

PRISIÓN PREVENTIVA Y SEGURIDAD PÚBLICA

PETRIAL DETENTION AND PUBLIC SECURITY

Daniel González Álvarez
Exmagistrado / Consultor externo
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica / Florida International University (Estados Unidos)

Fecha de recepción: 11 de abril de 2023.

Fecha de aceptación: 1 de noviembre de 2023.

RESUMEN

Estas líneas buscan reflexionar sobre el uso indebido de la prisión preventiva automática en los países de nuestra región, sobre la actitud de nuestras autoridades políticas que propician aumentar el uso de la prisión preventiva como una respuesta a la creciente inseguridad ciudadana, y resaltar cómo el sector judicial, una vez más y de alguna manera, ha debido imponer algunos límites, no obstante la presión mediática y la constante amenaza a su independencia.

ABSTRACT

These lines seek to reflect on the improper use of automatic preventive detention in the countries of our region, on the attitude of our political authorities that encourage increasing the use of preventive detention as a response to growing citizen insecurity, and to highlight how the sector judicial, once again and in some way, has had to impose some limits, despite media pressure and the constant threat to its independence.

PALABRAS CLAVES

Prisión preventiva, prisión preventiva automática, seguridad pública, prevención de la criminalidad, desafíos de la judicatura, independencia judicial

KEYWORDS

Preventive detention, automatic preventive detention, public security, crime prevention, challenges of the judiciary, judicial independence

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL. 3.- LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL. 4.- LOS CUESTIONAMIENTOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA AUTOMÁTICA DESDE LA JUDICATURA. 5.- LOS DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2.- THE USE OF PREVENTIVE PRISON AS AN INSTRUMENT OF SECURITY AND GENERAL PREVENTION. 3.- THE JUDICIAL PROTECTION OF FREEDOM DURING THE CRIMINAL PROCEDURE. 4.- QUESTIONS TO AUTOMATIC PREVENTIVE PRISON FROM THE JUDICATURE. 5.- THE CHALLENGES FOR JUSTICE OPERATORS IN THE APPLICATION OF PREVENTIVE PRISON. BIBLIOGRAPHY.

1.- INTRODUCCIÓN

Por invitación de la Academia Mexicana de Derecho Juan Velásquez, tuve el honor de participar en una de las mesas sobre Prisión Preventiva junto con distinguidos maestros latinoamericanos, que realizáramos bajo la dirección del estimado amigo y maestro Dr. José de Jesús Naveja.

En mi caso, conversé sobre la prisión oficiosa o automática, sobre la inclusión en la Constitución de las normas que amplían el uso de la prisión preventiva, y sobre los criterios sustantivos de aplicación de la prisión preventiva.

De aquel momento a la fecha han ocurrido dos acontecimientos muy significativos sobre el uso de la prisión preventiva automática (u oficiosa como se llama en México) los cuales no podrían obviarse hoy para tratar los temas a los que me referí en mi intervención oral en aquel momento, y sobre los cuales quisiera referirme ahora, porque están

estrechamente ligados a mis comentarios iniciales: se trata de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México, del 7 de noviembre de 2022, y de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México del 24 de noviembre de 2022, que analizó el uso de la prisión preventiva automática.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida estimó inconvenientes la prisión preventiva oficiosa y el arraigo establecidos en la legislación mexicana. La Corte se pronunció sobre disposiciones contenidas en legislación secundaria, no en las normas recogidas e incorporadas en la Constitución mexicana que establecen el arraigo y la prisión preventiva oficiosa, sin embargo esa decisión tiene una trascendencia muy significativa no sólo para México sino para el entero sistema jurídico interamericano, dado el uso que la región se le da a la prisión preventiva para contener la criminalidad.

Por su parte, la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México del 24 de noviembre de 2022, si bien no desaplicó la prisión preventiva oficiosa, un buen número de Ministros realizaron severos cuestionamientos a la misma, sin alcanzar mayoría como para invalidarla, pero dejaron expuestas sus dudas sobre su constitucionalidad.

Estas posiciones jurisprudenciales retratan de cuerpo entero el esfuerzo que se realiza desde la judicatura para contener el impulso de los sectores políticos dirigidos a acrecentar el uso de la prisión preventiva, a través de propuestas para flexibilizar requisitos y aumentar los supuestos de su aplicación, ya sea presionando al Poder Judicial, ya sea a través de la aprobación de reformas legislativas.

Por consiguiente, haré referencia a ellas para reafirmar lo que señalábamos en nuestras exposiciones orales ya mencionadas, ahora en estas líneas, con el propósito de dimensionar los alcances de los desafíos que se enfrentan en las judicaturas de nuestra región, para aplicar la prisión preventiva dentro de un sistema de garantías, en momentos de mayor incremento de la criminalidad.

2.- EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD Y PREVENCIÓN GENERAL

Desde finales del siglo pasado la mayoría de los países latinoamericanos hemos iniciado largos y complicados procesos de transformación de nuestros sistemas de justicia penal, adoptando legislaciones que finalmente pretenden poner en vigencia un sistema oral, acusatorio y adversarial más cercano a un Estado de Derecho, unos con mayor intensidad y recursos que otros, procesos todavía con pendientes, algunos incluso con muchas deudas y carencias; y a su vez hemos suscrito convenciones e instrumentos

internacionales de derechos humanos que establecen una serie de principios democráticos para el juzgamiento penal que tienden a humanizar la actividad represiva del Estado; pero lamentablemente continuamos incorporando en nuestras legislaciones y particularmente mantenemos en nuestras concepciones culturales, muchas figuras jurídicas de carácter inquisitorial, propias de regímenes autoritarios.

El incremento de la actividad delictiva, la necesidad de contrarrestarla y la ineficacia de los sistemas tradicionales en la persecución de los delitos han propiciado recurrir cada vez más a métodos más represivos y autoritarios porque son más fáciles de adoptar, y transmiten tranquilidad a la opinión pública, al brindar la apariencia de que se está combatiendo la criminalidad con eficacia.

Es en ese contexto en que podemos ubicar el uso de la prisión preventiva como un instrumento de contención del delito, generalmente propiciado por las constantes y justificadas demandas ciudadanas para combatir la inseguridad, y por las manifestaciones permanentes de los medios de comunicación y las redes sociales, que evidencian los reiterados embates de los grupos delincuenciales organizados y la ineficacia del Estado para contenerlos.

Es efectivamente entendible esta demanda ciudadana, asistimos a una permanente pérdida de nuestra seguridad personal, patrimonial y colectiva, que requieren de una efectiva intervención del Estado para garantizar la paz y la convivencia social.

Buscar soluciones adecuadas para disminuir los grados de violencia y la criminalidad en general son necesidades imperiosas indiscutibles si no en todos al menos en la mayoría de los países de nuestra región.

En esa necesidad coincidimos todos. En lo que nos diferenciamos es en las posibles reacciones y en la forma de construir una adecuada política de persecución penal por parte del Estado.

Algunos sectores han considerado necesario recurrir a medidas abiertamente contrarias a nuestros sistemas democráticos para combatir esa creciente criminalidad.

