

EL FENÓMENO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO BAJO LA VIGENCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE CORTE ACUSATORIO

Guillermo Raúl ZEPEDA LECUONA*

SUMARIO: I. *Principio de inocencia y libertad durante el proceso en la reforma constitucional de 2008*. II. *Análisis normativo*. III. *La evidencia empírica*.

I. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y LIBERTAD DURANTE EL PROCESO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

Este texto presenta el régimen de aplicación de la prisión preventiva vigente desde la reforma constitucional de 2008 y regulado por la legislación procesal penal de corte acusatorio (en algunos estados y, a partir de 2014 en todo el país a través del Código Nacional de Procedimientos Penales, CNPP), su armonización con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), así como la evidencia empírica sobre los cambios en la aplicación de esta medida cautelar extrema en nuestro país, a raíz de la entrada en vigor de dicho régimen de aplicación.

La libertad durante el proceso penal es una de las principales garantías que conforman el principio de inocencia. El considerar y tratar como inocente a una persona sujeta a investigación o a proceso criminal, y que esta consideración sólo pueda cesar por un fallo judicial firme que le declare responsable es uno de los principios políticos fundamentales del proceso penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “De todas las

* Profesor e investigador en el El Colegio de Jalisco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Se agradece el apoyo para el desarrollo de esta línea de investigación sobre Nuevo Sistema de Justicia Penal y Derechos Humanos a la Fundación MacArthur. También se agradece la asistencia en el proyecto de la maestra Paola Jiménez Rodríguez.

garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia”.¹

El máximo instrumento del sistema interamericano es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; también contiene el derecho al principio de inocencia, enunciado en su artículo 26, en los siguientes términos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.² En términos muy similares este derecho se recoge en la Convención Americana sobre Derechos Humanos:³ artículo 8o., fracción 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no establezca legalmente su culpabilidad”.⁴

La reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 estableció de manera explícita este principio fundamental.

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
“...los objetivos de la reforma... son los siguientes: 1. Una reforma que permita un tránsito ordenado, gradual y viable al sistema acusatorio... 3. Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de las víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad. ...que asegure un equilibrio procesal entre las partes, defensa, acusación y ofendidos...”.	“...establecimiento de un sistema penal acusatorio basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad y presunción de inocencia”. ⁵

¹ Caso Figueredo Planchart, citado en O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, nota 10, p. 399.

² *Ibidem*, p. 26.

³ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, aprobada por el Senado mexicano el 18 de diciembre de 1980; ratificado por México el 24 de marzo de 1981 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

⁴ *Idem*.

⁵ Senadores (2007), Cámara de Senadores, Dictamen aprobado por el Senado (devuelto a la Cámara de Diputados), con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Gaceta Parlamentaria*, Cámara de Senadores, 13 de diciembre de 2007, (la versión impresa que aquí se cita es de 73 pp).

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
“Adecuar la Constitución a los diversos tratados que ha suscrito México estableciendo de forma explícita el principio de represunción de inocencia”. ⁶	Artículo 20, apartado B. “I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Luigi Ferrajoli ha señalado que el principio de inocencia es una garantía de verdad y una garantía de libertad.⁷ Es garantía de libertad en tanto que establece la carga probatoria al órgano de acusación y que establece la regla de decisión de que en caso de duda se considere lo más favorable al imputado. De esta forma, para obtener una resolución judicial adversa al imputado, el Ministerio Público habrá tenido que acreditar los elementos de su acusación para superar este principio o presunción de inocencia.

El principio de inocencia es una garantía de libertad, en tanto que establece que la persona que no ha recibido una sentencia condenatoria firme debe considerarse inocente y ser tratada como tal. Y uno de los derechos y trato consecuente con este principio de inocencia es que no se prive de la libertad al imputado durante el proceso penal. La detención provisional o prisión preventiva sólo se aplicará cuando el Ministerio Público la haya solicitado y acredite su necesidad y justificación.

La libertad durante el proceso es un contenido o implicación esencial del principio de inocencia, e incluso organismos internacionales de protección de los derechos humanos han considerado que la prisión preventiva vacía el contenido de la presunción de inocencia.⁸

Por ello, en el discurso de la reforma penal de corte acusatorio reformó el régimen de aplicación de la prisión preventiva, buscando que realmente fuera una medida cautelar excepcional y reducirla a su menor expresión.

En la iniciativa del Ejecutivo no se contemplaba la modificación al artículo 19; sin embargo, se hacía referencia a la prisión preventiva en la

⁶ Diputados (2007), Cámara de Diputados, Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, núm. 2401-VIII, 11 de diciembre de 2007, versión impresa que aquí se cita es de 66 pp.

⁷ Citado en Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del puerto, 1998, pp. 121-167. Cita en p. 122.

