

ALGUNOS ASPECTOS DE LA AUDIENCIA INICIAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*

SOME ASPECTS OF THE INITIAL HEARING IN THE NATIONAL CODE OF CRIMINAL PROCEDURES

Miguel CARBONELL**

RESUMEN: En este estudio legislativo, el autor analiza algunos aspectos de la audiencia inicial del proceso penal, según se regula en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La reflexión se centra en tres de los objetivos de la audiencia inicial: 1) informar al imputado sus derechos constitucionales y legales, 2) realizar el control de legalidad de la detención y 3) resolver sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares. El enfoque en estos tres puntos responde a la trascendencia práctica que los mismos tendrán en el conjunto de actos jurídicos que conforman el procedimiento penal.

Palabras clave: audiencia inicial, proceso penal, derechos constitucionales y legales, control de legalidad, vinculación a proceso y medidas cautelares.

ABSTRACT: *In this study, the author analyzes some aspects of the criminal proceeding's initial hearing, as regulated in the National Criminal Proceedings Code. The reflection focuses on three of the initial hearing's purposes: 1) to inform the accused of their constitutional and legal rights, 2) to judge on the legality of the detention, and 3) to resolve the request of engagement to process and precautionary measures. The scope of the referred purposes answers to their practical significance in the legal acts conforming the criminal procedure.*

Keywords: *initial hearing, criminal proceeding, constitutional and legal rights, legality of the detention, engagement to process and precautionary measures.*

* Artículo recibido el 22 de febrero de 2019 y aceptado para su publicación el 22 de marzo de 2019.

** Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Coordinador del Área de Derecho Constitucional y de la Unidad de Extensión Académica. Correo electrónico: carbonell@unam.mx.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LI, núm. 156, septiembre-diciembre de 2019, pp. 1693-1708.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lectura de los derechos*. III. *El control de la legalidad de la detención*. IV. *Medidas cautelares*. V. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) indica cuáles son las etapas del procedimiento penal mexicano.¹ En cada una de sus tres fracciones señala, respectivamente, que el procedimiento penal mexicano se integra por la etapa de investigación (inicial y complementaria), la etapa intermedia o de preparación de juicio y la etapa de juicio.

La etapa intermedia “comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio” (artículo 211, fracción II).

Por su parte, el artículo 307 establece que la audiencia inicial tiene seis propósitos u objetivos:

1. Informar al imputado sus derechos constitucionales y legales.
2. Realizar el control de legalidad de la detención.
3. Formular la imputación.
4. Darle oportunidad al imputado de declarar, si así lo desea.
5. Resolver sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares.
6. Definir el plazo para el cierre de la investigación.

Cada uno de estos seis objetivos es muy relevante, pues ellos se refieren a aspectos medulares del procedimiento penal mexicano. Pero quisiera detenerme en tres de ellos, por la trascendencia práctica que pueden tener en el conjunto de los actos jurídicos que integran el procedimiento penal mexicano. Me refiero a los temas de la lectura de los derechos, del control de legalidad de la detención y de la determinación de las medidas cautelares.

II. LECTURA DE LOS DERECHOS

En las fracciones II y III del apartado B del artículo 20 constitucional se prevé, de distinta manera, la obligación de informar a toda persona detenida de los derechos que le asisten (la fracción II se refiere solamente al

¹ He abordado el tema, desde una perspectiva general, en Carbonell (2014).

derecho a guardar silencio; la fracción III, en general, a todos los derechos del detenido).

Creemos que se trata de un acierto de la reforma del 18 de junio de 2008, toda vez que —en términos generales— las personas en México no conocen sus derechos, sobre todo si se trata de personas con escasa formación académica. Por eso es que resulta indispensable que las autoridades tengan a su cargo la llamada “lectura de derechos”, que debe ser realizada de manera amplia y detenida, de manera que pueda ser en efecto comprendida por el detenido.

