de un sistema de justicia nueva se pregunta: “¿cuántos casos se resuelven en un día o una semana?” y eso debería ser un logro, una meta; por lo tanto un retraso puede afectar los logros. Si México quiere lograr una justicia pronta, tiene que introducir incentivos en el sistema para agilizar los procesos, incentivos para todos los actores del sistema.
- 3) Nadie ha sido puesto a cargo del sistema penal en México. Existen varios líderes de las instituciones (seguridad pública, tribunales, procuraduría, defensoría y etc.) pero a nadie se le ha encargado como coordinador de los vínculos interinstitucionales, en estas condiciones cuando algo funciona bien es producto de una mera casualidad. Al introducir una nueva legislación en México, el legislador también tiene que establecer un mecanismo independiente de estas instituciones que mida, no sólo si las dependencias y actores del se observan las leyes, sino también el resultado prometido.
- 4) México requiere una clara visión al futuro deseado, una visión a la introducción en la sociedad un nuevo sistema de justicia. ¿Qué quieren lograr con un nuevo sistema de justicia más equilibrado? El nuevo sistema de justicia puede ser un fin en sí mismo o puede ser sólo una medida para lograr algún otro fin. Entonces, ¿cuáles son los fines y quienes los establecen? ¿Seguridad pública, el congreso, el tribunal o la sociedad?
- 5) Para saber si el sistema está progresando, no sólo en la legalidad de las decisiones, pero también en la contribución a ciertos objetivos y para dirigir las instituciones de justicia a estos fines e incentivarlos, México va a requerir de medidas nuevas e información sobre el impacto del sistema de justicia. Este tipo de información no la tienen las instituciones. Esto va a requerir información empírica de las prácticas actuales del sistema.

Un paso es el estudio del uso de la prisión preventiva y sus costos, pero también se requiere de una medición del “beneficio” de la cárcel. También es importante medir el tipo de población que está en las cárceles después de la reforma, comparado con antes. Por ejemplo, después de la reforma, los detenidos son más o menos pobres que antes, el porcentaje con antecedentes, si tienen mayor probabilidad a conseguir empleo, si existen programas que reducen las tasas de reincidencia y etc. ¿Cuál es la experiencia de las víctimas en el nuevo sistema?

Conclusión y recomendaciones

Dr. Javier Carrasco Solís

Project Manager, Proyecto Presunción de Inocencia en México

Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P.

El proceso de reforma que está avanzando a nivel nacional y estatal va a requerir no sólo de la aprobación de normas legislativas a través de los códigos, sino también de la aprobación de reglamentos secundarios, adecuaciones de infraestructura, ajustes presupuestales, implementación de programas de gestión, capacitación continua y modificaciones de los programas de estudios de las facultades de Derecho. Este proceso demandará un compromiso y esfuerzo de la sociedad en su totalidad (instituciones gubernamentales, legisladores, operadores del sistema, barras de abogados, académicos, comunidad empresarial, organizaciones civiles, medios, ciudadanía y etc.) y un cambio cultural en nuestra percepción de de la justicia penal. Un esfuerzo de dicha naturaleza es lo que permitirá sostener la reforma, solucionar los retos y seguir avanzando para lograr las metas de dicho proceso.

Como se ha expuesto a través de los capítulos anteriores, uno de los grandes retos de la reforma penal es el equilibrio entre la presunción de inocencia y la seguridad pública, en relación al manejo de la prisión preventiva de acuerdo a las nuevas reglas procesales. Como se señaló, el uso indiscriminado de la prisión preventiva en México, además de violar el principio de presunción de inocencia, genera grandes costos económicos y sociales no sólo para el gobierno sino para la sociedad en general.

Los siguientes datos muestran los efectos de la criminología de la intolerancia por el abuso de la prisión preventiva en México:

- En el 2007, 94.6 mil personas sin condena estaban en prisión, es decir en prisión preventiva. Esto representa un aumentado cercano al doble en los últimos 10 años.
- La gran cantidad de reclusos sin condena representa para el Estado grandes costos de oportunidad, genera hacinamiento y genocidio carcelario resultando en condiciones de incremento en la seguridad pública.
- El costo anual penitenciario genera un gasto de \$9,798.76 millones de pesos: el costo para el Estado (\$5,794.8 millones), para el detenido (\$2,024.6 millones), para la familia del detenido (\$1,907 millones) y para la comunidad (\$72.17 millones).
- El autogobierno, motines y extorsión generan condiciones infrahumanas con una tasa de homicidios cinco veces superior a la de las personas en libertad y tasas de suicidios ocho veces superiores.
- La inmensa mayoría son personas de escasos recursos, dificultándoseles la posibilidad de cubrir el monto para la libertad provisional bajo caución.
- Un número significativo de las personas en prisión preventiva lo están por delitos de mínima peligrosidad.

Al abordar la problemática de la prisión preventiva, anteriormente resumida, se concluye la gran necesidad de reformar dicho régimen con el objetivo de racionalizar su uso respetando a la presunción de inocencia. Los expertos nos han compartido experiencias ofreciendo recomendaciones que benefician al proceso de reforma del país a través de los retos y desafíos que han enfrentado y las soluciones que han implementado. Estas recomendaciones se resumen en las siguientes cuatro líneas de acción para lograr el equilibrio de la presunción de inocencia y la seguridad pública:

1. cambio legislativo;
2. cambio institucional;
3. implementación;

4. capacitación continua;
5. evaluación continua; y
6. pasos para evitar la contrarreforma.

1. Cambio legislativo

Como primer paso para lograr e implementar un cambio legislativo trascendente y profundo se requiere que los legisladores, actores del sistema y sociedad en general establezcan claramente el propósito, objetivos y valores políticos y sociales de la reforma. Habiendo clarificado estos puntos e incluido en el debate público los temas esenciales, se continúa al siguiente paso. Para nuestro enfoque, incluyendo la reforma del régimen de la prisión preventiva en la reforma integral, las siguientes cuestiones legales sirven como guía para la reforma legislativa.

a. Presunción de inocencia

Este principio, establecido en instrumentos internacionales, dispone que toda persona es inocente hasta que no se le compruebe su culpabilidad mediante una sentencia firme emitida por una autoridad judicial. Dicho principio exige que las personas que están siendo procesadas sean tratadas como inocentes, ya sea en carácter de detenido o en libertad.

