

La crisis del sistema de justicia penal y del Estado de Derecho por abuso del poder penal: el uso y abuso de la prisión preventiva*

*Jorge Nader Kuri***

“Buenos días tengan todas y todos. Quiero agradecer esta invitación al Dr. Moisés Moreno Hernández, presidente del Cepolcrim, a la Academia de Ciencias Penales, presidida por el Dr. Luis Rodríguez Manzanera, al Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, CADDE, y, desde luego, a la máxima casa de estudios, a la Universidad Nacional Autónoma de México. Es verdadero lujo, un verdadero honor para mí, estar aquí esta mañana conversando con ustedes sobre un tema que me parece de la mayor importancia y que, precisamente, tiene que ver con el abuso del poder. Desde luego, quiero manifestar mi alegría por estar compartiendo esta oportunidad frente a la Dra. Leoba Castañeda, con quien tengo una amistad de hace muchos años, que me honra, así como con mis compañeros de panel aquí presentes, Dra. Alicia Rosas y Dr. Alberto Nava, y con quienes nos acompañan de manera virtual.

Bien. Como nos convoca este seminario, voy a referirme al abuso del poder penal en una de las manifestaciones más impactantes que, además, tiene un efecto devastador en los principios del sistema de justicia penal acusatorio: la prisión preventiva. Su uso y abuso.

Cabe recordar que sobre la prisión preventiva ya se habló mucho el día de ayer. Yo lo haré con un enfoque que me permita formular la hipótesis y tratar de resolverla, de que hoy día, en el sistema de justicia penal acusatorio, en materia de prisión preventiva estamos peor que cuando estábamos mal. Abundo un poco más. El sistema de justicia penal acusatorio se construyó bajo la lógica de que el sistema inquisitivo mixto estaba mal, que no estaba funcionando, y que por tanto necesitábamos transitar de un sistema escrito a un sistema acusatorio con una fuerte caracterización oral, en el que todo lo negativo del sistema anterior fuera corregido en el nuevo sistema. Ahora bien, en la época en que se estuvo analizando qué estaba mal del sistema inquisitivo mixto, se manifestó como una de sus principales falencias el problema

* Conferencia dictada en el Seminario Internacional “Abuso y Límites del Poder Penal en Estados Democráticos de Derecho” celebrado del 19 al 23 de septiembre de 2022 en la Facultad de Derecho de la UNAM.

** Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal. Secretario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

de la prisión preventiva. Y hoy, que tenemos vigente una nueva perspectiva sobre esa medida cautelar, se supone que para estar mejor que antes, en realidad estamos peor. Esa es mi hipótesis para tratar en esta oportunidad, aunque con la brevedad del tiempo que me fue asignado.

La prisión preventiva del sistema anterior estaba regulada bajo el supuesto de la presunción de culpabilidad. Ello se explicaba porque el Código Penal, desde que fue promulgado y todavía en 1984, establecía que se presumía la intención delictiva. Es decir, el sistema penal antiguo partía de una auténtica presunción de culpabilidad ya que en aquél entonces la culpabilidad se configuraba por la intencionalidad, o sea, dolo, culpa e incluso preterintención. Ahora bien, en 1985 esta presunción de culpabilidad se quebrantó pues se derogó la presunción de intencionalidad, con lo cual se entendió que México adoptaba la presunción de inocencia, aunque sin establecerla explícitamente en ninguna norma jurídica.

Lógicamente, si el derecho penal estaba organizado bajo la idea de la presunción de culpabilidad, por consecuencia todo el sistema procesal penal estaba organizado bajo el entendido de esta presunción de culpabilidad. Eso revela por qué, cuando se consignaba a alguien en el antiguo sistema, se iniciaba una preinstrucción que podría terminar en el dictado de un auto de formal prisión. Subrayo el término “formal prisión”. O sea, que todas las personas a las que se les dictaba auto de formal prisión, quedaban -permítaseme la redundancia- en prisión formalmente. Dicho en otras palabras, el cien por ciento de indiciados o inculcados a quienes se dictaba auto de formal prisión -también se conocía como “auto de bien preso”-, quedaban en prisión por el resto del proceso penal. Perdían su libertad personal pues eran presuntamente culpables.