El CNPP señala en la fracción V de su artículo 113 que toda persona imputada tiene derecho a que se le informe, tanto en el momento de su detención como cuando comparezca ante el Ministerio Público o ante el juez de control, sobre los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

Respecto a la lectura de los derechos, cabe recordar que esta práctica encuentra un importante precedente en un caso muy famoso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. El caso *Miranda v. Arizona* es quizá el que más se ha visto en innumerables películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona, lo primero que hace la policía es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha, que más o menos dice así: “Tiene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usada en su contra en un tribunal de justicia...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Arturo Miranda fue acusado de secuestrar y violar a una mujer en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no le vio la cara al acusado durante la violación. Algunos testigos vieron el coche del hombre en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la quinta enmienda, que establece que nadie puede ser obligado a autoincriminarse. ¿La enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una

nulidad de juicio? ¿Tenía derecho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El fiscal de Arizona pidió en el argumento oral, que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Warren le preguntó si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final, la Corte le dio la razón a Miranda. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo, la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:²

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

² La traducción de una parte de la sentencia puede verse en Beltrán y González (2005).

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiriendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero, puede citarse, por ejemplo, el párrafo segundo del artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7o., párrafo cuarto, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (principio octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos, por ejemplo, el artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución española, que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27, párrafo cuarto, de la Constitución portuguesa, cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

Adicionalmente a lo que debe hacerse en la audiencia inicial, es importante tomar en cuenta que el CNPP establece como una obligación de

los elementos de la policía la de “realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga” (artículo 132, fracción III).

III. EL CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

Sobre el control de legalidad de la detención, cabe señalar que el CNPP regula las detenciones con orden judicial y sin ella. Sin orden judicial hay dos supuestos en los que se puede detener a una persona: cuando exista flagrancia (artículos 146 y 147, así como el artículo 148, cuando se trate de detenciones en flagrancia por la presunta comisión de delitos que requieran querrela) y cuando se presente un “caso urgente” (artículo 150). Solamente cuando no exista orden judicial de aprehensión se discutirá sobre la legalidad de la detención.³

El artículo 308 del CNPP establece que el Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención, y que el juez de control deberá verificar que se haya realizado conforme a derecho. Si hubo violaciones legales o constitucionales al practicar la detención, el juez deberá decretar la libertad de la persona. De hecho, el Ministerio Público tiene el deber de analizar la legalidad de la detención incluso antes de llegar ante el juez, pues debe hacerlo tan pronto como se ponga a un detenido a su disposición, de acuerdo con lo que señala el artículo 149 del CNPP.

Respecto de la legalidad de las detenciones, deben tomarse en cuenta las dos siguientes tesis de la SCJN:

FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA. El artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé la siguiente descripción: “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.”. Por su parte, los artículos 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7o. de la Con-

³ Sobre las órdenes de aprehensión, véanse los artículos 141, fracción III; 142, 143 y 145, del CNPP.

vención Americana sobre Derechos Humanos prevén como requisitos para que la detención de una persona sea válida que: 1. Sus causas y condiciones estén fijadas de antemano en la Constitución y en la ley; 2. Prohibición de la detención arbitraria; 3. La persona detenida debe ser informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de los cargos formulados contra ella; 4. La persona detenida será llevada sin demora ante la autoridad competente que verifique la legalidad de la detención; 5. Se ordene su libertad si la detención fue ilegal o arbitraria (Tesis 1a., CC/2014, 10a).

FLAGRANCIA. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUÉLLA. La limitación al derecho humano de libertad personal es de carácter excepcionalísimo y su escrutinio del más estricto rigor; por ello, cuando se aduzca flagrancia, debe acreditarse que hubo elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal. Ello es así, en principio, porque toda persona tiene no sólo la legítima expectativa sino el derecho a no ser molestanda por la autoridad, salvo por causas justificadas. Por su parte, la autoridad tiene la posibilidad de hacer indagaciones bajo el marco jurídico y conforme a las atribuciones que legalmente justifiquen su proceder. Sin embargo, no puede justificarse constitucionalmente que bajo pretexto de cumplirse con cuestiones de aducida legalidad, se actúe de manera arbitraria, lo cual debe ponderarse bajo un estándar de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida empleada. De ahí que si la detención de una persona, por aducida flagrancia, no se da bajo el respeto irrestricto del sistema constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de los requisitos y garantías establecidos de forma mínima a favor de la persona que sufrió la detención, ésta será considerada como arbitraria, al estar prohibida tanto a nivel nacional como internacional. Las consecuencias y efectos de la vulneración a lo anterior son la invalidez legal de la propia detención, así como de los datos de prueba obtenidos de forma directa e inmediata con motivo de la misma; esto conforme además a los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita (Tesis 1a., CCI/2014, 10a.).

