

# El régimen constitucional de la prisión preventiva en México: Una mirada desde lo internacional

Israel Flores Rodríguez\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La evolución de la prisión preventiva en México. Análisis de estándares de su aplicación*. III. *El estándar internacional en torno a la prisión preventiva*. IV. *¿Es compatible el sistema mexicano con el estándar interamericano?* V. *Conclusiones*.

## I. Introducción

Se han cuestionado los alcances normativos de la reforma constitucional del diez de junio de dos mil once, pero está fuera de controversia que una de las modificaciones normativas relevantes radicó en la adopción del principio pro persona como directriz interpretativa<sup>1</sup>. En este contexto, asumir tal reforma con la seriedad que implica, conlleva a contrastar algunas instituciones jurídicas que en nuestro país dábamos por sentadas y que, a la luz de los criterios interamericanos, podrían requerir una revisión, aun desde su fundamento constitucional. Tal es el caso, desde mi punto de vista, de la prisión preventiva.

Como es de conocimiento general, la prisión preventiva es una institución jurídica del orden procesal, que implica la detención de una persona durante el tiempo en que se encuentre sujeta a proceso penal. Según nos lo indica Zaffaroni: “se llama prisión *preventiva* a la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir, quien aún está procesado porque aún no ha habido sentencia, la

\* Juez Tercero de Distrito en el Estado de Tlaxcala.

<sup>1</sup>Al respecto, véase Landgrave Fuentes, José Raúl y Quiróz Rendón, Perseo, “Reflexiones sobre la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, en *Metodos*, número 3, 2013, México, pp. 52 a 69.

que bien puede ser condenatoria como absolutoria<sup>2</sup>.” En este contexto, la prisión preventiva parece una figura anómala en un sistema en donde existe la presunción de inocencia, en tanto resulta extraño que se imponga una medida de tal trascendencia a quien se supone inocente. Aunque se han vertido argumentos de peso para demostrar la incompatibilidad entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva,<sup>3</sup> la intención de este trabajo no es determinar si debe o no existir la prisión preventiva. Por ello, anticipo que para efecto de este trabajo asumiré que la prisión preventiva es deseable en ciertos casos y que por tanto, *prima facie*, no vulnera el principio de presunción de inocencia, o al menos no lo hace en forma patente.

Entonces, si partimos de la existencia y necesidad de la prisión preventiva, la pregunta inmediata es: ¿en qué casos está justificado que una persona cuya culpabilidad no se ha determinado sea sujeta a esa medida? Aunque la respuesta a esta pregunta se encontrará a lo largo de este trabajo, cabe adelantar que es la propia Constitución Federal la que señala los estándares a fin de dictar la prisión preventiva. Y, en relación con lo anterior, se centra el objeto de este trabajo, que radica en determinar si tales estándares constitucionales son compatibles o no con los internacionales. Mi hipótesis es que sí lo son, siempre que las directrices que señala la Constitución Federal se apliquen en consonancia con tales estándares internacionales.

Para desarrollar las ideas adelantadas, en primer lugar examinaré la manera en que ha evolucionado la reglamentación de la prisión preventiva en nuestro país. A partir de ello, expondré en general los estándares internacionales en la materia, así como algunas consideraciones doctrinarias relacionadas con el tema. Finalmente, expondré la forma en que el sistema mexicano puede o no compatibilizarse con tales estándares.

No obstante, antes de pasar al desarrollo de los aspectos señalados, creo necesario apuntar algunas realidades de la prisión preventiva en nuestro país, pues resulta imperativo conocer cómo los estándares constitucionales que serán materia de comentario han afectado la realidad. Con base en estadísticas de 2005, Guillermo Zepeda Lecuona<sup>4</sup> nos revela cifras que son, por decir lo menos, inquietantes: 1) de 1994 a 2005 prácticamente se duplicó el número de personas sujetas a prisión preventiva por cada cien mil habitantes; 2) más de un 40% de las personas que están en las cárceles del país, están ahí por estar sujetas a prisión preventiva; 3) 50% del total de la población carcelaria<sup>5</sup> está procesada o condenada por robos menores a

<sup>2</sup>Zaffaroni Eugenio, Rául, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1988, p. 717.

<sup>3</sup>Desde mi perspectiva, el estudio más interesante en este tema es Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Octava edición, Trotta, pp. 549-561.

<sup>4</sup>Zepeda Lecuona, Guillermo “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”. Consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/17.pdf>. (29 de enero de 2013).

<sup>5</sup>En los penales de centro del país.

seis mil pesos; 4) 70% de los delitos por los que se dicta condena en México les son aplicadas sanciones menores a tres años de prisión, y 5) de los recursos destinados a la seguridad ciudadana y la justicia penal, el sistema carcelario absorbe más del 30%, mientras que a la impartición de justicia le es dedicado menos del 8%. Estos datos revelan algunas paradojas muy importantes que no podemos soslayar: 1) aunque aumenta el número de presos, la criminalidad en el país en general mantiene niveles relativamente estables, mientras que la comisión de ciertos delitos (homicidio doloso, extorsión y secuestro) se han incrementado durante los últimos años<sup>6</sup>; 2) existe una alta probabilidad de que las personas que son sometidas a prisión preventiva durante el juicio, alcancen una pena que les permita conmutar la sentencia y purgarla en libertad y 3) se utilizan sustancialmente más recursos para hacer cumplir con una medida cautelar dictada en contra de los procesados que los que se usan para juzgarlos. Es importante tener estas paradojas en mente al momento de evaluar los estándares, pues permiten analizar con una perspectiva más crítica nuestro sistema actual que, tal parece, no da los resultados esperados.

## II. La evolución de la prisión preventiva en México. Análisis de estándares de su aplicación

### *a) Evolución constitucional*

Desde su texto original, nuestra Constitución vigente señalaba en su artículo 20 el derecho de todo individuo a ser puesto en libertad en los juicios del orden criminal, sujeto a que otorgara fianza: “según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla<sup>7</sup>.” Asimismo, se señaló que la prisión preventiva no podría exceder del tiempo que la ley señalara como pena máxima al delito que se imputara

<sup>6</sup>Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “Informe de Incidencia Delictiva 2000-2011” Diciembre 2011, consultado en el sitio [http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia\\_Delictiva\\_delitos\\_de\\_alto\\_impacto\\_social\\_19972010](http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia_Delictiva_delitos_de_alto_impacto_social_19972010). (31 de enero de 2013).