Es así como se plantea la necesidad de organizar grupos paramilitares, compuestos por exmiembros de las fuerzas armadas, policías, grupos privados de vigilancia, y otros ciudadanos, dedicados a actuar en forma clandestina, con el fin de aplicar ajusticiamientos a quienes el grupo "juzga" como personas indeseables para la sociedad.

Otros, de forma más abierta que los anteriores, pero tan radicales como ellos, estiman que a los imputados no deben reconocérsele derechos, y que en consecuencia deben ser detenidos preventivamente, sin mayores consideraciones probatorias y deber ser juzgados en procesos sumarísimos, aplicando penas muy severas que los saquen de

circulación por largo tiempo, como apreciamos en El Salvador con las políticas del Presidente Bukele, quien gracias a ello aparece como el político de mayor apoyo popular en América Latina. Como autorizadamente se afirma, *“...Los populistas en el poder no han abandonado la retórica soberanista de la “voluntad popular” ni la concepción de política como una lucha insalvable entre el “pueblo bueno” y sus “enemigos”. Al contrario, reivindicar “la voluntad auténtica del pueblo” se ha demostrado un instrumento retórico efectivo para dotar de legitimidad a las propias decisiones de gobierno.”*¹

Finalmente están las soluciones más comúnmente escuchadas en el lenguaje de nuestros políticos, las que podríamos denominar soluciones fáciles y muy efectistas, aceptables para la mayoría de los ciudadanos dentro de los ámbitos de la institucionalidad y que generan gran aceptación y adeptos, en especial en períodos electorales.

Me refiero a las reacciones más comunes propuestas por nuestros gobernantes para tranquilidad general: i) militarizar a la policía y aumentar su presencia en las calles, ii) aumentar las penas de prisión para los delitos en general y en particular, y iii) aumentar el número de personas detenidas a través de la prisión preventiva y la disminución de beneficios sustitutivos de las penas.

No pretendemos aquí exponer sobre cada una de estas respuestas², salvo algunos comentarios relacionados con la prisión preventiva.

Aumentar el uso de la prisión preventiva a través del endurecimiento de su regulación es quizás la más popular de las respuestas por lo fácil que resulta modificar la legislación para aumentar los parámetros y los casos en que se aplica, y por lo simbólico de su significado, al transmitir un mensaje de tranquilidad muy efectista y de mucha receptividad ciudadana, basado en la creencia de que a mayor cantidad de personas en prisión menor índice de delincuencia existirá.³

Un estudio realizado sobre los códigos procesales penales acusatorios de la región latinoamericana refleja que en los años siguientes a su entrada en vigencia, en la mayoría de ellos se produjeron reformas normativas, particularmente en el área que regula la procedencia de la prisión preventiva, fundamentados, en primer lugar, en procurar satisfacer demandas de inseguridad ciudadana o por lo menos acallar el miedo de la

¹ Cfr. SALMORÁN VILLAR, Guadalupe. Populismo. Historia y geografía de un concepto, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 912, UNAM, Ciudad de México, 2021, p. 200.

² Sobre ellas véase nuestro trabajo GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. Delincuencia Juvenil y Seguridad Ciudadana. En "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, tomo B, segundo semestre 1996, pp. 457 a 477.

³ Como un ejemplo que se replica en nuestros países cfr. VÉLEZ OSORIO, Luis Gonzaga. Otra cara del sistema acusatorio colombiano: Menosprecio de la libertad personal y autoritarismo penal, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2012, pp. 59 ss.

población; en segundo lugar, se justifican en la búsqueda de respuestas a demandas de penas más duras contra la delincuencia y combatir la reincidencia, lo que también está relacionado con el temor a la delincuencia; y en tercer lugar, dichas reformas expresan que pretenden evitar la comisión de delitos que a su juicio son los más graves, porque generan en la percepción ciudadana ineficacia en su persecución.⁴

Esta respuesta es muy significativa para los ciudadanos y también para la misma policía. Para los ciudadanos porque le representa tranquilidad frente al delito cuando a los imputados se les aplica la prisión preventiva desde el inicio de cualquier procedimiento, al considerar que lo merecían por sus faltas, y que el Estado actúa con rapidez y efectividad; y para los policías también, porque su queja permanente es que ellos detienen a los delincuentes y los jueces los dejan en libertad, lesionando así la seguridad ciudadana.

Esta conclusión es muy arraigada en los ciudadanos, a pesar de que no existe ningún estudio técnico que permita afirmar que a mayor cantidad de personas en prisión preventiva habrá menor cantidad de delitos⁵, pero sí hay bastante evidencia que señala que los países que han aplicado desproporcionadamente la prisión preventiva no han disminuido los índices de criminalidad, y han multiplicado sus problemas.⁶

En efecto, la mayoría de los países latinoamericanos mantienen altos índices de prisión preventiva, pero ninguno ha logrado disminuir la violencia y la criminalidad por esa vía. Por el contrario, en una buena cantidad de ellos existe un acentuado interés en buscar métodos alternativos de solución de controversias y mecanismos sustitutivos de la prisión, como medidas reformadoras y de justicia más adecuados para resolver este grave problema, con fórmulas menos rígidas y más modernas que la represión indiscriminada, pues la prisión nunca ha sido un medio eficiente para transformar una persona en un

⁴ FUENTES MAUREIRA, Claudio. Régimen de prisión preventiva en América latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma, en *"Sistemas Judiciales"* Publicación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas-CEJA, año 7, N.º 14, Santiago de Chile, 2009, pp. 37 ss. Véanse también los trabajos y reflexiones sobre el tema en CARRASCO SOLÍS, Javier. Compilador. *"Retos de la Reforma Penal: Equilibrando la Presunción de Inocencia y la Seguridad Pública"* Cátedra Estado de Derecho, Escuela de Graduados en Política Pública y Administración Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), Institución RENACE, A.B.P., Open Society Justice Initiative. Monterrey, México, 2009.

⁵ Véanse los datos y los análisis de ZEPEDA LECUONA, Guillermo. El derecho a la libertad durante el proceso penal y la prisión preventiva en México, en ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA Y VIDA UNIVERSITARIA. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. DERECHOS HUMANOS. Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, Coordinadores. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 2015, Tomo V, Volumen 2, pp. 633 ss.

⁶ RIEGO, Cristián y DUCE, Mauricio. Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago de Chile, 2009, pp. 73 ss.; y DUCE, Mauricio J. Visión panorámica sobre el uso de la prisión preventiva en América Latina en el contexto de los sistemas procesales penales reformados, en *"Prisión Preventiva en América Latina. Enfoques para profundizar el debate"*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA, Santiago de Chile, 2013, pp. 13 ss.

ciudadano ejemplar, salvo escasísimas excepciones basadas más en condiciones personales que en esfuerzos institucionales.

La finalidad rehabilitadora de la prisión no pasa de ser una aspiración difícil de alcanzar no sólo por la falta de recursos y el medio en que se habría que desenvolverse, sino también por la naturaleza misma del encierro carcelario, donde las relaciones son impuestas. Enseñar a alguien en la cárcel a vivir en sociedad es como enseñarlo a nadar segregándolo del agua.

Además, no son esos los objetivos que se quieren con la prisión preventiva. La mayoría considera que aquellas personas que son detenidas porque se les atribuye un hecho delictivo deben guardar prisión preventiva para que comiencen a “purgar su falta”, como sinónimo de castigo inmediato, y esta concepción es la más arraigada en nuestras comunidades.