En un sistema acusatorio adversarial las reglas van de acorde al respeto del principio de la presunción de inocencia, en este sentido, se implementa una serie de medidas cautelares dejando la aplicación de la prisión preventiva para situaciones excepcionales y por un tiempo determinado. Por tal motivo, los nuevos códigos procesales parten de la libertad como regla.

b. Estándares y requisitos para imponer la prisión preventiva

Los estándares internacionales y el derecho comparado señalan que la prisión preventiva debe de ser la excepción, en concordancia con el respeto a la presunción de inocencia. Los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por México, estipulan que *“la prisión preventiva no debe de ser la regla, pero la libertad puede ser subordinada a garantías que garanticen su comparecencia durante el proceso y en el juicio”* (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 7.5). Para la excepcionalidad del uso de esta medida, los sistemas de justicia penal deben implementar una serie de medidas cautelares permitiendo al imputado seguir su proceso en libertad provisional.

Para dictar la prisión preventiva, el Ministerio Público tiene que solicitar la necesidad de cautela argumentando que las otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar:

1. La comparecencia del imputado en el proceso (evitar el riesgo de fuga),
2. El desarrollo de la investigación (evitar la obstaculización de la investigación),
3. La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad (proteger la seguridad pública).

c. Medidas cautelares

En conclusión, la prisión preventiva no se debe dictar utilizando solamente la clasificación del delito como “grave”, sino a través de la valoración de los riesgos anteriormente estipulados centrándose en la totalidad de circunstancias del procesado. La reforma debe abandonar el esquema de la presunción legal para restringir el derecho de la libertad. La imposición de la prisión preventiva debe enmarcarse dentro de causales definidas, debe ser proporcional con la posible sentencia, estar sujeta a límites temporales, tenerse en cuenta las alternativas y contar con un fiscal objetivo y un juez imparcial. Dicha imposición se

decide en una audiencia presidida por un juez donde las partes argumenten sus posturas. La legislación debe incluir una serie de medidas cautelares dejando la prisión preventiva como la última opción. Las medidas pueden ser una restricción geográfica, modificación de conductas, garantía económica, obligación de someterse a la vigilancia de una persona, institución o autoridad, separación del domicilio, o ciertas prohibiciones. El juez también podrá prescindir de toda medida cuando la promesa del imputado de someterse al proceso penal sea suficiente.

d. Audiencia y discreción judicial

El debate para dictar la medida cautelar más apropiada dependiendo a las características y circunstancias de cada caso e imputado se lleva a cada en una audiencia pública, donde el Ministerio Público expone su petición y la defensa contra argumenta esa postura. Un juez, en este caso de garantías, después de escuchar y valorar los argumentos, toma la decisión para el caso en concreto. Los códigos deben otorgarle la discreción al juez para tomar la decisión sobre la medida cautelar.

2. Cambio institucional

El cambio legislativo, incorporando las normas legales, requiere de un cambio institucional para implementar debidamente las medidas cautelares equilibrando la presunción de inocencia y la seguridad pública. Se estima que los procesos de implementación han sido de muy baja preocupación por crear el mecanismo operativo adecuado a los sistemas de medidas alternativas a la prisión preventiva. La experiencia de los países de la región en la reforma, indica que uno de los retos es que no existe un seguimiento real para las personas en libertad bajo una medida cautelar. Esto ha generado una percepción social de impunidad que afecta el avance de la reforma, resultando en propuestas de vuelta a la inexcusabilidad (creación de categorías de delitos donde automáticamente se dicte la prisión preventiva – delitos graves).

a. Mecanismos para el manejo de las medidas cautelares

Los expertos exhortan la institucionalización de mecanismos para el manejo de las nuevas medidas cautelares. Dichos mecanismos, que se han utilizando en otros países, se conocen como la evaluación de riesgos y supervisión (servicios previos a juicio).

Para la implementación de los mecanismos de control es necesario que la legislación lo permita, mediante una ley de ejecución de las medidas cautelares. Dicha legislación le otorga la responsabilidad a una agencia gubernamental para que ejecute los servicios de evaluación y supervisión, establezca responsabilidades y permita la designación de personal y recursos apropiados. De igual manera, para la debida implementación de este régimen institucional es necesario desarrollar reglamentos internos, protocolos interinstitucionales y manuales de procedimientos para la operación diaria de los servicios.

b. Servicios de evaluación de riesgos

La evaluación de riesgos es una serie de servicios que apoya a las partes en la valoración de las circunstancias personales del procesado que indiquen la factibilidad de que la persona pueda seguir su proceso en libertad bajo una medida cautelar. El propósito de dichos servicios es promover que la cantidad mayor posible de personas siga su proceso en libertad recomendando el nivel de supervisión apropiado basándose en los factores de riesgo. Esta intervención se realiza antes de que se lleve a cabo la audiencia para dictar la medida cautelar, elaborando una opinión de cada detenido que contenga el posible nivel de riesgo que representa y la medida cautelar más apropiada atendiendo a sus características particulares y el nivel de supervisión más adecuado.

c. Servicios de supervisión

Complementando este servicio, la supervisión se realiza como seguimiento y apoyo a las personas a quienes se ha otorgado la libertad bajo una medida cautelar. Existen múltiples modelos de supervisión, pero todos se rigen por el respeto de la presunción de inocencia, promover el uso de la medida menos restrictiva a la libertad, asegurar la comparecencia del imputado en su proceso, resguardar la seguridad pública y un uso excepcional de la prisión preventiva para los casos que lo ameriten por los riesgos que represente el imputado.