⁸ Por ejemplo, véase párrafo 80 del Informe 12/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso 11.245, *Jorge A. Giménez vs. Argentina*.

adición de un párrafo cuarto al artículo 16 constitucional en los siguientes términos: “La ley establecerá como delitos graves aquéllos que afecten seriamente la tranquilidad y la paz públicas. Los delitos considerados como de delincuencia organizada siempre serán graves” (Calderón, 2007, p. 14).⁹

Esta modificación pretendía establecer una limitación al legislador ordinario, aunque en muchos códigos el catálogo de delitos graves comienza señalando que “se considerarán graves por constituir una seria afectación para la sociedad”, por lo que parecía poco plausible que esta disposición frenara al legislador. Por otra parte, la iniciativa presidencial ya contempla una postura adoptada por la RPC: constitucionalizar el catálogo de delitos graves en aras de limitar el número de delitos en él considerados.

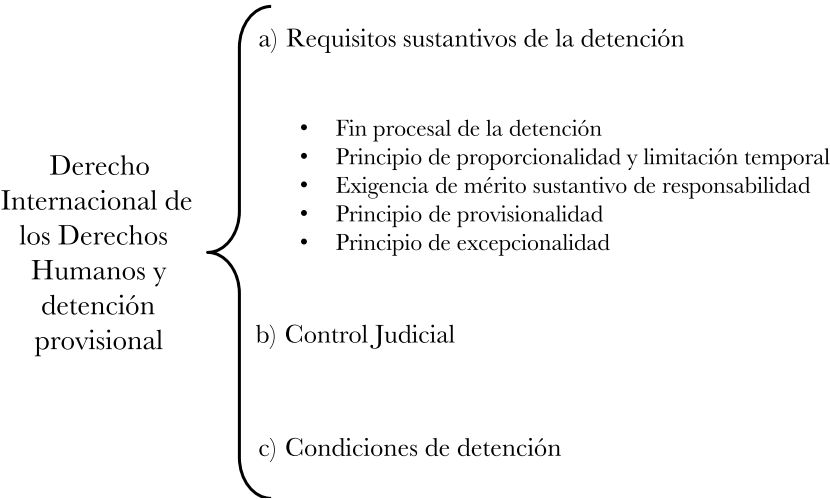
<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
	Prisión preventiva como medida excepcional. Artículo 19 párrafo 2o., primera parte “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado 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”.

⁹ Calderón Hinojosa, Felipe de Jesús, Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9 de marzo de 2007, p. 20.

<i>Objetivos</i>	<i>Mecanismos constitucionales</i>
“Para evitar que el legislador secundario incurra nuevamente en los excesos de tipificar como graves conductas que no lo son, y con ello, afectar el compromiso internacional de que la prisión preventiva sea la excepción y no la regla, tal y como lo prevé el numeral 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...” (Calderón, 2007, p. 5).	Limitar el catálogo de delitos inexcusables. Artículo 19 párrafo 2o., segunda parte “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”.
	Revocación de la libertad durante el proceso. Artículo 19 párrafo 3o. “La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”.

Diagrama 1

Directrices del DIDH PARA LA APLICACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL O PRISIÓN PREVENTIVA



Aunque contradictorio con el principio de inocencia, la mayoría de los tratadistas ha considerado a la prisión preventiva como un mal necesario. Una vez que se admite como necesaria, los tratadistas han señalado la necesidad de reducirla a su menor expresión. Este conjunto de restricciones desarrolladas por el DIDH se presenta de forma sintetizada en el diagrama 1.

II. ANÁLISIS NORMATIVO

El sistema penal constitucional mexicano está en un momento de transición. La reforma de junio de 2008 que busca reestablecer el sistema acusatorio en nuestro país establece un régimen de entrada en vigencia, que concluyó en junio de 2016.

Proponemos hacer una análisis convergencia-divergencia para ver si la regulación y la operación de la aplicación de la prisión preventiva cumple con los principios y estándares internacionales sintetizados en el diagrama 1.

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

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

La última de las causales para la justificación de la aplicación de la medida no encuentra fundamento en el DIDH; en el primer caso (que esté siendo procesado) se violenta el principio de inocencia, y en el segundo (sentenciado), implica una consecuencia de la reiteración, que sería una especie de sanción adicional, que no tiene nada que ver con el proceso penal para el que se dicta la medida cautelar, con lo que se desnaturaliza su esencia, al no estar relacionada con la preservación del proceso penal.¹⁰

¹⁰ El régimen anterior también incorporaba esta noción “sustantivista” de la detención provisional o prisión preventiva (término acuñado por Alberto Bovino), pues el artículo 20,

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

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.¹¹

La duración del encarcelamiento preventivo por un tiempo nunca mayor al límite máximo de la pena prevista para el ilícito que se impute al procesado es apenas el mínimo de los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Más relevante es la referencia de que “...en ningún caso será superior a dos años...”.

Esta restricción se basa en criterios jurisprudenciales que en nuestro país supeditaron la garantía al proceso en un plazo razonable a la garantía de defensa; por ejemplo, “Defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la de obtención de una sentencia en breve lapso” (2002) y se emitió la tesis “Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia” (2002). De esta forma, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable quedó expresamente supeditada a la garantía de defensa, ¿Y la garantía de libertad también? Mala aritmética constitucional la que no puede aplicar la propiedad conmutativa a sus garantías.