De ahí la frecuencia con que es utilizada como fórmula de contención de la criminalidad. De esta manera se busca redireccionar la persecución de los delitos como sinónimo de un combate, de una guerra, en la que hay que capturar -y en algunos casos exterminar- al enemigo, y se crea la apariencia de que nuestros gobernantes son eficientes y eficaces en el combate a la criminalidad, lo cual indudablemente genera adeptos y votantes, no obstante los costos de la prisión preventiva para el detenido, para la familia del detenido, para la comunidad, para el Estado, y todo el costo social que ella implica.⁷

La prisión preventiva pasa así a ser un importante mecanismo político de mucha utilidad para nuestros gobernantes, con el fin de dar la apariencia de disminuir y prevenir los delitos, como estrategia de prevención general, en lugar de ser un instrumento jurídico de carácter procesal, aplicable con criterios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad para garantizar la presencia del imputado durante el proceso y la eficacia de la investigación.

Para redireccionar la prisión preventiva como un instrumento de prevención general se ha recurrido a establecer en la ley parámetros sustantivos de aplicación, adicionales a los presupuestos indispensables.

Tal es el caso de las normas que señalan como criterio de aplicabilidad de la prisión preventiva la reincidencia, en unos casos, o la posible reiteración de la actividad delictiva, en otros, muy utilizada frente a personas que son reiteradamente detenidas por la policía y mantienen registros policiales importantes, o bien para los supuestos en que la persona cuenta con antecedentes penales por condenas anteriores.

⁷ Cfr. ZEPEDA LECUONA, Guillermo. ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México. Open Society Justice Initiative, Monterrey, México, 2010, pp. 39 ss.

Otro de los usos de la prisión preventiva como instrumento de prevención general y especial, se realiza cuando se establecen delitos específicos de aplicabilidad obligatoria. Me refiero a la prisión preventiva automática, también llamada oficiosa, prevista para un determinado catálogo de delitos, en donde se genera -consciente o inconscientemente- una falsa expectativa en la comunidad, al hacerse creer que con la obligatoriedad de la prisión preventiva para determinada clase de delitos, se está previniendo su realización, a pesar de que no haya ninguna evidencia de ello, pero, como hemos señalado, produce tranquilidad social y genera simpatía ciudadana ante la falsa creencia de que se están previniendo los delitos.

En Costa Rica en el año de 2009 se agregaron al Código Procesal Penal varias causales sustantivas para decretar la prisión preventiva, cuando haya flagrancia en determinados delitos, cuando el imputado tiene varios procesos penales pendientes, para los reincidentes, y en delincuencia organizada, además del supuesto que ya contenía el Código, sobre la posible continuación de la actividad delictiva.⁸

La Sala Constitucional costarricense ha señalado que dichos criterios no son de aplicación automática, sino que requieren de previa valoración y resolución fundada de juez competente⁹, sin embargo, no dejan de ser criterios de carácter sustantivo aplicables para adoptar una medida que debiera ser sólo de carácter procesal, dirigida a evitar la fuga del imputado, el entorpecimiento de la investigación o la afectación de la víctima y los testigos, en lugar de ser utilizada la prisión preventiva como un medio de control de la criminalidad en abstracto.

La influencia de los medios de comunicación que relatan de manera cotidiana hechos criminales graves, y de la presión ciudadana para buscarle adecuada solución al aumento de la criminalidad, son motivos expresamente reconocidos por los propios políticos al momento de plantear reformas legales para aumentar los supuestos de la prisión preventiva y para disminuir los ámbitos de apreciación de los jueces.

Así se expresa de manera directa, por ejemplo, en la “**Exposición de Motivos**” de un Proyecto de Ley que en Costa Rica pretende modificar el Código Procesal Penal “...con el propósito de ampliar la gama de supuestos a los que resulta aplicable la prisión preventiva como medida cautelar, en aras de clarificar en qué casos debe implementarse y en especial, de minimizar el margen de apreciación subjetiva que tienen los jueces al analizar las solicitudes de imposición de prisión preventiva que le haga el Ministerio Público, al investigar una causa penal o bien, al conocer los recursos de apelación contra las resoluciones de los

⁸ MORA SÁNCHEZ, Jeffrey J. Las causales de prisión preventiva de naturaleza punitiva a la luz del control difuso de convencionalidad, en “Acta Académica” N.º 54, UACA, San José, 2014, pp. 187 ss.

⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N.º 9346 de 2009.

Juzgados Penales que ordenaron dicha medida, promovidos por la defensa técnica de los imputados, que tienen el propósito de lograr una sustitución de la medida cautelar en cuestión por otra menos gravosa.”¹⁰

Sobre dicho proyecto la Procuraduría General de la República de Costa Rica externó una “**Opinión Jurídica**”¹¹ en la cual señaló de manera expresa la influencia de los medios de comunicación y la intención de los legisladores de enfrentar el problema de la criminalidad aumentando los supuestos de prisión preventiva y disminuyendo las potestades de los jueces para apreciar la racionalidad y necesidad de esa medida.

Se señala en el Dictamen que “...*los Diputados promoventes traen a colación publicaciones efectuadas por los medios de comunicación relacionados con hechos criminales graves, en los cuales resultaron heridas personas inocentes producto de tiroteos, así como la captura de sospechosos que trasegaban importantes cantidades de drogas. Continúan manifestando que en algunos de los asuntos de conocimiento público que se mencionan, pese a la gravedad de los hechos y/o de la gran cantidad de pruebas recabadas contra los presuntos responsables, los jueces competentes de pronunciarse sobre las medidas cautelares, optaron por decretar medidas distintas a la prisión preventiva o bien, los tribunales de alzada, al conocer recursos de apelación contra las resoluciones que ordenaron la prisión preventiva, dispusieron cambiar la reclusión provisional por otras medidas distintas, decisiones que a juicio de los impulsores van en detrimento de la seguridad pública. A partir de la problemática descrita, los promotores del proyecto plantean que con las inclusiones de los incisos antes referenciados, se contribuye a disminuir el margen de apreciación subjetiva con el que contarían los jueces para establecer la concurrencia de los presupuestos procesales, para la procedencia de la prisión preventiva y con ello la inseguridad jurídica, al considerar que se estaría extendiendo su imposición a cualquier delincuencia contenida en la Ley N° 7786 sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo...*”¹²

Pero igual, podemos mencionar ejemplos muy recientes, que lamentablemente encontramos en el pasado y vemos replicados en la mayoría de los países de nuestra región,

¹⁰ Cfr. Proyecto Legislativo N.º 20.377 denominado “*Reforma a los artículos 239 bis y 240 de la ley 7594 del 10 de abril de 1996, Código Procesal Penal, para regular las causales de prisión preventiva*”.

¹¹ Cfr. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica OJ-066-2018 de 23 de junio del 2018, elaborado por los Procuradores José Enrique Castro Marín y Andrés Alfaro Ramírez. Al final de su estudio los Procuradores recomiendan a los Diputados analizar la conveniencia y oportunidad de las reformas que se proponen, porque las altas expectativas que tienen los impulsores del proyecto muy posiblemente no lleguen a concretarse y sus resultados serían muy conservadores.