3. Implementación

La experiencia de otros países sobre la implementación de este tipo de reformas indica el beneficio de comenzar poco a poco para minimizar el impacto de los errores y fomenta la colaboración interinstitucional. Es importante entender la importancia de, y desarrollar, dinámicas organizacionales y las relaciones profesionales. Finalmente, idear medidas de impacto políticamente significativas y balanceadas para la evaluación de la reforma.

El proceso de reforma debe incorporar planes estratégicos incluyendo la adecuada institucionalización necesaria para hacer efectiva la nueva legislación y políticas públicas aprobadas. En esta planeación se deben desarrollar estrategias realistas en conjunto con todos los actores claves del sistema. Es necesario contemplar el apoyo político, cuestiones de burocratización, dotación de personal y presupuesto.

Por último, la fase de implementación tiene que incluir un plan para responder a la sociedad cuando ocurra una crisis. Estamos conscientes de que ningún sistema de justicia penal puede evitar al 100% algún desastre. Por consiguiente, el plan de preparación debe preparar a todos los actores del sistema para que puedan lidiar con desastres y responder a las crisis que inevitablemente pueden ocurrir.

4. Capacitación continua

La aprobación y entrada en vigor de nuevos códigos no son suficientes para que los actores del sistema implementen adecuadamente las normas legislativas. Es común que, por inercia, las prácticas tiendan a regresar a ciertas tendencias del sistema anterior. Esta realidad requiere un programa de capacitación continua para todos los involucrados en el sistema de justicia penal: policías, investigadores, agentes del Ministerio Público (actualización en resguardo de la escena del crimen, levantamiento y manejo de evidencia, exigencias del sistema acusatorio, entrevistas de detenidos, sospechosos y testigos en relación a la presunción de inocencia), fiscales, defensores (públicos y privados), jueces, magistrados y personal de los juzgados (reglas procesales, presunción de inocencia, interrogatorios, audiencias previas a juicios, audiencia de juicio, etc.).

Por último, la reforma tomará años para cimentarse y requerirá de la creación de una nueva cultura jurídica y social. Este cambio se lleva a cabo por los actores del sistema, lo cual significa que las facultades de derecho (públicas y privadas) tienen que actualizar sus planes de estudio que atiendan a las nuevas reglas procesales. Los planes de estudio no sólo deben incluir uno o dos cursos de técnicas para el litigio en un juicio oral, sino incorporar los conceptos del sistema acusatorio en todas las materias.

5. Evaluación continua

Para evitar la desestimación de la reforma es importante evaluar constantemente su funcionamiento para detectar retos e implementar soluciones apropiadas. Uno de los retos que otros países han experimentado es la falta de credibilidad del nuevo sistema y de las medidas

cautelares. A través de estudios empíricos se generará credibilidad en las medidas cautelares, analizando su implementación y seguimiento y difundiendo sus logros.

Por lo tanto, los planes estratégicos de la reforma deben establecer un proceso de evaluación que incluya la implementación de los mecanismos necesarios para registrar y recopilar datos estadísticos. Dichos datos son esenciales para la evaluación, el seguimiento y el monitoreo permanente del funcionamiento de la reforma, para determinar si las metas y objetivos se están cumpliendo. Las reformas deben impulsarse por datos empíricos que deben ser comparados rutinariamente con el status quo. Este proceso de evaluación también incluye estudios comparados con lo que está pasando en otros países para aprender de sus procesos y retos. Es necesario publicar y diseminar los resultados de las evaluaciones que se realicen para mostrar los beneficios de la reforma, o en dado caso, la necesidad de reformas adicionales.

6. Pasos para evitar la contrarreforma

Dado a que el proceso de reforma es un esfuerzo de largo plazo y generacional, los objetivos y metas deben ser muy concretos para que los cambios legislativos sean sostenibles a través de los años, de los cambios políticos y de administraciones gubernamentales. Para evitar la contrarreforma el avance debe ser constante y permitir tiempo al nuevo sistema para que produzca los frutos deseados.

Este proceso requiere de una constante concientización de la sociedad civil, los medios, académicos, políticos, legisladores y actores del sistema; en otras palabras de la sociedad en general. Esta concientización puede evitar el doble discurso, por un lado la mediática y de percepción de las personas, y por otro la de los resultados a escala del funcionamiento del nuevo sistema. El objetivo central de la reforma es lograr el acceso a la justicia para todas las personas, ya que un sistema de justicia desconocido, sin transparencia, misterioso, unilateral, sin credibilidad y mal entendido sigue siendo inaccesible para la mayoría de la población.

Apéndice

Prisión preventiva y la reforma constitucional

Dr. Javier Carrasco Solís

Project Manager,

Proyecto Presunción de Inocencia en México

Open Society Justice Initiative e Institución Renace, A.B.P.

Al momento de realizarse la conferencia nacional: Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública, en noviembre de 2007, el debate de la reforma constitucional sobre justicia y seguridad pública se llevaba a cabo en la Cámara de Diputados y Senado de la República Mexicana. En marzo del 2008 el resultado del debate concluyó con la aprobación del dictamen del proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho dictamen fue enviado a las entidades federativas para su aprobación y el 28 de mayo de 2008, el Senador Santiago Creel Miranda, presidente de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, declaró constitucional la reforma en materia de justicia y seguridad pública. El Senador realizó el pronunciamiento luego de recibir, de manera oficial, el aval de 19 de los 31 congresos locales de todo el país (Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Coahuila, Durango, Guanajuato, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Veracruz, Yucatán y Zacatecas).

El Congreso turnó la reforma al Ejecutivo para su publicación en el Diario Oficial de la Federación, la cual se publicó el 18 de junio de 2008. Una vez publicada, los términos de entrada en vigor comenzaron a correr y los diputados y senadores federales, así como los congresos locales deberán reiniciar los trabajos de negociación y dictamen, para realizar las reformas secundarias necesarias que se derivan de la reforma.

1. Ejes de la reforma

La reforma constitucional en materia de justicia y seguridad pública representa un gran logro en el largo camino por transformar nuestro sistema de justicia penal de uno ineficiente, injusto, opaco y de pocos resultados a uno altamente eficiente, transparente, verdaderamente justo y efectivo.

La reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (siete refiriéndose a garantías individuales y tres a la parte orgánica, representando una totalidad de 70 cambios). Después de la publicación en el Diario Oficial, ciertas disposiciones entraron en vigor de inmediato y otras tendrán hasta ocho años como para que los estados adecuen sus ordenamientos jurídicos. En términos generales, la reforma incluye lo siguiente para solucionar los vicios y deficiencias del sistema actual:

- Establecimiento de la presunción de inocencia, lo cual implica que a toda persona detenida se le tratará y considerará inocente hasta que se compruebe lo contrario;
- Establecimiento de las bases jurídicas para el sistema penal acusatorio que incluye el juicio oral;
- Definición de las bases del proceso penal que se regirá por la publicidad, contradicción, concentración, continuidad, oralidad e intermediación;
- Las actuaciones del Ministerio Público estarán reguladas por un juez de control y se suprime el monopolio de la acción penal por parte de esta dependencia (se prevé que los particulares puedan ejercer la acción penal en determinados casos);

- Las pruebas tendrán que ser obtenidas de manera legal, en lo contrario no serán admitidas para en el proceso de enjuiciamiento;
- Se establecen los derechos del imputado y de la víctima, otorgándoles papeles protagonistas en el proceso; ahora ambos serán sujetos merecedores de derechos y no objetos como en el sistema tradicional;
- Señalar mecanismos alternativos de solución de controversias y sentar las bases para crear una defensoría pública más eficaz y eficiente;
- Se establecen los criterios para la orden de aprehensión, cateo y vinculación a proceso;
- Se establecen criterios para la lucha contra la delincuencia organizada, que se registrá por un régimen especial;
- Se establecen criterios para otorgar la prisión preventiva con el objetivo de limitar su uso.

Las características anteriormente citadas se pueden resumir en los siguientes tres ejes centrales de la reforma:

1. Establecimiento de un sistema penal acusatorio basado en la presunción de inocencia y el equilibrio procesal entre las partes;
2. Establecimiento de las bases constitucionales para combatir eficazmente a la delincuencia en general y en especial a la delincuencia organizada; y
3. Establecimiento de diversas disposiciones que contribuyen a dar mayor claridad a la política criminal nacional y a asegurar el debido proceso.

Es importante señalar que la reforma del sistema de justicia penal y seguridad pública es mucho más amplia que solamente la introducción del “juicio oral”. La reforma de esta índole es sobre la implementación del sistema acusatorio, el cual tiene exigencias distintas al tradicional y no sólo se limita al “juicio oral”. Uno de los posibles riesgos para la adecuada implementación de la reforma ocurre cuando simplemente la consideramos como “juicio oral”. Como sabemos, la reforma es muy extensa y para crear concientización, cambio de paradigmas y una nueva cultura legal debemos también ampliar nuestra terminología. En este sentido, prefiero referirme al sistema de justicia penal acusatorio, ya que incluye a todas las etapas del proceso (desde la escena del delito, la detención, investigación, resguardo de la escena del crimen, actuaciones del Ministerio Público, valoraciones iniciales del juez sobre la legalidad de la detención, aplicación de las medidas cautelares, etapas previas a juicio, juicio, apelación e incluso la ejecución de sentencias). El juicio es una parte del proceso y la oralidad es solamente una de las características del nuevo sistema.

Por lo tanto, la preparación para la debida implementación de dicho sistema requiere capacitar y concientizar a todos los actores involucrados en el proceso, sin excluir a los policías, la sociedad en general y los medios. En foros, conferencias o planes estratégicos en ocasiones se nos olvida incluir a estos tres grupos fundamentales para el nuevo sistema. Por un lado, la policía y los órganos investigadores son quienes primero tienen el contacto con la actividad delictiva, detienen, hablan con los primeros posibles testigos y resguardan la escena del crimen. El nuevo sistema requiere de nuevos procesos y reglamentos que si no se llevan a cabo las pruebas recabadas pueden ser desechadas por haberse obtenido ilegalmente. Segundo, es importante involucrar y concientizar a la sociedad del nuevo sistema, así como a los medios para que la información que difundan sea de calidad y verdadera.

2. La reforma en relación a la prisión preventiva

Dado a la delicadeza de la prisión preventiva en un sistema de justicia penal y de acuerdo a la experiencia de la reforma de otros países, este tema es el primero que puede sufrir una contrarreforma. Por tal razón, es sumamente importante que el tema de la prisión preventiva y el manejo de las nuevas medidas cautelares esté presente en el debate, en la preparación y en la institucionalidad de la reforma integral. El Proyecto ha estado ofreciendo asistencia técnica para la debida implementación de las medidas cautelares. Reconocemos el reto que el nuevo sistema enfrentará en el balance entre la libertad del imputado y salvaguardar la integridad del proceso y la seguridad.

Atendiendo a los estándares internacionales, a la presunción de inocencia y a los altos costos que genera la prisión preventiva, la reforma constitucional incluye el cambio legislativo de esta medida privativa de libertad provisional. La nueva disposición constitucional en esta materia, que se encuentra en el artículo 18 y el segundo párrafo del artículo 19, es la siguiente:

Artículo 18.- *Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.*

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, 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.*

En términos generales, la disposición del artículo 19 en esta materia, es un paso favorable al establecer un régimen garantista de excepcionalidad de la prisión preventiva. Pero a la vez tenemos que analizar el otro aspecto del mismo numeral que incorpora candados limitando el propio garantismo y la presunción de inocencia, en el cual la prisión preventiva se seguirá utilizando como regla en un gran número de delitos. Como lo señala el Dr. Sergio García Ramírez, los supuestos para imponer la prisión preventiva son “algunos, progresistas, otros, preocupantes o francamente negativos.”⁵⁶ “La reclusión de quien se encuentre a proceso, antes de que exista sentencia que determine la responsabilidad penal del preso, contraría al principio presunción de inocencia.”⁵⁷

Aunado a lo anterior, si partimos del reformado artículo 18 constitucional donde indica que “*sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva,*” se detecta la supremacía de la presunción preventiva en relación a la presunción de inocencia. La razón es de que tomando solamente esta disposición y analizando los códigos penales se determina que más del 85% de los delitos contemplan prisión (pena privativa de la libertad) y la tendencia ha sido ascendente. Por lo tanto en teoría se puede imponer prisión preventiva para más del 85% de los delitos.