Sin embargo, decía la Constitución, en ciertos casos, “inmediatamente que lo solicite” la persona “será puesta en libertad provisional, mediante una caución”. Nótese: el inculcado podía recuperar su libertad, aunque sólo de manera provisional. Recuerdo bien que se les entregaba una boleta de eso, de libertad provisional. Cabe recordar que a lo largo del tiempo la ley fue cambiando en cuanto a los casos que ameritaban libertad provisional. En algunas ocasiones el criterio era el del término medio aritmético menor de 5 años. En otras, era distinguir entre delitos graves y no graves. Total, el caso es que había una seguridad, una certeza, una regla que todos los operadores daban por supuesta y entendida: todo mundo iría a prisión, pero, siempre que procediera, con toda seguridad, la persona lograría su libertad, aunque fuera provisional. Estaba claro. No había ninguna duda: cuando el delito era de aquellos no graves o que tuviera un término medio aritmético menor de 5 años, sin lugar a duda el imputado, el inculcado, salía libre, siempre y cuando así lo solicitara y pagara su caución. No había más que discutir y las partes procesales lo sabían y lo asumían como parte de la cultura jurídico procesal en vigor.

Claro está que la Constitución establecía la posibilidad de que el Ministerio Público solicitara que los procesados no recuperaran su libertad a pesar de tener derecho a ella, cuando se acreditaran determinadas condiciones. Pero eso nunca ocurría,

mucho menos como regla de actuación, porque ni los agentes del Ministerio Público lo pedían, ni los jueces lo concedían. Había una regla de conducta precisa. En la cultura procesal mexicana estaba muy arraigado el hecho de que cuando el delito lo permitiera, la persona inculpada podría lograr su libertad provisional.

Y si estaba tan claro, entonces, ¿por qué molestaba? ¿por qué se consideraba que estaba mal y había que cambiar la regla? Pues precisamente porque ese método procesal se inspiraba en la presunción de culpabilidad. Y si un modelo de justicia apropiado debería de partir de lo contrario, o sea, de la presunción de inocencia, el desafío era resolver la contradicción entre presunción de inocencia y derecho a la libertad personal durante el proceso vistos como derechos humanos, frente a la prisión preventiva como medida cautelar a veces necesaria que incluso se autoriza en tratados internacionales, pero bajo determinados presupuestos.

Como solución, cuando se creó el sistema acusatorio y se abordó el tema de la presunción de inocencia como uno de sus principales elementos, se ideó un sistema de equilibrios entre estándares probatorios. Tendría que ser muy fácil someter a una persona a proceso, porque ello en sí mismo garantizaba los fines de la justicia, utilizando para ello tan sólo datos de prueba aptos para establecer un hecho tipificado como delito y la posible autoría o participación del imputado en su comisión. Fíjense: datos; definidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales como “la referencia a un medio de convicción no desahogado en juicio que resulta apto y pertinente para establecer el hecho y posible autoría o participación.”

Es decir, información pertinente expuesta y contradicha ante el juez de Control a partir de la que éste pueda dictar un auto de vinculación a proceso para que con ello continúe la investigación. Insisto: debería de ser muy sencillo llevar a alguien al proceso. Bajemos, se decía, el estándar probatorio como condición de inicio del proceso. Ya no necesitamos acreditar los elementos del tipo, ni la posible responsabilidad. No. Conformémonos con datos, nada más información simple, indiciaria, que establezca el hecho y la posible autoría o participación y que con eso se haga el proceso y la impartición de justicia sea una realidad que pueda esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que los culpables no queden impunes y que los daños causados por el delito sean reparados, como expresa nuestra Constitución.

Pero, y ese es el gran “pero”, para que esto funcione, necesitamos elevar el estándar probatorio para que una persona imputada pierda su libertad. La regla es la libertad personal durante el procedimiento. Entonces, así como toda persona es presuntamente inocente y lo que queremos es llevarla al proceso, entonces para privarla de su libertad a través de la medida cautelar de prisión preventiva tendremos que exigir mucho. O sea, información, datos, incluso medios de prueba que puedan desahogarse formalmente, a partir de los que se acredite ante el juez de Control la proporcionalidad y necesidad de la medida cautelar que, además, será excepcional. Al contrario de lo poco que se necesita para la vinculación a proceso, pidamos mucho para quitarle la libertad a una persona. Lleguemos a ese equilibrio.

La verdad, sonaba estupendo. Francamente era casi imposible resistirse a la idea. Se trataba de una especie, de un modelo, de “todos ganan”. Se hace justicia a través del proceso y se tutela adecuadamente la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas.