<sup>7</sup>El texto completo del artículo es el siguiente:

Artículo 20. En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

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

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

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

al inculpado. Desde la publicación de tal numeral y hasta la fecha, el estándar para la imposición de prisión preventiva ha sufrido seis modificaciones constitucionales, siendo que hasta la reforma del 3 de septiembre de 1993, se atendió a la duración de la posible pena a fin de determinar si procedía o no la libertad provisional bajo caución. Por su parte, el límite a su duración, sólo se ha modificado en una ocasión, mediante la reforma del 18 de junio de 2008.

En efecto, en la señalada reforma del 3 de septiembre de 1993, el artículo en cuestión sufrió una modificación relevante, en tanto la libertad provisional se condicionó a que “no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio<sup>8</sup>. Entonces, para determinar si una persona sujeta a proceso debía confinarse en prisión preventiva, se modificó el criterio original atinente a la duración de la pena, adoptándose el diverso relativo a la gravedad del delito. A esta reforma siguió la del 3 de julio de 1996, en la que además se establecieron parámetros para dictar la prisión preventiva aun en casos de delitos no graves<sup>9</sup>.

Ahora, debe notarse que los parámetros que establecía la Constitución tenían un denominador común: quedaba en manos del legislador ordinario el determinar en qué casos se debía dictar prisión preventiva o no, pues podía aumentar las penas o incluir a los ilícitos que estimara en una lista de delitos graves. Asimismo, cuando se cambió el parámetro para conceder la libertad provisional bajo caución (de uno que podríamos llamar temporal a uno que evaluaba la gravedad de delito), las legislaciones secundarias adoptaron dos formas en que se podría determinar en qué casos se estaría ante delitos graves. En el Distrito Federal y los Estados de Tabasco y Veracruz, se insistió en remitir a la medida aritmética de duración de la posible pena para determinar si se trataba o no de un delito grave<sup>10</sup>.

<sup>8</sup>El texto completo del artículo después de dicha reforma es el siguiente:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.

El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá disminuir el monto de la caución inicial.

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.

<sup>9</sup>El numeral en cita señalaba:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

<sup>10</sup>El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala, en su parte conducente, lo siguiente:

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

En el caso de los códigos procesales de Tabasco y Veracruz, se utilizan disposiciones esencialmente similares, aunque utilizando las medias aritméticas de ocho y seis años, respectivamente.

En las demás entidades federativas se confeccionó una lista sobre los delitos que habrían de considerarse como graves, cuyo número va de dieciocho delitos (Guanajuato y Guerrero), hasta treinta y ocho en el caso de Jalisco. En los Estados restantes, los delitos considerados como graves son un promedio de veintiocho, y todas las legislaciones guardan relativa consistencia en torno a los delitos considerados graves, pues reiteradamente se incluyen los que afectan al desarrollo sexual de las personas, a la vida y la integridad física y el patrimonio, por ejemplo. Finalmente, tratándose del Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su artículo 194 una lista de setenta y siete delitos, número considerable que puede explicarse porque dicha lista, además de incluir los delitos que usualmente se incluyen en los demás Códigos, encierra también a aquellos que son del orden federal. En todo caso, es oportuno destacar que es posible que haya sido tal remisión al legislador secundario la que provocó el aumento en el uso de la prisión preventiva, ya sea por el aumento en las penalidades atribuidas a los delitos que ha ocurrido durante los últimos años, o bien, por la manera en que se configuraron algunos tipos delictivos. Más adelante abordaré específicamente este aspecto y su posible incompatibilidad con los estándares internacionales de la materia.

De cualquier forma, debe tenerse presente que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 implica un cambio esencial en el esquema de prisión preventiva en nuestro país ya que, en principio, sustrae del ámbito de la legislación secundaria la determinación de los casos en que puede dictarse esa medida (el propio numeral hace una lista a ese respecto). Asimismo, señala ante todo que la prisión preventiva sólo podrá dictarse como último recurso cuando otras medidas sean ineficaces para garantizar la comparecencia del inculpado y la seguridad de las víctimas, entre otros, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Por ello, aun cuando el numeral en cuestión continúa remitiendo a la legislación secundaria para determinar ciertos aspectos de la libertad provisional bajo caución, lo cierto es que se ve más limitada la potestad del legislador secundario para definir en qué casos podrá dictarse prisión preventiva. Es importante notar también que se limitó a dos años el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, modificando el límite anterior consistente en el tiempo que pudiera imponerse como pena máxima de prisión por el delito juzgado. Las modificaciones en cita se reflejan en los 19 y 20, apartado b, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que disponen:

*Artículo 19...*

*El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el*

*juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

*La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.*

*Artículo 20...*

*B. De los derechos de toda persona imputada: (...)*

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

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

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

Conforme a lo expuesto, existen dos sistemas que regulan la imposición de la prisión preventiva en nuestro país. El primero, contenido en las normas constitucionales previas a la reforma procesal penal del 18 de junio de 2008, en el que deberá dictarse prisión preventiva en los casos de delitos graves, así como en caso de delitos no graves, siempre que se reúnan ciertas circunstancias. Este esquema regirá hasta que se cumpla la condición prevista en el artículo segundo transitorio del decreto del 18 de junio de 2008.<sup>11</sup> Por otra parte, el sistema contenido en los artículos reformados mediante dicho decreto, en el que se hace un catálogo constitucional de delitos que ameritan dicha medida dejan una facultad residual al legislador secundario para determinar la existencia de delitos graves tratándose de seguridad de la nación, así como el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

<sup>11</sup>Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto. A manera de aclaración, el pasado veintiuno de enero el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 36/2012, en la que confirma lo expuesto. Dicha contradicción derivó del diverso decreto de reformas a la Constitución del 14 de julio de 2011, en el que se incluyó en la lista de delitos en los que debía dictarse prisión preventiva la trata de personas, y en el Decreto relativo se estableció que entraría en vigor al día siguiente de su publicación. Véase la tesis con número de registro electrónico 291,470, de rubro y texto siguientes: "PRISION PREVENTIVA. Sólo hay lugar a ella por delitos que merezcan pena corporal."

