

La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México

Óscar Uribe Benítez



Serie Amarilla
Temas Políticos y Sociales

Julio de 2009

La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México

Julio de 2009

Derechos Reservados:

© Marzo de 2007



La reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley.

Serie Roja

Temas Parlamentarios



Derechos Reservados

© Enero de 2007

La reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley.

Coordinación y Revisión Editorial

Pedro Noguerrón de la Roquette

Portada y Diseño Interior

Humberto Ayala López

Presidente de la Cámara de Diputados

Dip. Duarte Jáquez César

Junta de Coordinación Política

Presidente

Dip. González Garza Javier

Integrantes

Dip. Larios Córdova Héctor

Dip. Cantú Garza Ricardo

Dip. Chanona Burguete Alejandro

Dip. Gamboa Patrón Emilio

Dip. Cobo Terrazas Diego

Dip. Marina Arvizú Rivas Aída

Dip. Rodríguez Luna Silvia

Secretario General

Dr. Haro Bélchez Guillermo Javier

Secretario de Servicios Parlamentarios

Lic. Suárez Licona Emilio

Secretario de Servicios Administrativos

Y Financieros

Lic. Noble San Román Rodolfo

Director General del Centro de

Estudios de Derecho e

Investigaciones Parlamentarias

Dr. Trejo Cerda Onosandro



Comité del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

Presidente

Dip. Ríos Camarena Alfredo

Secretarios

Dip. Moreno Álvarez Mario Eduardo

Dip. Márquez Madrid Camerino Eleazar

Integrantes

Amaro Corona Alberto

Batres Guadarrama Valentina Valia

Espejel Lazcano Jaime

Garay Ulloa Silvano

Gutiérrez Aguilar Miguel Ángel

Jacques y Medina José

López Adame Antonio Xavier

Macías Zambrano Gustavo

Monraz Ibarra Miguel Ángel

Navarro Sugich Carlos Alberto

Palma César Víctor Samuel

Quiñones Canales Lourdes

Rodríguez Sabido Dolores del Socorro

Sánchez Gil Carlos René

Editorial

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, señaló un nuevo derrotero en los sistema procesal penal, penitenciario y de seguridad pública; asimismo, estableció la figura jurídica novedosa de la extinción de dominio; y reguló de manera precisa y complementaria el régimen laboral y de seguridad social de los agentes del Ministerio Público, peritos y miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios.

Este Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, plegándose a sus criterios editoriales, con el afán de discurrir sobre temas actuales para generar un mayor entendimiento y profundidad de los mismos, ha elegido para esta publicación, del sistema procesal penal mencionado, una de las instituciones más compleja, sensible y a veces lacerante: la prisión preventiva o provisional.

Bajo el título *La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral en México*, el autor de esta obra aborda la aparición de la misma en la historia del derecho romano y mexicano; su conversión en pena; su naturaleza jurídica en la doctrina; y la interpretación que ha hecho de ella el Poder Judicial de la Federación de México; asimismo, hace un análisis del diseño constitucional de la prisión preventiva en el denominado proceso penal acusatorio y oral, para en seguida verter sus conclusiones.

El Comité Editorial del CEDIP

La prisión preventiva en el proceso penal acusatorio y oral de México

Óscar Uribe Benítez*

*Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigador “A” del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

SUMARIO: I. Introducción. II. La prisión preventiva. III. Diseño constitucional de la prisión preventiva en el sistema procesal penal acusatorio y oral. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción

Las culturas más antiguas, en el ámbito jurídico, establecieron una diversidad de penas para quienes lesionaran los intereses particulares y públicos de la organización social protegidos en leyes, para cuya imposición y ejecución generalmente debían seguirseles un proceso, al cual se negaban a estar sujetos; ante esta contumacia, la autoridad judicial fue provista de instrumentos jurídicos coercitivos, tales como la aprehensión, así como la prisión preventiva para asegurar el desarrollo del proceso y la ejecución de la pena.

Pese a las necesidades procesales por las que surgió el instituto de la prisión preventiva, fue evolucionado a una pena alternativa al de la pena capital, con bases humanitarias y filosóficas del liberalismo clásico. De manera que a la fecha, en muchos países en sus constituciones y legislaciones penales y procesales penales, le han dado a la prisión una doble caracterización: prisión provisional, como medida cautelar, y prisión como pena.

Sin embargo, ambas caracterizaciones, sin duda, producen aflicción, al grado de que han inspirado a escritores, más a los que las han padecido. En México, por ejemplo, José Revueltas, a finales de los años 60's del siglo XX, escribió su novela *El Apando*, en la que describe el inframundo que se creó en la cárcel preventiva de Lecumberri, de la ciudad del Distrito Federal, conocido como el palacio negro, el cual actualmente es ocupado por el Archivo General de la Nación; asimismo, revela la prisión de la prisión preventiva, que es el Apando, lugar de aislamiento de la cárcel preventiva. El mismo Revueltas, previamente en los años 40's, escribió la obra *Los muros de agua*,

cuyo escenario es la isla María Madre, en la que fue deportado, que a la postre fue y sigue siendo una colonia penal de las Islas Marías, en el Océano Pacífico.

Otro ejemplo, pero extranjero, lo encontramos en Anthony Burgess, quien a principios de los años 60's, escribió su obra *La naranja mecánica*, en la que el protagonista Alex, condenado a prisión, para salir de esta aflicción, se somete a un tratamiento que vincula psicológicamente la náusea y el vómito, con el interés del sujeto por la violencia, para hacerlo bueno.

En este trabajo, nos corresponde abordar a la prisión preventiva o provisional, de la que en el capítulo II se expone su aparición en la historia del derecho romano, su establecimiento en la historia del derecho mexicano, su conversión en pena por los cuáqueros de Pennsylvania, su naturaleza jurídica en la doctrina y la interpretación que ha hecho de ella el Poder Judicial de la Federación.

En el capítulo III, se desarrolla el diseño constitucional de la prisión preventiva, en el sistema procesal penal acusatorio y oral mexicano, para posteriormente en el capítulo IV exponer nuestras conclusiones. Finalmente, en el capítulo V, se plasma la bibliografía utilizada.

II. La prisión preventiva.

A) *Su aparición en la historia del derecho romano.* La institución de la prisión existió en el derecho romano, tanto en el sistema penal militar, como medio disciplinario excepcional, como en el derecho penal público, en el que ocupaba el primer lugar en el sistema de coerción en contra de los particulares, cuyo depositario del *imperium* dentro de la ciudad era el magistrado, quien al emitir órdenes para desplegar su actividad oficial requería, para el cumplimiento de las mismas, de la coerción. El uso de esta forma coactiva implicaba la

insubordinación y la desobediencia, que también enfrentaban otras magistraturas a las que se les dotó de la coacción, incluso al tribuno del pueblo. El arresto y la cárcel podían imponerlos el magistrado con *imperium* y el tribuno del pueblo, así también la prisión por deudas, contra los deudores de la comunidad, multas, etc. La coerción era un complemento del derecho penal, la realización del poder supremo discrecional, del *imperium*.¹

En Roma y en los demás pueblos de la antigüedad no se conoció la cárcel como pena. El arresto era discrecional del magistrado, por ello podía ser indefinido, pero regularmente era una medida transitoria y provisional. En la administración de justicia penal, también se empleaba como medio de seguridad, para poder continuar el proceso y para ejecutar las sentencias, es decir, como medio auxiliar para la instrucción del sumario y como arresto ejecutivo.²

Los magistrados también podían ordenar el arresto privado o prisión provisional, en una casa privada, generalmente en la casa de un magistrado, con ciertas modalidades, para las personas de mejor condición, en atención a las malas condiciones de capacidad o las de inseguridad de la cárcel pública.³

De manera que existían el arresto militar, el arresto civil y el arresto penal. El procedimiento acusatorio podía incoarse de dos maneras: a instancia de parte privada y por citación y emplazamiento del magistrado que fue la que predominó.⁴

La comunidad le otorgó a los magistrados medios coercitivos para incoar y sustanciar los juicios penales, a saber: a) La citación personal (vocatio); b) La comparecencia forzosa, para ello se empleaba la

¹MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1991, pp. 22, 32-35.

²Ídem, p. 202 y 203.

³Ídem, p. 205.

⁴Ídem, p. 213.

captura (prehensio); c) La busca o requisa (requisitio); d) El arresto y el auto en el que se constituye fianza (paredes vades); e) La citación no personal, realizada por edictos; y f) La incoación y sustanciación del procedimiento penal contra los ausentes.⁵

Si al inculcado se le citaba y comparecía o se le forzaba a ello, el magistrado podía ordenar el arresto o prisión provisional. En los juicios privados por causa de delito, el actor podía tener arrestado en su casa al inculcado. En el juicio penal público, de carácter capital, es probable que no fue posible dejar en libertad a los procesados, por la discrecionalidad del magistrado, a la que el tribuno del pueblo podía oponerse por la intercesión, para que el arrestado quedara libre. Este derecho del tribuno del pueblo fue frecuente, ya que dejando libre al procesado era posible su destierro. Este medio fue el que puso límite al ejercicio de la pena de muerte, excepto en el caso de los delincuentes comunes. En principio, la liberación del arrestado pudo lograrse, extendiendo al procedimiento penal público la constitución de fianza, que sólo se empleaba en el juicio privado.⁶

En el procedimiento por *quaestiones*, de la época de la República, los pretores carecían del derecho de arrestar de manera provisional, ya que los procesados por homicidio estaban siempre en libertad. A partir de la ley *Julia de vi*, por prescripción legal, los ciudadanos estaban libres, por lo que en ningún caso era necesario la constitución de fianza. Posteriormente, en el principado nuevamente se hizo uso del arresto provisional y de la fianza en contra de los ciudadanos romanos, por causa de desobediencia y de desórdenes. El arresto se ordenaba en principio para la ejecución de la pena y no tenía ordenado el arresto provisional para la instrucción del proceso, como se hacía antes. El juez para ordenar el arresto o la fianza, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación o la personalidad del acusado; a los de cierto rango y

⁵Ídem, p. 214.

⁶Ídem, pp.215 y 216.

mujeres se les tenía más consideraciones; y a los esclavos se les tenía en arresto provisional, si el señor no constituía fianza.⁷

El arresto o cárcel con el carácter de pena era en los delitos de los esclavos, el trabajo forzoso, el *ergastulum*, que era una institución económica y no tenía como fin castigar en el sistema punitivo doméstico, se fue ampliando la reclusión con carácter disciplinario, pues en toda casa grande existía una cárcel para los esclavos; en caso de delito, el magistrado podía encomendar al propietario del esclavo la represión del delito, entregándole al delincuente para su reclusión en la cárcel doméstica, ya temporal o en forma perpetua. Si el propietario se negaba, el esclavo era condenado a trabajos forzados a perpetuidad. De manera que, el derecho romano de las épocas republicana e imperial, no conocieron la pena de cárcel pública; inclusive en el derecho justineano se consideró inadmisibles e ilegítimas, una condena judicial a cárcel temporal o perpetua.⁸

El Doctor Fernando A. Barrita López, advierte que la prisión en el derecho romano, además de tener el carácter de preventiva era una pena. La vincula o cárcel, nos dice, era un lugar en donde los atados o vinculados (prisioneros de guerra) estaban custodiados; sin embargo, se consideraba en prisión el que estaba dentro de ella o fuera por no poder presentarse en público atado, lo cual era objeto de ataques en su reputación o fama, que la desdorbaban, según el Digesto. Que el fin principal de las vinculas o cárceles era validar y prolongar la detención hasta el cumplimiento de la condena impuesta, a pesar de que en el mismo sitio se ejecutaban algunas penas, por lo que se trataba más de un lugar de custodia que un lugar de castigo, lo cual sustenta en el Título III, relativo a la custodia y exhibición de los reos, del Libro Quadragesimooctavo del Digesto del Emperador Justiniano, para cuya determinación o bien para encargar su custodia a soldados, fiadores

⁷Ídem, pp. 217 y 218.