¹² *Ídem*.

algunas actitudes de nuestros políticos al expresar sus preocupaciones y críticas relacionadas con el control jurisdiccional que realizan los jueces sobre la prisión preventiva.

En este sentido podemos ubicar las expresiones del Presidente de Costa Rica que no hace mucho emitió en forma pública un ultimátum a su Ministro de Justicia (Secretario de Gobierno) para que *“corrija el tema de las medidas cautelares”* (sic) y le otorgó un plazo de un mes para que elaborara un proyecto de ley para presentarlo al Congreso, con el fin de aumentar el uso de la prisión preventiva y reducir la discrecionalidad de los jueces al otorgar la libertad durante el procedimiento penal. Al respecto señaló *“...hemos hablado muchísimo de las puertas rotativas que hay cuando las autoridades administrativas y el mismo OIJ (Policía Judicial) le entregan delincuentes al Poder Judicial y dan la vuelteca, así como entran, salen...”*¹³

En similar sentido en México, como lo apuntábamos para Costa Rica y ocurre en otros países, también el Presidente de la República se queja de los criterios del Poder Judicial al estimar que sus resoluciones *“favorecen presuntos delincuentes”*.¹⁴

Como indicaba, se trata de referencias que se reiteran en la mayoría de nuestros países, que reflejan la actitud de nuestros políticos como respuesta al permanente reclamo de la ciudadanía frente a la inseguridad por el incremento de los delitos y la ineficacia de la persecución penal, aunque sus propuestas y “soluciones” no tengan eficacia real.

3.- LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL

Aunque no todos con la misma intensidad ni de la misma manera, algunos Tribunales Constitucionales internos de nuestra región han asumido una posición de defensa de las garantías fundamentales frente a las constantes iniciativas de los sectores políticos que han pretendido “combatir” la criminalidad a través de leyes que propician un endurecimiento de los criterios de libertad durante el procedimiento penal, ampliando los supuestos de la prisión preventiva, adoptando figuras más restrictivas de la libertad, como el arraigo, y reduciendo los ámbitos de competencia y de discrecionalidad de los jueces penales al momento de apreciar las causales.

Sólo a manera de ejemplo quisiera referir aquí algunas acciones en ese sentido. En primer lugar, debemos resaltar lo que en su momento resolvió el Pleno de la Suprema Corte

¹³ Cfr. “Diario Extra” de Costa Rica, del 20 de febrero de 2023. Lo anterior como respuesta a la preocupación ciudadana por el sentimiento de inseguridad generado ante el aumento de los homicidios violentos y el constante abordaje periodístico.

¹⁴ Cfr. “Diario El País” de España, Edición México, del 2 y 3 de marzo de 2023, reportajes de Isabella González.

de Justicia de la Nación en México, el 5 de enero de 2006, al considerar que el arraigo, establecido entonces en el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua de aquella época, violaba la garantía de libertad personal que consagraban los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política, conforme a la redacción contenida entonces antes de la reforma de 2008.

Para llegar a esa conclusión la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que:

*“...en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad...”*¹⁵

Sin embargo, como una forma de blindar estas figuras jurídicas del control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia, y evadir así su confrontación con los derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso penal, en el año de 2008 se incluye entonces en la Constitución Federal el arraigo como una figura aplicable en delincuencia organizada (DOF 18-06-2008).

No obstante este blindaje constitucional, tanto la Suprema Corte como otros Tribunales Federales mexicanos, continuaron restringiendo el uso del arraigo por considerar que los Estados no tenían competencia para legislar sobre esa materia en delitos de competencia estatal, ya que sólo se autorizaba en delincuencia organizada, tema reservado al Congreso de la Unión y no a los Congresos Estatales, único supuesto en el cual la Constitución Federal vino a legitimar su aplicación a partir de la reforma de 2008.¹⁶

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis aislada: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 176030, Pleno, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pág. 1170, (Constitucional, Penal).

¹⁶ Véanse los antecedentes judiciales y la jurisprudencia citada en GAMBOA MONTEJANO, Claudia y VALDÉS ROBLEDO, Sandra. El arraigo en México. Cámara de Diputados, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis SAPI-ISS-12-17, Ciudad de México, 2017, pp. 18 ss.

Lo que deseo resaltar con estos antecedentes judiciales, los cuales he puesto sólo de ejemplo porque se reiteran en la mayoría de nuestros países, es la acción de las autoridades judiciales frente a las acciones de nuestras autoridades políticas al insistir en legislar sobre el uso de la privación de libertad preventivamente, para aplicarla a las personas que son o serán sometidas a procedimiento penal, restringiendo cada vez más las funciones y el análisis de los jueces, para determinar la necesidad y la racionalidad de esas medidas, al extremo de visualizar la acción judicial como nociva para la persecución de los delitos.

En igual sentido podemos mencionar una buena cantidad de antecedentes judiciales que propician que la aplicación de las medidas restrictivas de la libertad durante el procedimiento penal, reguladas en todos los Códigos Procesales y aceptadas como aplicables en las Constituciones Políticas de nuestros países, se adopten por juez competente bajo los principios de proporcionalidad, racionalidad, y necesidad.

Para continuar matizando esta idea, como un ejemplo que con seguridad encontramos en más de un tribunal penal o constitucional, podemos mencionar lo señalado por la Sala Constitucional de Costa Rica, al afirmar que: *“... este Tribunal Constitucional ha señalado que se establecen tres garantías en relación con la detención de las personas: a) sólo se puede detener a una persona cuando contra ella exista, al menos, un indicio comprobado que ha participado en la comisión de un hecho que constituya delito; b) que la orden sea dada por un juez o una autoridad encargada del orden público, a menos de que se trate de un delincuente prófugo o detenido en flagrancia; y, c) que dentro de las veinticuatro horas, contadas a partir de la detención, se le ponga a la orden de Juez competente . Sobre la importancia del derecho a la libertad personal, contenido en el artículo 37 Constitucional, la Sala ha dicho lo siguiente: “La libertad personal es una libertad pública (libertad-límite), un derecho fundamental, inseparable de la dignidad de la persona humana, básica para la efectividad de otras libertades públicas. No se trata, por tanto, de un derecho que haya de ser otorgado por el Estado, es, por el contrario, un derecho absoluto y previo al Estado, que debe ser reconocido por la Constitución, señala la doctrina constitucionalista y por ello la detención se presenta como una excepción a la libertad”.*¹⁷

En esa labor, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos destaca algunas decisiones jurisprudenciales que han representado avances con el propósito de reducir el

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Voto No 5219-96, del 4 de octubre de 1996. Véanse además las resoluciones del mismo Tribunal citadas en CÓRDOBA ORTEGA, Jorge y GONZÁLEZ PORRAS, Andrés. Constitución Política de la República de Costa Rica con concordancias y resoluciones de la Sala Constitucional, Ijsa Investigaciones Jurídicas, San José, tomo I, 2018, pp. 397 ss.

uso de la prisión preventiva, en resoluciones emitidas por tribunales nacionales y locales, de países como Argentina, Colombia, Estados Unidos y Perú.¹⁸

Entre los principales avances jurisprudenciales, señala la Comisión los siguientes:

