

# Prisión preventiva en el procedimiento acusatorio oral

*Ricardo Ojeda Bohórquez\**

SUMARIO: I. Introducción. II. Prisión Preventiva. III. Definición actual de prisión preventiva. IV. Incongruencias constitucionales. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El lunes dieciocho de junio de 2018 se cumplieron diez años de la reforma constitucional penal, que estableció el nuevo sistema de justicia penal, y cuatro años en que entró en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales (seis de marzo de dos mil catorce).

En los medios de comunicación hubo opiniones en favor y en contra.

Al respecto, hay quienes afirman que no está funcionando y algunos de ellos opinan que debe regresarse al anterior sistema, y otros que hay que hacer reformas constitucionales y legales de fondo para que esto funcione; desde luego, hay quienes afirman

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Magistrado de Circuito y Vicepresidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, A.C.

que el sistema es una maravilla y que el nuevo sistema penal sí está funcionando, y que quienes opinan en contrario, es por tener intereses propios. Ejemplo de ello, mencionan que “...algunos abogados penalistas que han perdido a sus clientes...lo consideran un fracaso...Hay que dar marcha atrás, exigen ciertos políticos, jueces y fiscales que no se resignan al cambio...”.<sup>1</sup>

Sin embargo, esos argumentos que se dan en favor del nuevo modelo del procedimiento penal, no son objetivos y me parecen argumentos sin sustento jurídico alguno.

Lo cierto es que la mayoría de la comunidad jurídica en general y la sociedad misma, es coincidente en que el sistema penal acusatorio, que abarca no sólo el proceso penal, sino la investigación y ejecución penal, así como la política criminal de prevención del delito y seguridad pública, no están funcionando. “Nosotros los detenemos y los jueces los sueltan”, dicen los políticos del ejecutivo, con algo de razón.

Reduciendo el sistema a la investigación y proceso penal, los que menos librados salen, son la policía y el Ministerio Público, y en menos medida los jueces ordinarios o de proceso.

Lo cierto es que con el sistema penal acusatorio no están satisfechos, ni los gobernantes encargados de la prevención y persecución del delito, ni las víctimas del delito, pues consideran que es un sistema de impunidad.

## II. PRISIÓN PREVENTIVA

Actualmente, y como consecuencia de la reforma en materia penal, de junio de 2008, fueron modificados los artículos 18 y 19 constitucionales a efecto de delimitar la prisión preventiva, quedando de la siguiente manera:

### **Artículo 18. [...]**

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se

---

<sup>1</sup> *El Universal*, “Desafíos del sistema penal acusatorio”, 18 de junio de 2018.

destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

[...] (Énfasis propio)

**Artículo 19.** [...]

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, 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. [...]. (Énfasis propio)

Ameritan prisión preventiva oficiosa los que cometen los delitos que señala el catálogo establecido en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional como de “prisión preventiva oficiosa” (70 aproximadamente). Pareciera que fueran ocho delitos solamente, pero no, son aproximadamente sesenta delitos de prisión preventiva oficiosa.

Pero además los que cometan otros delitos diversos que tengan pena privativa de libertad, pero que a petición del Ministerio Público el juez a su libre arbitrio se las decreta, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: 1. *La comparecencia del imputado en el juicio*; 2. *El desarrollo de la investigación*; 3. *La protección de la víctima o de los testigos o de la comunidad, o* 4. *Cuando el imputado haya sido o esté siendo procesado penalmente por delito doloso.*

En suma, tenemos dos tipos de prisión preventiva en este modelo acusatorio: 1. La oficiosa, y 2. La justificada.

No siendo suficiente, el pasado doce de abril de dos mil diecinueve se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformó el artículo 19 constitucional, en el que se incluyeron los siguientes delitos como base para concederse la prisión preventiva oficiosa: abuso o violencia sexual de menores,

feminicidio, robo de casa habitación,<sup>2</sup> uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de sus funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como aquellos delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos. Es decir, aumentó el catálogo constitucional de delitos de prisión preventiva oficiosa.

### III. DEFINICIÓN ACTUAL DE PRISIÓN PREVENTIVA

De lo anterior, corresponde elaborar una definición actual de lo que debe entenderse por prisión preventiva: —*Es la privación de la libertad personal del imputado que el Juez de Control determina, oficiosa o justificadamente, durante la tramitación de su proceso penal, que comienza con la audiencia inicial y termina con la sentencia ejecutoriada*—.