⁸Ídem, p. 592.

o al propio inculpado, el Procónsul debía tomar en consideración: el delito imputado; la honradez, el patrimonio, la inocencia y dignidad del acusado. Asimismo, en el Título 19 numeral 69, el cual señala que la cárcel se tiene para custodia de los hombres y no para castigarles.⁹

Pese a que la cárcel era lugar de custodia, excepcionalmente se utilizaba como lugar de castigo, tratándose de falta de pago, de multas o impuestos, aun cuando la libertad se consideraba sagrada; castigo que constituía una pena que podía ser perpetua, hasta que la prohibió el Emperador Adriano. Las Siete Partidas, en el Tomo II, de la Ley I, en su Título XXIX, distingue entre presos y cautivos.¹⁰

Por nuestra parte, señalamos que en la Partida VII, Título XXXI, relativo a las penas, en la ley “IIII” (sic) que lleva por rubro *Quantas maneras fon de Pena*, se disponen siete penas, cuatro son mayores y tres menores. De las mayores, la cuarta es *quando mandar echar algund ome en fierros, que yaga siempre preso en ellos, o en cárcel, o en otra prifion: e tal prifion como cfta non la deuen dar a ome libre, fi non a fieruo. Ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los prefos tan folamente en ella, fafta que fean juzgados*.¹¹

Como podemos observar, el derecho antiguo de España siguió el criterio del derecho romano: contempló la prisión con el carácter de pena, aplicable solamente a los siervos, ya que a los hombres libres se les podía encarcelar pero para guardarlos hasta que fuesen juzgados.

B) La prisión preventiva en la historia del derecho mexicano. Barrita López, también indaga en la historia de México a la prisión. Destaca, de la época precolonial, lo que señalaron tres historiadores: Zurita, que la prisión para los esclavos que se iban a sacrificar, era una galera

⁹BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Prisión preventiva y Ciencias Penales*, 3a edición, México, Editorial Porrúa, 1999, pp. 29 y 30.

¹⁰Ídem, pp. 30 y 31.

¹¹ALFONSO X “El Sabio”, Rey de Castilla y de León, *Las Siete partidas del Sabio Rey*, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 255 y 256.

con abertura en la parte superior, en donde había jaulas de madera para los esclavos y para los delincuentes. Orozco y Berra, que la prisión servía para los sentenciados a muerte, distinguiendo la prisión para penas leves. Y de Mendieta, que la prisión duraba mientras se sentenciaba o se cumplía la pena corporal.¹²

De la época colonial, destaca la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, Título XVII, relativo a los Alcaldes del Crimen, que reglamentó la prisión o cárcel, cuya Ley XX, relativa a las cárceles y carceleros, señaló que el preso en quien se ejecutare pena corporal, no sea devuelto a la cárcel por costas, ni carcelaje.¹³ Sin embargo, en el edicto de 1596 de la Santa Inquisición, se mencionó la cárcel como penitencia, no como medida preventiva, al referir que les serán dadas penitencias saludables a sus ánimas que no reciban penas de muerte ni cárcel perpetua y que sus bienes no sean tomados ni ocupados por los delitos que así confesaran. El Santo Oficio tenía cárcel secreta para los reos incomunicados hasta la sentencia; y la cárcel perpetua o misericordia, en la que permanecían los que eran condenados a ella. Pero en la guerra de independencia, siguió la prisión como custodia.¹⁴

Continuando en nuestra historia, la Constitución Política de la Monarquía Española, en su artículo 287 dispuso: *Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión.* El artículo 293, que: *Si se resolviese que al arrestado se le ponga en la cárcel, o que no permanezca en ella en calidad de preso, se proveerá auto motivado, y de él se entregará copia al alcalde, para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcalde a ningún preso en calidad de tal, bajo la más*

¹²BARRITA LÓPEZ, Fernando A., op. cit., pp. 32 y 33.

¹³Ídem, p. 35.

¹⁴Ídem, pp. 35 y 36.

estrecha responsabilidad. Y en el artículo 297 que: *Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.*¹⁵

En el Decreto constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814, su artículo 21 estableció que solamente las leyes determinarían los casos en que algún ciudadano debe ser acusado, preso o detenido; por tanto, el artículo 22 ordenó que la ley reprimiera todo exceso que no se contraiga a *asegurar* las personas de los acusados.¹⁶

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, también en su artículo 11, dispuso que nadie podía ser preso o arrestado sino de acuerdo con la ley anterior o en los casos previstos en dicho Reglamento; asimismo, en el artículo 72, que ningún mexicano podía ser preso por queja de otro, sino cuando el delito mereciera pena corporal y que conste en el mismo acto o que el quejoso lo pruebe dentro de seis días o en su defecto satisfaga al arrestado los atrasos y perjuicios por tal providencia. Y en el supuesto que el juez iniciara proceso, en el cual se arrojara semiplena prueba o vehemente sospecha, procederá al arresto, así como de oficio lo hará cuando tema fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho y en caso de delito in fraganti, según el artículo 73. La prisión provisional podía ser sustituida por fianza, mientras la ley no lo prohibiera, en cualquier estado del proceso en que conste no haber lugar a la imposición corporal, de conformidad con el artículo 74.¹⁷

La Constitución Federal de 1824, facultó en su artículo 112, fracción II, al Poder Ejecutivo para decretar el arresto, cuando *lo exigiera el bien*

¹⁵TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 22a edición, México, Editorial Porrúa, 1999, p. 94.

¹⁶Ídem, p. 34.

¹⁷Ídem, pp. 127 y 139.

y la seguridad de la federación, debiendo en cuarenta y ocho horas poner a disposición del tribunal o juez competente, al que privó de su libertad. Y con respecto a las reglas generales para todos los Estados y territorios de la federación, en lo que se refiere a la administración de justicia, el artículo 150 previó que nadie podría ser *detenido sin que hubiese semiplena prueba, o indicio de que es delincuente*.¹⁸

La primera ley constitucional de 1836, en su artículo 2, numeral I, prescribió como derecho de los mexicanos no ser preso sino por mandamiento de juez competente por escrito firmado, el cual debía proveer el *auto motivado de prisión* en un lapso no mayor de diez días, según el numeral II del referido artículo. Auto motivado que, según el artículo 43 de la quinta ley constitucional, requería que procediera información sumaria de haber sucedido un hecho que mereciera, según la ley, ser castigado con pena corporal y que resultara algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona cometió el hecho criminal.¹⁹

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, en su artículo 44, relativo a las garantías individuales, dispuso que la autoridad judicial no podía mantener detenido a ningún acusado por más de cinco días, sin haber dictado *auto motivado de prisión*, del cual debería darse copia al imputado y a su custodio, para lo cual requería que estuviese averiguado el cuerpo del delito; que haya datos suficientes, según las leyes, para creer que el detenido es responsable; que se le haya tomado declaración preparatoria, impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere.²⁰

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, en su artículo 18 estableció que solamente habría lugar a prisión por delito que mereciera pena corporal; en tanto que el siguiente precepto,

¹⁸Ídem, p. 190.

¹⁹Ídem, pp. 205 y 238.

²⁰Ídem, p. 504.

dispuso que la *detención debía justificarse con un auto motivado* que cumpliera con los demás requisitos que estableciera la ley, dictado en un término de tres días.²¹

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en su artículo 18 primigenio previó que sólo por delito que mereciera pena corporal habría lugar a *prisión preventiva*, cuyo sitio sería distinto al que se destinare para la extinción de las penas y estarían completamente separados. Y en su artículo 19, que ninguna detención podía exceder del término de tres días, sin que se justificase con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se le impute al acusado; los elementos que constituyan aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado.²²

C) *La conversión de la prisión preventiva en pena.* Las cárceles para los criminales surgieron como reacción contra el carácter bárbaro y los excesos de las penas anteriores. Antes de la cárcel existieron el calabozo, los hospicios, los reformatorios y buques de convictos. La prisión, según Morris, es un invento norteamericano, de los cuáqueros de *Pennsylvania* de la última década del siglo XVIII. Con la penitenciaría pretendieron sustituir la brutalidad e inutilidad de los castigos capitales y corporales por las virtudes correctivas del aislamiento, el arrepentimiento y los efectos edificantes de los preceptos de las Escrituras y la lectura solitaria de la Biblia. Los cuáqueros tuvieron como guía teórica, además de sus convicciones teológicas y morales, la monografía de Beccaria *Sobre los delitos y las penas*, publicada en 1764, para quien la cárcel era la alternativa necesaria de la pena capital.²³

²¹COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 194.

²²Véase Diario Oficial de la Federación de 5 de febrero de 1917.

²³MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7a edición, México, Siglo XXI, 2006, p. 20.

En 1790 se inauguró un conjunto de celdas en la cárcel de *Walnut Street*, en Filadelfia, como penitenciaría del *Commonwealth de Pennsylvania*; en 1796, *Newgate* empezó a prestar servicios de penitenciaría del estado de *New York*, con el modelo *Walnut Street*; las prisiones florecieron en toda Norteamérica y posteriormente por todo el mundo.²⁴

En el mismo sentido, el filósofo francés Michel Foucault advierte que en los siglos XVIII y XIX se dio un viraje de la detención como mecanismo de coerción a la detención como pena; los modelos de la detención penal que marcaron ese cambio, fueron los de Gante, Gloucester, *Walnut street*. La prisión marca un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la humanidad.²⁵

El fundamento jurídico-económico y técnico-disciplinario, ha hecho aparecer a la prisión como la forma más inmediata y más civilizada de todas las penas.²⁶

El Doctor Sergio García Ramírez, refiere que Mariano Ruiz Funes asevera que la cárcel de pena es una invención del Derecho canónico y por ello afirmaba Beccaria que la prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquiera otra.²⁷

Por su parte Luigi Ferrajoli, asevera que Beccaria después de haber estimado necesaria la prisión provisional, contra el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, *llegó a considerarla una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito.*²⁸

²⁴Ídem, p. 21.

²⁵FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, 18a edición, México, Siglo XXI, 1990, p. 233.

²⁶Ídem, p. 235.

²⁷GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho procesal penal*, 5a edición, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 578.

²⁸FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, 6a edición, España, Editorial Trotta, 2004, p. 552.

D) *Naturaleza jurídica de la prisión preventiva en la doctrina.*

1. *Es una medida cautelar.* Se ha definido a la prisión preventiva como el estado de privación de libertad que el órgano jurisdiccional impone al procesado durante la sustanciación del proceso, a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal. *Es una medida cautelar*, una providencia que debe decretar el órgano jurisdiccional con un doble propósito: alejar el peligro de que el acusado eluda el juicio y la probable sanción que se le imponga en caso de ser culpable y por otra, la de facilitar la actuación de la ley, pues de no estar presente, la continuación del proceso sería imposible. Es la medida cautelar más penosa y más dura que se impone a una persona que no ha sido declarada culpable del delito que se le imputa, pero que es necesaria frente a la comisión del delito y a las presunciones que surgen de las primeras diligencias en averiguación previa. *No es una medida de coerción, ni el principio de una sanción, es una providencia de seguridad de garantía, de que el delincuente no se sustraerá a la acción de la justicia y de que la ley no quedará burlada.* La prisión preventiva inicia sus efectos en el momento de la notificación de la misma, pero se retrotrae al día de la detención y termina en la fecha en que la sentencia que se pronuncie causa ejecutoria.²⁹

Hay medidas cautelares en el procedimiento civil y en el procedimiento penal; las de éste ofrecen ciertas peculiaridades con respecto a las de aquél, por ello Alcalá Zamora afirma que en el ámbito penal no hay formas de proceso cautelar autónomo, ya que siempre se encuentra supeditado al proceso de conocimiento o de ejecución, pero además dichas medidas se vuelcan sobre la persona, en tanto que en el ámbito civil, la mayoría son asegurativas sobre los bienes. A la cabeza de las *medidas cautelares penales*, por su gravedad, figuran *la detención y la prisión preventiva*, que tienen por efecto privar en

²⁹PEREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del procedimiento Penal*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1974, pp. 209 y 210.

forma provisional de la libertad física del inculpado, a fin de asegurar que se ejecute la sentencia que se dicte. Detención y prisión preventiva gozan de la misma esencia, sólo discrepan en grado: la preventiva es más intensa y permanente que la detención.³⁰

García Ramírez, cita a varios autores que dan su opinión respecto a la prisión preventiva: Vidal advierte que la prisión preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito. Florian señala que la prisión preventiva tiene dos propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba. Fenech: asegura los fines del proceso y garantiza la eventual ejecución de la pena. Pisapia: ha sufrido una evolución, en la que se advierten planos sucesivos: garantía para la ejecución de la pena, aflicción con carácter de ejecución anticipada de aquélla o para efectos ejemplares, coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso, y prevención inmediata de la perpetración de los delitos por parte del o contra el propio inculpado.³¹

Señala que el reglamento de los Reclusorios del Distrito Federal de 1979, publicado en el Diario Oficial de 24 de agosto de ese mismo año, refiere en forma explícita los fines de la prisión preventiva: facilitar el desarrollo adecuado del proceso penal, preparar la individualización judicial de la pena con base en los estudios de la personalidad del procesado, evitar la desadaptación social del interno y propiciar su readaptación y contribuir a proteger a quienes participan en el procedimiento penal.³²

De manera similar, en el Reglamento de los Centros de Reclusión del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito

³⁰GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., pp. 573 y 574.