IV. MEDIDAS CAUTELARES

Sobre el tema de las medidas cautelares, el CNPP ofrece algunos estándares, que vale la pena considerar, a fin de que el debate que debe darse entre

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 156, pp. 1693-1708.

las partes dentro de la audiencia inicial se enriquezca y el juez de control pueda contar con los elementos suficientes para tomar decisiones adecuadas sobre el tema.

Para empezar, recordemos que el CNPP enuncia los tipos de medidas en su artículo 155. Cabe destacar el hecho de que el Código señala catorce medidas cautelares, la última de las cuales es la prisión preventiva. Esto es importante recalcarlo, ya que en el anterior procedimiento penal mexicano tal parecía que la regla era la prisión preventiva, y la excepción era que se impusieran otro tipo de medidas cautelares.

Respecto del tema de la prisión preventiva, cabe tener presente que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 adicionó un nuevo párrafo segundo al artículo 19 de nuestra carta magna, cuyo texto es el siguiente:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

No hay que olvidar que la prisión preventiva implica una afectación tanto directa como indirecta a distintos derechos fundamentales, por lo que su justificación debe siempre ser necesaria y expresa, ya que no puede presumirse; en otras palabras, corresponde al Estado acreditar que hay razones suficientes para que una persona acusada de un determinado delito sea puesta en prisión sin existir una sentencia que la declare culpable. En particular, la prisión preventiva está siempre en tensión con la presunción de inocencia. Tiene razón Daniel Pastor (2007, 154) cuando advierte que “En la prisión preventiva se juega el Estado de derecho”. De ese tamaño es el reto de lograr un adecuado balance entre los derechos en juego.

La existencia de la prisión preventiva se suele justificar con una variedad de elementos. Se dice que la medida previene que el acusado pueda darse a la fuga o que pueda alterar las pruebas; para algunos la prisión

preventiva evita que los familiares de la víctima cobren venganza en la persona del inculgado.

A pesar de todas estas justificaciones, es obvio que la prisión preventiva choca no solamente con la elemental presunción de inocencia, sino también con el principio análogo de acuerdo con el cual una persona no puede ser privada de su libertad sino luego de haber existido un juicio en el que se acredite que realizó una conducta prohibida penalmente por la ley (principio de jurisdiccionalidad, lo llama Ferrajoli [2011, 555]).

A nivel internacional, con base en la doctrina, en los tratados internacionales y en la jurisprudencia, se estima que la imposición de una medida tan gravosa como la prisión preventiva debe ser capaz de superar distintos requisitos, como los siguientes (Bovino 2007,6):

1. Verificación del mérito sustantivo (lo que en México equivaldría a dejar acreditados los elementos que señala el propio artículo 19 constitucional, tanto en la parte de los tipos penales que ameritan la imposición de la medida como por lo que hace a los requisitos formales señalados en la parte inicial del párrafo segundo del mismo artículo).
2. Principio de excepcionalidad (lo que significa que la prisión preventiva no puede ser la regla general de trato para las personas sujetas a un proceso penal).
3. Fin procesal de la prisión preventiva (dado que la misma no tiene una finalidad sancionatoria, por lo que tendrá que acreditarse que se persigue algún fin de carácter procesal lícito).⁴
4. Proporcionalidad (que se imponga tomando en cuenta y valorando los hechos presuntamente cometidos por el procesado, así como