### *b) Evolución jurisprudencial*

Como en cualquier otro tema, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionada con la prisión preventiva en nuestro país ha sufrido una evolución constante. En los criterios publicados durante la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, la Corte reconocía –en términos de la Constitución Federal vigente en la época–, que sólo por delito que mereciera pena corporal había lugar a decretarla<sup>12</sup>. Más relevante aun, con una aproximación realista al derecho, señalaba que aun cuando la técnica jurídica no permitía considerarla como una pena corporal, lo cierto es que tenía el mismo efecto, a saber, la privación de la libertad<sup>13</sup>.

No obstante, la jurisprudencia un poco más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la materia revela que ha sido un tema en donde se ha echado de menos al garantismo que, cabe decir, vive un resurgimiento desde hace diez años. En primer lugar, encontramos cierta disparidad en torno a los motivos que, de acuerdo con la Corte, fundan la prisión preventiva; por una parte, una tesis de su Primera Sala señala que se justifica en virtud de la “presunción de culpabilidad en la comisión de un delito”<sup>14</sup>, afirmación que parece conflictiva con el principio de presunción de inocencia. El Tribunal Pleno hace, sin embargo, una aproximación diferente, apuntando que la prisión preventiva: “tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un

<sup>12</sup>Véase la tesis con número de registro electrónico 291,470, de rubro y texto siguientes: “PRISION PREVENTIVA. Sólo hay lugar a ella por delitos que merezcan pena corporal.”

<sup>13</sup>Tesis con número de registro electrónico 292,038, de rubro y texto siguientes: “PRISION PREVENTIVA. Aun cuando técnicamente considerada no es una pena corporal, produce, sin embargo, el principal efecto de ella, como es la privación de la libertad.”

<sup>14</sup>Tesis con número de registro electrónico 193,381, de rubro y texto siguientes:

PRISION PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISION COMO PENA. De una interpretación teleológica e histórica del artículo 18 de la Carta Magna, deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena 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; lo que produce en favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro se destina a albergar a inculpados y sentenciados, con tal que se conserve esa separación física; asimismo, no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delincuentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el estatus de delincuentes.

grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad<sup>15</sup>. ” Asimismo, la Segunda Sala apuntó que el derecho a la libertad provisional bajo caución deriva del hecho de que si bien una persona “presuntivamente cometió un delito”, lo cierto es que no todos los ilícitos alteran igualmente el orden social, y en cuando tal alteración es menor, no está justificado que pasó el proceso dentro de la prisión<sup>16</sup>.

Más allá de los dictados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a los fines de la prisión preventiva, ésta también realizó algunos pronunciamientos sobre casos en los que la prisión preventiva podría concederse o no. Por ejemplo, apuntó que si se acusa a una persona de la comisión, en grado de tentativa, de un delito considerado como grave, se le deberá sujetar a prisión preventiva, pues aun cuando no se actualice el resultado típico: “son manifestaciones inequívocas de la gravedad de la conducta del agente y de la peligrosidad que éste representa para la sociedad [...] pues la acción de quien intenta pero no consuma es tan reprobable como la acción consumada”<sup>17</sup>. Asimismo, apuntó que si una legislación local establecía requisitos menores a los constitucionales para otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, no resultaba violatorio del artículo 20 de la Constitución Federal, en virtud

<sup>15</sup>Tesis con número de registro electrónico 196,720, de rubro y texto siguientes:

**PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE.** 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 grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.

<sup>16</sup>Tesis con número de registro electrónico 191,336, de rubro y texto siguientes:

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SE JUSTIFICA POR LA MAYOR ENTIDAD DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD, SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, Y POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE CIERTOS DELITOS PRODUCEN EN EL NÚCLEO SOCIAL UN IMPACTO MENOR QUE NO JUSTIFICA LA PERMANENCIA DEL PROCESADO EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN.** El derecho a la libertad provisional bajo caución no debe confundirse con el diverso a la libertad, de mayor entidad, pues éste constituye una condición consustancial a la persona humana, por el simple hecho de serlo y que aparece elevado a la categoría de garantía individual o derecho fundamental del individuo en todas las naciones civilizadas del mundo, requiriéndose para su afectación o restricción de la satisfacción previa de determinadas exigencias, constitucionales y legales, que miran siempre a la protección de ese derecho, sujetando los actos de las autoridades al cumplimiento de esos requisitos. El primer derecho es una creación del Constituyente, mientras que el segundo es el reconocimiento por parte del mismo de una realidad que se le impone y que existiría independientemente de él. De ahí que al establecerse la garantía de la libertad provisional bajo caución se buscó conceder a ciertas y determinadas personas (presuntos responsables, sobre quienes pesan elementos probatorios suficientes para incoarles proceso, con el fin de establecer su responsabilidad penal plena o su inocencia en la comisión de un delito) la oportunidad de vivir sujetos a un proceso fuera de un centro de reclusión social, atendiendo a la entidad, naturaleza, clase y bien jurídico tutelado del delito que se les impute en forma presuntiva. O sea, la ratio legis del derecho a la obtención de la libertad provisional, la constituye el reconocimiento del hecho de que si bien una persona presuntivamente incurrió en el delito que se le imputa, su impacto en el núcleo social, no justifica su permanencia o estancia dentro de ese centro, puesto que si bien la comisión de todo delito ocasiona una alteración en el núcleo social y atenta contra la sociedad, ello depende de la clase de delito de que se trate lo que, necesariamente, se traduce en la cuantía de la pena que el legislador determina como sanción que eventualmente se impondrá al responsable.

de que resulta más favorable al procesado.<sup>18</sup>

La revisión de esta evolución jurisprudencia revela que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha visualizado la prisión preventiva como una medida cautelar tendente a proteger a la sociedad del riesgo que implica una persona que, presuntivamente, cometió un delito. Bajo ese esquema, se ha generado que la prisión preventiva resulte la regla y no la excepción, pues la libertad sólo podría otorgarse a quien, a pesar de haber cometido el delito, no resulte un riesgo social inminente, adicional a la conducta probablemente realizada. Esta postura que permeó en nuestro sistema penal durante muchos años, fue incluso asumida por la doctrina:

*De acuerdo con la naturaleza y el fin del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, porque de lo contrario sería imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y, en consecuencia, el proceso quedaría paralizado al dictarse auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso.*

*De esta manera, es necesario el aseguramiento de quien ha delinquirido para propiciar la tranquilidad de quienes sufrieron la violación<sup>19</sup>.*

<sup>17</sup>Tesis con número de registro electrónico 189,667, de rubro y texto siguientes:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. ES PROCEDENTE NEGARLA CUANDO LA CAUSA PENAL SE SIGA POR LA COMISIÓN, EN GRADO DE TENTATIVA, DE UN DELITO CALIFICADO COMO GRAVE POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA). Si bien es cierto que la Constitución General de la República en su artículo 20, fracción I, establece como garantía del inculcado en todo proceso del orden penal, el que el Juez le otorgue la libertad provisional bajo caución, también lo es que la concesión de dicho beneficio queda supeditada a que se cumplan los requisitos que la propia norma constitucional prevé, entre otros, que no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente lo prohíba. Ahora bien, el artículo 123 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, señala qué delitos se clasifican como graves para todos los efectos legales, mientras que el diverso numeral 122, fracción III, del propio código, dispone que para el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, es requisito que no se trate de delito calificado como grave por la ley. En estas condiciones, debe decirse que cuando la causa penal se sigue por la probable comisión, en grado de tentativa, de un delito calificado como grave por la legislación penal adjetiva del Estado, será procedente negar al inculcado la libertad provisional bajo caución. Esto es así, porque la tentativa no integra por sí misma un ilícito al que corresponda un específico tipo penal, sino que implica la ejecución de un delito que se detiene en un punto del iter criminis antes de alcanzar su plena consumación, la cual no se logra por causas ajenas a la voluntad del agente, y porque en el delito tentado es manifiesta la ejecución dolosa de los actos tendientes a su consumación. En efecto, la actuación típicamente antijurídica del activo y el inminente peligro en que se pone al bien jurídico protegido, aunque no se materialice el resultado típico, son manifestaciones inequívocas de la gravedad de la conducta del agente y de la peligrosidad que éste representa para la sociedad; por tanto, si el tipo penal de que se trate es calificado como grave por la ley, dicha calificativa debe extenderse, por igualdad de razón, a su tentativa, pues la acción de quien intenta pero no consuma es tan reprochable como la acción consumada.

<sup>18</sup>Tesis con número de registro electrónico 191,337, de rubro y texto siguientes:

LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. EL HECHO DE QUE EL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA ESTABLEZCA MENORES REQUISITOS PARA OBTENERLA, QUE LOS SEÑALADOS EN EL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO LO HACE VIOLATORIO DE ÉSTA, PUES RESULTA MÁS FAVORABLE AL PROCESADO. Si bien el precepto citado en primer término al referirse a la libertad provisional del inculcado y, específicamente, a la caución correspondiente, únicamente considera para acceder a dicho beneficio la reparación del posible daño causado y el cumplimiento de las obligaciones procesales de aquél, ello no implica que deba considerarse contrario a la Carta Magna. Esto es, el artículo 20, fracción I, constitucional obliga al juzgador a tener en consideración para fijar el monto de la garantía, la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito, las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido y la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado; lo que significa que son menores los requisitos previstos en el artículo 122 del código indicado, no resultando éste inconstitucional por ello, puesto que resulta más favorable al procesado facilitándose la obtención de la libertad provisional y limitándose, por ende, la restricción de la garantía de libertad por la autorización de la prisión preventiva.

<sup>19</sup>Barragan Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, McGraw Hill, México, 2009, p. 276.

Ahora, estos criterios son anteriores a la reforma constitucional de junio de 2008, a partir de la cual, parece que tanto la judicatura como el foro en general miran al proceso penal de una forma diferente, impulsados adicionalmente por la reforma constitucional en materia de derechos humanos que parece haber puesto un nuevo foco de atención en la materia. Por ejemplo, entre abril y mayo de 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal organizaron un foro al que asistieron jueces y magistrados para la discusión de las propuestas de reforma al sistema penal, propuestas que, a la postre, conformarían el texto constitucional como hoy lo conocemos. En relación con el artículo 19, se aplaudió que se reconocieran los principios de subsidiariedad y excepcionalidad, y en relación con este último, apuntaron que la prisión preventiva: “sólo procederá cuando otros mecanismos de cautela no sean suficientes para las finalidades establecidas<sup>20</sup>.” Lo anterior deja entrever que, tan pronto entren en vigor tales reformas, la jurisprudencia podría dar un vuelco al concebir a la prisión preventiva en forma diferente a como se hizo durante varios años, pues parece haber un consenso en el sentido de que resulta necesario hacer un proceso penal más garantista y alejado de las prácticas que han puesto en entredicho sus resultados.

### III. El estándar internacional en torno a la prisión preventiva

La prisión preventiva es una medida que los tratados internacionales de los que México es parte reconocen. En efecto, el artículo 9º, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, reconoce que aunque la prisión preventiva no debe ser la regla general, el otorgamiento de la libertad sí puede estar subordinado a garantizar la comparecencia al proceso.<sup>21</sup> Al interpretar esta disposición en su comentario general número 8, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas apuntó que la prisión preventiva debería ser

<sup>20</sup>Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 329-331.

<sup>21</sup>El artículo 9º del citado pacto señala:  
Artículo 9º

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad, personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.
2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.
3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

“excepcional y lo más breve posible”<sup>22</sup>.

Por su parte, el artículo 7, párrafo quinto, de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso<sup>23</sup>. Se advierten entonces, diferencias normativas importantes respecto del referido artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues para la Convención Americana la prisión preventiva sólo estará prohibida si la persona no es juzgada en un plazo razonable (no señala excepcionalidad).