³¹*Ídem*, p. 577.

³²*Ibidem*.

Federal de 24 de septiembre de 2004, en su artículo 36 se establece que dichos Centros son aquellos destinados a la *custodia de los indiciados*, depositados con fines de extradición y de los internos que se encuentren sujetos a un proceso judicial, *cuyos objetivos son*: I. Facilitar el adecuado desarrollo del proceso penal esforzándose en la pronta presentación de los internos ante la autoridad jurisdiccional en tiempo y forma, para todas las diligencias en que lo requiera la autoridad competente; II. Realizar y remitir ante la autoridad que lo requiera, los estudios de personalidad del interno, a efecto de que éstos surtan los efectos legales procedentes; III. Evitar mediante programas preventivos, la desadaptación social del interno y propiciar cuando proceda su readaptación, utilizando para tal fin el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; y IV. Implementar las medidas de seguridad necesarias para salvaguardar la integridad física de los indiciados, depositados con fines de extradición y procesados.

El régimen interior de los Centros de Reclusión Preventiva, está fundado en la presunción de la inculpabilidad e inocencia de los internos.

Reconoce García Ramírez, que existe clamor en contra de la prisión preventiva, pone de ejemplo a Pisapia quien afirma que es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado. En el cometido de prevención especial se confunde al imputado con el sentenciado. Plantearla como un medio para evitar la destrucción de las pruebas, es ingenuo y perjudicial para la defensa. El fin de disponer del imputado en el proceso no requiere de algo tan extremo como lo es la privación constante de la libertad. El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica.³³

Recuerda García Ramírez que en el Sexto Congreso Nacional Penitenciario, 1976, propuso el sistema de cesación automática del encarcelamiento, tratándose de la prisión preventiva que excediera

³³Ídem, p. 578.

del plazo señalado, pero dejó de sostener esa posición y señaló que hay que diferenciar, si en esa prolongación se atribuye a la malicia o negligencia de la autoridad persecutora, judicial o al propio inculpado y su defensa; o bien, consecuencia natural y directa del ejercicio del derecho de defensa, que prevalece sobre la del plazo. La injustificada demora de la autoridad puede combatirse por vía de amparo. Por lo que se impone un reexamen a fondo del asunto, que se ha iniciado y concretado en diversas reformas tendentes a abreviar e impulsar los procesos.³⁴ Asimismo, señala como ejemplos de la excarcelación, el artículo 107, fracción XVIII, constitucional, el artículo 20, fracción X, constitucional, concluyendo que no hay duda sobre la pertinencia y obligación de que cese la prisión preventiva, cuando hallándose el inculpado en ella, cumpla el tiempo que como máximo fije la ley al delito que motiva el proceso, según el artículo 20, fracción X, segundo párrafo, constitucional. En el caso de libertad bajo protesta (que debiera ser libertad absoluta) previsto en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, opina que el encargado del reclusorio debe disponer la excarcelación del inculpado, por aplicación directa del artículo 20 constitucional, si la ley secundaria no fija un procedimiento para la liberación.³⁵

La prisión preventiva y la definitiva son aflictivas aunque su nombre sea diferente, así como sus pormenores que se esgrimen para distinguirlas. La prevención suele ser una medida que se anticipa; no se puede hablar de prevenir en general, sino en algo concreto, como la evasión, la comisión de otro delito, o la destrucción de las huellas, rastros, instrumentos e indicios del delito, cuya normación si no pertenece a la Constitución, debe establecerse en la legislación común, pues la sociedad debe saber contra qué se precave y por qué medio se previene. Es decir, que lo pertinente sería mencionar cierto tipo de

³⁴Idem, pp. 581 y 582.

³⁵Idem, p. 583.

peligrosidad, pero el artículo 18 constitucional se limita a establecer que el sitio de la prisión preventiva será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados, lo que amplía el Código Penal para el Distrito Federal al establecer que también los reos políticos serán reclusos en departamentos especiales.³⁶

Establece diferencia entre prisión penal y preventiva: la primera tiene un preciso mínimo y máximo y un lugar para extinguirse; en la compurgación de la pena, el calificativo ejecutor es inadecuado, porque es el condenado el que personal y directamente satisface los términos de la sentencia, en tanto que la administración pública se limita a proporcionar los locales y establecer reglas para la convivencia en los mismos. La penitencia tiene como fin: la readaptación social del delincuente, por medio del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres.³⁷

Zamora-Pierce nos advierte que debemos tener presente, que los procedimientos penales persiguen la satisfacción de dos intereses diversos, pero no contrarios: el de la sociedad en sancionar a los delincuentes, y el del inculcado en que se absuelva, si es inocente, y, en caso contrario, que su culpabilidad se establezca mediante un debido proceso legal respetuoso de los derechos humanos. Si el consenso fuese en el sentido de que, para defender adecuadamente a la sociedad de los embates de la delincuencia, es imperativo, en algunos casos excepcionales, privar de su libertad al indiciado durante la averiguación previa, estaríamos dispuestos a apoyar las necesarias reformas legislativas, a condición de que éstas salvaguardasen tanto los derechos del inculcado como de la sociedad. Las causas que justificarían la detención serían el temor de que el indiciado se

³⁶BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, 2a. edición, México, Editorial Trillas, 1988, p. 77.

³⁷Ídem, p. 78.

fugue, destruya las pruebas de su conducta o cometa nuevos delitos; estas finalidades deseables de la detención, no deben encubrir otras finalidades indeseables. Privación de la libertad que deberá estar regulada por un plazo perentorio e improrrogable, dentro del cual el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal o bien el detenido recuperará su libertad.³⁸

2. *Es una pena anticipada.* El jurista italiano Luigi Ferrajoli, somete a examen riguroso y crítico la experiencia jurídica penal y procesal penal de su país, tanto legislativa como judicial, en el contexto de su teoría del garantismo penal. Por lo que respecta a los institutos de la prisión provisional o preventiva y del proceso, afirma que ocupan ya el lugar de la pena, como sanciones primarias de la sospecha del delito.³⁹

Sostiene que la prisión provisional del imputado antes de la condena, es ilegítima e inadmisibles frente a la presunción de inocencia. Cita argumentos de filósofos, juristas y politólogos clásicos, que se pronunciaron en contra de la prisión provisional en diferente medida, calificándola de atroz, bárbara, injusta e inmoral, tales como Hobbes, Beccaria, Voltaire, Diderot, Filangieri, Condorcet, Pagano, Bentham, Constant, Lauzé di Peret y Carrara, Sin embargo, por unas causas u otras, la acabó justificando el pensamiento liberal clásico y se enraizó en todos los ordenamientos europeos: constituciones y códigos, hasta alcanzar dimensiones patológicas. La prisión provisional fue transformada de instrumento procesal para necesidades sumariales, en instrumento de prevención y de defensa social, por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos. La presunción de peligrosidad equivale a presunción de culpabilidad; por lo que al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además de lo aflictivo, de la pena, la priva del sofisma conforme al cual sería una

³⁸ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 4a edición, México, Editorial Porrúa, 1990, pp. 35 y 36.

³⁹FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pp. 341 y 342.

medida procesal o cautelar, y por ende no penal, en lugar de *una ilegítima pena sin juicio*. La *prisión provisional* asume una medida de prevención frente a peligrosos y sospechosos, o peor aún *una medida de ejecución provisional o anticipada de la pena*.⁴⁰

Ferrajoli, para no mantener reducida la presunción de inocencia en puro oropel inútil, acepta el desafío de Vincenzo Manzini, otro gran jurista italiano, contenido en los siguientes cuestionamientos: ¿De qué inocencia se habla?, ¿Por qué no se aplica el principio con todas sus lógicas consecuencias? ¿Por qué no se abole la prisión provisional? Para este reto, se prepara diciendo que hay que demostrar que no sólo el abuso sino uso anterior de este instituto es ilegítimo e idóneo para provocar el desvanecimiento de todas las demás garantías penales y procesales.⁴¹

Refiere que las necesidades de la prisión preventiva, *son el peligro de fuga y la alteración de las pruebas*, según la jurisprudencia y doctrina más avanzadas, y que en su época señaló Beccaria. Es decir, sus finalidades son cautelares y procesales. Ferrajoli cuestiona esas necesidades y pregunta ¿Si son legítimas y no desproporcionadas al sacrificio impuesto? ¿No existen otros medios pertinentes menos gravosos que la hagan necesaria?⁴²

En cuanto al peligro de que el imputado altere las pruebas, aclara que el interrogatorio en el sistema acusatorio, no es una necesidad de la acusación sino un derecho de la defensa, que debe servir no para recabar pruebas de culpabilidad, sino para oponerse a la imputación y hacer posible su defensa. En delitos graves, la exigencia en instrucción de que el imputado no pueda alterar las pruebas antes del interrogatorio, se puede satisfacer más que por prisión provisional, por el traslado coactivo del imputado ante el juez y su detención por el tiempo estrictamente necesario (horas o días, pero no años) para

⁴⁰ *Ídem*, pp. 551-554.

⁴¹ *Ídem*, p. 555.

⁴² *Ídem*, p. 556.

interrogarlo. Propuesta que tiene su inspiración en Bentham, quien advirtió que ese sería el único lapso en que se debía aislarlo, con lo cual se reducen los efectos infamantes y difamantes de la acción penal, más humillantes y aflictivos de todo el sistema punitivo. Con lo anterior, afirma que después del interrogatorio y de la inmediata comprobación de los argumentos de defensa, la prisión del imputado pierde su justificación.⁴³

Excluida la función de conservación de las pruebas, la prolongación de la detención no tiene otro efecto que el de situar al imputado en una condición de sujeción, obstaculizarle la defensa, obligarle eventualmente a la confesión y acaso permitir que otros sujetos manipulen las pruebas (acusación, actor civil u otros interesados). Por tanto, desde el punto de vista del sistema acusatorio, la prisión provisional no es necesaria sino perjudicial para averiguar la verdad a través del juicio contradictorio.⁴⁴

En cuanto al peligro de fuga del imputado, asevera que es más infundado habida cuenta que está provocado no tanto por el temor a la pena, sino por el miedo a la prisión preventiva, además antes de la condena tendría interés en no escapar y defenderse. Para robustecer sus argumentos, cita lo dicho por Voltaire, en el sentido de que si un hombre está acusado de un crimen, se empieza por encerrarlo en un calabozo horrible; no se le permite que tenga comunicación con alguien; se le carga de hierros como si ya se le hubiese juzgado culpable; los testigos que deponen en contra de él declaran secretamente; a los cuales ve solamente en la confrontación; por todo ello, Voltaire pregunta ¿Cuál es el hombre a quien este procedimiento no asusta? Y exclama ¡O jueces! queréis que el inocente acusado no se escape, pues facilitadle los medios para defenderse.⁴⁵

⁴³ *Ídem*, p. 557.

⁴⁴ *Ídem*, p. 558.

⁴⁵ *Ibidem*.