⁴ Sobre este punto concreto, Pastor (2007, 174) afirma que “si se quiere contar con un sistema penal que sin dejar de ser eficaz no sea abusivo, proteja la libertad y resulte adecuado al principio del estado constitucional de derecho, es preciso objetar la introducción práctica y teórica de funciones materiales en el área de la prisión preventiva. La garantía más segura contra la proliferación del uso patológico de esta medida cautelar indispensable es restringirla de un modo tenaz al cumplimiento de sus fines procesales. El encarcelamiento preventivo no debe ser desviado en caso alguno de su única misión admisible, a saber, cautelar los fines centrales específicos del proceso. En este esquema no hay lugar para privaciones de la libertad impuestas automáticamente por la gravedad del hecho o para neutralizar el peligro de reiteración delictiva o evitar la perturbación del orden público”.

las condiciones materiales, económicas, laborales y familiares del mismo).

5. Provisionalidad (que la ley permita en todo tiempo que se revise si la medida sigue siendo necesaria o si ya cambiaron algunos de los elementos que llevaron a su imposición).
6. Control judicial (que se pueda impugnar la determinación de la prisión preventiva ante el superior del juez que la dicta).
7. Límite temporal (debe existir un plazo más allá del cual debe cesar el encarcelamiento preventivo; algunos autores estiman que ese plazo no debe superar, bajo ninguna circunstancia, los dos años).⁵

Daniel Pastor (2007, 170) sintetiza los requisitos de una prisión preventiva “legítima”, de la siguiente manera:

Según el primer y principal presupuesto de la prisión preventiva, la adopción de la medida cautelar debe constatar indispensablemente que la libertad del imputado significa un riesgo comprobado para los fines del proceso (peligrosismo procesal). El hecho punible atribuido al imputado, por lo demás, debe estar demostrado con un grado de alta probabilidad (mérito sustantivo). El inculpado, antes de ser puesto en prisión preventiva debe haber tenido la oportunidad de conocer el hecho imputado y las pruebas existentes en su contra (intimación) y de ofrecer un descargo acompañado de pruebas o solicitudes probatorias (derecho de audiencia y de resistencia). La medida sólo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste (subsidiariedad). Dado que, como ya se adelantó, la validez de la medida presupone también que sus requisitos, reunidos al tiempo de imponérsela, subsistan mientras ella dura, entonces deben existir mecanismos de cancelación de la prisión preventiva para el caso de que cualquier requisito haya desaparecido (provisionalidad). Pero aunque esos presupuestos subsistan la prisión preventiva debe cesar cumplido un tiempo breve de duración tolerable (temporalidad). Por último, la imposición de la prisión preventiva debe admitir una instancia recursiva y tolerar tanto su impugnación periódica como su control rutinario, incluso de oficio (fiscalización).

⁵ Véase al respecto la referencia que sobre el tema ofrece el artículo 20, fracción IX, del apartado B, constitucional.

Al respecto el Tribunal Constitucional español ha afirmado que

...la medida cautelar personal que nuestras leyes procesales penales conocen como prisión provisional ha de ser adoptada por un juez... y dicho órgano ha de adoptar dicha medida que no ha de olvidarse es cautelar y, por lo tanto, excepcional en plena sintonía con los criterios legales... Sentado lo que antecede por nuestro ordenamiento, ante la radicalidad de la medida para un bien jurídico tan preciado como es el de la libertad, no se impone al juez que la adopte de un modo mecánico y automático, sino que deja a su necesario arbitrio... al aplicar caso por caso dicha medida cautelar (STC 3/1992, fundamento jurídico 5).

El mismo órgano agrega que

Más allá, pues, del expreso principio de legalidad... debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos (STC 128/1995, fundamento jurídico 3).