Ahora bien. En ese sistema de equilibrios había que resolver un asunto grave. La prisión preventiva oficiosa. ¿Debía aceptarse en el modelo acusatorio? Y, en su caso, ¿había que incluirla en nuestra Constitución, pues de lo que se trataba era de establecer en la Ley Suprema el sistema de justicia penal acusatorio? Fueron en verdad muchos y muy intensos los debates y de ellos resultaron las reglas siguientes:

Primera: Se acepta, por consejo de la dura realidad, la prisión preventiva oficiosa en el sistema acusatorio. Pero como es palmariamente grave porque no responde al sistema de equilibrios entre estándares probatorios, es más, no necesita ningún estándar probatorio, que se aplique para muy pocos delitos, los verdaderamente graves. Y que quede reglamentada en la Constitución para que se entienda como una restricción válida al ejercicio de los derechos humanos de presunción de inocencia y de libertad personal durante el proceso penal, reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos.

Segunda: Para los demás casos, que deberán ser la inmensa mayoría, la prisión preventiva se regule como una medida cautelar que requiera control judicial y datos, medios e incluso pruebas desahogadas, que justifiquen su necesidad y proporcionalidad. Y que, además, sea revisable periódicamente. La prisión preventiva debe ser la última en considerarse, a partir de un catálogo de medidas cautelares del que se deberá preferir 13 medidas antes de la prisión preventiva.

Tercera: En el sistema acusatorio tendremos una investigación complementaria con una duración máxima de 6 meses, de modo que las personas en prisión preventiva serán juzgadas en plazos razonables. Sin embargo, debe haber una duración máxima de la prisión preventiva, cualquiera que sea, que se definió en 2 años como máximo.

Cuarta: A diferencia del sistema inquisitivo mixto, en el que el imputado tenía que solicitar su libertad provisional y pagar una caución, en el sistema acusatorio es el Ministerio Público y sólo el Ministerio Público el que puede solicitar la prisión preventiva y acreditar los extremos de proporcionalidad y necesidad. La carga es del Ministerio Público y no de la persona imputada.

Todo eso lo plasmó el Constituyente del 2008. Su intención fue superar lo “malo” de la prisión preventiva del sistema inquisitivo mixto y establecer un nuevo modelo más apegado a los derechos humanos y al debido proceso penal. Y debo agregar que, como ya mencioné, en teoría y en la expresión normativa sonaba estupendo. Así empezó a funcionar el nuevo sistema y empezó a funcionar bien.

Entonces, ¿qué pasó? ¿dónde vino la desviación que me lleva a proponerles la

hipótesis de que en materia de prisión preventiva estábamos mejor cuando estábamos mal?

A mí me parece que la desviación vino en el 2019 en que la política pública de la actual administración asumió que las personas imputadas deben de estar en prisión porque esa es la única manera de resolver el problema de la inseguridad y esa es también la forma de evitar que los jueces se corrompan. A pesar de lo evidente de esa falacia, en ese año se reformó el artículo 19 Constitucional, con el voto de todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso, con la única finalidad de inflar de una manera arbitraria e irracional el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa. Se agregaron incluso casos cuestionablemente sensatos como, por ejemplo, el robo a casa habitación, la distribución de programas sociales para fines electorales, el enriquecimiento ilícito y otros, que sí que son delitos que hay que castigar... pero que sean tan graves como para aplicarles prisión preventiva oficiosa, pues no. Más aún, no sólo se superabundó en el número de delitos en la Constitución, sino que, para peor, se hizo una remisión a las leyes secundarias -y con ello se facultó al legislador ordinario para restringir el ejercicio derechos humanos- en las materias de secuestro, trata de personas, delincuencia organizada, armas de fuego y seguridad nacional.

¿El resultado? Luego de la reforma de 2019 a la Constitución y de dos reformas leyes secundarias que se hicieron en 2020 y en 2021 en las que prácticamente todos los delitos de esas leyes se consideraron de prisión preventiva oficiosa, hoy en día, en vez de ser muy pocos -como quiso el legislador de 2008- son muchísimos, los más usuales, más de 70, los delitos de prisión preventiva oficiosa. Entonces, la prisión preventiva oficiosa dejó de ser excepcional. Miren, yo me di a la tarea de hacer una tabla de los delitos de prisión preventiva oficiosa y vean todas las hojas que son y eso que es letra pequeña (se muestran muchas hojas). Todo esto es prisión preventiva oficiosa. Es increíble. Y además acuérdense que basta con la mera imputación para que se imponga. Muchas veces, ni siquiera se necesita debatir los datos de prueba, sino que con la mera imputación se impone. Entonces, de muy pocos delitos de prisión preventiva oficiosa, pasamos a un montón de delitos de prisión preventiva oficiosa. Pero el estándar probatorio para la vinculación sigue igual, sigue bajito. Entonces, ahora es muy fácil vincular a proceso y muy fácil que impongan la prisión preventiva oficiosa dado el elevado número de delitos. Dicho en otras palabras, es tremendamente fácil encarcelar a cualquier persona. Basta una imputación proveniente de una investigación inicial realizada en secrecía. No por nada en esta mesa se abordan los problemas de abuso de poder.