En esta lógica, el artículo 18 establece la regla de la prisión preventiva, y el segundo párrafo, primera parte de la primera oración del artículo 19 establece la excepción a la regla. Posteriormente, el restante del segundo párrafo del artículo 19 impone la excepción de la excepción, regresando a la prisión preventiva como regla para los delitos estipulados en el texto constitucional.

Los criterios internacionales establecen que la prisión preventiva debe de ser la excepción a través de la proporcionalidad y subsidiariedad. En este contexto, la medida menos restrictiva

⁵⁶ García Ramírez, Sergio, “La reforma penal constitucional (2007-2008) Editorial Porrúa, México, 2008, p. 99.

⁵⁷ *Ibid.*

es la que se debe aplicar antes de decidir en la imposición de la prisión preventiva tal y como lo estipula parte del primer párrafo del artículo 19. Tomando esta dualidad de criterios, presento el siguiente desglose del artículo 19 para comprender sus implicaciones e identificar los requisitos que los estados deben incorporar en sus ordenamientos jurídicos.

Así mismo, señalaré los aspectos garantistas que coinciden con los instrumentos internacionales y los que representan conflictos con estos mismos y con la presunción de inocencia. Por último, presento algunas sugerencias y cuestionamientos para que los estados las consideren al momento de adecuar sus legislaciones y de esa manera poder rescatar las garantías de la reforma para establecer el sistema acusatorio de acuerdo al derecho internacional. La intención del presente análisis es de continuar con el dialogo sobre la naturaleza de las medidas cautelares, que incluye a la prisión preventiva, dentro de un sistema con presunción de inocencia como pilar fundamental y su debida implementación.

1. Aspectos garantistas del artículo 19 sobre prisión preventiva

Los elementos de la primera mitad de la primera oración del primer párrafo del artículo 19 constitucional anteriormente transcrito (explicados posteriormente en los rubros del a-e), coinciden con los estándares internacionales y con los códigos reformados de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Morelos, ya que establecen los criterios que el Ministerio Público tendrá que argumentar y probar ante el juez para solicitar la prisión preventiva (referirse a la siguiente tabla) y la incorporación de otras medidas. Esta primera disposición constitucional concuerda con un sistema acusatorio y garantista.

<i>Riesgos</i>	<i>Conceptos constitucionales</i>
Fuga	Comparecencia del imputado en el proceso
Obstaculización de la investigación	Desarrollo de la investigación
Seguridad pública	Protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad

- a. *El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva:* Esta disposición claramente le otorga la carga de la petición al representante social para solicitar la prisión preventiva en los casos excepcionales. Por esta razón, el Ministerio Público tienen que acudir a la audiencia correspondiente al debate sobre la medida cautelar con la investigación necesaria para argumentar y sustentar su petición. Por el lado contrario y en igualdad de posibilidades, la defensa también tiene que acudir a la audiencia con la información necesaria del detenido para contra argumentar la petición del Ministerio Público, si así lo considera pertinente considerando su teoría del caso y los intereses de su defendido. Consecuentemente, el juez no podrá ordenar prisión preventiva si el Ministerio Público no la solicita, con excepción de la disposición de la segundo aparte del segundo párrafo (analizados posteriormente).
- b. *Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar:* Este supuesto indica que el Ministerio Público sólo puede solicitar la prisión preventiva en casos excepcionales – este estándar coincide con los instrumentos internacionales. El criterio para imponer la prisión preventiva, como se mencionó en el capítulo de estándares internacionales, no debe ser solamente considerando la clasificación de un delito como “grave”. Por el contrario, se tiene que considerar a cada imputado, caso y circunstancia en concreto evaluando una serie de elementos para determinar si se puede garantizar o que siga su proceso en libertad – en esencia se hace una evaluación de riesgos para que el juez equilibre todos los aspectos. Por lo tanto, los casos en los cuales el Ministerio Público puede solicitar la imposición de la prisión preventiva es cuando

haya analizado las otras medidas y concluya que no son suficientes para garantizar los conceptos que enuncia el texto constitucional. (El análisis de los tres conceptos que se tienen que garantizar se encuentra en los siguientes puntos). Este concepto establece el “espíritu general de la norma que (nominalmente) milita a favor de medidas cautelares no restrictivas de la libertad⁵⁸”.

En este sentido, las legislaciones tienen que establecer las “otras medidas” diferentes a la prisión preventiva como opciones. Por ejemplo los códigos de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Baja California (que son los únicos que han aprobado reformas integrales y tres de ellos ya las están implementando⁵⁹) incluyen una serie de 11-12 medidas diferentes con la prisión preventiva como la última opción, incluyendo la libertad bajo protesta.⁶⁰ Estas legislaciones pueden ser una guía para los otros estados al igual que sus experiencias en la redacción, aprobación, preparación e implementación de las mismas.

Adicionalmente, las legislaciones también tienen que establecer los mecanismos institucionales y tecnológicos para el manejo de las nuevas medidas no restrictivas de la libertad para que efectivamente existan opciones y se resguarde la presunción de inocencia y la seguridad pública. El Proyecto Presunción de Inocencia en México brinda asesoría técnica para la institucionalización de los mecanismos necesarios para el manejo de las nuevas medidas a través de servicios de evaluación de riesgos y se supervisión en libertad. El funcionamiento y beneficio de estos mecanismos se abordaron ampliamente en capítulo V “Mecanismos de implementación: Herramientas para el manejo de las medidas cautelares”.