- a) delimitación de las causales de procedencia de la prisión preventiva;
- b) establecimiento de mayores requisitos para la determinación de la misma;
- c) prohibición de la exclusión de delitos del régimen establecido para el cese de prisión preventiva;
- d) promoción de la utilización de medidas alternativas a la misma;
- e) sometimiento de la detención a control judicial, y
- f) regularización de la situación procesal de las personas detenidas sin orden judicial.¹⁹

Finalmente, pero no de menor trascendencia, debemos señalar aquí las decisiones de otro de los órganos jurisdiccionales más importante de la región que ha defendido la libertad y ha reducido los ámbitos de competencia de los países del área para legislar y juzgar sobre los alcances de la prisión preventiva durante el procedimiento penal, me refiero a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁰

Como bien lo sintetiza **Javier Llobet**, la Corte Interamericana a través de sus sentencias ha establecido sobre la prisión preventiva, que: *“a) La prisión preventiva debe tener un carácter excepcional, b) la prisión preventiva no puede ser una pena anticipada, c) la prisión preventiva es una medida cautelar, no una punitiva, d) solamente son admisibles las causales de peligro concreto de fuga y de peligro concreto de obstaculización, e) la restricción de la libertad debe ser en los límites estrictamente necesarios, f) toda restricción de la libertad debe ser fundamentada, g) no es admisible que la prisión preventiva persiga la prevención general, ni la prevención especial, h) las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se imputa, no son por sí mismos, justificación*

¹⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105, 3 de julio 2017, pp. 52 ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Entre ellas SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7-9 2004, Par 107; Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iniguez vs. Ecuador, sentencia de 21-11-2007, Par. 10; Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31-8-2004, Párrafo 129; Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-5-2014, Párrafo 312; Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica, párr. 356; Caso Romero Feris Vs. Argentina, párr. 98; Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25-11-2005, párr. 128; Caso Jenkins Vs. Argentina, párr. 77; Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 -11-2005. Serie C No. 135, párr. 197; Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21-09- 2006. Serie C No. 152, párr. 89; entre muchas.

suficiente de la prisión preventiva, i) la prisión preventiva que supera un plazo razonable, se convierte en una pena anticipada, j) deben tener prioridad las medidas sustitutivas de la prisión preventiva, k) los presos preventivos deben ser tratados conforme a su condición y deben ser separados de los condenados, l) la presunción de inocencia prohíbe las razias y las detenciones programadas y colectivas, m) la prisión preventiva debe respetar el principio de proporcionalidad. Debe cumplir con las exigencias de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, n) la prisión preventiva requiere la exigencia de probabilidad de la responsabilidad penal del imputado, como uno de los requisitos materiales, pero dicha probabilidad no es suficiente para su dictado, sino se requiere que se den los otros requisitos materiales de la prisión preventiva.”²¹

Sin duda ese conjunto de directrices son el fruto de una labor constante frente a las iniciativas de nuestras autoridades políticas y legislativas, y han servido para contener el uso indebido de la prisión preventiva de nuevo desde el ámbito jurisdiccional y supranacional.

Como hemos advertido, se trata de ejemplos que también encontramos en Tribunales Nacionales de nuestra región, y ponen en evidencia que el derecho a la libertad en el proceso penal ha gozado de protección judicial a través de un conjunto de resoluciones desde la trinchera jurisdiccional, tanto del fuero común a través del control sobre la detención y el examen sobre la necesidad de cautela, como del sector de control constitucional, a través del amparo y el habeas corpus, aunque desde luego con diferentes intensidades y matices.

Cierto es que no ha existido conformidad sobre esa protección judicial de la libertad durante el procedimiento penal, pues algunos la consideran excesiva, mientras que otros muy deficiente. Baste observar por un lado las opiniones de los sectores políticos, que se hacen eco de la justificada demanda de seguridad que exigen los ciudadanos y por ello utilizan esa necesidad con quejas públicas e iniciativas legales, al señalar a las autoridades judiciales, según su criterio, como protectoras de los imputados al exigir una serie de requisitos para privarlos preventivamente de su libertad, y por el otro, la constante queja de los defensores de los derechos humanos y de los abogados litigantes, que señalan que los tribunales no hacen lo suficiente para proteger a los imputados de su derecho de libertad durante el procedimiento penal.

No obstante esa dicotomía, podemos afirmar que alguna contención han realizado los tribunales frente al poder político, y un claro ejemplo de ello lo constituye el control

²¹ LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Proceso penal comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 7ª edición, 2023, p. 411.

sobre las funciones de las autoridades administrativas y policiales para privar de libertad a las personas sometidas a procedimiento penal, aunque no todos estemos totalmente conformes con ello, unos por considerarlas un exceso y otros por estimarlas insuficientes, y no se trata del único tema que ha debido confrontar el sector judicial sobre el poder político.²²

4.- LOS CUESTIONAMIENTOS A LA PRISIÓN PREVENTIVA AUTOMÁTICA DESDE LA JUDICATURA.

Para continuar acentuando esa labor que vienen realizando los Tribunales de Justicia frente a la autoridad política, en especial cuando limita el ejercicio del poder en defensa de los derechos y las garantías ciudadanas durante el procedimiento penal, deseo referirme a los cuestionamientos que se hacen a la prisión preventiva automática, es decir aquella que se dispone de manera irreflexiva contra una persona por el solo hecho de seguirse en su contra un proceso penal, sin que un juez haya examinado la necesidad y racionalidad de esa medida.

Y lo deseo hacer recurriendo de nuevo al sector judicial, a través de tres ejemplos muy significativos, sólo a título de referencia sin pretensiones de ser comprensivo de todas las decisiones jurisdiccionales que han emitido en nuestra región opinión contraria a la prisión preventiva automática; el primero de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el segundo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el tercero de la Suprema Corte de Justicia de México.

Desde luego que en doctrina encontramos voces que consideran la automaticidad de la prisión preventiva como violatoria de derechos fundamentales²³, como también lo

²² Sobre la contención judicial del poder político Cfr. FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función judicial en el estado de derecho. En "Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, pp. 87 ss.; PICCATO RODRÍGUEZ, A.O. Razonamiento judicial e ideología. Serie Manuales Jurídicos N.º 28, UNAM, México, 2006, en especial pp. 23 ss., y MORA MORA, Luis Paulino. La función política del Poder Judicial. En "Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, tomo I, 2003, pp. 585 ss.