Para ahondar en los alcances de esta norma, es oportuno destacar que en su informe 2/97<sup>24</sup> relativo a la prisión preventiva en Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó por reconocer la grave situación que atraviesan aquellos que están sometidos a esta medida. Además, señaló que en algunos casos, el uso de la prisión preventiva, unido con la dilación en la tramitación de los juicios, provocaba que gran cantidad de personas recluidas estén en espera de sentencia<sup>25</sup>. En este contexto, apuntó algunos aspectos de suma relevancia a efecto de considerar la convencionalidad de una medida de prisión preventiva: por ejemplo, señaló que ésta debe durar un plazo razonable, pues de lo contrario adquiriría el carácter de pena anticipada. Asimismo, señaló la posibilidad de que la prisión preventiva se prolongue, siempre que concurren ciertas justificaciones, a saber: la posibilidad de que se haya cometido un delito grave; el peligro de fuga; el riesgo en la comisión de nuevos delitos; la necesidad de investigar el delito y la posibilidad de colusión; el riesgo de presión sobre los testigos, o la preservación del orden público<sup>26</sup>. Señaló también que la gravedad del delito, no es una razón suficiente para prolongar la prisión, sino que debe estar unida con algún otro motivo que demuestre la imperatividad de la medida.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en torno a la prisión preventiva. Así, encontramos que su primera sentencia al respecto fue el caso *Suárez Rosero*, en donde adoptó la postura del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que la prisión preventiva debe ser la excepción, y no la regla, apuntando además

<sup>22</sup>Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Comentario General no. 08, Derecho a la libertad y a la seguridad personal* (art. 9), 1982, § 3.

<sup>23</sup>“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”

<sup>24</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 2/97*, 11 de marzo de 1997, consultado en el sitio <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>, (31 de enero de 2013).

<sup>25</sup>Por poner un ejemplo, y retomando lo expuesto por Guillermo Zepeda Lecuona, en el 2005, 42.8% de las personas en prisión no habían recibido sentencia. Véase Zepeda Lecuona, Guillermo, *op. cit.*, p. 231.

que, en caso contrario: “se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo

<sup>26</sup>Las justificaciones de la Comisión se encuentran en forma completa a continuación:

A. Justificaciones

i. Presunción de que el acusado ha cometido un delito

26. La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición “sine qua non” para continuar la medida restrictiva de la libertad. El artículo 366 del Código de Procedimientos en Materia Penal dispone que debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva.
27. No obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de la libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otorgar validez a la detención luego de transcurrido un cierto tiempo.
- ii. Peligro de fuga
28. La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo, para justificar la continuación de la prisión preventiva. Además, debe tenerse en cuenta que el peligro de ocultamiento o fuga disminuye a medida que aumenta la duración de la detención, ya que este plazo será computado a efectos del cumplimiento de la pena aplicada en la sentencia.
29. La posibilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada.
30. En consecuencia, si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.
31. Además, la Comisión observa que si ésta es la única razón para la continuación de esta medida restrictiva de la libertad, las autoridades judiciales pueden solicitar las medidas necesarias para asegurar que el acusado comparezca, tales como fianzas, o en casos extremos la prohibición de salida del país. En tales casos, la fianza puede fijarse a un nivel tal que la perspectiva de perderla sería un elemento disuasivo suficiente para evitar que el procesado se fugue del país o eluda la acción de la justicia.

iii. Riesgo de comisión de nuevos delitos

32. Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

iv. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión

33. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.
34. La Comisión considera que no es legítimo invocar las “necesidades de la investigación” de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado.

v. Riesgo de presión sobre los testigos

35. El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

vi. Preservación del orden público

36. La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.
37. En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.

que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos<sup>27</sup>.”

Posteriormente, la CoIDH se pronunció nuevamente sobre el tema en cuestión en el caso del *Instituto de Reeducación del Menor*, en el que recordó que la prisión preventiva es la medida restrictiva de la libertad más severa que se puede aplicar, por lo que debe tener un carácter excepcional, justificado por los principios de necesidad y proporcionalidad. Finalmente, hizo énfasis en que debía durar el tiempo estrictamente necesario, pues de lo contrario se convertiría en una pena anticipada<sup>28</sup>.

Finalmente, el tema se revisó nuevamente en los casos *Bayarri*<sup>29</sup> y *Chaparro Álvarez*<sup>30</sup>, en los que complementó el *corpus iuris* que ya había desarrollado anteriormente. Esencialmente reiteró que el derecho a la libertad impone límites a la prisión preventiva, y cuando el trámite del juicio tarda una temporalidad que sobrepasa lo razonable, el Estado deberá imponer medidas restrictivas de la libertad menos lesivas. Además, apuntó que la prisión preventiva no puede prolongarse si no subsisten las razones que motivaron su adopción en un principio. Apuntó, con toda claridad, que “las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva<sup>31</sup>. “ Y también apuntó que: “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente (*supra* párr. 93) En un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”<sup>32</sup>.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la CoIDH, así como de la propia Comisión del mismo sistema, es acorde en señalar que la prisión preventiva es aceptable en ciertos casos. De hecho, su revisión más precisa revela que está limitada cuando su duración sobrepasa un plazo razonable, y que será entonces cuando será necesario justificar especialmente su imposición. Entonces, la jurisprudencia interamericana revela un enfoque cualitativamente diverso al adoptado en nuestro país, pues la prisión preventiva no se ve como una medida tendente a evitar el riesgo que

<sup>27</sup>Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

<sup>28</sup>Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112228, párr. 228-229. En términos similares se pronunció en: *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, y *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

<sup>29</sup>Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 69-70, 74.

<sup>30</sup>Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008 Serie C No. 189, párr. 101-103.

<sup>31</sup>Caso Bayarri, *op.cit.*, párr. 74.

<sup>32</sup>Caso *Chaparro Álvarez, op cit, párr. 103.*

podría representar el posible culpable, sino como providencia tendente a asegurar los fines del proceso penal, la comparecencia del inculpado y la eventual ejecución de la sentencia.