Por otra parte, debe entenderse por privación de la libertad como la permanencia involuntaria en un lugar determinado, que se caracteriza por el aislamiento de quien sufre, que le impide desarrollar sus relaciones sociales normales.

Ahora bien, en qué momento se sujetan a prisión preventiva a los imputados detenidos en flagrancia, esto es desde el auto de inicio, invariablemente los de prisión preventiva oficiosa (70 de 420 tipificados en el Código Penal) y los que el Ministerio Público solicita por reunir algunos requisitos y los jueces aceptan a sujetarlos a la medida, haciendo uso de su arbitrio judicial (que son todos los que tienen pena privativa de libertad personal).

Por una parte, existe una falta de técnica legislativa constitucional enorme, pues indebidamente tenemos un catálogo de delitos graves en la Constitución Federal en su artículo 19, ter-

---

<sup>2</sup> Debió decir “robo en casa habitación”.

cer párrafo, cuando en todo caso ese catálogo sólo debería estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales (art. 167, CNPP).

En efecto, nuestra Constitución mexicana a la fecha tiene más de 550 reformas y la de 2008 incurre en faltas de técnica legislativa, pues en los artículos 16, 18, 19 y 20 se advierten incongruencias y el error de introducir un catálogo de delitos que se deben ubicar en la ley secundaria.

Por otra parte, es un grave error dejar al arbitrio del juez su imposición, con la sola petición y argumentación del Ministerio Público, pues no se tiene un límite a ese arbitrio y se puede prestar a corrupción en cualquiera de sus facetas.

Los delitos de prisión preventiva oficiosa no representan problema, pues los decreta la ley; sin embargo, los otros de petición ministerial sí, puesto que los jueces son falibles, por el solo hecho de ser mortales y en México son más vulnerables ante el crimen organizado.

En la práctica es muy lamentable que delitos que no son de prisión preventiva oficiosa, como el peculado, disparo de arma de fuego y hasta portación de armas, se les decrete la medida, por los intereses del propio Poder Ejecutivo; prestándose esto al tráfico de influencia, a la corrupción o a la amenaza, sin importar los derechos fundamentales del imputado o la víctima, desnaturalizando así uno de los objetivos del nuevo sistema, el respeto al principio de presunción de inocencia.

Estos tres cánceres de ambos sistemas, escrito y oral, que son: la corrupción, tráfico de influencia y amenazas, no se soluciona con cambio de sistemas o reformas a las leyes. Sino con atención de buenas prestaciones a los operadores del sistema, y la capacitación adecuada del mismo y poner límites al arbitrio judicial. En los Estados, no podemos negar el tráfico de influencia, cuando los gobernadores palomean a los magistrados y a muchos de sus jueces, y tampoco podemos inadvertir lo mal pagados que están en los Estados, los policías, fiscales y jueces, lo que los hace vulnerables ante la corrupción y tráfico de influencias, así como las amenazas del crimen organizado.

Por eso es peligroso en México, por ahora, dejar al arbitrio del juez, a petición del fiscal la prisión preventiva, puesto que, ante el poco sueldo, el tráfico de influencia y la amenaza del crimen organizado o no organizado, los jueces se vuelven vulnerables, salvo sus honrosas excepciones de jueces valientes, responsables y honestos, que son los menos.

Por ello, debe ser la ley secundaria quien claramente determine el catálogo de delitos de prisión preventiva; pero no la Constitución, por razones de técnica legislativa constitucional.

Por otra parte, el catálogo de los delitos de prisión preventiva oficiosa, debe ser mínimo, es decir, que sean pocos los delitos que se sometan a esta medida cautelar.

Aumentar los delitos de prisión preventiva oficiosa en el catálogo, no es conveniente, pues atenta contra la característica del sistema que privilegia la presunción de inocencia; sin embargo, si definimos bien lo que es la figura de presunción de inocencia y prisión preventiva, no debemos aterrarnos cuando la CONAGO y algunos académicos opinan que sí hay algunos delitos que ameritan hoy en día la prisión preventiva oficiosa; insisto pocos delitos, sin volver al pasado, cuando el anterior procedimiento escrito (art. 194, CFPP), contaba con un largo y extenso listado de delitos graves que no permitían el derecho fundamental de libertad provisional bajo caución.