La evaluación de riesgos, que se realiza antes de que el juez imponga la medida cautelar, sirve para analizar todos los factores que pueden determinar si una persona en libertad cumplirá con sus obligaciones de comparecencia, de no obstaculizar el proceso y de no poder en riesgo a la víctima y sociedad. Por el otro el lado complementario, la supervisión se utiliza para asegurar que el imputado en libertad bajo una medida cumple con las condiciones antes citadas. Tomando esto en contexto, paso al análisis de los criterios que se tienen que evaluar para determinar sobre la imposición de la prisión preventiva.

- c. *La comparecencia del imputado en el juicio:* Cualquier media solicitada y ultimadamente impuesta por el juez tiene que garantizar la comparecencia del imputado. Es decir, el interés público es evitar la fuga y garantizar que el imputado comparezca – esté presente – a todas las audiencias de su proceso, al juicio y, si es condenado, a que cumpla la sentencia correspondiente.

Para probar este elemento, las legislaciones deben incluir una serie de consideraciones para que las partes las utilicen y el juez las considere para determinar que se puede o no garantizar la comparecencia del imputado en el proceso. Algunos de los elementos que comúnmente se utilizan en otras legislaciones son el nivel de arraigo comunitario, estabilidad laboral, escolar, adicciones, soporte familiar y o comunitario, antecedentes,

⁵⁸ García Ramírez, p. 102.

⁵⁹ Chihuahua (enero de 2007), Oaxaca (septiembre de 2007) y Morelos (octubre de 2008). La reforma de Zacatecas entra en vigor en enero de 2009 y la de Baja California en julio de 2009.

⁶⁰ El artículo 169 del Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua incluyen las siguientes medidas cautelares: I) La presentación de una garantía económica suficiente a los términos del Artículo 176; II) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el Juez; III) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al Juez; IV) La obligación de presentarse periódicamente ante el Juez o ante la autoridad que él designe; V) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; VI) El arraigo, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con las modalidades que el Juez disponga; VII) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; VIII) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; IX) La separación inmediata del domicilio, cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado; X) La suspensión de derechos; XI) Internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite; y XII) La prisión preventiva, a menos que el delito imputado tuviera señalada pena alternativa o no privativa de libertad. En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida cautelar cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida conforme el Artículo siguiente.

comportamiento en procesos anteriores, la posible pena a imponer incluyendo el daño causado, posibilidad de movimiento, lugar de origen y residencia, entorno social y otros aspectos personales y familiares útiles para determinar la estabilidad del imputado.

- d. *El desarrollo de la investigación:* El segundo interés del sistema de justicia es asegurar que el imputado en libertad no va a afectar el desarrollo de la investigación. Por ejemplo, si existe la posibilidad de que el imputado va a destruir pruebas o intimidar o aleccionar a testigos para que obstaculice el proceso. Este elemento también se puede evaluar tomando en cuenta todas las circunstancias del imputado, las características de cómo se cometió el delito y su comportamiento anterior. Se tiene que tratar con muchísimo cuidado la valoración de este elemento para evitar el abuso y arbitrariedad de lo que constituye una verdadera afectación del desarrollo de la investigación. Por este motivo, el Ministerio Público tiene que probar con fuentes convincentes de que el imputado afectará el desarrollo de la investigación. A falta de dicho sustento, éste elemento no estará probado.
- e. *La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad:* El tercer interés que se valora es la seguridad pública y la protección de la víctima. De igual manera que los dos elementos anteriores, la valoración de este criterio incluye la consideración de varios factores (por ejemplo, evidencia que el imputado haya amenazado a la víctima o a los testigos, posibilidad de cometer otro ilícito, y comportamiento en procesos anteriores).

De igual manera, este elemento tiene que estar claramente definido para evitar su abuso e interpretaciones arbitrarias. Por ejemplo, ¿qué constituye “comunidad”? Creo que con señalar únicamente víctima y testigo hubiera sido suficiente para este elemento quienes son los sujetos a quienes se quiere proteger. El concepto de “comunidad”, o el interés social de no obstaculización del proceso está incorporado en el elemento anterior.

En el sistema tradicional, el monto de la fianza incluía la garantía de la reparación del daño como la manera de proteger a la víctima – cabe señalar que dicha exigencia de garantizar el monto de la reparación del daño en la etapa procesal cuando aun no se prueba la responsabilidad del imputado viola la presunción de inocencia. Un análisis de la legislación en el estudio sobre prisión preventiva en Nuevo León revela las dificultades que existen para que la víctima reclame la reparación del daño en casos donde el imputado no ha cumplido con los requisitos de la libertad provisional. En esencia, no existe el mecanismo para que la víctima reclame en las etapas previas a la sentencia la garantía que el imputado depositó para poder obtener su libertad provisional. En caso de fuga, el proceso se suspende hasta que se ejecuta la orden de reaprehensión y la víctima tiene que esperar hasta que el imputado sea condenado por reparación para poder solicitar ese monto. El nuevo criterio va más de acuerdo a la protección de la seguridad e integridad de la víctima ya que cada caso se deberá de valorar para determinar si existe un riesgo para la misma y sólo después de sentencia condenatoria por reparación podrá solicitar su indemnización correspondiente.

Por último, en lo referente a esta parte del artículo 19 constitucional, que a mi juicio, se apega más a las garantías, señalo que las legislaciones secundarias deben de definir los factores que se tienen que valorar para determinar si se garantiza o no la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad. Todos los elementos se tienen que valorar en un contexto específico para que el juez, haga su propio análisis, y racionalice la imposición de la mejor medida aplicable a cada caso en concreto. Adicionalmente, se tienen que capacitar al Ministerio Público y defensa para que realicen las investigaciones necesarias sobre los posibles riesgos y los puedan argumentar en la audiencia ante el juez. Por otra parte, también se tienen que capacitar a los jueces para que puedan realizar los análisis necesarios para tomar su decisión y así preservar la presunción de inocencia y proteger la seguridad pública.

