

Resumen

Uno de los pilares del auténtico sistema procesal penal acusatorio es la excepcionalidad de la prisión preventiva, hecho que no ha sido aceptado por ciertos sectores, desde donde, hoy, se busca una contrarreforma para que la cárcel vuelva a ser el medio que *neutralice* a “los malos”, a “los enemigos”, a toda aquella persona que se considere contraria al progreso. Motivados por lo anterior, en esta investigación exponemos y analizamos algunas ideas sobre la prisión preventiva, su naturaleza jurídica, surgimiento y evolución histórica. Consideramos que una mejor comprensión de esta figura privativa de libertad, propiciará que quienes legislan, gobiernan, realizan tareas de seguridad pública, comunican, litigan, juzgan y educan, tomen decisiones mejor informadas.

Abstract

One of the pillars of the authentic accusatory criminal procedure system is the exceptional nature of pretrial detention, a fact that has not been accepted by certain sectors, from where an against-reform is now being sought so that jail becomes the means to neutralize “the bad”, to “the enemies”, to any person who considers himself contrary to progress. Motivated by the above, in this investigation we expose and analyze some ideas about pretrial detention, its legal nature, emergence and historical evolution. We consider that a better understanding of this figure exclusive of freedom will encourage those who legislate, govern, perform public security tasks, communicate, litigate, judge and educate, make better informed decisions.

Sumario: I. La privación de la libertad / II. La prisión preventiva / III. Naturaleza jurídica de la detención preventiva / IV. Aspectos históricos de la prisión preventiva / V. La prisión preventiva en la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia / VI. La función de la prisión preventiva / VII. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Dr. en Derecho y Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-Azcapotzalco.

I. La privación de la libertad

Prisión es un término proveniente del latín *prehensio-onis*, que significa detención por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.¹ Luis Marcó del Pont definió la prisión como cosa pública destinada para la custodia y seguridad de los reos,² y advirtió que suele sustituirse por el término de cárcel, que a su vez se deriva del latín *coercendo*, que quiere decir restringir, coartar, meter una cosa a un lugar cerrado.

En el antiguo derecho hebreo, así como entre los griegos,³ la prisión desempeñaba dos funciones: evitar la fuga y servir de sanción. Entre los romanos, la prisión sólo servía para guardar a los hombres.

La prisión, durante la Edad Media, fue concebida como la reacción jurídico-penal de un grupo social ante una conducta delictiva, reacción consistente en la privación de la libertad.

Fue en el derecho canónico en el que surgió la prisión, se crearon sitios para que los culpables reflexionaran sobre su culpa, en carácter de penitencia y para su arrepentimiento. Tales sitios eran pozos, tumbas, castillos, fortalezas, torres, conventos, palacios, calabozos, mazmorras, edificios abandonados, barcos, cárceles flotantes o galeras, reclusorios y penitenciarías.

La prisión es el medio sancionador al que más han recurrido todos los sistemas penales del mundo,⁴ en su evolución histórica, refiere Del Pont, se han identificado cuatro fases fundamentales.

En la primera etapa vemos a la prisión como un lugar de guarda, en él se tenían seguros físicamente a los prisioneros; corresponde a los siglos XIII y XIV de nuestra era.

En la segunda fase se explotó, en beneficio ajeno, la fuerza de trabajo de los reclusos, esto tuvo lugar del siglo XV al XVII.

La tercera fue correccionalista y moralizadora, se desarrolló en los siglos XVIII y XIX.

La cuarta fue readaptadora y resocializadora, subordinada a la individualización de la pena y al tratamiento penitenciario y pospenitenciario; caracterizó al siglo XX.

Es posible que nos encontremos en la quinta fase. En ella acontece que la readaptación y la resocialización han fallado, la prisión se encuentra en crisis, tanto la punitiva como la preventiva, aunque el caso de esta última es más grave; sin embargo, ambas deben ser sustituidas. Debe ponerse fin a todos los problemas subjeti-

¹ Universidad Nacional Autónoma de México y Porrúa editores, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa, 2005, voz *prisión*.

² Luis Marcó Del Pont, *Derecho penitenciario*, México, Cárdenas editor, 1984, p. 37.

³ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

⁴ Normal Morris, *La evolución de la prisión*, en *Penología*, (Recopilación de Rosa del Olmo), Venezuela, Universidad de Carabobo, 1972, p. 18.

vos y materiales que han surgido a causa de la detención preventiva, según veremos adelante.

Tanto se ha abusado de la prisión que se ha ocasionado un deterioro general en el derecho y en los sistemas penales. La prisión no es expiativa ni redentora, todas las cárceles son criminógenas, corrompen y preparan a la reincidencia.

Durante la cuarta fase, precisamente en 1955, la prisión experimentó un reajuste en sus planteamientos jurídico-ejecutivos, ya que admitió el espíritu humanista de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal humanización se debió, en mucho, a la censura internacional contra las anomalías e injusticias que se vivían en las prisiones. Ese interés por mejorar las condiciones de la prisión ha estado más presente en los instrumentos internacionales que en los nacionales. Las organizaciones mundiales, a diferencia de los gobiernos nacionales, siempre han mostrado interés, preocupación y propuestas para aliviar en algo las graves injusticias y tratos inhumanos que son característicos de todos los sistemas carcelarios.

A la prisión siempre se le ha considerado el arma preferida del Estado, representante de un tipo de poder que la ley valida, para someter a sus enemigos internos y externos. Es un modelo jurídico disciplinario que concentra todas las tecnologías coercitivas del comportamiento, es una institución total, en donde los sujetos que en ella viven están sometidos a una sola autoridad, están separados completamente del mundo circundante, y todos los procesos vitales y necesidades de los internos están administrados según un plan omnicomprensivo, que reclama para sí la total persona de los internos.

La finalidad de la prisión, según la moderna política criminológica, es preventiva-especial, porque tiende a evitar que el sujeto reincida, y con ello llegamos a una segunda finalidad, de prevención general, en virtud de que al sancionar al delincuente particular, se refuerza la intimidación de la colectividad y se ejemplariza a los demás para que se abstengan de violar la norma.

II. La prisión preventiva

Se define como una medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave, y se presume que intentará eludir la acción de la justicia o que entorpecerá el procedimiento.⁵ Esta definición, que era una de las más aceptadas por la doctrina y en foros mexicanos, es errónea. La prisión preventiva no es una medida precautoria, debido a que consume de manera irreparable el principal derecho del procesado, que es precisamente su libertad. Las medidas precautorias, como su nombre lo indica y acorde al propósito para el que fueron creadas, preservan un bien determinado para que de él se disponga en un futuro. Por otro

⁵ Héctor Fix Zamudio, *La jurisdicción constitucional mexicana*, México, Porrúa, 1955, pp. 77-79.

El adecuado desarrollo del proceso, es la razón que el sistema de justicia interamericano acepta para justificar la detención previa; posición que no es compartida por otros sistemas de justicia, entre los que se encuentra el nuestro.

lado, la elusión de la justicia o el entorpecimiento del procedimiento nunca se han presumido, ni podría ser su presunción o su temor razones suficientes para privar de la libertad a una persona a quien sí —por mandato constitucional— se presume inocente y como tal debe ser tratada mientras no se le encuentre culpable en una sentencia firme. La preocupación por el adecuado desarrollo del proceso es una característica muy propia del sistema interamericano de justicia, como puede apreciarse en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la jurispru-

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que sobre dicho sistema se ha producido, pero lo de la presunción de eludir la justicia o entorpecer el procedimiento es un elemento que arbitrariamente incorpora la definición que se analiza. El adecuado desarrollo del proceso, es la razón que el sistema de justicia interamericano acepta para justificar la detención previa; posición que no es compartida por otros sistemas de justicia, entre los que se encuentra el nuestro. La prisión preventiva —en México— es aplicable a todos los procesos penales en que se impute la comisión de un delito que merezca pena corporal, sin importar la dimensión de la pena ni la gravedad del delito, así lo dispone el artículo 18 constitucional. La prisión preventiva no beneficia a la sociedad, como afirman determinados sectores —entre los que se encuentra el doctrinario analizado—, sino, por el contrario, es un medio que amenaza y vulnera, día a día, la seguridad de todas las personas, como esperamos demostrarlo.