Ferrajoli pregunta ¿Por qué el peligro de fuga de un imputado ya interrogado tendría que bastar para justificar una violación tan grave y perturbadora, de todas las garantías penales y procesales, como es *la pena anticipada sin juicio*?. Expone que este peligro no es un gran peligro, porque no se puede dar una fuga definitiva en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada. Considera que bastaría como medio disuasorio una mayor vigilancia del imputado, en días anteriores a la sentencia. Agrega que la fuga decidida por el imputado, al obligarle a la clandestinidad y a un estado permanente de inseguridad, es ya de por sí una pena gravísima. Finalmente, señala que cuando la fuga hiciera perder la pista del imputado, se conseguiría en la mayoría de los casos el efecto de neutralizarlo. El peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas. De lo que se desprende que la mitigación de la pena reduce proporcionalmente el peligro de fuga de los imputados. ⁴⁶

Adicionalmente, señala que la cárcel sin juicio es una contradicción. El inculpado debe comparecer libre ante su juez, para asegurar la dignidad del ciudadano presunto inocente y por necesidades procesales: situarse en pie de igualdad con la acusación, para que después del interrogatorio y antes del juicio, pueda organizar eficazmente su defensa. La única necesidad procesal que puede justificar una coacción momentánea (evitar contaminación de pruebas antes del primer interrogatorio) se vería satisfecha por la presentación coactiva del imputado ante el juez para hacer la imputación formal del hecho y el ejercicio de las primeras defensas. En algunos delitos graves, existe el peligro de que después del primer interrogatorio y de las primeras comprobaciones, el imputado altere las pruebas, pero es un costo que el sistema penal debe pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser. ⁴⁷

⁴⁶ *Idem*, p. 559.

⁴⁷ *Idem*, p. 569.

Añade que la presentación coactiva, si no se quiere que sea desproporcionada al valor de los bienes lesionados, se justifica sólo en proceso por delitos más graves y a partir de exigencias de la instrucción debidamente motivadas.⁴⁸

Estima que entran en colisión con la presunción de inocencia todas las medidas cautelares, judiciales y policiales, adoptadas antes de la condena. Asevera que la prisión preventiva ha perdido su función procesal para transformarse en una medida de defensa social contra los acusados socialmente peligrosos, al no recaer sobre hechos sino sobre cualidades.⁴⁹

Ahora bien, respecto a la prisión preventiva considera que es ilegítima y se ha abusado de ella, lo que la hace una medida preventiva y policial, sin que pertenezca al subsistema penal y procesal ordinario sino al administrativo, a pesar de que constituye una fase del proceso ordinario y la decide un juez. Los presupuestos de la prisión preventiva, sus modalidades y dimensiones, se han convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad y de la administrativización tendencial del proceso penal y sobre todo de su degeneración en mecanismo directo punitivo. Asimismo, destaca que *la prisión preventiva se ha expandido más allá de lo exigido por la función puramente procesal*, que le asigna Beccaria o la actual doctrina progresista: medida cautelar circunscrita en el tiempo y designada a asegurar la comparecencia ante la justicia de quien hay sospecha de haber cometido delito de especial gravedad, siempre que subsiste el peligro de huida o alteración de pruebas.⁵⁰

Se ha incluido como nuevo presupuesto de la prisión preventiva, la peligrosidad social, por el peligro concreto de que por las específicas formas y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, éste cometa graves delitos con uso de armas o de otros medios de

⁴⁸ *Ídem*, p. 560.

⁴⁹ *Ídem*, p. 740.

⁵⁰ *Ídem*, p- 770.

violencia personal o dirigidos contra el orden constitucional o delitos propios de la criminalidad organizada o de la misma especie de aquél, según el artículo 274, c, del nuevo código de procedimiento penal, que pone en evidencia la medida de defensa social. Esta transformación ha operado tanto por vía legislativa como judicial, que la ha hecho menos excepcional y cada vez más automática.⁵¹

Adicionalmente, señala Ferrajoli que las razones que pueden hacer suponer el peligro de fuga, de destrucción de las pruebas, o de futuros delitos de los imputados, no son por naturaleza, susceptibles de prueba o de refutación. El último presupuesto de motivo de captura es irremediamente policial y revela el carácter de medida de prevención y de defensa social que hoy asume la custodia cautelar.⁵²

3. *Es una medida policial.* El mismo Ferrajoli denomina medidas de policía a todas las sanciones o medidas de defensa y control social distintas de las penas, y sin embargo restrictivas de la libertad personal o de otros derechos fundamentales. En dichas medidas incluye la *prisión provisional o custodia cautelar*; las medidas de seguridad; las medidas de prevención; las medidas cautelares de policía judicial; y las medidas de orden público. Asevera que todas tienen carácter sustancialmente administrativo y no jurisdiccional, primero por su naturaleza no retributiva, sino preventiva o cautelar, después prevalentemente por su naturaleza potestativa, las sustrae casi a todo el sistema de garantías penales y procesales, por lo que constituyen un potente sistema de derecho penal y procesal preventivo, en la frontera del derecho penal y procesal ordinario.⁵³

Advierte que *la prisión preventiva cumple dos funciones* de hecho (punitiva y procesal), las cuales son *policiales*:

A) La primera función está vinculada a su naturaleza de *pena*

⁵¹ *Ídem*, p. 771.

⁵² *Ídem*, p. 775.

⁵³ *Ídem*, pp. 769 y 770.

anticipada; la captura representa la media de defensa social más eficaz: primero se castiga y después se procesa, o mejor dicho, se castiga procesando; se configura la transformación del proceso en pena informal. Esta función tiene tres diferencias que la hacen más punitiva que la pena:

1. La captura es preventiva en doble sentido:

α) Tiene papel de prevención general, que no se basa como el de la pena, en la amenaza legal, sino en el carácter ejemplar de su irrogación judicial.

β) Son preventivas las medidas de prevención, con las que se amenaza no con base en pruebas sino en sospecha o peor en presunta peligrosidad social.

2. Es un retroceso a la pena pública impuesta en proceso secreto: la captura y acusación son tan públicas, espectaculares y estigmatizantes, como secretos son los procedimientos, pruebas y alegaciones de la instrucción.

3. Es más aflictiva que la pena, ya que no puede aliviarse acudiendo a medida alternativa alguna ni a los distintos beneficios que prevé la norma penitenciaria; por lo que ocurre lo contrario a lo teorizado por la tradición penal liberal que admitía la prisión preventiva sólo en cuanto diferenciada de la pena por su carácter menos vejatorio y menos restrictivo de los derechos del preso.

B) La segunda función que asume es inquisitiva: la detención se dirige a constreñir al imputado a confesar o a colaborar. Esta prisión como intimidación y de presión es típicamente policial. Los métodos policiales entran en la práctica judicial; el proceso queda degradado a un viaje forzoso entre el imputado, inducido a la confesión o a la delación por temor a la cárcel o a la esperanza de libertad, y la acusación pública que experimentan sus hipótesis acusatorias, a menos que se pacte una pena injusta, rápida, negociable y reductible

en fase ejecutiva con beneficios y medidas alternativas.⁵⁴

Concluye mencionando, que se deberían limitar al máximo los presupuestos de la medida, cuyas razones deberían ser únicamente procesales y no de prevención de delitos futuros y estar sometida, mientras dura la detención, a controles y a la motivación periódica de su persistencia. Lo aflictivo de la detención debería reducirse al mínimo. Advierte que si no tiene naturaleza punitiva sino cautelar y su aflictividad es injusta, el ciudadano que la padece debería tener derecho a sufrirla en instituciones dotadas de todas las comodidades de una buena residencia.⁵⁵

C) Interpretaciones del Poder Judicial de la Federación en torno a la prisión preventiva.

1. Diferencia entre la prisión preventiva y la prisión como pena.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 18 constitucional, señala que tales institutos se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas: la retención de los procesados tan sólo se funda en la *presunción de culpabilidad* en la comisión de un delito, en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que han cometido un delito; la pena tiene como fin la readaptación social, bajo un régimen de tratamiento basado en el trabajo y la educación, al cual no pueden ser sometidos los procesados.⁵⁶

2. Los fines sociales de preservación del proceso y la prisión preventiva

⁵⁴Ídem, pp. 775 y 776.

⁵⁵Ídem, p. 777.

⁵⁶*PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISIÓN COMO PENA*, [Tesis aislada], Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Septiembre de 1999, Tesis: 1a. XXV/99, página: 91, (Amparo en revisión 3480/98. José Luis López García o José Alfredo Durán Mata y otro. 2 de junio de 1999. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Jesús Enrique Flores González)

como excepción de las garantías de libertad y audiencia. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que los fines sociales para preservar el proceso, son *garantizar la ejecución de la pena y asegurar la integridad del ofendido y la tranquilidad social.* Asimismo, que la prisión preventiva constituye una excepción justificable de las garantías de libertad y audiencia, a las cuales equilibra la libertad provisional bajo caución.⁵⁷

3. *Objeto de la prisión preventiva.* El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, afirma que la prisión preventiva por delito sancionado con pena privativa de libertad es una excepción a las garantías de libertad, de audiencia previa, y al principio de presunción de inocencia, que tiene por objeto *preservar el adecuado desarrollo del proceso y asegurar la ejecución de la pena, así como evitar un grave e irreparable daño al ofendido o a la sociedad, en prioridad al interés social sobre el particular;* luego, la revocación de la libertad provisional bajo caución (por desobedecer sin causa justa y comprobada las órdenes legítimas del tribunal del conocimiento o por alguna otra obligación contraída al obtener el beneficio), como medida cautelar y no cuando obedece a la ejecución de la pena, también es una excepción a las citadas garantías porque, no obstante que priva de la libertad al procesado, atiende a los valores sociales antes indicados, de ahí que en este caso no requiere darse audiencia previa al

⁵⁷*LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. TIENE COMO PROPÓSITO ESTABLECER UN EQUILIBRIO ENTRE LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA, EN RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA.* [Tesis aislada], Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Abril de 1998, Tesis: P. XX/98, página: 120, (Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca).

inculpado sino posterior, máxime que puede solicitar nuevamente el otorgamiento de su libertad provisional bajo caución, pues no existe precepto constitucional ni ordinario que lo prohíba, y así sucede en la práctica jurisdiccional.⁵⁸

4. *La prisión preventiva es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecida constitucionalmente.* El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un

⁵⁸ *GARANTÍA DE AUDIENCIA. EL ARTÍCULO 412, EN SUS FRACCIONES I Y VII, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, RELATIVO A LA REVOCACIÓN DE LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN, NO LA VIOLA.* (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Abril de 1998, Tesis: P.XXI/98, página: 22 (Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca).

grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.⁵⁹

5. *La prisión preventiva, independientemente de que es una medida cautelar y provisional, no pugna con la garantía de audiencia.* El Pleno de nuestro máximo tribunal asevera que independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional, no está en contradicción con la garantía de audiencia; en efecto, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue y no de su carácter provisional. *Fines que son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.* No puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí, a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, se afecta un bien de alta jerarquía axiológica, como lo es la libertad, y no obstante que, en efecto, a veces tiene ese carácter -cuando no se impone pena- debe reconocerse que su ejecución afecta de manera inmediata y directa al derecho sustantivo de la libertad. Además, esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, de la Ley Fundamental al decir que "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención". Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas.⁶⁰

⁵⁹*PRISIÓN PREVENTIVA ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE* (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Marzo de 1998, Tesis: P.XVIII/98, página: 28 (Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca).

⁶⁰*PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE*

III. Diseño constitucional de la prisión preventiva en el sistema procesal penal acusatorio y oral.

A) Antecedentes de la reforma constitucional.

Desde el mes de septiembre de 2006 a octubre de 2007, miembros de diversos grupos parlamentarios, de manera individual o conjunta, presentaron ante la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, iniciativas con proyectos de decretos de reformas a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionados con el sistema procesal penal, el penitenciario y el de seguridad pública.

Respecto al sistema procesal penal, se propuso la reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22.

Encuanto al sistema penitenciario se propuso reformar el artículo 18.

Y por lo que toca al sistema de seguridad pública, se propuso reformar los artículos 21, 73, fracción XXI y 115, fracción VII.