2. Aspectos limitativos de las garantías y presunción de inocencia del artículo 19 sobre prisión preventiva

No obstante que las disposiciones abordadas anteriormente coinciden con los estándares internacionales, los siguientes criterios se contraponen con estos mismos. Las siguientes dos disposiciones únicamente toman en cuenta el delito para imponer la prisión preventiva violando la presunción de inocencia y contraviniendo la dinámica de valorar a cada caso, a cada individuo y circunstancia por separado tomando en cuenta varios factores como anteriormente lo he explicado.

En las disposiciones anteriores se parte desde la regla de la presunción de inocencia y libertad al menos que el Ministerio Público pruebe que no se puede garantizar la comparecencia, la integridad del proceso, o la seguridad pública. En las disposiciones que a continuación analizo, el legislador establece excepciones a la regla general de presunción de inocencia y libertad. Este es uno de los ejemplos donde se mezclan conceptos del sistema tradicional en la reforma donde se pretendía ser garantista. Estas dos excepciones violan la presunción de inocencia dado a que lo único que se considerará para imponer la prisión preventiva es el tipo del delito por el cual se le está imputando.

- f. *Así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso:* En este elemento el Ministerio Público lo probará con documentación indicando que el imputado está siendo procesado por un delito doloso o con la ficha de antecedentes penales donde indique que tiene una sentencia por delito doloso. El problema con el uso de este elemento por sí sólo para solicitar y justificar la prisión preventiva es que no demuestra que el imputado no vaya a comparecer en su proceso o que pueda obstaculizar la investigación o que ponga en riesgo a la sociedad. Este elemento “no tiene que ver con los fines de la prisión”⁶¹ preventiva.

El error aquí es que el legislador estableció esta categoría por sí sola cuando se debió incorporar como uno de los factores a considerar para probar los posibles riesgos de comparecencia, obstaculización y seguridad pública al analizar el comportamiento del imputado en procesos anteriores y existentes y la posible pena a imponer. Este elemento debió de ser uno de los que se evalúan para determinar si se puede garantizar o no la libertad del imputado sin tener que imponer la prisión preventiva

Este elemento viola la presunción de inocencia porque, como dicho anteriormente, únicamente considera la clasificación del delito como “doloso” para justificar la medida restrictiva de libertad en un sistema donde debería de ser la excepción. El legislador considera a los imputados, “de antemano, peligrosos o candidatos a la evasión.”⁶² El riesgo con esta excepción, así como ha sucedido con el sistema tradicional en lo referente a los delitos graves, es el abuso ha resultando en el uso indiscriminado de la prisión preventiva.

- g. *El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, 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:* En este precepto, el juez tendrá que imponer, de muto propio, la prisión preventiva, aún sin la petición del Ministerio Público por los delitos enunciados en la constitución. La imputación por uno de estos delitos será suficiente para la imposición de la prisión preventiva automáticamente. Esta es la disposición de prisión preventiva forzosa de la constitución – regresando a la imposición automática de la medida.

⁶¹ García Ramírez, p. 103.

⁶² García Ramírez, p. 104.

Sin entrar a fondo en que la constitución no es el lugar para establecer el catálogo de delitos graves (derecho penal), esta decisión viola los estándares internacionales y la presunción de inocencia. Reiterando, el delito y la posible pena son elementos que se deben evaluar en contexto de todos los factores citados para determinar la necesidad de cautela sin tener que considerar solamente la clasificación del delito. El criterio internacional es la excepcionalidad de la prisión preventiva con esta disposición constitucional la prisión preventiva es la única opción – es la regla para estos delitos.

La reforma en este punto, comente un error ya que “no es debido establecer una relación automática entre determinadas categorías de delitos y privación cautelar de la libertad Yerra... cuando dice... que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva”.⁶³ Cabe señalar que en el sistema tradicional, estos regímenes de excepciones se convierten en la regla. Actualmente, existe un abuso del uso de la prisión preventiva por el gran número de delitos clasificados como graves y por la falta de alternativas no restrictivas de la libertad.

Otro de los riesgos de estos delitos graves constitucionales es que algunos pueden ser familias de conductas penadas. Por lo tanto la legislación secundaria puede expandir esta lista o el Ministerio Público puede definir ciertos conceptos ambiguos para imputar por delitos dentro de esta categoría.

El legislador constitucional sólo incluyó el “homicidio doloso” como delito grave sin distinguir entre las diferentes categorías del homicidio.

En los “delitos cometidos con medios violentos como armas”, ¿cómo se define un medio violento o qué constituye un arma? En algunas legislaciones, empujar a una persona al momento de cometer un robo constituye violencia, por lo tanto es delito grave o comentar un robo de noche se considera un agravante.

Los “delitos cometidos contra de la seguridad de la nación” puede incluir un sinnúmero de posibilidades. El imponer prisión preventiva considerando únicamente la clasificación del delito y, más aún, por delitos descritos por conceptos ambiguos violan la presunción de inocencia y contradicen la misma esencia de la reforma garantista y del sistema de justicia penal acusatorio.

Igualmente, las categorías de “libre desarrollo de la personalidad” y “salud” son muy genéricas y amplias – lo cual abre la posibilidad de arbitrariedad y abuso. Esto puede dar pie a que la legislación secundaria a múltiples delitos, que no necesariamente sean “de suma gravedad” sean dirigidos a imputados que pongan en riesgo el proceso a la seguridad. En estas categorías pueden incluirse el “peligro de contagio supuesto que no tiene razón para negar la libertad”.⁶⁴

3. Alcances de la reforma constitucional en materia de prisión preventiva y sus implicaciones para la adecuación de las legislaciones secundarias

Dado a que la reforma constitucional ha sido publicada en el Diario Oficial de la Federación, los estados tienen hasta ocho años para crear sus sistemas de justicia penal acusatorio, los cuales tendrán que incluir las disposiciones legales sobre las medidas cautelares y prisión preventiva estipuladas en el artículo 19 constitucional. En referente a los estados que han incorporado en sus ordenamientos legales vigentes el sistema procesal penal acusatorio previsto en la reforma constitucional (Chihuahua, Oaxaca y partes del sistema de Nuevo León), el mismo entró en vigor el día siguiente de la publicación del Decreto en el Diario Oficial de la Federación, de esta manera se validan plenamente las actuaciones procesales que se hayan practicado.