En México, lamentablemente, la prisión preventiva ha dejado de tener un sentido cautelar (si es que alguna vez lo tuvo), para pasar a ser una medida directamente represiva, tal como sucede también en otros países.⁶ Una buena parte de la población reclusa (superior al 40% del total de internos) no ha recibido sentencia, y los motivos por lo que está en la cárcel no siempre son legales, y mucho menos legítimos. De hecho, el sistema penal mexicano es altamente selectivo por lo que hace al carácter de sus “usuarios”, pues se concentra en pequeños delincuentes, personas que viven en barrios marginales y de escasa formación educativa, que en su momento no tuvieron acceso a buenos abogados o al dinero suficiente para evitar ser encerrados.⁷

⁶ Daniel Pastor (2007) recuerda una idea de Eugenio Raúl Zaffaroni, de acuerdo con la cual —dada la extensión temporal en que se resuelven los juicios penales— la prisión preventiva se termina convirtiendo en la verdadera sanción de nuestros sistemas penales.

⁷ Tampoco en este punto somos muy originales; véase al respecto las consideraciones que ofrece Gargarella (2008).

Este dato, sin embargo, no es exclusivo de México, pues es bien conocida la situación según la cual

El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Esta selectividad es el fruto, más que de una elección consciente, de la presión de los medios y expresa también el reflejo burocrático de los aparatos policiales y judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que aquellos cometidos por personas pudientes (Ferrajoli 2008, 43).

Históricamente, la comprensión en torno a la prisión preventiva ha ido cambiando de tiempo en tiempo. Ferrajoli recuerda que en Roma se llegó a prohibir totalmente la prisión preventiva; pero en la Edad Media, cuando se fue desarrollando el proceso penal inquisitivo (sobre cuya caracterización nos detendremos más adelante, al analizar el contenido del artículo 20 constitucional), se convirtió en un presupuesto ordinario de la etapa de instrucción, e incluso durante el proceso, bajo la idea de disponer del cuerpo del acusado para obtener su confesión por medio de la tortura (Ferrajoli 2008).

El pensamiento penal de la Ilustración luchó contra la prisión preventiva, aunque los autores más conocidos justificaron su imposición bajo ciertas circunstancias. Por ejemplo, Beccaria admitía la prisión preventiva pero solamente para evitar la fuga o para evitar que se ocultaran las pruebas de los delitos.

La prisión preventiva rompe con el principio procesal de igualdad entre las partes y pone al acusado en manifiesta inferioridad respecto del Ministerio Público, pues no puede defenderse igual una persona que está privada de su libertad que una persona libre. Tiene razón Ferrajoli (2008, 559) cuando afirma que

El imputado debe comparecer *libre* ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también —es decir, sobre todo— por *necesidades procesales*: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio

pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.

Una adecuada comprensión del nuevo régimen constitucional de la prisión preventiva requiere tomar en cuenta, además de las previsiones del artículo 19, lo que señala la fracción IX del apartado B del artículo 20, cuyo texto es el siguiente:

En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

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

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Lo importante de la fracción que se acaba de transcribir quizá se encuentre en su segundo párrafo, en el que se señala un tiempo máximo de duración de la prisión preventiva: dos años (el CNPP lo contempla en esos términos, de acuerdo con su artículo 165). Aunque en el mismo párrafo el carácter cierto de la temporalidad se matiza cuando se incluye la referencia al derecho a la defensa, consideramos que su inclusión debe estimarse positiva, pues suministra un parámetro más allá del cual la carga de la prueba para prolongar la prisión preventiva es casi insuperable. De hecho, la doctrina sostiene la pertinencia de anudar la duración de la prisión preventiva a la duración máxima del proceso penal (Pastor 2007, 189), tema al que se refiere el mismo artículo 20, apartado B, fracción VII, de la Constitución.

Volviendo al contenido del artículo 19 relacionado con la prisión preventiva, cabe señalar que —de acuerdo con la nueva redacción constitucional— esa medida precautoria solamente podrá decretarse cuando sea solicitada por el Ministerio Público cuando se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
- B) Cuando otras medidas no permitan asegurar el desarrollo de la investigación.
- c) Cuando otras medidas no permitan garantizar la protección de la víctima o víctimas, de los testigos o de la comunidad.
- d) Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

De esos cuatro puntos quizá el más chocante sea el último, puesto que sanciona (precautoriamente) la reincidencia o al menos la doble sujeción a proceso, con independencia del tipo de delito de que se trata, siempre que sea doloso.