Adicionalmente, se abordó lo relacionado con los aspectos laboral y de seguridad social del Ministerio Público, peritos e instituciones policiales de la Federación, de los Estados, Distrito Federal y Municipios.

La Cámara de Diputados dictaminó y aprobó el 12 de diciembre de 2007, tales iniciativas de reformas y envió su minuta al Senado de la República, como revisora, la cual también las dictaminó y aprobó, con modificaciones, el 13 de ese mismo mes y año, enviando su minuta a la Cámara de origen, la cual emitió su dictamen y lo aprobó el 26 de febrero de 2008, con modificación de no aprobar la introducción de la policía en domicilio particular sin orden judicial, mismo que remitió a

AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, Marzo de 1998, Tesis: P.XIX/98, página: 94 (Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca).

la Cámara revisora, quien lo aprobó el 6 de marzo de 2008 y se turnó a las legislaturas locales, las que aprobaron las reformas, haciendo la declaración respectiva la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, cuyo decreto lo promulgó el Poder Ejecutivo y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

El Decreto de reformas constitucionales, en su artículo segundo, párrafo primero, transitorio, dispuso que el sistema procesal penal acusatorio entraría en vigor cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente al de la publicación de dicho Decreto. Asimismo, en dicho artículo, párrafo segundo, se impuso la obligación a la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, de adoptar el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, ya sea regional o por tipo de delito.⁶¹

B) Preceptos constitucionales que integran el sistema procesal penal acusatorio.

Según el artículo segundo transitorio, párrafo primero, del Decreto de reformas constitucionales en comento, el sistema procesal penal acusatorio lo constituyen los artículos 16, párrafo segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo.

C) Diseño constitucional de la prisión preventiva.

1. *Es una medida cautelar.* El dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, publicado en la Gaceta Parlamentaria de 11 de diciembre de 2007 y aprobado al día siguiente, en su apartado relativo al contenido de las iniciativas, materia del dictamen, al abordar la presentada por los Diputados César Camacho Quiroz, Felipe Borrego

⁶¹Diario Oficial de la Federación, Primera sección, de 18 de junio de 2008, p. 10.

Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, afirmó que *éstos plantean prescindir de la prisión preventiva en los casos en que ésta pueda ser sustituida por una sanción diversa*.⁶²

Esta aseveración evidencia que la prisión preventiva es concebida como una sanción; sin embargo, es un yerro en el dictamen, en virtud de que en la iniciativa de los mencionados Diputados, publicada en la Gaceta Parlamentaria de 19 de diciembre de 2006, no expresaron que la prisión preventiva fuera una sanción, sino que plantearon prescindir de tal instituto, en los casos en que el delito imputado al indiciado pudiese ser sancionado con otra pena sustituta de la prisión.⁶³

Hecha la anterior precisión, el mismo dictamen expresado, en su apartado relativo a las consideraciones, concibe a *la prisión preventiva como la medida cautelar más drástica*. Pues, el artículo 19, párrafo segundo, parte primera, constitucional, dispone que 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...* Asimismo, el artículo 20, apartado B, fracción IX, párrafo segundo, parte segunda, constitucional, al estatuir el límite de duración de la prisión preventiva, señala que al cumplirse éste sin que se haya pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato, mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer *otras medidas cautelares*.

El dictamen y preceptos constitucionales mencionados, le otorgan a la prisión preventiva la naturaleza jurídica nominal de medida cautelar.

2. *La confección de las medidas cautelares, diversas a la prisión preventiva, las dispondrá el legislador ordinario (federal y estatal)*. La reforma constitucional no previó la clasificación de las medidas cautelares, de lo que se infiere que ello se dejó al legislador ordinario.

⁶²Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados (22 de mayo de 2008), disponible desde: <http://diputados.gob.mx>

⁶³*Ibidem*.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en su artículo 209, prevé la sustitución del peligro de fuga o de la obstaculización para averiguar la verdad, que podrá aplicar de oficio el juez o tribunal competente por medio de las medidas alternativas siguientes: a) arresto domiciliario o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga; b) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal; c) obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe; d) prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización; e) prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; f) prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g) prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas; h) simple promesa del imputado de no darse a la fuga u obstaculizar la averiguación de la verdad. Medidas que se pueden combinar, sin desnaturalizar su finalidad o hacerlas imposibles.

⁶⁴ Actualmente, con los progresos tecnológicos se utiliza en otros países como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, la vigilancia por medio de una pulsera electrónica.

3. *Sujeto legitimado para solicitar la prisión preventiva.* El artículo 19, párrafo segundo, parte primera, constitucional, dispone que el *Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando ...* . Esta disposición constitucional, faculta exclusivamente al Ministerio Público para solicitar al juez la prisión preventiva, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar los

⁶⁴Página principal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, disponible desde: <http://www.iidp.org/>

supuestos que tal precepto señala.

La anterior aseveración es tajante, aun y cuando se parta de que la prisión preventiva es una medida cautelar y se vincule con el artículo 20, apartado C, fracción VI, constitucional, que prevé como derecho de la víctima u ofendido el *solicitar las medidas cautelares* y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. En efecto, pues no impide arribar a la conclusión de que efectivamente el Ministerio Público es el único legitimado para solicitar al juez la prisión preventiva del imputado, cuando las demás 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. Ciertamente, pues si el ofendido o la víctima, tienen el derecho fundamental de solicitar medidas cautelares, lo es solamente *para la protección y restitución de sus derechos*, que no corresponden a los supuestos anteriores para solicitar la prisión preventiva; luego entonces, la medida cautelar y providencia precautoria a las que tiene derecho a solicitar el ofendido o la víctima, no es la de prisión preventiva, sino otras que tiendan a la protección y restitución de sus derechos, como las que se prevén en las legislaciones secundarias, tales como el aseguramiento de los bienes del delito y la restitución en el goce de sus derechos, es decir, medidas cautelares que protejan el patrimonio. Es decir, tendrá derecho a solicitar el ofendido o la víctima las demás medidas cautelares que se contemplen en la legislación secundaria, excepto la prisión preventiva, ya que las otras medidas cautelares de manera indirecta tienden a la protección y restitución de los derechos. En efecto, pues la prisión preventiva tiene otras finalidades. Por desventura los dictámenes de las Cámaras de Diputados y Senadores, no realizaron pronunciamiento alguno sobre el particular, quizá porque lo consideraron palmario.

4. *El juez de control o el juez de la causa, son autoridades competentes para decretar la prisión preventiva.* En el mencionado dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, publicado en la Gaceta Parlamentaria de 11 de diciembre de 2007, en su apartado denominado Consideraciones se expone que se *prevé la inclusión de un juez de control que resuelva, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares...* Y concretamente, respecto al artículo 16, constitucional, al abordar a los jueces de control, señala que *Una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental es el de establecer jueces federales y locales, denominados de control, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares...*

Si la prisión preventiva es una medida cautelar y solamente la puede solicitar el Ministerio Público, se colige que la autoridad competente para decretar la prisión preventiva lo es el juez de control, como así lo dispone el artículo 16, párrafo decimotercero, constitucional, al establecer que *Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos...*

Lo que se corrobora con lo señalado en el apartado de las Consideraciones, del dictamen aludido de la Cámara de Diputados, en el sentido de que *El juez de la causa, se hará cargo del asunto una vez vinculado a proceso el indiciado, hasta la emisión de la sentencia correspondiente...* Y asimismo, respecto al artículo 16, en el que se *determina procedente incluir jueces denominados de control, que se responsabilizarán de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales*

de cateo, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial; asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, y realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto se emitan por cada poder judicial.

Es decir, el juez de control que resuelva acerca de las solicitudes de medidas cautelares, tales como el cateo, arraigo, *órdenes de aprehensión*, etc., también deberá dictar el auto de vinculación a proceso, cuando se materializa la detención y le es puesto a su disposición el imputado, para que el juez de la causa se haga cargo del asunto hasta que emita la sentencia que corresponda. Pero el proceso se puede desarrollar sin prisión o con preventiva. A este respecto, es oportuno preguntar ¿Qué autoridad es la competente para dictar el auto de prisión preventiva? Consideramos que debe ser el mismo juez de control, atento a lo expresado en el aludido dictamen, en el sentido de que el juez de control también deberá realizar las audiencias preliminares al juicio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto emita cada poder judicial.

Ciertamente, ya que entre las primeras audiencias preliminares al juicio, se encuentra la que se realiza a partir de la puesta a disposición del imputado en cumplimiento de la orden de aprehensión (o de caso de flagrante delito o caso urgente), a partir de la cual empiezan a correr las setenta y dos horas, para que el juez de control emita auto de vinculación a proceso a fin de justificar la detención del imputado, el cual deberá reunir los requisitos exigidos en el artículo 19, párrafo primero, constitucional.

En este lapso, se debe realizar la primera audiencia preliminar, a efecto de que el imputado esté en aptitud de declarar ante el juez de control en relación al delito que se le imputa, previa consulta del registro de la investigación por él mismo, por su defensor particular

o defensor público que elija o que le designe el juez, con el objeto de preparar su defensa, sin estar obligado a declarar y tiene el derecho de guardar silencio, el cual no puede ser utilizado en su perjuicio.

Esta primera audiencia preliminar, queda cerrada con el auto de vinculación a proceso, con el cual se inicia el proceso penal, con prisión o sin prisión preventiva del imputado.

Por tanto, antes de que culmine esta primera audiencia preliminar, el Ministerio Público debe solicitar, de ser necesario, la medida cautelar pertinente, entre las que se encuentra la de prisión preventiva; o bien el juez de control, debe de oficio hacer efectiva la prisión preventiva en los supuestos contemplados en la propia Constitución. O sea, antes de que finalice la primera audiencia preliminar el juez de control debe dictar el auto de prisión preventiva, el cual debe ser congruente con el auto de vinculación a proceso. En otras palabras, no puede existir un auto de prisión preventiva sin que previamente exista un auto de vinculación a proceso; no se puede mantener en prisión preventiva a quien no está sujeto a proceso, lo que exige unipersonalidad en el dictado de ambos autos. Por ello, el juez de control que emita el auto de vinculación a proceso debe emitir el auto de prisión preventiva, además porque éste debe realizar la primera audiencia preliminar al juicio, en la que resolverá si se vincula a proceso o no al imputado y si se le dicta auto de prisión preventiva de oficio o a petición del Ministerio Público, por lo cual el juez de control está facultado para dictar los autos mencionados, pero además realizar las demás audiencias preliminares al juicio.

En virtud de lo anterior, el juez de control es la autoridad competente para dictar el auto de prisión preventiva. Sin embargo, no es el único ya que también el juez de la causa está facultado para dictar dicho auto y el de vinculación a proceso, en razón de que el artículo 19, párrafos primero y segundo, constitucional, disponen que ninguna detención ante *autoridad judicial* podrá exceder del plazo de setenta y dos horas,

a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un *auto de vinculación a proceso*; y que el Ministerio Público sólo podrá solicitar *al juez la prisión preventiva cuando...*

Como podemos apreciar, la anterior disposición constitucional, alude a la autoridad judicial, quien es la que debe dictar el auto de vinculación a proceso y al juez para dictar el auto de prisión preventiva. Es decir, ambas expresiones se refieren al juez, pero no lo constriñen a que sea exclusivamente el juez de control, ya que no lo denominan así. Esta falta de calificación, obedece a que con ello se permite al Congreso de la Unión y a los Congresos locales realicen la organización judicial que corresponda a su infraestructura real, tal y como lo señala el dictamen aludido de la Cámara de Diputados, en el sentido de que *no se visualiza a corto plazo la posibilidad de que en cada ciudad haya jueces de distrito especializados en materia penal, como para asignar al menos uno a la función de control, otro a la función preparatoria del juicio, uno más para los juicios y un último para la ejecución de sanciones penales, cuando ahora hay un solo juez federal mixto; entonces debemos establecer un marco constitucional flexible que posibilite diversas formas de organización, sobre la base del sistema acusatorio oral, tanto para el fuero federal como para el común, para estados con amplia extensión territorial y entidades federativas con extensión pequeña, estados con recursos económicos disponibles y entidades con escasos recursos.*

Por las anteriores razones, constitucionalmente un juez de control está facultado para resolver sobre medidas cautelares, por ejemplo orden de aprehensión, auto de vinculación a proceso, auto de prisión preventiva y remitir el asunto al juez penal correspondiente; o bien, continuar con el asunto para realizar las audiencias preliminares al juicio. Esto significa que deben existir por lo menos dos jueces: el de control y el de la audiencia de juicio y sentencia. Sin embargo, en las entidades federativas con escasos recursos económicos y alta

incidencia delictiva, difícilmente podrían contar con ambos tipos de jueces o bien con un número considerable de jueces de control. Por esta razón, consideramos que un juez penal constitucionalmente estaría facultado para dictar auto de vinculación a proceso; para emitir auto de prisión preventiva; para realizar las audiencias preliminares al juicio; para realizar la audiencia del juicio, dictar sentencia y realizar la audiencia de sentencia.