Para empeorar la situación, ya de por sí grave, tenemos también la otra medida cautelar. La prisión preventiva justificada, que opera para todos los casos que no son de prisión preventiva oficiosa. ¿Y qué pasa con ella en la realidad? También me tomé la tarea de buscar en fuentes abiertas y mediante la plataforma de transparencia como están las cosas en esa materia. De acuerdo con esos datos, primero, los agentes del Ministerio Público prácticamente siempre piden la prisión preventiva, casi

siempre, aun se trate del delito más nimio. Debiendo preferir cualquier otra cautelar antes de la prisión preventiva, se van por ésta a la primera. Segundo, los jueces de Control prácticamente siempre la conceden. Es el peor de los mundos. Si el delito no es de prisión preventiva oficiosa, es casi seguro que impongan la prisión preventiva justificada. Todos a la cárcel. Sin equilibrios en los estándares de prueba porque la realidad y desde luego los datos demuestran que siendo muy fácil vincular a proceso, es tremendamente probable que el imputado quede en prisión preventiva y vea así destruida con extrema facilidad la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal durante el procedimiento.

¿Se puede agravar el panorama? Sí. Miren, en la práctica, los argumentos bajo los cuales el Ministerio Público solicita la prisión preventiva justificada son asombrosos: el imputado tiene trabajo y por tanto medios para evadirse de la justicia. El imputado no tiene trabajo y por lo tanto nada que perder al evadirse de la justicia. El imputado ha viajado. El imputado tiene parientes en provincia. El imputado tiene amigos... En el fondo, casi siempre el Ministerio Público tiene la convicción o el mandato de sus superiores o compromisos inconfesables por corrupción, de pedir casi siempre la prisión preventiva. Y frente a ello, por increíble que parezca, los jueces de Control, en lugar de ser garantes de los derechos humanos, las conceden con extrema facilidad. Casi alegremente. Otra vez los datos: en la investigación que hice vía plataforma de transparencia, el Poder Judicial de la Federación registra que en el 70% de las peticiones de prisión preventiva justificada, ésta se concede. En el Poder Judicial de la Ciudad de México, el porcentaje es cercano al 82 por ciento.

Así las cosas, hoy en día, una persona presente en audiencia inicial a la que se le formula imputación muy probablemente no regrese a su casa. Los defensores han reaccionado. El índice de imputados que no van a las audiencias iniciales y en cambio promueven juicios de amparo va en incremento y ello afecta en primer lugar al proceso, que no puede realizarse. Entonces, estamos peor que cuando estábamos mal, porque cuando estábamos mal había una regla clara: si un delito no es grave, yo estoy libre. Ahora no, ahora no hay reglas claras. Ahora, si yo tengo derecho a estar libre, lo más seguro es que de todas formas me apresen, aunque se trate, como ya dije, de un delito nimio. Una auténtica pirinola.

Este panorama implica un claro abuso del poder penal. Es una suerte de terrorismo punitivo. De allí que, más que antes, cuando “estábamos mal”, hoy en día la prisión preventiva, sea oficiosa o justificada, sirve -y muy bien- para poner al imputado en desventaja, relevar al Ministerio Público de su deber de probar, imponer la prisión anticipadamente, ejercer la acción penal con intensidades selectivas y, desde luego, servir a los intereses del populismo punitivo.

Y de paso se ha puesto en crisis al sistema penitenciario. Tanto es así, que la propia Comisión Nacional de Derechos Humanos de esta administración, en su informe sobre situación penitenciaria del 2020, alertó sobre la sobrepoblación y los problemas inherentes de corrupción, autogobierno y criminalidad por la aplicación

excesiva de la prisión preventiva. El informe es público y se encuentra disponible en la página oficial de la Comisión. Las cárceles se están llenando otra vez de presuntos inocentes; de seres de carne y hueso, como todos nosotros, a quienes no se ha juzgado. No es posible que tengamos otra vez las prisiones a punto de reventar, de gente que está en prisión preventiva oficiosa o justificada. Cuidado, estamos llegando otro punto de alarma.