Por lo que se refiere a la exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad, su adopción no es pacífica en el ámbito del DIDH,¹² porque implica aspectos propios de la sentencia, que no tienen que ver con la naturaleza de una medida cautelar. Esta exigencia plantea fundamentalmente el que en los casos en los que se aplique la prisión preventiva, como la medida cautelar extrema y más gravosa, se cuide la solidez de los elementos de la acusación. En México, el análisis de los datos y evidencias de la imputación se

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

¹¹ Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² Por ejemplo, puede consultarse el debate sobre este principio en Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo...”, *cit.*

analizan en la audiencia de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional). En caso de que se vincule a proceso al imputado es cuando se aborda la medida cautelar que podría aplicarse; pero en este supuesto la argumentación versa exclusivamente sobre las causales de justificación de la medida, sin abordar lo relativo a la probable responsabilidad del imputado.

Alberto Bovino señala que el principio de provisionalidad “solo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla”.¹³ Además, este principio implica que estén expeditos los medios procesales para solicitar la revisión sobre la pertinencia o no de que la medida cautelar cese. El texto constitucional mexicano no aborda expresamente este principio, pero se puede desprender del principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva. En la legislación secundaria del país está prevista la posibilidad de plantear la revisión de la medida de la prisión preventiva y solicitar una medida cautelar menos gravosa por “causas supervinientes”.

La exigencia de que la prisión preventiva sea excepcional es el punto de partida y el punto de llegada en el análisis de esta institución. El principio es expreso, en el ya citado segundo párrafo del artículo 19 constitucional: “El Ministerio Público *sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar...*”¹⁴ (cursivas agregadas). Es decir, se debe agotar antes el análisis de las medidas cautelares menos gravosas y dejar la prisión preventiva como la última opción.

La verificación de este principio es la prueba de fuego para determinar la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal; es decir, en la medida en que realmente sea excepcional su aplicación, querrá decir que las providencias tomadas por el ordenamiento jurídico y la operación cotidiana del sistema penal, logra preservar el valor del principio de inocencia en uno de sus elementos clave: reducir a su menor expresión el fenómeno de la prisión preventiva.

El control judicial de la detención preventiva refiere que la limitación de un derecho fundamental como el de enfrentar en libertad el proceso debe estar necesariamente sujeta al conocimiento y control judicial. Este princi-

¹³ *Op. cit.*, p. 160.

¹⁴ El régimen constitucional anterior también fraseaba de inicio esta excepcionalidad (aunque seguido de restricciones y “excepciones” muy significativas): “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando...” (artículo 20, apartado A, fracción primera, del texto constitucional anterior, que todavía rige el proceso de los estados que no han adoptado el sistema acusatorio, derivado de la reforma de junio de 2008).

pio es fundamental para que los valores que inspiran los principios de aplicación de la prisión preventiva, que se han descrito en este apartado, tengan eficacia. El juez es el garante de que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional.

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

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

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

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.¹⁵

Como se puede apreciar, deja subsistente la posibilidad de que el legislador local establezca delitos “inexcarcelables” (como los denomina Luigi Ferrajoli) en determinadas materias, así como en los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, que deja abierta la posibilidad de impedir, de oficio, la libertad durante el proceso a una amplia tipología de conductas delictivas como sucede actualmente con los “catálogos de delitos graves” de los códigos procesales tradicionales. En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos graves (y por lo tanto,

¹⁵ Artículo 19 constitucional, segundo párrafo.

inexcarcelables) del artículo 194 contemplaba en 2007, 127 modalidades delictivas.¹⁶

Luigi Ferrajoli, quien critica los criterios de aplicación de la medida cautelar *ex lege* o automática,¹⁷ indica que el juzgador debe aplicar la legislación de acuerdo con los hechos comprobados y verificados, y que la ideología mecanicista de la aplicación de la ley es incompatible con la epistemología garantista.¹⁸

Respecto de las condiciones de la detención durante la prisión preventiva, la disposición XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona detenida “tiene derecho... a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.¹⁹ En el mismo sentido, las Reglas de Tokio se refieren en particular a que la prisión preventiva “deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano” (6.2).²⁰

“Además, estarán separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”.²¹ Por disposición expresa de la Constitución mexicana (artículo 18) la prisión preventiva deberá desarrollarse en un sitio distinto del que se destine para la extinción de las penas, y estarán completamente separados.

III. LA EVIDENCIA EMPÍRICA

En este apartado se describirá el nuevo régimen; se señalarán en notas al pie los contrastes respecto del sistema tradicional, al que le restan tres años de vigencia.

En Latinoamérica, la reducción del abuso de la detención provisional (o prisión preventiva) es uno de los principales desafíos en materia de derechos

¹⁶ Zepeda Lecuona, Guillermo, *Castigo sin crimen: la prisión preventiva en México, trayectoria, alcances y alternativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 424. En preparación editorial.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1995, 1991, p. 554.

¹⁸ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹ *Op. cit.* pp. 25 y 26.

²⁰ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, t. 1, p. 274.