⁶³ Ibid., pp. 100-101.

⁶⁴ García Ramírez, p. 105.

Al comenzar con los trabajos para incorporar el sistema procesal penal acusatorio surgirán varias cuestiones. Una de ellas es en lo referente a la prisión preventiva por la lista de delitos graves establecidos en la Constitución. Como se mencionó, la reforma en esta materia contiene una dualidad: por un lado la regla general de libertad atendiendo a la presunción de inocencia limitando la prisión preventiva para casos excepcionales y por el otro, la privación preventiva automática de la libertad de personas imputadas por cierto tipos de delitos.

Para rescatar el espíritu garantista de la reforma en su totalidad en este aspecto específico del proceso penal, los estados deberán realizar un análisis profundo y determinar la mejor manera de implementar sus ordenamientos jurídicos de acuerdo a los preceptos constitucionales. Por ejemplo, para evitar que los supuestos de la reforma que imponen un uso automático de la prisión preventiva (analizados anteriormente) se conviertan en la regla general, los estados deberían hacerse las siguientes preguntas. ¿Puede un estado establecer un sistema de justicia sin incluir la lista de delitos graves establecidos en la Constitución? ¿Puede un estado ampliar garantías y no establecer el listado de delitos graves? Estas preguntas requieren de un análisis constitucional, que primeramente debe comenzar consultando la intención del legislador en esta materia.

La exposición de motivos indica que los legisladores decidieron permitir el régimen de medidas cautelares regido por el principio de subsidiariedad y excepcionalidad porque comparten la idea “de evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva”. Por esta razón, de acuerdo al lenguaje en el Dictamen Constitucional, se establece lo siguiente:

La aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas. Esto quiere decir que sólo cuando exista necesidad de 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, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, procederá la aplicación de alguna medida cautelar de las que prevea la ley. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados.

....

Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el Ministerio Público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.

Finalmente, la procedencia de las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares. El propósito en este caso será provocar la menor afectación posible.

Tomando la intención del legislador anteriormente citada, de crear un mecanismo de excepcionalidad imponiendo la prisión preventiva únicamente en los casos cuando otra medida cautelar no sea suficiente para resguardar los intereses procesales, ¿cuál es el propósito de establecer una serie de delitos graves en el ámbito constitucional? ¿Por qué permitir la imposición automática de la prisión preventiva cuando la intención constitucional es que las medidas sean proporcionales y siempre se aplique la menos intrusiva? Según la explicación del Dictamen Constitucional, legislador federal quiso establecer una regulación para la imposición de medidas cautelares para los delitos graves y de delincuencia organizada. Se estableció en el texto constitucional para proteger su supremacía.

Históricamente el sistema de delitos graves tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia y diversos estudios indican que este sistema excepcional se convirtió en la regla. Los catálogos de delitos graves fueron incrementando hasta resultar en un abuso la prisión preventiva, lo que verdaderamente llegó a convertirse en prisión sin condena. “Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva”. ¿Cómo se puede asegurar que la excepción que establece la última parte del artículo 19, como se abordó anteriormente, no se vuelve a convertir en la regla?

Tomando esto en cuenta, el mismo lenguaje en el Dictamen estipula que “El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva”. Al establecer esta sugerencia o “posibilidad” por parte del legislador, pudiera indicar que los estados tienen la posibilidad de optar por ampliar las garantías.

Para preservar la presunción de inocencia, el principio de excepcionalidad y estar en concordancia a los estándares internacionales, la gravedad del delito no debería ser el único elemento para ordenar prisión preventiva. En un sistema procesal penal que amplíe las garantías al no clasificar la gravedad de los delitos no genera impunidad sino más bien requerirá de una debida investigación y preparación por parte del Ministerio Público para sostener su petición ante el juez, una evaluación de los posibles riesgos y la institucionalización de supervisión de las personas en libertad bajo medidas cautelares no privativas de libertad.

El Lic. Miguel Ontiveros Alonso presentó que la reforma constitucional establece a la prisión preventiva como la regla y no la excepción.⁶⁵ El Lic. Ontiveros argumenta que el artículo 19 establece siete hipótesis en las cuales el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva (éstas coinciden con las de la primera parte de la primera oración del segundo párrafo del artículo en mención). Las otras nueve hipótesis donde el juez impondrá la prisión preventiva se encuentran en la última parte del segundo párrafo del artículo 19. Estas posibilidades amplían las facultades del Ministerio Público porque qué delitos no pueden encuadrar en éstas mismas. Según el Lic. Ontiveros la solución es trabajar con los códigos penales para incluir alternativas a la prisión para que no contemplen la posibilidad de privación de libertad.

4. Conclusión

Es evidente que en los próximos ocho años los estados tienen una enorme tarea al homologar sus respectivas legislaciones a los nuevos requerimientos de la reforma constitucional. En materia de prisión preventiva, la constitución establece una dualidad de criterios: presunción de inocencia y restricción de garantías. Esta realidad es la que crea aún más retos dado a que algunos conceptos son demasiado ambiguos.

Los estados tienen que establecer planes estratégicos claros, definir una metodología de implementación (gradual por delitos, gradual por región), capacitar, crear los mecanismos institucionales necesarios para aplicar con efectividad las nuevas normas y promover un cambio cultural. En lo referente a la prisión preventiva, los estados pueden manejar las nuevas medidas cautelares estableciendo programas para que asistan a las partes a evaluar los riesgos antes de la audiencia de medidas cautelares e instaurar instituciones que supervisen a los imputados en libertad. Con el uso de ambos mecanismos, se preserva la presunción de inocencia y se salvaguarda la seguridad pública.

⁶⁵ Lic. Miguel Antonio Ontiveros Alonso es el Director General del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Presentación sobre la reforma penal y su impacto en la prisión preventiva, Congreso Internacional de la Reforma Constitucional en Materia Penal: Retos y Desafíos, Guanajuato, Guanajuato, 22-24 de septiembre de 2008.