Se trata de una disposición a todas luces desproporcionada, que además se puede prestar a que el Ministerio Público enderece dos acusaciones contra una misma persona para lograr que se decrete la prisión preventiva. Consideramos que una interpretación correcta debería aplicar la cuarta circunstancia solamente si se presenta, adicionalmente, alguna de las tres primeras. De esa forma, se racionalizaría y se pondría en su justa dimensión el uso de la prisión preventiva.

La constitucionalización de la cuarta circunstancia parece proclamar una indebida “presunción de peligrosidad”, que choca con los más elementos postulados de un derecho penal democrático y garantista; tal presunción estaría basada solamente en el hecho de la comisión previa de otro delito, poniendo en duda las posibilidades reintegradoras de la pena privativa de la libertad. De esa manera, se estaría despojando a la prisión preventiva de su naturaleza cautelar y de su justificación por razones procesales, y daría lugar simple y sencillamente a su imposición como medida de prevención del delito o de defensa social (Ferrajoli 2008).

Por otro lado, consideramos que incluso los tres primeros supuestos que enumera el artículo 19 (comparecencia del imputado, desarrollo de la investigación, protección a víctimas, testigos o a la comunidad) deben interpretarse de manera muy restrictiva, pues de lo contrario bastaría con que el Ministerio Público invocara cualquiera de ellos para que la prisión preventiva fuera inmediatamente decretada.

Recordemos que los requisitos para la sujeción a proceso fueron disminuidos por la reforma que estamos analizando, lo cual podría justificar-

se solamente si la prisión preventiva fuera en verdad excepcional. De otra manera, tendríamos el peor de los mundos posibles: muy leves requisitos para vincular a proceso a una persona y además una extrema relajación de los jueces al momento de determinar la procedencia de la prisión preventiva. Estamos ciertos de que no fue esa la intención de los autores de la reforma constitucional.

El CNPP regula el tema de la prisión preventiva principalmente en sus artículos 165 (duración máxima de un año, a menos que se extienda como consecuencia del ejercicio del derecho a la defensa), 166 (excepciones para personas que por sus circunstancias personales no deban entrar en prisión preventiva: por ejemplo, los mayores de setenta años, o quienes estén afectados por una enfermedad grave o terminal) y 167 (causas de procedencia y supuestos en los que se podrá aplicar).

Además de lo que llevamos señalado respecto al tema de las medidas cautelares, debemos tener presente que en su artículo 156, el Código establece algunos criterios que darán lugar a interesantes discusiones.⁸

Por ejemplo, este precepto señala que el juez al decretar las medidas cautelares debe aplicar un criterio de mínima intervención, observando adicionalmente la idoneidad y proporcionalidad de la medida. Como es obvio, a partir de estas determinaciones legislativas surgen varias preguntas: ¿qué debe entenderse por “criterio de mínima intervención”? ¿Qué significa en términos prácticos que una medida cautelar es idónea y es proporcional? No se trata de algo que sea evidente *prima facie*, sino que es una cuestión que será objeto de argumentación.

Las determinaciones que tome el juez de control sobre las medidas cautelares son impugnables a través del recurso de apelación (artículo 160 del CNPP) y no tienen carácter definitivo, sino que pueden ser revocadas, sustituidas o modificadas cuando las condiciones o circunstancias que justificaron su adopción hayan cambiado (ver el artículo 161 del CNPP).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARBONELL, Miguel. 2014. *Introducción a los juicios orales en materia penal*, México, Flores.

⁸ El artículo 158 del CNPP se refiere precisamente al “debate de medidas cautelares”.

- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. 2005. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid, CEPC/BOE.
- PASTOR, Daniel R. 2007. “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista Editores.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10a. ed., Madrid, Trotta.
- BOVINO, Alberto. 2017. “Aporías: sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo”, *Foro. Revista de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar* (8).
- GARGARELLA, Roberto. 2008. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes.
- FERRAJOLI, Luigi. 2008. “Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* 250 (58).