²¹ Artículo 10, párrafo 2, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *Ibidem*, t. 1, p. 47. En el caso Pinkney, el comité de Derechos Humanos consideró que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados).

humanos. La complejidad del fenómeno ha sido analizada por los máximos órganos de protección de los derechos humanos del hemisferio como en el caso Bayarri (Argentina) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2008.

En México se ha buscado implementar las medidas adecuadas para atender dicha problemática. Como proporción de la población penitenciaria, los presos sin condena han presentado una tendencia decreciente. Sin embargo, aún hay mucho por realizar.

El legislador mexicano tradicionalmente había optado por el “catálogo de delitos graves”. Si una persona es señalada y procesada por una de las noventa modalidades delictivas que en algunas entidades tiene ese catálogo, se pierde el derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Esta práctica es contraria a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. En esos catálogos se incorporaron sin el menor discernimiento conductas que dejan en prisión a personas por delitos no violentos. Por este tipo de políticas, en julio de 2016 había 95,742 personas en prisión preventiva (40.4% del total de los internos, casi ocho mil internos menos que en julio de 2013). Se presumían inocentes ante la Constitución, pero dormían en prisión. En números absolutos, como porcentaje de la población penitenciaria y como presos sin condena por cada cien mil habitantes, los indicadores de prisión preventiva muestran una reducción.

Estos indicadores se ven impactados por la operación del NSJP en los estados en los que se han arraigado los principios y buenas prácticas del nuevo sistema a favor del derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal.

No obstante esta significativa tendencia decreciente, un indicador de 81.9 internos sin condena por cada cien mil habitantes nos sigue presentando entre los países que usan con mayor intensidad esta medida cautelar (tabla 1).

Tabla 1
Comparativo internacional de población penitenciaria
sin condena por cada cien mil habitantes

<i>Lugar que ocupa según procesados por cada 100 mil habitantes</i>	<i>País</i>	<i>Internos sin condena por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
1	Panamá	209.3	7,474
4	U.S.A	152.3	476,764

<i>Lugar que ocupa según procesados por cada 100 mil habitantes</i>	<i>País</i>	<i>Internos sin condena por cada 100 mil habitantes</i>	<i>Población penitenciaria sin condena (números absolutos)</i>
8	El Salvador	131.8	8,208
16	Venezuela	97.7	28,771
18	Sudáfrica	96.0	48,417
19	Belice	95.7	304
23	Rusia	86.6	123,755
26	México	81.9	95,742
38	Turquía	73.1	53,848
63	Chile	59.9	10,343
72	Colombia	55.4	26,009
94	España	27.5	12,758
119	Nigeria	21.3	34,600
123	India	20.2	250,307
137	Alemania	13.3	10,894
154	Islas Faroe	3.2	2

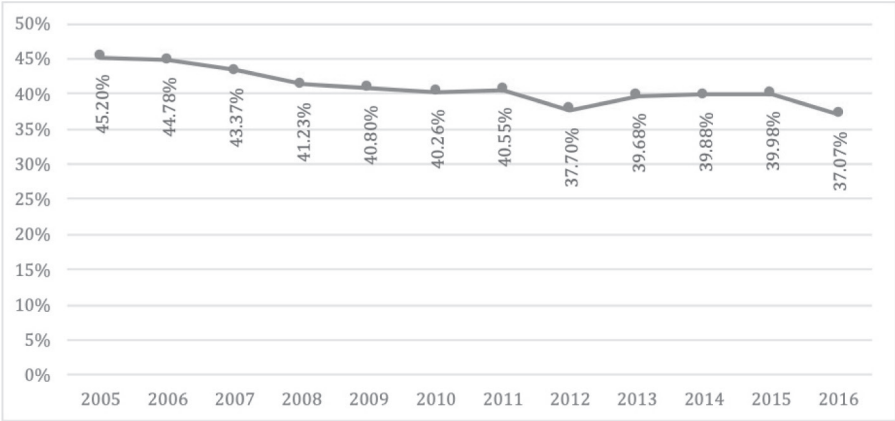
FUENTES: Base de datos obtenida del International Center for Prison Studies (prisonstudies.org), con información, para la mayoría de los países, de 2013. Para Estados Unidos, El salvador, islas Faroe e India: 2009; Colombia, Venezuela y Panamá: 2012. En dicha base, la información para México es: 81.9 (95,742 internos sin condena). Aquí se toman los datos de julio de 2016 de la Secretaría de Gobernación.

El análisis de la evidencia empírica sobre la dimensión y trayectoria del fenómeno de la prisión preventiva en México permite afirmar que en el país se hace un uso excesivo de esta medida cautelar, por lo que no se cumple el principio de excepcionalidad ni el de proporcionalidad. La reforma penal ha introducido mecanismos institucionales que han permitido la reducción del fenómeno, pero aún dista de los estándares internacionales.