En efecto, pues en el susodicho dictamen de la Cámara de Diputados se señala que este tipo de jueces (se refiere a los de control) podrán ser los que substancien las audiencias del proceso, preliminares al juicio, las cuales desde luego se regirán por los principios del proceso, previstos en el artículo 20 propuesto en el presente dictamen, ya que *dependerá de la organización que las leyes establezcan, pero también de las cargas laborales y los recursos disponibles, en razón de que seguramente en circuitos judiciales de alta incidencia delictiva, se requerirá de algún o algunos jueces que se aboquen sólo a resolver las medidas, providencias y técnicas señaladas, otros jueces que se constriñan a revisar las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, que pueden ser miles, y otros jueces más que se responsabilicen de substanciar el proceso hasta antes del juicio, incluso los procesos abreviados. De manera que a nivel constitucional sólo deben establecerse las atribuciones fundamentales y remitir el desarrollo de las garantías a la legislación secundaria, para no sobrerregular en nuestra Constitución.*

Ciertamente, ya que en caso de que los jueces de control no sean suficientes para dictar las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, es obvio que materialmente no podrán dictar éstas, los autos de vinculación a proceso, los de prisión preventiva y realizar las audiencias preliminares a la del juicio. Por estas razones, un juez de control podría dictar medidas cautelares, incluida la relativa a la orden de aprehensión, providencias

precautorias y técnicas de investigación, dejando que la ley secundaria procesal también le atribuya al juez del conocimiento el dictado del auto de vinculación a proceso, el auto de prisión preventiva, realizar las audiencias preliminares a la del juicio, la audiencia del juicio, dictado de la sentencia y audiencia de sentencia. En este contexto, el juez de control no perdería su razón de ser constitucional, ya que una de las medidas cautelares extremas, relativa a la privación de la libertad, de carácter fundamental y constitucional, es la orden de aprehensión (primera en tiempo y en la lógica del sistema procesal penal acusatorio y oral), sin la cual no podría generarse la siguiente medida cautelar extrema: la prisión preventiva.

En resumen, el dictamen aludido parte del supuesto de la existencia de jueces penales, que deberán encargarse de los procesos, con o sin prisión preventiva, hasta la sentencia; pero para efecto de controlar los presupuestos acerca de la procedencia del inicio del proceso, con o sin prisión preventiva, se crean jueces penales de control. Y se prevé que en el supuesto de las entidades federativas con geografía extensa o no, incidencia delictiva alta o baja y suficientes o magras disponibilidades económicas, los jueces de control podrán no solamente controlar los presupuestos de la procedencia o improcedencia del inicio del proceso, sino decidir acerca del inicio o no del proceso, con o sin prisión preventiva, así como realizar las audiencias preliminares a la del juicio.

Sin embargo, debe precisarse que si se prevé que los que tendrán mayor trabajo son los jueces de control (ya que atenderán todas las solicitudes, del ministerio público y del ofendido o la víctima, relativas a las medidas cautelares y providencias precautorias, así como las técnicas de investigación que pida aquél, que requieran de control judicial, según el artículo 16, párrafo decimotercero, constitucional), es lógico que en las entidades federativas con áreas geográficas extensas, con mayor índice delictivo y escasos recursos económicos,

se constituyan pocos jueces de control, los cuales no podrán hacerse cargo, materialmente, además del dictado de los autos de vinculación a proceso y de prisión preventiva, así como tampoco de las audiencias preliminares a la del juicio, como se pretende en el dictamen en comento, por lo que los jueces ordinarios deberán encargarse de ello, en tanto que el tribunal *ad quem* deberá abocarse a resolver las impugnaciones en contra de las determinaciones del ministerio público, por la falta de desahogo de alguna diligencia por el ministerio público o del juez del conocimiento; por el no ejercicio de la acción penal, por falta de elementos probatorios o por hacer uso del criterio de oportunidad; por la reserva del expediente de la averiguación previa; o bien, por las determinaciones del ministerio público en el proceso, concernientes al desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño, en cuyos casos el juez del conocimiento haya declarado su procedencia, etc., pues en todos estos casos el *ad quem* seguirá realizando su función recursiva, o sea, volverá al curso de la averiguación previa o del proceso para examinar si la determinación de la autoridad, ministerio público o juez del conocimiento, es legal.

Y en el caso de entidades federativas con gran y poca extensión geográfica, pero con poca incidencia delictiva y con recursos económicos, deberán constituirse jueces de control, conservar los jueces ordinarios y el tribunal *ad quem*. En cuanto a los jueces de control, en este caso, es ilógico que se les atribuya, además de la facultad del control judicial, la realización de las audiencias preliminares a la del juicio, puesto que ya cuentan con jueces ordinarios para ello. O sea, la incidencia delictiva y la disponibilidad de los recursos económicos, serán factores determinantes para que en la legislación procesal secundaria se atribuya a los jueces de control, solamente el control judicial en los rubros aludidos o además de él la realización de las audiencias preliminares a la del juicio, con sus respectivas resoluciones. Pese a

tales factores, el juez de control debe siempre conservar la facultad del control judicial respecto de las medidas cautelares que lo requieran, como es el caso de la primera más extrema; es decir, la relativa a la orden de aprehensión, sin la cual no se puede generar o existir la segunda más extrema: la prisión preventiva; ambas medidas cautelares extremas, las podrá a su vez controlar el *ad quem* o el juez de amparo, ya sea que la dicte el juez penal de control judicial o el juez penal ordinario, así como la que emita el *ad quem* confirmando o revocando la emitida por el juez penal de control o por el juez penal ordinario.

5. *Finalidades de la prisión preventiva.* El artículo 19, párrafo segundo, constitucional, establece que 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 anterior precepto constitucional, expresa las finalidades de la prisión preventiva, las cuales se han transcrito en letra cursiva y solamente dos de ellas coinciden con las del pensamiento liberal clásico, las relativas a garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (para evitar su fuga o que evada la justicia) y el desarrollo de la investigación (evitar que el imputado altere las pruebas), que son necesidades procesales.

Al respecto, el doctor Sergio García Ramírez, ávido en expresar sus comentarios a las reformas constitucionales, un mes después de haber sido éstas aprobadas por el Congreso de la Unión, es decir, sin haber concluido el procedimiento de dicha reformas, publicó un voluminoso libro de más de quinientas fojas, en cuyo prólogo compara a tales reformas con un vaso con agua potable y transparente con ciertas gotas de veneno. Advierte que la reforma pretende solucionar cuatro

problemas: impunidad, corrupción, incompetencia y envejecimiento del orden procesal. Respecto del primero, refiere que de ser ciertas las cifras estadísticas o si la realidad es menos grave, es pertinente preguntar: ¿cuál era la solución razonable, eficaz y duradera?, a lo que se responde con las preguntas ¿La reforma constitucional?, ¿Otras reformas? o ¿La aplicación adecuada de las normas vigentes?⁶⁵

García Ramírez, al comentar el artículo 19 constitucional reformado, señala que contiene respecto de la prisión preventiva, interesantes disposiciones, pues unas son progresistas y otras preocupantes o negativas. Que en principio la prisión preventiva pugna con el principio de presunción de inocencia; sin embargo, hasta la fecha no ha sido posible suprimir esa forma de prisión o sustituirla por otros medios que aseguren eficazmente la marcha del enjuiciamiento.⁶⁶

Destaca que se ha generalizado la opinión, inclusive en el concierto internacional, de que la prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales y vincularse con las necesidades del enjuiciamiento, conforme a un criterio riguroso sobre esta restricción del derecho a la libertad del presunto inocente y no bajo un concepto laxo. Rigen las reglas legitimadoras de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración. El carácter excepcional de la prisión preventiva se recogió en el dictamen de la Cámara de Diputados, en el que se analiza la frontera para las medidas cautelares, derivada del principio de proporcionalidad: la medida debe guardar proporción con la necesidad que se trata de resolver, en virtud de las características de ésta y de los fines procurados. Una medida desproporcionada sería un abuso inaceptable.⁶⁷

Enfatiza que en el dictamen de la Cámara de Diputados, se considera

⁶⁵GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 22.

⁶⁶*Ídem*, p. 99.

⁶⁷*Ídem*, p.100.

que dichas medidas deben ser proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela, lo cual considera *inexacto*, ya que la medida cautelar debe ser proporcional a la necesidad de la cautela, no al delito imputado. Lo que debe ser proporcional al delito es la pena, por lo que no es debido disponer una relación automática entre ciertas categorías de delitos y privación cautelar de la libertad. Que el dictamen *yerra de nuevo*, a propósito de la aplicación de esta medida a los inculpados de delitos graves, al mencionar que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. Que esto está mal porque la prisión preventiva se subordina a la entidad del delito y no a la necesidad de cautela. El incrementar los delitos graves ha tenido como consecuencia cárceles saturadas.⁶⁸

Asevera que lo acertado es el criterio general para la aplicación de la medida, es decir, debe ser requerida por el Ministerio Público, con salvedades (que empañan el sistema) impuestas al juzgador. Al no existir alternativa entre prisión preventiva y libertad provisional, cuando el Ministerio Público no solicite la prisión, se mantendrá la libertad del sujeto, sin necesidad de garantía, la que al parecer opera por sí, según el segundo párrafo del artículo 19; sin embargo, el tercer párrafo habla de revocación de la libertad de los individuos vinculados a proceso, lo cual hace suponer que se ha concedido dicha libertad y que se considera volver sobre la decisión adoptada, revisarla, revocarla. El juez no podrá ordenar la prisión cuando el Ministerio Público no la haya solicitado, salvo en los casos que se señalarán, pero tampoco es razonable que el juzgador deberá acordar favorablemente toda medida de prisión que requiera el Ministerio Público. El acuerdo judicial deberá sustentarse en la satisfacción de las finalidades de la prisión preventiva, enunciadas en el segundo párrafo. Es pertinente, el espíritu general de la norma a favor de medidas cautelares no restrictivas de la libertad, en tanto que el Ministerio Público sólo podrá

⁶⁸ *Ídem*, p.101.

solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares (legítimas y no privativas de libertad) no sean suficientes, para alcanzar los fines que aquélla se propone servir.⁶⁹

Y en cuanto a los fines de las medidas aseguradoras del inculpado, plasmados en el artículo 19 constitucional, señala que no son extraños a la legislación y doctrina del proceso, los cuales hay que valorarlos a la luz de las reglas mencionadas, para apreciar su legitimidad. Las medidas pretenden:

- 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;
- Cuando el imputado esté siendo procesado;
- Cuando el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Al respecto, advierte que el artículo 19 constitucional es *erróneo al enunciar las finalidades de la prisión preventiva y omitir los principios o reglas que les confieren legitimidad y admisibilidad, en cada caso* (no en series de casos, categorías de delitos o de personas), con lo cual deja el marco general a la construcción legislativa o jurisprudencial, en lugar de hacerlo en la Constitución, con fronteras precisas.⁷⁰

Las finalidades en algunos supuestos son controvertibles, no lo es la clásica: garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (sustracción a la acción de la justicia), ya que no debe existir juicio en ausencia, como se pretendió en propuesta autoritaria presidencial de 1997, que no prosperó.⁷¹

La finalidad relativa al *desarrollo de la investigación*, estima que

⁶⁹*Ídem*, pp. 101 y 102.