#### IV. ¿Es compatible el sistema mexicano con el estándar interamericano?

Como lo adelanté en la introducción de este trabajo, su objetivo es verificar la compatibilidad del sistema mexicano de prisión preventiva con el estándar internacional. Por ello, una vez que se han expuesto ambos, es posible pasar a hacer tal comparación, de la que resulta, desde mi punto de vista, un resultado compatible entre ambos, al menos a nivel constitucional. Para llegar a tal conclusión debemos recordar, ante todo, la existencia de dos posibles marcos constitucionales para la imposición de la prisión preventiva, así como la respectiva concesión de la libertad provisional bajo caución. Por tal motivo, el estudio se realizará atendiendo a dicha circunstancia, debiendo precisar que, en primer lugar, se analizará si las razones por las que se dicta prisión preventiva al iniciarse el proceso son compatibles o no con el derecho internacional de los derechos humanos.

##### a) *Sobre la imposición de la prisión preventiva*

El primer sistema de prisión preventiva existente en nuestro país es el contemplado en el Texto Constitucional antes de sus reformas del 18 de junio de 2008. Como se expuso, tal sistema contempla la libertad provisional como un beneficio, que puede negarse tratándose de acusados de delitos considerados como graves, para cuya determinación remite a la legislación secundaria. Asimismo, contempla la posibilidad de negar tal beneficio a acusados de delitos no graves, siempre que la conducta precedente del inculpado, o las características del delito cometido representen un riesgo para el ofendido o la sociedad.

Finalmente, señala un límite temporal para la prisión preventiva, igual al tiempo previsto para el delito en cuestión como pena máxima de prisión.

Se advierte, por lo tanto, que este sistema atiende a dos factores para la imposición de la prisión preventiva: 1) la gravedad del delito que se imputa al procesado (verificado oficiosamente) y, 2) subsidiariamente, su conducta precedente, y las características del delito (verificado a petición de parte). Considero que, de acuerdo con los criterios interamericanos expuestos, ninguna de estas características es inconvencional. En efecto, el artículo 7, párrafo quinto, de la citada Convención, revela un derecho alternativo: un juicio veloz, o su posible continuación en libertad, aun cuando deba ser garantizada. Ello explica las razones por las que los criterios de los citados

organismos internacionales se centren en determinar lo que debe entenderse, para efecto de dicha porción normativa, como juicio breve, o bien, las condiciones bajo las cuales puede prolongarse la prisión preventiva. En este tenor, pareciera que ni la Convención, la Comisión o la Corte, todas Interamericanas de Derechos Humanos, proscriben la posibilidad de que la prisión preventiva se dicte, en un principio, con fundamento exclusivo en que el delito imputado sea grave; incluso, resulta factible afirmar que tales criterios no impiden que dicha medida se dicte por cualquier delito, aun no grave, ya que su intención busca evitar la prolongación irrazonable de la medida.

Ahora, aun cuando el sistema interamericano de protección de derechos humanos no establece un límite para imponer la prisión preventiva *ab initio*, lo cierto es que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sí lo hace, en tanto señala que la prisión preventiva no debe ser la regla general. Ello descartaría la posibilidad de que todos los delitos merecieran dicha medida. Ni dicho pacto ni su observación general señalan cuándo se estará ante un caso excepcional, por lo que debe entenderse que fueron deferentes hacia el criterio del Estado, y México hizo uso de tal deferencia al determinar que dichos casos excepcionales serán aquellos en donde el delito posiblemente cometido sea grave, así como las demás hipótesis de prisión preventiva que se prevén para casos no graves. En este orden de ideas, el sistema constitucional mexicano por el que se determina en qué casos puede dictarse o no prisión preventiva parece no ser inconvencional, pues constitucionalmente se reserva para casos excepcionales.

Si el sistema constitucional para la imposición de la prisión preventiva vigente antes de las reformas de 2008 resulta compatible con los estándares internacionales, debe llegarse a la misma conclusión respecto del instaurado con posterioridad a dichas modificaciones. Lo anterior, porque la diferencia esencial con el sistema previo radica en que no se dejaron en manos del legislador secundario los delitos que ameritaban el dictado oficioso de la prisión preventiva, sino que se realizó un listado constitucional para tal efecto; y la revisión de tal lista revela que se permitirá la prisión sólo en caso de tipos delictivos que protegen bienes jurídicos de suma relevancia, como son la vida, la libertad y libertad sexual, la seguridad de la nación, entre otros. En este contexto, la nueva normativa constitucional reserva la prisión preventiva a casos verdaderamente excepcionales. Por ello, pareciera que este sistema también cumple con las características de excepcionalidad que exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de que resulta compatible con el sistema interamericano que, se insiste, no impone restricciones para el dictado inicial de la prisión preventiva.

Ahora, lo expuesto hasta ahora no es motivo para soslayar que, en ocasiones, el legislador local hizo uso de su facultad de determinación de delitos graves en forma que, al menos en principio, parece excesiva. Por ejemplo, en el caso de Nayarit, se considera grave el delito de usura, sancionado en el artículo 362 del Código Penal del Estado de Nayarit<sup>33</sup>, que implica hacer un préstamo a una tasa de interés mayor al costo porcentual promedio fijado por el Banco de México. O bien, el caso de San Luis Potosí, que incluye en su listado de delitos graves el de ataque peligroso, contemplado en el artículo 131 del Código Penal del Estado<sup>34</sup> y que es un delito de peligro, en el que no resulta la lesión de persona o bien alguno. Esto es, algunas legislaciones secundarias han incluido en su listado de delitos graves ilícitos que, en principio, parecerían no haber afectado en forma extraordinaria a la sociedad y que, por tanto, no cumplirían con el estándar de excepcionalidad al que se hizo referencia.

En otras legislaciones, se incluyen en el catálogo delitos que en principio sí parecerían ser graves, pero que la estructura amplia del tipo penal en cuestión permite someter a prisión preventiva a personas a quienes se acusa de hechos delictivos nimios. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de robo calificado en el Estado de Tlaxcala –considerado grave–, cuyo tipo penal revela la dificultad (incluso imposibilidad) de que se cometa un robo simple o “no calificado”. También en esta misma entidad se puede someter a prisión preventiva a una persona que cause un *especial* daño en las cosas, como ropa, muebles u objetos –aunque no corran ningún riesgo las per-

<sup>33</sup>Artículo 372. Se impondrá prisión de dos a ocho años y multa de cien a trescientos días de salario:

- I. Al que aprovechando la ignorancia o notoria necesidad de una persona, realizare cualquier préstamo, aún encubierto con otra forma contractual, con intereses que excedan el costo porcentual promedio que fija el Banco de México o el indicador que legalmente lo sustituya, vigente en el mes inmediato anterior al día en que se pacte la obligación, u otras ventajas evidentemente desproporcionadas, para sí o para otro;
- II. Al que aprovechando la notoria necesidad ajena, ignorancia o miseria, procurase un préstamo cualquiera, cobrando o haciéndose dar una comisión o compensación superior al tres por ciento respecto del capital original, para sí o para otro, y
- III. Al que haya adquirido un crédito o comisión usuraria con conocimiento de causa para enajenarlo o hacerlo valer. Para los efectos de esta fracción, se entenderá que los créditos, comisiones o préstamos son usurarios, cuando sean superiores al límite señalado en la fracción I del presente artículo.