Se ha demostrado que bajo el sistema procesal penal tradicional, al menos 40% de las personas sujetas a prisión preventiva podrían estar en libertad hasta el momento de su juicio sin que existiera un riesgo de que se fugaran o representaran riesgo alguno para la sociedad. En cambio, el erario dedica todos los días 36 millones de pesos para la operación del sistema penitenciario, más 19 millones de pesos que diariamente las familias de los internos deben gastar en la defensa legal y gastos personales del interno, pa-

gos indebidos a autoridades y a otros internos, así como para los traslados y horas laborales para las visitas.²²

Gráfica 1
Trayectoria del porcentaje de presos sin condena
respecto del total de la población penitenciaria en México
(competencia local)



FUENTE: 2013-2016 Secretaría de Gobernación; y 2006-2016, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

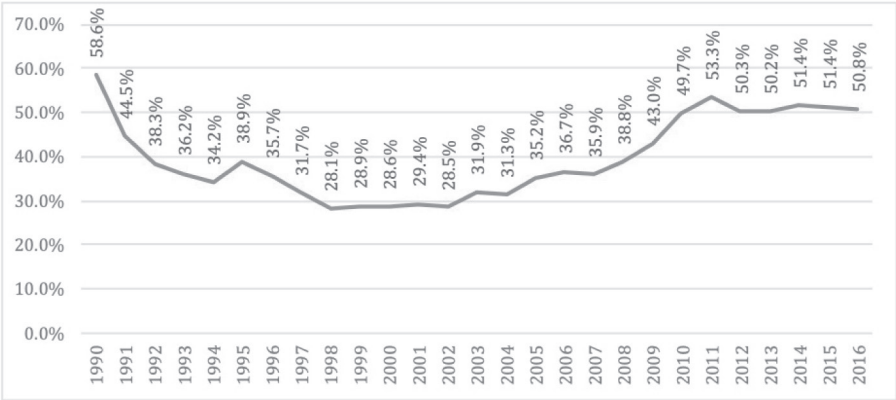
Los resultados comienzan a percibirse. En el ámbito de competencia local, la aplicación de la prisión preventiva en los tres indicadores referidos anteriormente se registra un descenso, pasando la variable como porcentaje de la población penitenciaria de 45.2% en 2005 a 39.3% en 2016 (gráfica 1).

En el ámbito federal, el avance del nuevo sistema comenzó en fechas más recientes. La entrada en vigencia del NSJP y la reforma en el tema de narcomenudeo deberán comenzarse a reflejar en la prisión preventiva, aunque en el ámbito federal ha experimentado una tendencia ascendente, siendo en julio de 2016 de 50.8% del total de los internos por delitos federales (gráfica 2).

²² Zepeda Lecuona, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Monterrey, Open Society Institute, 2010, p. 82.

Gráfica 2

Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia federal en México



FUENTE: 2013-2016 Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Como se refiere, entre 2006 y 2016 el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, más de 70 mil personas habrían evitado la experiencia de la prisión preventiva. En primer lugar, esto se debe a que muchos casos (153 mil en 2015) casos se resuelven por acuerdos reparatorios (antes se sobrecriminalizaban, y en algunos casos se imponía prisión preventiva); en los casos que se llevan ante los jueces, el nuevo régimen de aplicación de la prisión preventiva implica en la mayoría de los casos (los que no sean por los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución), las partes argumentan y justifican la aplicación de las diversas medidas cautelares, siendo el juez el que determine la procedente, señalando que debe considerarse como la última opción, la prisión preventiva.

Además, otros casos califican a soluciones alternativas, como la suspensión del procedimiento a prueba. De igual forma, la mayor agilidad de los procesos también incide en la reducción del porcentaje de la población penitenciaria en situación de prisión preventiva. También en algunos estados se registra una despresurización de los centros penitenciarios.

Tabla 2

Población en prisión preventiva por delitos del fuero común (número absolutos y como porcentaje de la población penitenciaria)

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	VAR. REF.
Baja California	7,360	8,307	7,340	6,205	5,709	4,574	5,176	5,373	4,888	4,740	4,179	-2,026
	58.27%	60.19%	53.32%	47%	44.88%	37.77%	40.20%	39.90%	37.00%	36.86%	34.90%	-12%
Chiapas	1,924	1,905	2,093	2,248	2,453	2,875	2,869	2,935	3,224	3,162	2,580	-295
	36.00%	35.37%	37.26%	39%	40.40%	45.50%	45.50%	48.30%	52.32%	55.11%	52.50%	7.00%
Chihuahua	2,024	1,959	1,304	1,242	1,707	2,353	2,631	3,034	3,219	2,981	2,868	844
	43.93%	42.15%	33.67%	33.82%	42.73%	47.46%	46.90%	44.99%	45.75%	41.25%	39.30%	-4.63%
Durango	1,395	1,504	1,388	1,241	866	948	929	2,034	2,415	2,576	2,167	926
	60.65%	61.36%	56.19%	54.69%	57.35%	49.12%	45.16%	68.00%	74.28%	70.1%	71.3%	16.61%
Guanajuato	1,502	1,327	1,216	1,306	1,363	1,391	1,352	1,305	1,514	1,671	1,789	398
	45.46%	40.14%	35.16%	36.06%	35.09%	37.40%	37.50%	37.52%	39.86%	41.42%	43.40%	6.00%
México	7,384	7,315	6,680	6,847	6,884	5,813	5,327	6,173	9,547	11,062	10,237	3,390
	42.71%	44.52%	40.53%	40.91%	40.44%	34.70%	31.84%	33.70%	41.29%	43.31%	40.80%	-0.11%
Morelos	1,222	1,139	1,224	1,079	914	967	864	980	854	827	607	-617
	46.77%	43.44%	47.26%	42.75%	35.09%	35.67%	31.82%	34.60%	29.81%	28.15%	21.40%	-25.86%
Nuevo León	1,543	1,231	1,094	1,216	1,380	2,734	3,578	2,366	2,016	1,400	1,399	-2,179
	36.64%	27.63%	23.94%	25.98%	26.56%	40.87%	45.98%	32.70%	28.43%	22.27%	24.20%	-21.78%