⁷⁰*Ídem*, p.102.

⁷¹*Ídem*, pp. 102 y 103.

es cuestionable porque puede propiciar la aplicación desbordada de la medida privativa de libertad, sobre todo si carece de reglas o principios que acoten a título de criterios de legitimidad, los supuestos de restricción de la libertad.⁷²

La referente a la *protección a la comunidad*, también la considera que abre la puerta al uso excesivo de la prisión preventiva, lo cual pugna con el espíritu de moderación, pero además dice que no basta aludir a la víctima y testigos, ya que hay otros participantes como el Ministerio Público, peritos, investigadores, etc., que no fue intención de incluirlos en el concepto comunidad, pero si lo estuviesen sobra la alusión de las víctimas y testigos.⁷³

Por lo que se refiere a que *cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*, considera que no tienen qué ver con los fines de la prisión preventiva y por ello no permite valorar su pertinencia. Que el legislador desconfió de las personas que se hayan en estos supuestos, considerándolos de antemano peligrosos o candidatos a la evasión; es decir, no pondera casuísticamente si lo son, sino que acepta en bloque la posibilidad de disponer en tales supuestos la prisión preventiva. La racionalidad de la medida en estos casos se halla a cargo del Ministerio Público, ya que están regidos, como los restantes que prevé el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, por la expresión de que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva, así como del propio juez, que no está obligado a resolver favorablemente las peticiones de prisión que formule el Ministerio Público.⁷⁴

6. La *prisión preventiva es a petición del Ministerio Público y de oficio*. El artículo 19, párrafo segundo, parte primera, constitucional, previó la prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público, cuando

⁷²*Ídem*, p. 103.

⁷³*Ibidem*.

⁷⁴*Ídem*, pp. 103 y 104.

otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar los fines mencionados. Asimismo, dicho artículo, en su párrafo indicado, pero en su parte segunda, dispuso lo que denominamos prisión preventiva de oficio, pues dicha norma constitucional obliga al juez a decretarla oficiosamente en los casos que en ella se establecen.

En cuanto al último tipo de prisión preventiva mencionado, la de oficio, el Doctor Sergio García Ramírez la denomina prisión preventiva forzosa, a la que considera un *desacierto*, por lo inconsecuente con normas internacionales y con la orientación de la medida cautelar. Refiere que el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en ciertas series o categorías de casos, con independencia de que en ellos se susciten o no las necesidades de garantía de presencia en el juicio, desarrollo de la investigación, protección a la víctima, etc., como es el caso de la delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos por medios violentos, como armas, (¿habrá otras hipótesis a discreción del aplicador? ¿armas de qué clase?) 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.⁷⁵

Que los aspectos que siembran dudas e inquietudes del retorno profuso de la prisión preventiva, no se explican en el dictamen de los diputados: *delitos graves* y extrema generalidad de ciertos conceptos. La reforma constitucional hizo bien en excluir en general esta referencia, pero hizo mal en recuperarla en la parte final del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, a propósito de la aplicación forzosa de la prisión preventiva. Afirma que estamos acostumbrados al engrose de listas caprichosas de delitos graves, sin atender a la ilicitud intrínseca de los hechos ni a la punibilidad, lo cual ha servido al propósito de cerrar el acceso a la libertad provisional, justa o injustamente.⁷⁶

⁷⁵ *Ídem*, p. 104.

⁷⁶ *Ídem*, p. 105.

Precisa que las nociones *libre desarrollo de la personalidad y salud*, que identifican aparentemente bienes jurídicos tutelados, son muy amplias, pueden dar acomodo a múltiples figuras delictivas, a discreción del legislador secundario, y no necesariamente apuntan hacia delitos de suma gravedad o hacia delincuentes que pongan en riesgo el proceso penal, en el caso concreto, o la seguridad pública. Es posible que en la primera noción, se ubique a conductas corruptoras de menores de edad, pero puede ser otro género de comportamientos mucho menos reprobados socialmente. Los delitos contra la salud no son únicamente los relacionados con sustancias estupefacientes, psicotrópicos o narcóticos, que pudo tener en cuenta el Constituyente Permanente, sino otros más, como el peligro de contagio, en el que no parece existir razón para negar la libertad del inculgado.⁷⁷

Critica que no se distingue entre diversas categorías de secuestro, ni entre los diversos tipos de un homicidio doloso, a pesar de que es posible y debido distinguir entre homicidio simple, calificado, de familiar, en estado de emoción violenta, a petición del sujeto pasivo. Tampoco está claro por qué se niega la libertad de plano y genéricamente, a quien fue condenado o está procesado por delito doloso (¿robo de escasa cuantía?, ¿lesiones de mínima gravedad?, ¿injurias, difamación, calumnias, en las legislaciones que conservan estos delitos?) El legislador secundario fijará los alcances de cada supuesto constitucional de prisión preventiva forzosa, pero al no existir un concepto uniforme y vinculante acerca de la expresión de delitos graves, desarrollo de la personalidad y salud, cada legislador podrá aportar su versión propia y generar un panorama heterogéneo que difícilmente beneficiaría a la justicia penal en su conjunto. Cabe la posibilidad de que la tipificación de conductas “pensadas por el Constituyente”, se haga en forma diversa en las distintas leyes penales, lo cual plantearía dudas y problemas de constitucionalidad,

⁷⁷*Ibidem.*

por ejemplo, en una legislación se podría denominar secuestro a toda privación de la libertad con fines ilícitos, y en otras se podría distinguir entre plagio, secuestro y privación ilegal de la libertad, con la consecuencia de que sólo en una de estas tres hipótesis se aplique la prisión preventiva forzosa.⁷⁸

Finalmente, menciona que el tercer párrafo del artículo 19 constitucional, señala que la ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. El dictamen de los diputados refiere que la decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, ya que se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso cuando se acrediten los extremos previstos en la Constitución y de conformidad con lo que dispone la ley, pero no fija como límite para ésta la gravedad de la situación, que debiera ser el fundamento para que cese la libertad.⁷⁹

7. *La prisión preventiva de oficio es una excepción de la excepción de la prisión preventiva a petición del Ministerio Público.* En términos del artículo 14, párrafo segundo, constitucional, la libertad es un derecho fundamental, que corresponde al *status* jurídico que debe tener todo individuo. Sin embargo, cuando se comete un delito, la prisión preventiva del imputado se aplicará de manera excepcional, cuando con ninguna otra medida cautelar se puedan garantizar los fines mencionados de la misma, de acuerdo a los principios de subsidiariedad y excepcionalidad invocados en el dictamen de la Cámara de Diputados. Hasta aquí tenemos una excepción al derecho fundamental de la libertad. Pero el dictamen también refiere que a los delitos graves y de delincuencia organizada, se les debe dar un tratamiento diverso a las medidas cautelares, para evitar que el legislador ordinario decida en qué casos se aplica la Constitución y

⁷⁸ *Ídem*, p. 106.

⁷⁹ *Ibidem*.

cuáles requieren un *tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o de delincuencia organizada. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos; sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional.*

En el aludido dictamen, se aprecia que se crearon excepciones de las medidas cautelares, entre las que se encuentran la prisión preventiva. Es decir, las finalidades de la prisión preventiva, según el citado dictamen, no se aplicaron a los delitos graves y delincuencia organizada, porque se consideró que en estos casos se debía tener una regulación especial, o sea, excepciones a dichas finalidades, pero con el mismo efecto restrictivo de la libertad en forma provisional; excepciones que conforman la prisión preventiva de oficio, frente a las cuales el juez no requiere de solicitud del Ministerio Público para decretarla.

De esta manera, la prisión preventiva de oficio fue constituida como una excepción de la excepción de la prisión preventiva a solicitud del Ministerio Público.

8. *La prisión preventiva sigue siendo la regla general, pese a su pretendido carácter subsidiario y excepcional.* El *status* jurídico del individuo es la libertad, pero cuando se le imputa un delito el sistema punitivo diseñado en la propia Constitución, en su artículo 18, párrafo primero, dispone una regla general que consiste en que *sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.* La gran mayoría de delitos contempla como pena la de prisión; y en el resto pena alternativa, es decir, prisión o multa, además de otras accesorias, como la inhabilitación, destitución del cargo, etc. Es decir, la pena privativa de la libertad es la regla general para los delitos, de ahí que el *ius puniendi* sea la última ratio para reprimir conductas lesivas de bienes jurídicos; y por ende, habrá lugar a prisión preventiva. En otras palabras, si el delito no contempla pena de prisión, perdería su razón de ser y no debería ser un delito sino

una falta administrativa, de policía o de buen gobierno, pero más aún jamás podría operar la prisión preventiva. Por eso, para que opere ésta en un sistema punitivo, se erigió con rango constitucional en regla general, cuya excepción radica en aquellos delitos que establecen pena alternativa o solamente pecuniaria, en la que no habrá lugar a la prisión preventiva.

En este sentido, en el artículo 18 constitucional, existe una política criminal que estriba en que todo procesado por delito que contemple sanción privativa de la libertad, deberá estar en prisión preventiva, la cual se ha tratado de atemperar con reglas como las del término medio aritmético de cinco años de prisión para que pueda el imputado obtener su libertad bajo caución. Sin embargo, esta política criminal se proyecta hasta los derechos políticos del procesado, en cuanto a que en el artículo 38, fracción II, constitucional, se dispone que *los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.*

Con la reforma constitucional, en el artículo 19, párrafo segundo, se crearon otras excepciones de la prisión preventiva, de orden procesal, consistentes en que aun cuando el delito por el que se vincula a proceso al imputado se sancione con pena privativa de la libertad, no será privado de ella, si revela su intención de comparecer al proceso y de permitir que se desarrolle la investigación. Asimismo, se han creado otras excepciones de tipo preventivo, consistentes en que el imputado no sea privado de su libertad si no realizará acto alguno en contra de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Pero además dicha reforma constitucional, revela que utiliza al instituto de la prisión preventiva, no para fines procesales, sino como un instrumento aislante o segregador de individuos, cuyas conductas lesionan bienes jurídicos de mayor valía e impactan de manera relevante a la sociedad, así como de aquellos delitos que en la ley se

determinen como graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

9. *Límites de duración de la prisión preventiva, como derechos fundamentales procesales.* El artículo 20, apartado B, fracción IX, párrafo segundo, constitucional, establece que 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.

La anterior disposición constitucional, prevé dos derechos del imputado en prisión preventiva: a) Que la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito por el que se sigue el proceso; y b) Que la prisión preventiva en ningún caso será superior a dos años, salvo que se prolongue por el ejercicio del derecho de defensa.

En cuanto al primero de los derechos mencionados, el Código Penal Federal, prevé aproximadamente 34 tipos penales, cuya pena máxima no rebasa los dos años de prisión, sin que tenga como pena alternativa la multa. Estos tipos penales son los siguientes: violación de inmunidad, quebrantamiento de sanción, ataques a las vías de comunicación, desobediencia y resistencia de particulares, reincidir en negarse a otorgar protesta de ley o a declarar, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público, ultrajes a las insignias nacionales, omisión de impedir la apología de un delito, acceso ilícito a sistemas y equipos de informática, ejercicio indebido del servicio público, concusión, cohecho sin rebasar quinientas veces de salario mínimo diario vigente, peculado sin rebasar dichas veces, enriquecimiento ilícito en un monto no mayor de cinco mil veces de salario mínimo diario vigente, responsabilidad profesional, usurpación de funciones

públicas, profesionales y uso indebido de condecoraciones, uniformes, grados jerárquicos, insignias, divisas y siglas, adulterio, allanamiento de morada, aborto consentido o provocado, exposición de infante, robo, abuso de confianza y fraude, según el monto y otros que no son recurrentes. Esta pequeña parte del universo de tipos penales, cuya pena máxima no rebasa los dos años de prisión, es susceptible de que ésta sea sustituida por multa, según el artículo 70, fracción III, del Código Penal Federal, siempre que previamente no se haya condenado al solicitante de dicha sustitución, por sentencia que haya causado ejecutoria por delito doloso y perseguido de oficio, así como los que hayan sido condenados por alguno de los delitos mencionados en el artículo 85, fracción I, del indicado Código Punitivo. Es decir, los procesados por los anteriores delitos y que no hayan sido condenados por delitos dolosos o graves, estando bien asesorados sabrán que a pesar de que sean condenados, no permanecerán en prisión al ser sustituida ésta por una multa y reparen el daño; luego entonces, en estos casos es oportuno cuestionarnos si se justifica la prisión preventiva durante dos años, ya que la pena máxima privativa de la libertad se agotó con la prisión preventiva y a pesar de ello se sustituye con multa. O peor aún, en la sentencia condenatoria al computarse los años de detención, se declare que ya se cumplió la condena. En este contexto, es indispensable cuestionarnos si en estos casos los fines de la prisión preventiva se justifican, así como si realmente el límite de la duración de la prisión preventiva basado en el máximo de la pena del delito que motivare el proceso, constituye un derecho fundamental del imputado.