²³ Cfr. LLOBET RODRIGUEZ, Javier. La prisión preventiva, IISA Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999, pp. 136 ss.; ZEPEDA LECUONA, Guillermo. El derecho a la libertad durante el proceso penal y la prisión preventiva en México, cit., pp. 633 ss.; CASSEL, Douglass. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la detención preventiva, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, vol. 21, pp. 35 ss.; MORENO SÁNCHEZ, Juan. La prisión preventiva oficiosa en México, en Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 1 (32) (13), año 1, San José, 2021, pp. 289 ss.; y ORTEGA, Adriana; GÓMEZ, Haydeé; MEDINA, Regina; y TORRES, Fernanda. Los problemas con la prisión preventiva oficiosa. Intersecta, Ciudad de México, noviembre de 2022. Véanse también las interesantes reflexiones de diferentes autores contenidas en INMEXIUS. Prisión Preventiva Oficiosa. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal del Instituto

estima este servidor, sin embargo deseo expresarlo aquí con las autorizadas palabras del Sector Jurisdiccional, que en estos temas, como en otros, ha enfrentado el desbordamiento del poder político cuando estiman que las decisiones de estos últimos afectan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4.1.- En primer lugar debemos resaltar desde 2004 la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana determinó la inconstitucionalidad de la prisión preventiva obligatoria automática y resolvió que, aunque las leyes internas así lo establezcan, los jueces siempre deben analizar cuándo procede la negación o autorización de la libertad provisional bajo fianza.²⁴ Lo anterior lo determinan frente a dos leyes ordinarias, una relacionada con la tenencia y portación de armas, que establecía que “...los prevenidos o acusados de haber violado esta ley no les será concedida la libertad provisional bajo fianza...”; y otra relacionada con el tráfico de drogas, que disponía “...Para los fines de esta Ley, no tendrán aplicación, las leyes que establecen la libertad provisional bajo fianza...”

Para concluir sobre la inconstitucionalidad de la prisión preventiva automática y obligatoria, consideró la Cámara Penal que dichas leyes “... en lo que concierne a la absoluta imposibilidad de conceder la libertad provisional bajo fianza, contravienen el principio de la presunción de inocencia de todo imputado establecido en la Constitución, el cual consagra la libertad como un derecho inherente y fundamental a todo ser humano; permitiéndose el estado privativo de la libertad como medida cautelar, temporal y dentro de un plazo razonable, excepcionalmente admitida, no como una sanción anticipada capaz de lesionar dicho principio de inocencia, sino, como se ha dicho, cuando concurren razones suficientes para acordar la prisión preventiva, atendiendo a la peligrosidad del imputado por su apreciable condición de individuo que ha incurrido en conducta antisocial o perturbadora de los valores e intereses de la comunidad. Considerando, que es un deber ineludible a todo juzgador del orden judicial, en los casos de naturaleza criminal, determinar cuando procede la negación o autorización de la libertad provisional bajo fianza... que la negación de una libertad provisional bajo fianza debe estar cuidadosamente fundamentada en los hechos, condiciones y peligrosidad de las personas de los imputados y en los supremos intereses de la sociedad, y no mecánicamente en el tipo de imputación, porque aceptarlo así equivale a presumir a priori la culpabilidad del imputado...”²⁵

Mexicano de Estudios. Año VII. N.º 73, enero 2023, dirigida por el Dr. José Daniel Hidalgo Murillo, número dedicado a la Prisión Preventiva Oficiosa.

²⁴ CÁMARA PENAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE REPÚBLICA DOMINICANA. Recurso de apelación de A.G.Z. Sentencia del 4 de agosto de 2004. Consultable en *Diálogo Jurisprudencial*, Núm. 3, julio-diciembre de 2007, pp. 51 ss.

²⁵ Ibidem.

4.2.- En segundo lugar, debemos mencionar la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaró que el Estado mexicano “... es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento...” por mantener en su legislación secundaria disposiciones legales que autorizaron en el caso concreto aplicar una prisión preventiva en automático, luego de corroborar los aspectos sustantivos, pero sin realizar un control judicial sobre la necesidad y proporcionalidad de esa medida.²⁶

Para llegar a esa conclusión, entre otros aspectos consideró la Corte IDH que: “... los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio, y que, en esa medida, deben emplear los medios necesarios para enfrentar la delincuencia y criminalidad organizada incluyendo medidas que impliquen restricciones o incluso privaciones a la libertad personal. Sin perjuicio de lo anterior, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines, independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus presuntos autores. En particular, las autoridades no pueden vulnerar los derechos reconocidos en la Convención Americana tales como los derechos a la presunción de inocencia, a la libertad personal, al debido proceso y no pueden llevar a cabo detenciones ilegales o arbitrarias, entre otros...” (Párr. 95), pues “... para que se cumplan los requisitos para restringir el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito...” (Párr. 100), de modo que “...corresponde a la autoridad judicial imponer medidas de esta naturaleza únicamente cuando acredite que: a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y d) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Tzompaxtle Tecpile y otros Vs. México. Sentencia de 7 de noviembre de 2022, Párr. 162, 164, 165, 169. Esta Sentencia también proscribió el arraigo.

que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida...”
(Párr. 105)²⁷

De esa forma la Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera jurisprudencia anterior, según la cual no puede imponerse prisión preventiva en forma automática, sin que sea suficiente que se den los supuestos materiales sobre la existencia del hecho y la posible participación del imputado, ya que se requiere, además, un examen de juez competente, que profundice sobre la necesidad de cautela y la proporcionalidad de esa medida, pues ella procede sólo cuando existan requerimientos procesales como el peligro de fuga o la obstaculización de la investigación, que así la justifiquen. En otras palabras, la Sentencia referida proscribió el uso de la prisión preventiva automática, resaltando como es el sector jurisdiccional el que se encarga de mantener los límites en que el Estado puede ejercer su potestad represiva.

4.3.- En tercer lugar, para matizar esta posición judicial contra la prisión preventiva automática, deseo referir un pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de México, también reciente. Como expresamos en el apartado anterior, la Suprema Corte de Justicia de México ya había considerado y declarado inconstitucional el arraigo regulado en algunos Códigos de Procedimiento Penal de la época, por contrariar una serie de garantías establecidas en la Constitución Política; ahora deseo resaltar también que algunos de sus integrantes han considerado que la prisión preventiva automática resulta violatoria de la Constitución Política.

Para ello haré referencia a los comentarios y observaciones realizadas por los Ministros de la Suprema Corte en las Sesiones del Pleno celebradas los días 22 y 24 de noviembre de 2022, al examinar el segundo Proyecto elaborado por el Ministro Luis María Aguilar Morales, para pronunciarse sobre las Acciones de Inconstitucionalidad acumuladas 130/2019 y 136/2019 promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en México.²⁸

El Segundo Proyecto del Ministro Aguilar Morales, que se conoció en esas sesiones del Pleno, propuso realizar una interpretación constitucional del artículo 19 de la Constitución, al señalar que dicha norma regula la prisión preventiva oficiosa, pero que ello

²⁷ Ibidem, párr. 95, 100, 105.

²⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Proyecto de Sentencia, Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión en México, Proyecto elaborado por el Ministro Luis María Aguilar Morales, consultable en https://www.google.com/search?q=ai130_2019plproyectoii.docx&rlz=1C5CHFA_enCR935CR936&oq=&aqs=chrome.0.35i39i362l8.417604917j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF.

no excluye la valoración necesaria del juez, motivo por el cual no puede calificarse de automática. Propuso el Ministro centrar la discusión en el término “oficioso”, de manera que no se interpretara como sinónimo de automático, sino que se exigiera siempre abrir un debate sobre la necesidad y la procedencia de esa medida, de modo que el Juez valore las circunstancias fácticas y jurídicas para determinar si resultaba aplicable en el caso concreto.