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	VAR. REF.
Oaxaca	2,053	1,868	1,931	1,675	1,791	2,084	2,265	2,312	2,286	2,564	2,419	488
	50.72%	51.33%	54.04%	48.38%	51.84%	56.46%	59.65%	64.00%	63.17%	67.42%	63.70%	9.66%
Tabasco	1,364	1,422	1,633	2,068	2,241	2,711	2,930	2,589	1,900	2,060	1,401	-1,529
	39.64%	38.33%	42.55%	52.04%	47.20%	52.60%	56.42%	55.32%	43.71%	49.08%	36.10%	-20.32%
Yucatán	1,021	1,075	1,062	1,091	1,297	1,120	1,138	954	741	726	410	-710
	47.31%	47.65%	46.58%	47.70%	49.90%	47.32%	46.87%	43.46%	43.67%	48.14%	30.40%	-16.92%
Zacatecas	358	345	345	304	283	281	343	349	326	384	388	43
	37.18%	32.89%	33.01%	32.14%	31.00%	31.02%	37.36%	35.80%	30.87%	33.45%	34.80%	1.79%
Nacional	71,553	70,718	69,562	70,222	71,710	74,254	71,545	78,408	82,464	80,330	70,011	-707
	44.46%	43.05%	40.96%	40.50%	40.25%	40.50%	37.70%	39.70%	39.88%	40.00%	37.07%	-5.98%

FUENTE: 2013-2016, Secretaría de Gobernación; y 2006-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal. La información de 2016 corresponde al mes de julio.

En la tabla 2 se puede apreciar la tendencia general en los estados en los que ha operado por más tiempo el nuevo sistema de justicia penal (al menos tres años, en rojo aparecen los años en los que ha operado el nuevo sistema). En la última columna se puede apreciar la variación en números absolutos y porcentual respecto del año anterior a la entrada en vigencia del nuevo sistema.

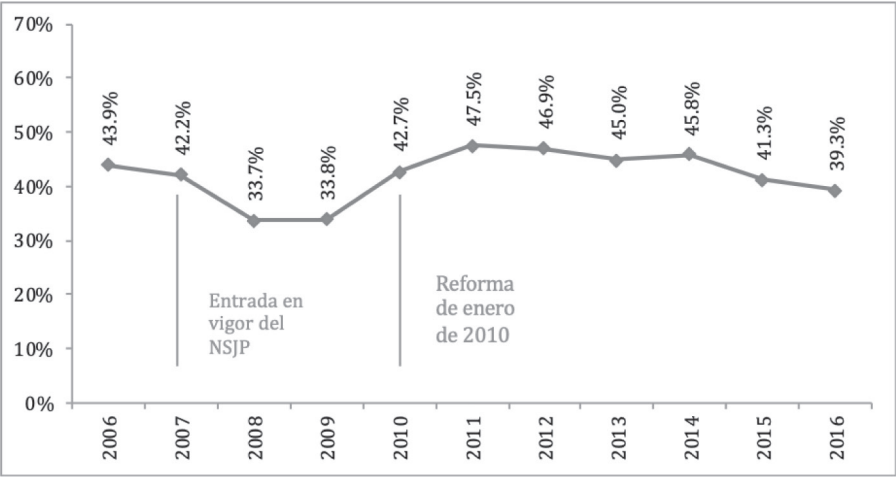
Cinco estados muestran una impresionante reducción en la aplicación de la medida cautelar extrema: Nuevo León (de 46% a 21.8%); Morelos (de 47% a 21.4%), Baja California (de 47% a 34.9%, pero pasando de 7,340 internos en 2008 a 4,179 en situación de prisión preventiva en 2016). En el caso de Yucatán, terminó con una tendencia a la alza en el porcentaje de internos sin condena, con una reducción en números absolutos de 63.4% de personas sujetas a esta medida cautelar, pasando de 1,120 en 2012 a 410 personas en 2016.

Después de que en 2014 Tabasco presentó un descenso considerable de la prisión preventiva, se registró un incremento, que presentaba un indicador por encima de la media nacional; sin embargo, en el último año se dio un notable descenso en el fenómeno. Zacatecas se mantiene muy por debajo de la media nacional.