Ahora bien, en cuanto al segundo derecho relativo a que la prisión preventiva en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al derecho de defensa, advertimos que el caso de los delitos cuya pena máxima es de dos años de prisión, que es el límite para la duración de la prisión preventiva, tiene el

mismo tratamiento que los delitos que rebasan en su pena máxima los dos años de prisión; es decir, se les da un trato igual a quienes se encuentran en circunstancias desiguales: procesados por delitos con pena máxima de dos años de prisión y procesados por delito con pena máxima superior a los dos años de prisión, que se encuentren en prisión preventiva, tienen el mismo derecho de que la duración de la prisión preventiva sea como máximo de dos años. En otras palabras, el límite de dos años de duración de la prisión preventiva, permite que los procesados a quienes se les aplica tal institución por delitos cuya pena máxima es de dos años de prisión, cumplan su condena durante el proceso, si es que son responsables, lo cual subvierte el sistema penitenciario; mientras que a los procesados en prisión preventiva por delito con pena máxima superior a los dos años de prisión, se les tiene que excarcelar también, mientras termina el proceso. O sea, a unos se les hace nugatorio el derecho del máximo de duración de la prisión preventiva, ya que al excarcelarlos no lo es por virtud de haber estado dos años preso sino porque ya cumplió su pena, en el supuesto que sea declarado responsable y condenado al máximo de la pena de dos años prevista en el delito que motivó el proceso; mientras que a los otros procesados en prisión preventiva, al cumplirse los dos años como límite de duración de aquella prisión preventiva, sí se les debe excarcelar mientras sigue su proceso y se dicta la sentencia respectiva.

IV. Conclusiones.

1. La prisión provisional o preventiva se instituyó en las civilizaciones antiguas, independientemente de su forma gobierno: democrática, republicana o monárquica, con el objeto de guardar a los presos hasta que se les dictara sentencia o se ejecutara la pena corporal.
2. En la época antigua, la prisión provisional también tuvo el carácter de pena, pero aplicable únicamente a los esclavos.
3. En la época medieval, la prisión provisional también tuvo el carácter de pena, pero aplicable a los siervos, así como a los deudores de multas.
4. En la época moderna, la conversión de la prisión provisional en pena, obedeció a una alternativa humanitaria en relación con la pena capital, al grado de considerar a aquella pena como la más civilizada, cuyo artífice lo fue Beccaria y sus operadores los cuáqueros de *Pennsylvania*.
5. La prisión desde la época moderna hasta la contemporánea, ha permanecido con su doble caracterización: prisión provisional como medida cautelar y prisión como pena; pero esta diferencia la difumina la regla jurídica universal, relativa a que en la pena deben descontarse los días en que se estuvo en prisión provisional (inclusive detenido), la cual adquiere la calidad de pena de prisión anticipada a la sentencia condenatoria, la cual la confirma al tomarla en cuenta en el cómputo de su duración.
6. El tiempo en la privación de la libertad del imputado, es el elemento que ha servido para crear y diferenciar diversos institutos, tales como la detención, la prisión provisional y la pena, en una escala de menor a mayor duración de esa privación de la libertad, días, meses y años.
7. El pensamiento del jurista italiano Luigi Ferrajoli, se destaca porque va más allá de los inmortales y grandes pensadores del liberalismo clásico y porque se erige en defensor universal del individuo imputado o procesado, profundamente humanístico, cuya estrategia

sistemáticamente histórica, lógica, racional y jurídica, sustentan los axiomas de su teoría garantista. Sin embargo, en aras de conservar la probidad intelectual, debe recordarse lo que ha señalado el propio Ferrajoli, de que su teoría es un *modelo ideal*. Es decir, ha hilvanado su pensamiento en abstracto en función, por ejemplo, de las atrocidades que han vivido los que han estado en prisión preventiva en la edad antigua, edad media, época moderna y contemporánea, sin tomar en consideración los derechos de la mayoría, tales como el de la paz, tranquilidad social, seguridad pública, bien común, etc. En efecto, parte de un ciudadano que arbitrariamente es sometido a una investigación y a un proceso, al cual se le deben respetar todos sus derechos fundamentales, garantías penales y jurisdiccionales, pese a que existan elementos de prueba en su contra; es decir, según Ferrajoli, debe prevalecer la libertad del imputado sobre el bien jurídico lesionado, porque la tradición liberal ha dicho que se presume inocente hasta que no se le declare culpable en sentencia condenatoria; pero va más allá al sostener que el imputado no debe estar en prisión preventiva sino en libertad en atención al principio de presunción de inocencia.

El pensamiento de Ferrajoli es consecuente, al proponer la abolición de la prisión preventiva, para dirimir la antinomia entre prisión preventiva y presunción de inocencia.

8. La postura del respetable jurista italiano, es radical en relación con la tradición liberal clásica, en virtud de que considera que los derechos fundamentales relativos a la libertad deambulatoria y al de la presunción de inocencia, son inalienables, indisponibles, es decir, derechos fundamentales absolutos, que no tienen límites y por tanto superiores a los de la colectividad. En contraposición, desde los antecedentes de la aparición de los derechos del hombre en Inglaterra, y su concreción en los Estados Unidos de América y en Francia, que han servido de modelo universal, los más prominentes

defensores fervientes de los mismos, han sostenido los límites de los hoy denominados derechos fundamentales.

9. En la realidad mexicana, si la pena de prisión ha fracasado en su propósito de readaptación social, la prisión preventiva pierde razón de ser como coadyuvante para alcanzar ese propósito, más aún se torna proterva. El medio no justifica el fin, ni el fin justifica el medio, es decir, la prisión preventiva no justifica la pena de prisión, ni la pena de prisión justifica a la prisión preventiva. En la reforma judicial, el cambio de propósito de la pena: la reinserción social, no cambia los efectos de la prisión provisional.
10. La prisión preventiva implica la imposición de una pena anticipada en los derechos políticos del ciudadano, consistente en la suspensión de sus derechos o prerrogativas, de conformidad con el artículo 38, fracción II, constitucional. En efecto, el artículo 24, numeral 12, del Código Penal Federal, prevé como pena la suspensión o privación de derechos. El artículo 45 del precitado Código, dispone que la suspensión de derechos es de dos clases: la que por ministerio de ley resulta de una sanción como consecuencia de ésta, y la que por sentencia formal se impone como sanción. En tanto, el artículo 46 del aludido Código dispone que la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, etc. Es decir, la suspensión de los derechos políticos es una pena accesoria y por ello no debe aplicarse en forma anticipada en el auto de prisión preventiva, ya que aún no se impone la pena principal.
11. La prisión preventiva ha sido la regla general en el sistema penal mexicano, pero se ha tratado de atemperar, en principio con el término medio aritmético de cinco años de prisión para obtener la libertad bajo caución u otra garantía; después, dicha regla se utilizaría para los autores o partícipes de delitos graves. Con la reforma constitucional, se amplió la forma de atemperarla, con finalidades, que en sentido positivo, es decir, que no se contradigan tales

finalidades, se constituyen en excepciones de la prisión preventiva. En el sentido negativo, dichas finalidades, es decir que se actualicen, dan la apariencia que hacen de la prisión preventiva la excepción y la libertad la regla general.

12. La prisión preventiva en la reforma constitucional, tiene doble función: instrumento auxiliar para alcanzar fines procesales e instrumento preventivo, ajeno a cuestiones procesales, segregador de conductas que lesionan bienes jurídicos de mayor valía y que impactan a la sociedad, así como aquellas que determine el legislador ordinario como delitos graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, con lo cual se hace menos asequible la libertad, al preverse más supuestos que pretenden justificar la prisión preventiva.
13. El límite de dos años de duración de la prisión preventiva, ya que en ningún caso debe ser superior a dicho lapso, permite que los procesados a quienes se les aplica tal institución por delitos cuya pena máxima es de dos años de prisión, cumplan su condena durante el proceso, si es que son responsables, lo cual subvierte el sistema penitenciario; mientras que a los procesados en prisión preventiva por delito con pena máxima superior a los dos años de prisión, se les tiene que excarcelar también, mientras termina el proceso. O sea, a unos se les hace nugatorio el derecho del máximo de duración de la prisión preventiva, ya que al excarcelarlos no lo es por virtud de haber estado dos años preso sino porque ya cumplió su pena, en el supuesto que sea declarado responsable y condenado al máximo de la pena de dos años prevista en el delito que motivó el proceso; en tanto que a los otros procesados en prisión preventiva, al cumplirse los dos años como límite de duración de aquélla, sí se les debe excarcelar mientras sigue su proceso y dicta la sentencia respectiva.
14. El límite de dos años de duración de la prisión preventiva, consideramos que hace ineficaz o nugatorio otro derecho

fundamental del imputado, previsto en el artículo 20, apartado B, fracción VII, constitucional, consistente en que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. En efecto, pues si se debe juzgar en cuatro meses o antes de un año, según la pena máxima del delito de que se trate, con el límite de duración de la prisión preventiva permite que no se juzgue en los plazos mencionados sino hasta el límite de los dos años o inclusive después, pero ya no estando en prisión preventiva.

15. Los derechos fundamentales y las garantías penales, en el sistema jurídico mexicano, no son absolutos, sino que tienen límites, es decir, restricciones que la propia Constitución prevé, antes y con la reforma judicial. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis apuntadas, anteriormente a la reforma judicial, ya se había pronunciado en el sentido de que la prisión preventiva es una excepción a las garantías de libertad, audiencia y presunción de inocencia, y no se contraponen con éstas, en atención a sus fines, los cuales por cierto se ampliaron en la reforma judicial. Es decir, la prisión preventiva es el límite de una serie de derechos fundamentales y garantías penales. Una excepción que restringe derechos fundamentales y garantías, cuya naturaleza jurídica o especie no corresponde a la de aquéllos, no se constituye en excepción, sino en una regla general que se aplica a los derechos fundamentales y garantías penales, cuyas excepciones son las relativas a la no contradicción de los fines de la prisión preventiva y a la no imputación de ciertos delitos, así como de aquellos clasificados por la ley como graves en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, para que se pueda gozar, sin restricción, de los derechos fundamentales y garantías penales.

V. Bibliografía

ALFONSO X “El Sabio”, Rey de Castilla y de León, *Las Siete partidas del Sabio Rey, 1758*, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Prisión preventiva y Ciencias Penales*, 3a edición, México, Editorial Porrúa, 1999.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, 2a. edición, México, Editorial Trillas, 1988.

COSÍO VILLEGAS, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón teoría del garantismo penal*, 6a edición, España, Editorial Trotta, 2004.

FOUCAULT, Michel, *Vigilary castigar*, 18a edición, México, Siglo XXI, 1990.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho procesal penal*, 5a edición, México, Editorial Porrúa, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1991.

MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7a edición, México, Siglo XXI, 2006.

PEREZ PALMA, Rafael, *Fundamentos Constitucionales del procedimiento Penal*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1974.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, 22a edición, México, Editorial Porrúa, 1999.

ZAMORA-PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 4a edición, México, Editorial Porrúa, 1990.

Páginas Web

Cámara de Diputados, Página principal de la Cámara de Diputados (22 de mayo de 2008), disponible desde: <http://.diputados.gob.mx>

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Página principal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible desde: www.scjn.gob.mx

Página principal del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, disponible desde: <http://www.iidp.org/>