Por ello, yo opino que el catálogo de delitos graves o prisión preventiva oficiosa, se debe revisar y establecer en los delitos que verdaderamente lo ameriten, pero que se quedaron fuera, que serían muy pocos, y que hacen que la justicia sea ineficaz, ante los ojos desesperados e impotencia de la víctima de ese delito. Pero ese catálogo, insisto, debe estar en el Código Nacional de Procedimientos Penales, no en la Constitución, y regresar a la fórmula anterior de libertad provisional bajo caución, en que la prisión preventiva se establecía atendiendo a la sanción privativa de libertad, como restricción al derecho humano de libertad y que la obtención de libertad inmediata fuera por disposición legal y orden del juez.

Lo anterior no atenta contra el principio de presunción de inocencia, ni el derecho humano a la libertad personal, pues

el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>3</sup> permite las restricciones y lineamientos en las constituciones y leyes de los Estados Partes.

#### IV. INCONGRUENCIAS CONSTITUCIONALES

Para entender este problema de juzgar en libertad, que para muchos representa impunidad, debemos partir de la base que los preceptos constitucionales 16, 18 y 19 están encontrados, y por eso no hay congruencia en el actuar de los operadores del sistema.

Se necesita una verdadera armonía de preceptos constitucionales, pues se les detiene en flagrancia, caso urgente u orden de aprehensión, conforme al artículo 16, pero no se les decreta la prisión preventiva, por no estar los delitos en el catálogo que establece el artículo 19 constitucional y desatendiendo la prisión preventiva justificada; por eso la policía, ya no quiere detener a nadie, si no es por esos delitos graves del catálogo del 19 constitucional, pues se excusan al decir: “para que no sean acusados de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad o violación a derechos fundamentales”, etc., resintiendo esa falta de una buena capacitación de los actores del sistema o esa mala interpretación, un personaje importante en el procedimiento penal acusatorio, la víctima.

No es posible que se libre orden de aprehensión por tratarse de un delito con pena privativa de libertad y que el Juez de Control no decrete la prisión preventiva, por considerar que no se justifica, dejando desprotegida a la víctima, cuando el artículo 18 establece, que había lugar a la prisión preventiva si el delito amerita pena privativa de libertad.

Ésta es una de tantas razones que hacen que el nuevo modelo de justicia penal acusatorio esté inclinado pronunciadamente a favor del imputado y dejando a un lado a las víctimas, causando una violación al debido proceso y al principio de igualdad proce-

---

<sup>3</sup> **Artículo 7.2.** Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

sal, consignado en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

Si se requería copiar tal cual el sistema oral importado, se debieron reformar los artículos 16 y 18 constitucionales, lo que no era lo mejor para un sistema democrático de justicia, pues finalmente el fin último del procedimiento penal, no es el convenio o los procedimientos abreviados, para evitar un procedimiento tortuoso que les quita tiempo y dinero a las víctimas.

El fin último del procedimiento penal acusatorio, conforme al artículo 20 constitucional es: *“El esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune, y que los daños causados por el delito se reparen”*.

En la realidad y conforme a la percepción de la sociedad, que se expresa a través de las redes sociales, el nuevo modelo de procedimiento penal, no cumple con dos de sus objetivos: *“procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se repare”*.

En la práctica, la policía mal capacitada no detiene al culpable en flagrancia, por miedo a ser acusado por abuso de autoridad o violación a derechos fundamentales. —Propiciando impunidad al no permitir que a la víctima se le repare el daño en el procedimiento de manera pronta y eficaz.

Los agentes del Ministerio Público no tienen facultades para resarcir el daño a la víctima de sus derechos fundamentales, en forma inmediata, ni la diferencia legal para que sus datos de prueba sean tomados en cuenta, por lo menos en las primeras etapas, del proceso (art. 19, CNPP). No puede retener al imputado por 48 horas, pues esperan a que el juez determine la prisión preventiva, cuando la Constitución en su artículo 16 se los mandata.

## V. CONCLUSIONES

1. El sistema penal acusatorio no está funcionando en México.
2. Se necesita una reforma constitucional y legal urgente para que pueda funcionar.



3. Es necesario cambiar el mecanismo para decretar la prisión preventiva y decretar la libertad del imputado en el proceso.
4. Dejemos de copiar sistemas, metas y normatividad extranjera que no corresponde a nuestra realidad nacional. Hagamos lo propio con nuestros juristas talentosos que tenemos en México.
5. La prisión preventiva no atenta contra el principio de presunción de inocencia, ni el derecho humano a la libertad personal, pues el artículo 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos permite las restricciones y limitaciones en las constituciones y leyes de los Estados Partes.