En Chihuahua, después de cuatro años de ascenso (2011 a 2014), debido al reestablecimiento de la prisión preventiva por ley para ciertos delitos a partir de enero de 2010. La aplicación del Código Nacional parece comenzar a reflejarse en la reducción del fenómeno.

El estado de México muestra un inquietante incremento después de haber experimentado una reducción en los primeros años de vigencia del NSJP. En números absolutos, las personas en situación de prisión preventiva han pasado de 6,847 en el anterior sistema a 10,237 en julio de 2016. Guanajuato, Chiapas y Durango muestran un incremento alarmante en el indicador tanto en números absolutos como en porcentaje de la población penitenciaria.

Gráfica 3
Porcentaje de presos sin condena respecto del total
de internos por delitos de competencia local en Chihuahua

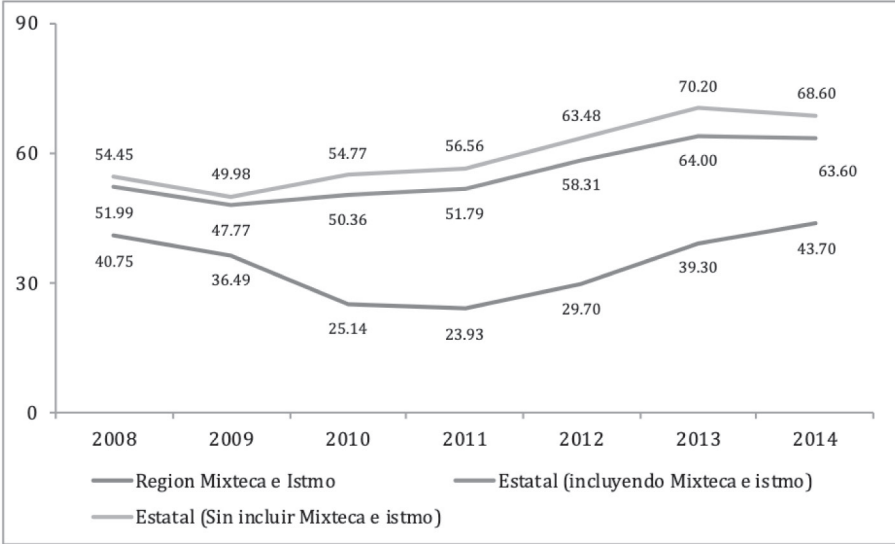


FUENTE: 2005 a 2016, Secretaría de Seguridad Pública Federal; 2013, Secretaría de Gobernación. La información de 2013 corresponde al mes de septiembre.

En Oaxaca, se puede hacer un análisis más puntual. Cuando se accede a información desagregada de las regiones en las que está en vigencia el nuevo modelo acusatorio respecto de otras regiones de la misma entidad federativa en la que aún opera el sistema tradicional, el impacto diferenciado del modelo se justicia penal sobre la prisión preventiva se hace evidente. Por ejemplo, en la gráfica 4 se aprecia la notable diferencia entre la proporción de presos sin condena respecto del total de internos en los centros penitenciarios de Oaxaca en 2014 en las regiones en las que operaba el nuevo sistema de justicia, y las que se impartía justicia con el sistema tradicional de catálogo de delitos graves.

Debe analizarse en particular la aplicación del régimen de medidas cautelares, en virtud del crecimiento constante en la proporción de internos que están en prisión preventiva. De no corresponderse a un incremento en la tasa de procesos penales por delitos de alto impacto, parecería que algunas inercias de aplicación creciente de esta medida cautelar podrían estar ganando terreno en las audiencias y los criterios judiciales.

Gráfica 4
Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia local en Oaxaca



FUENTE: 2013 y 2014 Secretaría de Gobernación; y 2008-2012, Secretaría de Seguridad Pública Federal.

No obstante, aún en el sistema acusatorio se siguen enfrentando tendencias adversas a la libertad durante el proceso penal. De hecho, ha sido criticado que la propia reforma constitucional mantuvo la prisión preventiva oficiosa para algunas conductas, lo que, como se ha señalado, contraviene las directrices del DIDH. El constituyente trató de poner con ello un límite constitucional a la proliferación de delitos inexcusables; sin embargo, los legisladores de algunos estados como Chihuahua en enero de 2010 y Baja California en 2012, ampliaron por encima del umbral constitucional los casos en los que procedía la prisión preventiva obligatoria o de oficio, contraviniendo el principio de progresividad en materia de derechos humanos.²³ Los efectos de estas políticas, como ya se ha referido al analizar la tabla 1, se ha traducido en el incremento en la aplicación de la prisión preventiva. Por ejemplo, en la gráfica 4 se puede apreciar la tendencia en Chihuahua a raíz de la “contrarreforma” de 2010.

²³ Véase por ejemplo, Ríos, Carlos y Cerdio, Jorge (coords), *Las reformas de la reforma procesal penal en Chihuahua*, México, Tirant lo Blanch, 2012, p. 156.