Esta posición, desarrollada en su Proyecto por el Ministro Aguilar Morales, fue acogida por otros tres Ministros de la Suprema Corte, sin embargo requería una mayoría calificada de ocho miembros del Pleno para ser aprobada, los cuales no obtuvo.²⁹

No obstante que esa interpretación del Proyecto no fue aprobada por la mayoría del Pleno³⁰, al ser acogida sólo por cuatro de sus integrantes, representa sin duda una importante y calificada opinión, realizada en el ejercicio de la función de análisis constitucional, por quienes tienen la autoridad para determinar la forma en que debe ser interpretada la Constitución y las leyes del Congreso, para que puedan estimarse respetuosas de los derechos fundamentales reconocidos en el país, y por ese motivo deseo referir algunos de sus fundamentales razonamientos.

El artículo 19 de la Constitución Política mexicana establece, entre otras cosas, que el Juez “...ordenará la prisión preventiva oficiosamente...” cuando decrete “auto de vinculación a proceso” contra una persona, tratándose de alguno de los casos calificados como delito, incluidos en una amplia lista que la propia norma señala.

Sobre esa norma refiere el Proyecto acogido por cinco Ministros:

“...Al respecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación advierte que la prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 constitucional, puede interpretarse, al menos, en dos formas distintas (pero sólo la segunda de ellas sería coherente con el sistema de derechos fundamentales):

— *Una primera interpretación textual del artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución podría dar lugar a la concepción de la prisión preventiva oficiosa como una medida que opera en forma automática cuando el delito del que se acusa a una persona se*

²⁹ Cfr. las Versiones Taquigráficas Definitivas de las Sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, de los días 22 y 24 de noviembre de 2022, elaboradas por la Secretaría General de Acuerdos, consultables en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-11-23/22%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva%20.pdf> y en <https://www.supremacorte.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-11-25/24%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva.pdf>

³⁰ El Proyecto si fue acogido por la mayoría en cuanto decreta la inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa para los delitos de contrabando, defraudación y compra y venta de facturas, poniéndole ciertos límites a las propuestas del Gobierno Central y al Congreso en el uso de la prisión preventiva oficiosa en delitos fiscales.

encuentra dentro del catálogo constitucional de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa; y

— Una segunda interpretación posible es aquella por la que se entiende que la prisión preventiva oficiosa no es automática, sino que únicamente consiste en que la gravedad de determinados delitos hace necesario que el juez penal cuente con la obligación (sin necesidad de que el Ministerio Público lo solicite), de abrir el debate entre las partes a efecto de establecer si existe una causa debidamente fundada y motivada que justifique la imposición de la medida cautelar.

Ambas interpretaciones son plausibles desde un punto de vista lógico, pero únicamente la segunda interpretación anunciada es coherente con el sistema mexicano de derechos humanos y da armonía a los distintos elementos normativos descritos en páginas anteriores. Por el contrario, la interpretación textual conforme a la que se entiende que la prisión preventiva oficiosa es automática, sería contraria a los derechos humanos y generaría una tensión entre la prisión preventiva contemplada en el artículo 19, párrafo segundo, de la Norma Fundamental respecto del resto de derechos, principios y directrices constitucionales.”³¹

Para sustentar esa conclusión agregan:

“...Si llegara a considerarse que la resolución judicial de internamiento preventivo fuera sólo un ejercicio de subsunción que impidiera total o parcialmente el debate en torno a la necesidad y proporcionalidad de su procedencia, no cabría hablar de un procedimiento penal de orden acusatorio (en donde el ministerio público debe argumentar los motivos que a su juicio hacen procedente cierta medida), ni tampoco de uno respetuoso de los derechos humanos del imputado ni de la víctima u ofendido, conforme al estándar constitucional previamente descrito...

Conforme a estas reglas, sostener una interpretación de la prisión preventiva como automática convertiría a la figura de prisión preventiva en un mecanismo arbitrario que atentaría contra la propia funcionalidad del sistema, pues se carecería de incentivo procesal para que los probables responsables acudieran voluntariamente ante el órgano jurisdiccional para darle cauce al procedimiento. De esta forma, es decir sosteniendo un posible funcionamiento automático de la citada medida cautelar, las personas únicamente tendrían la certeza de que su presentación se traducirá en su inmediato internamiento, lo que operaría en detrimento de los procesos de investigación, procesamiento y acceso a la justicia de todas las partes involucradas...”³²

³¹ Puntos 293, 294, 295, y 296 del Proyecto citado.

³² Puntos 309 y 314 del Proyecto citado.

Si bien esta interpretación representa la opinión de cuatro Ministros, es importante resaltar que algunos otros se manifestaron también contra la figura de la prisión preventiva oficiosa, pero estimaron que no tenían facultades para limitar el contenido de la norma constitucional y por ello no adoptaron el Proyecto.

Lo importante a destacar aquí es el ejercicio del control jurisdiccional sobre las potestades de los órganos políticos del Estado y los esfuerzos que se realizan, una vez más, para contener de alguna manera las pretensiones legislativas que podrían considerarse contrarias a los derechos fundamentales de los ciudadanos, como resulta ser la adopción de la prisión preventiva oficiosa y automática.

Como puede apreciarse, autorizadas voces han considerado que el establecimiento de la prisión preventiva en automático es contrario a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y las Convenciones de Derechos Humanos, por el solo hecho de seguirse en contra de la persona un proceso penal por determinado delito, sin que haya un examen sobre la necesidad y proporcionalidad de esa medida, de parte de un Juez independiente. Y resalto la palabra independiente, porque también no basta que haya un pronuncia miento de un Juez si lo que hace es acatar disposiciones y órdenes externas que le indican que debe mantener detenidas a las personas para prevenir la criminalidad, como si se tratase de un garante de la persecución de los delitos.

La verdad es que la prisión preventiva impuesta en automático es la que preocupa. La prisión preventiva decretada oficiosamente por un juez sin que lo haya solicitado el Ministerio Público no es un tema de tanta trascendencia, siempre que para decretarla dicho juez deba realizar una audiencia con la presencia de las partes y deba recabar evidencia de los presupuestos indispensables para aplicar una medida de esa naturaleza, comenzando por establecer la existencia de una verdadera probabilidad de que se hay cometido un delito y que es probable que el imputado haya intervenido en su realización, para luego verificar la existencia de alguna de las causales procesales por las cuales se autoriza, como resultarían el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.

5.- LOS DESAFÍOS PARA LOS OPERADORES DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La información recogida para elaborar el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre medidas para reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas demuestra importantes debilidades y muchas deficiencias en la situación de

independencia de los jueces, como el principal desafío que debe enfrentarse para reducir el uso de la prisión preventiva y propiciar el uso de medidas alternativas a la prisión.³³

Luego de constatar el incremento de las políticas estatales que proponen leyes que establecen mayores niveles de encarcelamiento como la solución a los problemas de inseguridad ciudadana, la Comisión advierte que *“...estos procesos de reforma vienen acompañados de un fuerte mensaje mediático y político-institucional que cuenta con un gran respaldo de la opinión pública, e incluso de las mismas instituciones de justicia, a fin de enfrentar los problemas de inseguridad ciudadana a través de la aplicación de medidas privativas de la libertad. En particular, la CIDH recibió información en este sentido respecto a Argentina, Costa Rica, Colombia, Guatemala, Paraguay y Perú.”*³⁴

Lo más preocupante es que estas presiones se traducen en efectivas fórmulas de persecución de jueces, a través de procedimientos disciplinarios e incluso penales, acompañados de amplia cobertura mediática en la que son expuestos ante el público como autores de actos irregulares, arbitrarios e incluso delictivos, en los casos en que en el uso de sus deberes como juez opten por no aplicar prisión preventiva a aquellas personas que son detenidas por las autoridades y les atribuyan delitos considerados de alto impacto social.