Concluyo. Ya estoy rebasando el tiempo que me fue asignado. Decir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tratado de atender la problemática, aunque están pendientes resoluciones que serán muy trascendentes y que ojalá sean asumidas con independencia y valentía. Por lo pronto, la Suprema Corte aprobó por mayoría calificada y por lo tanto por jurisprudencia obligatoria, que la prisión preventiva, incluso la oficiosa, tiene una duración máxima de 2 años, como lo establece nuestra Constitución. Y que, entonces, si cumplidos esos 2 años el sujeto sigue preso, puede pedir la revisión de la medida y en su caso obtener su libertad. Lo malo es que, aunque se abrió la puerta a revisión de la prisión preventiva oficiosa, la sentencia establece que la revisión tiene que ser solicitada por la persona interesada y a ella toca demostrar que la prolongación de la prisión preventiva no se debe al ejercicio de la defensa. En fin, así están las cosas. Aunque, eso sí, lo más importante de esa resolución es que contiene una serie de planteamientos reconocidos en tratados internacionales a partir de los cuales es posible resolver otros problemas en torno a la prisión preventiva. Por ejemplo, que no es dable justificar la prisión preventiva por el riesgo de cometer nuevos delitos, pues es discriminatorio, como tampoco porque la persona haya sido juzgada antes por un delito doloso.

Bien por la Suprema Corte en esa sentencia. Pero no todo es miel sobre hojuelas. Todos vimos con mucha tristeza lo qué pasó recientemente cuando se llevó al Pleno de ministros un proyecto que proponía una hipótesis jurídica para eliminar la prisión preventiva oficiosa, y que tuvo la mala fortuna de no lograr mayoría. La propuesta que se planteó en ese proyecto era que en los casos de prisión preventiva oficiosa se debería inaplicar la Constitución, lo cual generó una reacción brutal de la presidencia de la República y de las fiscalías. Al final, los ministros estuvieron, casi todos, de acuerdo en que la prisión preventiva oficiosa no, pero no en desaplicar la Constitución y ahí se atoró el proyecto. En consecuencia, la propuesta de sentencia se retiró y toca esperar un mejor momento para que se vuelva a plantear.

En este sentido, la solución posible que está buscando el Ponente es reinterpretar la palabra oficiosamente. Esta palabra siempre se ha entendido como sinónimo de automáticamente, y ahora se reflexiona si puede entenderse en sentido distinto. Algo así como que el juez de Control de oficio tiene que hacer un estudio, caso por caso, para decidir si impone o no la prisión preventiva a partir de los elementos probatorios que le sean allegados por las partes. Me parece una posible solución muy inteligente, que puede llegar al justo medio de la situación, porque lo que sí queda muy claro, en el ánimo de todos, menos del gobierno y de las procuradurías y fisca-

lías, es que la prisión preventiva oficiosa es un mal. Es un elemento de dominación. Es una medida cautelar que manifiesta como ninguna otra el abuso del poder penal en perjuicio de los inculpadados; de presuntamente inocentes. Sólo se requiere, insisto, independencia y valentía en nuestros ministros.

En fin. Siempre he dicho, escrito y propuesto que todos debemos hacer lo que nos toque para mejorar nuestro contexto. Por mi parte, me corresponde tratar de persuadir en foros como este sobre la importancia fundamental que tiene el que reflexionemos y hagamos lo propio para evitar que las situaciones negativas continúen igual, o empeoren. Desde luego, no soy poseedor de la verdad. Reconozco que hay muchas personas que piensan distinto; que creen que la prisión preventiva es muy buena y más si se decreta en automático. Creo que el Ministerio Público suele estar a favor de la medida porque le facilita el trabajo de argumentar y convencer.

Creo que al poderoso siempre la ha visto como un mecanismo para encarcelar facilísimo a sus enemigos y opositores, reales o imaginarios. Yo la veo desde el lugar de los derechos individuales, de los derechos humanos; de lo que me puede pasar a mí, a mis familiares, a mis seres queridos. Del abuso de poder del que se puede ser víctima por la indiferencia de quienes renuncian a promover los derechos humanos bajo argumentos claudicantes. Deseo poner el dedo en la llaga. Repetir frente a ustedes que la prisión preventiva sí, pero moderadamente y nunca en automático. De persuadirlos para que todos, todas, hagamos lo que nos toca para que México sea un mejor lugar.

Muchas gracias.”