Por ello, la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se ajusta a las directrices constitucionales en materia de prisión preventiva, repercutirá en el descenso en la aplicación de esta medida cautelar en los procesos de competencia federal, que se acentúe la tendencia decreciente del fenómeno en el ámbito de competencia local, y que cesen las desviaciones y abusos en la aplicación de la prisión preventiva.

La significativa reducción de internos en el país (casi veinte mil en dos años) comienza a reflejarse en la reducción de la sobrepoblación penitenciaria. En julio de 2016 la ocupación penitenciaria promedio en México fue de 1113.2%. Para la Organización de las Naciones Unidas, más de 100 por ciento de ocupación penitenciaria se considera como un trato cruel e inhumano. Sin embargo, esta tasa de ocupación es apenas un promedio. Los centros penitenciarios más grandes del país están a más de 200 por ciento de su capacidad. Dos de cada tres internos en México están en situación de hacinamiento.

Concentraciones de entre tres mil y trece mil personas son bombas de tiempo esperando detonación. El estado de México sigue siendo una de las entidades con mayor saturación penitenciaria, al estar en promedio al 265.5% de su capacidad. El Centro Penitenciario de Chalco al ¡586%! de su capacidad; Ecatepec, al ¡486%! Los centros de Cuautitlán (386.9%), Tlal-nepantla (al 375%) y Nezahualcoyotl (al 243.2%) configuran las condiciones de genocidio carcelario.

Afortunadamente, la Ciudad de México ha reducido en más de 40% su población penitenciaria, pero sigue teniendo una ocupación promedio de 144%, y los centros penitenciarios como los preventivos Oriente (al 224.3%), Norte (al 171.8%), y Sur (con 149.4% de ocupación penitenciaria).

En Jalisco, el Centro para Sentenciados de Puente Grande (al 299% de ocupación); Centro Preventivo de Guadalajara (al 199%) y el Centro penitenciario femenino de Puente Grande (156%). En Baja California, el Centro de Reinserción Social de Tijuana (213%).

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

cepto constitucional sobre la separación de internos por grado de peligrosidad y según su situación jurídica”.²⁴

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las deficiencias en la clasificación criminológica de los internos, así como la falta de separación entre procesados y sentenciados en áreas comunes, son factores que reducen la eficacia de la reinserción social del interno, uno de los cinco rubros de evaluación de dicho diagnóstico. En los cien centros penitenciarios evaluados en dicho estudio (de entre las más pobladas del país, que concentran al 75 por ciento de los internos) se documentaron anomalías al respecto. Se refiere que la “inadecuada clasificación criminológica y por situación procesal [son parte] de la problemática imperante en el sistema penitenciario”.²⁵ Incluso se refieren casos de incumplimiento en la separación entre hombres y mujeres.²⁶

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

Los motines, las fugas, los suicidios, las riñas y los homicidios se han incrementado exponencialmente. En 2011 se registraron 116 homicidios, y en 2012 se superó la cifra, rondando los 160. Según informó en septiembre de 2012 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en las cárceles mexicanas se habían cometido 352 homicidios en dos años.²⁷ Los grupos del crimen organizado han extendido sus disputas a los centros penitenciarios. Un interno de los centros penitenciarios de Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa o Durango tiene ocho veces más probabilidades de morir hoy que la población en general de nuestro país.

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

²⁴ Patiño Arias, José Patricio, *Nuevo modelo de administración penitenciaria*, México, Porrúa, 2010, p. 248. Cita de p. 106.

²⁵ *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* (DNSP), México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2012, p. 350. Disponible en: <http://dnsp.cndh.org.mx/#>. Cita de p. 6.

²⁶ *Ibidem*, p. 3.

²⁷ *Idem*.

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

Por otra parte, como una medida adecuada para el fortalecimiento institucional del contexto en el que los jueces resuelven sobre las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia, se impulsan como buena práctica los servicios previos a juicio, particularmente las unidades de medidas cautelares (UMECA), que generan imparcialmente información confiable sobre el imputado y su entorno social para tomar decisiones e individualizar la medida cautelar con más y mejor información. Estos mecanismos se han consolidado en estados como Morelos y Baja California, y se están adoptando en otras entidades federativas. Sus resultados son la reducción en la prisión preventiva y un cumplimiento en las medidas cautelares no privativas de libertad y condiciones de suspensión del proceso penal superior al 95%, lo que incrementa la confianza institucional y la legitimidad social de los mecanismos del nuevo modelo de justicia.

De esta forma, se espera cristalizar el propósito último del modelo acusatorio en materia de prisión preventiva, la “prueba de fuego”, como han referido Alberto Bovino²⁸ y Perfecto Andrés:²⁹ que se verifique en la práctica el principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

El incumplimiento de los criterios desarrollados por el DIDH y los principios constitucionales de la aplicación de la prisión preventiva refieren un rezago cuasi-democrático en la operación del sistema penal mexicano y la ineficacia de los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad durante el procedimiento penal, indica un gran pasivo de nuestra ley fundamental.³⁰

²⁸ Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 121-167.

²⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, núm. 13, agosto de 1997. Versión tomada de internet, 18 pp. Consultado en 2007.

³⁰ Carpizo, Jorge, “La clasificación de las constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 428.