Desde una perspectiva ciudadana es legítimo que se demande del Estado una adecuada política de persecución de los delitos que brinde seguridad en todos los aspectos y se garantice el respeto de los derechos fundamentales frente a los abusos delictivos tanto de otros ciudadanos como de los propios funcionarios públicos.

Se trata de una reclamación legítima que pide del Estado mayor eficacia y mayor eficiencia, que debe ser atendida con una adecuada política de investigación y persecución penal.

Desde una perspectiva individual, para aquellos sujetos sometidos a procedimiento penal, también es legítimo que se le respeten las garantías y los derechos que surgen con esa especial condición de imputado de delito, que establecen no solo todas las Constituciones Políticas de la región, sino además los instrumentos, los Convenios y Tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestros países, y que en su mayoría aparecen reglamentados en las legislaciones internas.

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, cit., pp. 56 ss.

³⁴ Ibidem, p. 57.

Ambos intereses no están en conflicto, tampoco son temas que deban armonizarse. Se trata de dos situaciones que, como muchas otras políticas públicas, deben estar vigentes en un Estado de Derecho, democrático y respetuoso de los derechos humanos.

Indiscutiblemente que en el diseño de una correcta política pública de persecución penal cabe, y siempre será así si es correcta, también cabe una actitud de respeto hacia los derechos que surgen con la condición de imputado de delito, comenzando por el respeto al derecho de defensa, al de inocencia, al de libertad individual, al derecho a que un Juez independiente examine la necesidad, la legalidad y la oportunidad de la detención, en un sistema que no sólo garantice esa indispensable independencia del juez, sino además, que la proteja, de manera que estos funcionarios no deban considerar su posición como vulnerable por resolver de cierta forma, que no surjan en su contra procesos disciplinarios e incluso penales que atenten contra su independencia si ha actuado conforme a los parámetros de la Ley, de la Constitución y de las Convenciones Internacionales que establecen derechos y garantías para todas las personas involucradas en un conflicto penal, así como de la jurisprudencia que ha surgido alrededor de esos instrumentos.

La necesidad de que haya una efectiva y eficiente persecución de los delitos no se contrapone, para nada, a que en el procedimiento penal se le respeten los derechos y las garantías que surgen con la condición de imputado, siempre que haya habido una correcta investigación penal, pues ésta constituye el presupuesto de una efectiva condena penal si se han recabado las suficientes y necesarias pruebas y evidencias que permitan establecer, más allá de cualquier duda, que el hecho delictivo existió y lo cometió el imputado, y se ha tramitado un proceso debido.

Quienes hemos propiciado un uso racional de la prisión preventiva no estamos del otro lado de la acera de aquella en la que se encuentran los ciudadanos que demandan mayor protección y seguridad frente al delito.

El más importante desafío de los Poderes Judiciales de la región es que sus cúpulas y estructuras superiores no caigan en la tentación de acuerpar las presiones que desde los sectores políticos se ejercen para que los jueces mantengan detenidos a las personas que detiene la policía, y no realicen con el rigor necesario el debido escrutinio sobre la procedencia y la necesidad de esa medida conforme a los presupuestos establecidos en las convenciones internacionales de Derechos Humanos, y no sucumban tampoco a la tentación de perseguir a los jueces que, en un ejercicio democrático e independiente, optan por mantener a algunos imputados en libertad, cuando no encuentran justificación legal para aplicar la prisión preventiva.

Estas acciones disciplinarias e incluso penales, dirigidas contra jueces que han optado por no aplicar prisión preventiva, también ejercen sobre el resto de la judicatura

una fuerte presión psicológica, y les produce gran inestabilidad, ante la preocupación de verse sometidos a una investigación disciplinaria y eventualmente a un proceso penal, en el cual se les atribuyan delitos de prevaricato y favorecimiento a la criminalidad, cuando optaron por aplicar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, en particular en ciertos delitos que provocan alarma social y de los cuales se ocupan de manera abundante los medios de comunicación colectiva y las redes sociales.³⁵

Ya los Poderes Judiciales han debido enfrentar a las autoridades políticas respecto de otros temas, ahora las autoridades políticas continúan manifestando públicamente que la responsabilidad del aumento de la criminalidad radica en la actitud de los jueces, al dejar en libertad a algunos de los detenidos por la policía. Con ese traslado de responsabilidad los políticos pretenden eximirse de la responsabilidad que les corresponde como encargados de las políticas de seguridad pública en el país.

Y reitero que dejan en libertad “a algunos de los detenidos”, porque la verdad, al menos por experiencia, en la mayoría de nuestros países a la gran mayoría de las personas que son llevadas detenidas a los tribunales por delitos relativamente graves, normalmente continúan detenidas cuando se realiza el control de detención y luego se aplica la prisión preventiva.

Como bien lo indica el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “... en ningún caso, los mecanismos de control disciplinario deberán utilizarse como medio de presión o castigo contra las autoridades judiciales que hayan adoptado decisiones relativas a la prisión preventiva dentro del ámbito de sus competencias y conforme a derecho. Los procesos de control disciplinario tendrán como objetivo valorar la conducta y el desempeño del juez como funcionario público, por lo que se deben establecer de forma clara y detallada las conductas susceptibles de sanciones disciplinarias, las cuales deberán ser proporcionales a la infracción cometida. Asimismo, las decisiones por medio de las cuales se imponen sanciones disciplinarias deben ser motivadas, públicas, susceptibles de revisión y con observancia del debido proceso. La información sobre los procesos disciplinarios debe ser accesible y sujeta al principio de transparencia.”³⁶

Lo que no puede y no debe pedírsele a un juez es que resuelva en función de la seguridad pública, de espaldas a las disposiciones contenidas en las Convenciones de

³⁵ Recientemente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, actuando como órgano disciplinario, ha procedido a despedir a un Juez por haber dejado en libertad a dos imputados detenidos a quienes se les atribuía el delito de tráfico de drogas, además se ordenó trasladar los antecedentes al Ministerio Público para que inicie causa penal en su contra. Cfr. Sesión de Corte Plena N.º 09-2023 de 27 de febrero de 2023, resolución 112-2023.

³⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, cit., p. 59.

Derechos Humanos relacionadas con la libertad de las personas sometidas a proceso y de la jurisprudencia de la Corte IDH, garantías y principios muchas veces recogidos en las propias Constituciones de nuestros países.

El día en que los jueces deban resolver sobre la prisión preventiva y sobre los demás asuntos que se les someten a su conocimiento, sin estimar acreditados los supuestos que la ley y la Constitución establecen para aplicar esa medida, por temor a ser despedidos y a ser juzgados penalmente, además de ser expuestos mediáticamente frente a la opinión pública, ese día habremos dejado de existir como Estado democrático y de derecho, y estaremos todos más expuestos a ser arbitrariamente privados de la libertad.