Cuando una persona moral facilite los medios para la comisión del presente ilícito en cualquiera de sus modalidades, de modo que éste resulte cometido a su nombre, bajo su amparo o en su beneficio, se le impondrá suspensión de sus actividades hasta por un año, y además serán sancionados penalmente, los dirigentes, administradores y mandatarios que ordenen, permitan o ejecuten dichos delitos, conforme a lo prescrito en el primer párrafo de este artículo.

<sup>34</sup>Artículo 131. Comete el delito de ataque peligroso quien:

- I. Sin el ánimo de causar daño a la integridad física dispara sobre una persona o grupo de personas un arma de fuego, o
- II. Ataca a alguien de tal manera que, en razón del arma empleada, de la fuerza, destreza del agresor o de cualquier otra circunstancia semejante, puede producir como resultado lesiones o la muerte.

Este delito se sancionará con una pena de dos a cinco años de prisión y sanción pecuniaria de cuarenta a cien días de salario mínimo.

sonas—<sup>35</sup>. El escaso impacto social que tales casos habrían producido es, me parece, patente e incontrovertible.

Desde mi punto de vista, tales casos son aquéllos en donde el legislador podría haber excedido el parámetro normativo de excepcionalidad impuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aclaro que no es mi intención subestimar los efectos que tales conductas podrían llegar a tener en la sociedad, sino únicamente apuntar que, en principio, no parecen conductas de una gravedad tal que ameriten sujetar a una persona a prisión preventiva durante el transcurso de su proceso. Sin embargo, debemos estar claros en que ello sería, en todo caso, un defecto de la legislación secundaria, y no del entramado constitucional, y será obligación del juez, en tales casos controvertibles, decidir atendiendo a las circunstancias particulares si es factible o no sujetar a una persona a prisión preventiva.

#### *b) Sobre la continuación de la prisión preventiva*

Un panorama no tan favorable encontraremos al verificar los límites a la prisión preventiva. A este respecto, como se puso de relieve con anterioridad, tanto el sistema anterior como el novedoso, establecen un mismo límite para la prisión preventiva: el tiempo máximo que la ley fije como pena para el delito que motivare el proceso. En el caso de la normativa reformada, se establece, además, que no podrá ser superior a dos años, “salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”. Me parece que estos límites no son del todo razonables y podrían no ser compatibles con la normativa internacional en la materia. Veamos por qué.

Como se puso de manifiesto, la principal preocupación de los organismos internacionales radica en que la prisión preventiva persista por un tiempo desmedido, pues ello implicaría imponer anticipadamente la pena, vulnerando así el principio de presunción de inocencia. En este orden de ideas, si un juicio se prolongara por tanto tiempo que su duración excediera de la prevista como pena máxima, es patente que la prisión preventiva se habría convertido en una pena anticipada y, en consecuencia, inaceptable al tenor del derecho internacional de los derechos humanos. Es claro que en tal caso resultaría irrelevante la conclusión del juicio, pues incluso de resultar el acusado culpable en un grado máximo, su pena estaría cumplida. Un juicio cuya tramitación precisa más tiempo que la pena máxima impuesta para el delito que se juzga es, a todas las luces, irrazonablemente prolongado, y en consecuencia la prisión

<sup>35</sup>El delito de daño en las cosas en cuestión se contempla en el artículo 310, fracción II, del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, que dispone:

Artículo 310. Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de hasta quinientos días salario, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de daño a: (...)  
II. Ropas, muebles y objetos...

preventiva no podría perdurar ese mismo tiempo.

En términos similares podemos pronunciarnos en torno al límite de dos años que establece la normativa reformada en 2008. A este respecto, es menester señalar que en el informe 2/97, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos examinó un caso esencialmente idéntico, relativo a la legislación argentina que prohibía la prolongación de la prisión por un plazo superior a dos años. Al respecto, la Comisión señaló:

*18. La Comisión considera que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto, y por lo tanto el periodo de dos años establecido por el artículo 379.6 del Código de Procedimientos y en la Ley 24.390 no corresponde en forma literal a la garantía del artículo 7.5 de la Convención Americana. La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley. La Comisión coincide con la postura del Gobierno argentino en el sentido de que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial.*

*19. La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.*

*20. En dicho aspecto, es oportuno recordar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido respecto al artículo 5.3 de la Convención Europea, que la determinación del plazo razonable de la prisión preventiva debe basarse en las razones proveídas por las autoridades judiciales nacionales para la detención, y en los hechos no controvertidos que hayan sido presentados por los acusados para desvirtuar lo decidido por dichas autoridades.*

*21. Sobre el tema, dicha Corte ha manifestado lo siguiente en el caso “Stogmuller”: ...el examen de la observancia del artículo 5, parágrafo 3 de la Convención carecería de sentido si la Corte no pudiera evaluar libremente, en base a los factores determinados por las peticiones y apelaciones, si la prolongación de la detención ha sido razonable de acuerdo al significado de (dicho artículo)...*

*22. Siguiendo este razonamiento, la información proporcionada por las autoridades judiciales nacionales debe ser analizada por la Comisión en cada caso, a fin de llegar a la conclusión correcta respecto a la relevancia y suficiencia de las justificativas para la prisión preventiva. De esta manera, será posible evaluar si se configura o no una violación del artículo 7.5 de la Convención Americana.<sup>36</sup>*

Como se desprende del criterio en cita, no puede considerarse como duración razonable de la prisión preventiva el límite que establezca la ley. Por el contrario, corres-

<sup>36</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 2/97, op cit.*

ponde al juzgador determinar en cada caso si existen o no razones para la subsistencia de la medida, sin posibilidad de dar plazos fijos, casi matemáticos.<sup>37</sup> Lo anterior, máxime que se contempla la posibilidad de que se prolongue la prisión preventiva si la dilación en el juicio se debió “al ejercicio del derecho de defensa del imputado”.<sup>38</sup>

Ahora bien, esta incompatibilidad pudiera no ser tan problemática como parece, pues el artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución Federal,<sup>39</sup> autoriza adoptar la interpretación más favorable a la persona. Lo anterior revelaría que si los tratados internacionales establecen un régimen más favorable al señalado por la Constitución, debe estarse a lo dispuesto por estos últimos, situación que no resulta compleja en el caso concreto, especialmente porque el juzgador no estaría actuando en contra de lo dispuesto por nuestra Norma Fundamental. En efecto, el hecho de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establezca más razones por las que pueda terminarse con la prisión preventiva es, desde mi punto de vista, una laguna susceptible de corregirse con la normativa internacional, pues: “las normas sobre derechos humanos presentes en los tratados internacionales tienen un efecto de integración con las normas constitucionales en la materia”.<sup>40</sup>

En este orden de ideas, las causas de terminación de la prisión preventiva previstas en la Constitución Federal, tanto en su texto anterior como reformado, podrían ser complementadas con los criterios internacionales en la materia. Proceder de esa manera no implicaría, en forma alguna, la desaplicación del Texto Constitucional, pues insisto que en él no se proscribía la posibilidad de que se termine la prisión preventiva por razones diversas a las ahí señaladas. Entonces, no se pondría al juzgador en la difícil posición de inaplicar una norma constitucional so pretexto de su

<sup>37</sup>En este contexto, para evaluar si un juicio se ha tramitado dentro de un plazo razonable, puede adoptarse el criterio propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Suárez Rosero*, que radica en la revisión de tres aspectos: 1) la complejidad del asunto, 2) la actividad procesal del inculpaado y 3) la conducta de las autoridades judiciales. En dicho caso se sustentó lo siguiente:

72. Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso *Genie Lacayo*, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C.No. 30, párr. 77; y Eur. Court H.R., *Motta judgment* of 19 February 1991, Series A) No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., *Ruiz Mateos v. Spain Judgment* of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30).

<sup>38</sup>Desde mi punto de vista, esta porción normativa debe interpretarse en el sentido de que sólo podría ampliarse el plazo si el ejercicio del derecho de defensa del imputado se ha ejercido con fines de obstrucción y/o retraso. No podría suponerse, por ejemplo, que el ofrecimiento ordinario de pruebas y alegatos o incluso la tramitación del juicio de amparo en contra del auto de formal prisión, constituyera una razón para la prolongación de la prisión preventiva, pues ello llevaría al absurdo de que la expectativa jurídica de un juicio breve sólo puede tenerse si se renuncia por completo al derecho a la defensa adecuada.

<sup>39</sup>Artículo 1º...

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

<sup>40</sup>Caballero Ochoa, José Luí, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, UNAM, 2011, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>, p. 118.

inconveniencia como ocurriría, por ejemplo, si las razones para aplicar la prisión preventiva al inicio del procedimiento fueran incompatibles con la normatividad internacional (cosa que no ocurre, como se demostró).

## V. Conclusiones

De acuerdo con las razones expuestas en este trabajo, estimo que los estándares constitucionales para la imposición de la prisión preventiva resultan compatibles con lo dispuesto en los instrumentos internacionales de los que México es parte, así como sus respectivas interpretaciones. En efecto, en primer lugar, para la aplicación de la prisión preventiva al inicio del procedimiento, constitucionalmente se reserva para casos considerados graves, cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Asimismo, en lo relativo a su prolongación, dichos estándares puede complementarse válidamente con los internacionales, a fin de que el juzgador siempre esté en aptitud de evaluar la pertinencia de la medida.

Ahora, lo anterior no debe ser una razón para pasar por alto que, al menos en el sistema vigente con anterioridad a las reformas constitucionales de 2008, el legislador secundario pudo haber incurrido en excesos al definir qué delitos podían considerarse como graves. Ello ha implicado un aumento claramente desmedido en el uso de la prisión preventiva, situación que debe resultar preocupante por las implicaciones que tiene para una persona su confinamiento en prisiones que, como es del conocimiento público, suelen tener condiciones de vida inadecuadas. Sin embargo, es necesario estar conscientes que si la facultad para determinar la gravedad de los delitos se ha utilizado en forma incorrecta o irrazonable, o incluso si las circunstancias del caso lo ameritan, el juzgador siempre podrá inaplicar el numeral en cuestión, a fin de reservar esta medida cautelar a los delitos que verdaderamente provoquen un trastorno social relevante.

En todo caso, la nueva redacción del artículo 19 de la Constitución Federal al establecer un catálogo de delitos por los que sí resulta plausible la imposición de prisión preventiva, podría ser un instrumento eficaz para limitar el uso de la prisión preventiva. Ello contribuirá a lograr un proceso penal más justo y más respetuoso del principio de presunción de inocencia, especialmente —y creo que es el aspecto esencial— si se une con juicios penales más veloces y expeditos.

## Referencias

### Bibliografía

- Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, McGraw Hill, México, 2009, p. 276.
- Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. *Teoría del Garantismo Penal*, Octava edición, Trotta, pp. 549-561.
- Landgrave Fuentes, José Raúl y Quiroz Rendón Perseo, “Reflexiones sobre la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, en *Methodos*, número 3, 2013, México, pp. 52 a 69.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 329-331.
- Zafaronni Eugenio, Raúl, *Manual de Derecho Penal*, México, Cárdenas Editor y distribuidor, 1988, p. 717.

### Electrónicas

- Caballero Ochoa, José Luís, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, UNAM, 2011, consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3033>, p. 118.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 2/97, 11 de marzo de 1997*, consultado en el sitio <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>, (31 de enero de 2013).
- Zepeda Lecuona, Guillermo “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”. consultado en el sitio <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2486/17.pdf>, (29 de enero de 2013).