La prisión preventiva también se considera una medida precautoria de índole personal, que crea al individuo en el que recae, un estado casi permanente de privación de su libertad física, que soporta en un establecimiento público destinado para ese efecto; medida que es decretada por juez competente en el curso de un procedimiento, contra el indiciado como partícipe en la comisión de un delito sancionado con pena privativa de la libertad, con el único objetivo de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.⁶ Como veremos, la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia y el Código Nacional de Procedimientos Penales despojaron al juez de la facultad de decidir la prisión preventiva o la libertad caucional, ahora —el juzgador— sólo cumple el mandato de oficiosidad⁷ que sobre dichas medidas ya emitieron el constituyente y el legislador secundario. Por otro lado, al ministerio público le basta con elaborar un argumento tendente a convencer que sólo la prisión preventiva es suficiente para garantizar la comparecencia del imputado en el

⁶ Arturo Zavaleta, *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Argentina, Arsayu, 1954.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 19, párrafo segundo.

juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos y de la comunidad, para colmar los requisitos constitucionales y conseguir del juez la imposición de la prisión preventiva. En ambos casos: oficiosidad e insuficiencia de otras medidas cautelares, la voluntad del juez no cuenta.

Deviene en inatendible la pretensión de que sea la libertad personal del imputado la que garantice la paz pública, la seguridad de la víctima del delito, de los testigos, de la comunidad, cuando ni el propio Estado mexicano es capaz de garantizarlas.

Para otro importante sector de la doctrina, la detención preventiva es la medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito que merezca pena privativa de libertad, en virtud de un mandamiento judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.⁸ El carácter de excepcional a que se refiere esta última concepción no corresponde a nuestra realidad, en virtud de que, como puede constatarse con la sola lectura del Código Penal para la Ciudad de México y del Código Penal Federal, la prisión preventiva es aplicable al 95% y al 93%, respectivamente, de los delitos allí prevenidos y sancionados con pena privativa de libertad. Estos altísimos porcentajes muestran que en el sistema de justicia penal mexicano la prisión preventiva no es excepcional, sino que es la regla general.

Si atendemos a la doctrina dominante y a las legislaciones de la mayor parte de América Latina, observaremos que también consideran a la prisión preventiva como una medida cautelar, cuya función es asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, facilitar la aplicación de la pena privativa de libertad, su destinatario es alguien que no ha sido sentenciado y, por tanto, puede ser condenado o absuelto. Tenemos, entonces, que para nuestra región geopolítica; la prisión preventiva es una medida de coerción personal impuesta al imputado con finalidades esencialmente cautelares, consistentes en que el indiciado se encuentre presente durante su procedimiento.

En casi todos los países latinoamericanos contemporáneos, existe una vigorosa corriente doctrinal para limitar, en todo lo que sea posible, a la prisión preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada y el arresto domiciliario por ejemplo. Sobre los sustitutivos volveremos más adelante.

Es generalizada la opinión de que la reclusión preventiva contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal. En México, en el 2008, fue modificada la Constitución Federal, a fin de flexibilizar, aseguraron los legisladores, los rígidos lineamientos para la consecución de la libertad caucional, que antes atendían, casi exclusivamente, a la gravedad del delito y no, como es más apropiado, a las condiciones personales del inculcado. Triste futuro les espera a los menos favorecidos. Esa reciente reforma a la constitución mexicana en materia de seguridad y justicia penal, vino a empeorar las cosas, veamos porqué.

⁸ Jesús Rodríguez y Rodríguez, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/IIJ, 1981, p. 14.

Los Constituyentes tenían —o cuando menos así lo hicieron público— la intención de facilitar las condiciones para obtener la libertad provisional bajo caución, de convertir a la prisión preventiva en la excepción y lo que consiguieron fue todo lo contrario, hicieron de la prisión preventiva la regla general, casi única, la decisión entre libertad provisional o prisión preventiva la dejaron en manos del acusador, de las legislaturas de los Estados y del constituyente. Hicieron de la libertad provisional bajo caución un ideal casi irrealizable, en virtud de que se decretará sólo cuando la comunidad, el imaginario social, tenga garantizada su seguridad y se cubran, además, otros requisitos que a la persona imputada o vinculada a proceso le resultará imposible aportar, como veremos más adelante.

III. Naturaleza jurídica de la detención preventiva

Nunca ha sido fácil ubicar y justificar a la prisión preventiva en los esquemas jurídicos, unas veces se le ha considerado medida de seguridad, otras, medida de control social, otras más, un acto de molestia; aunque es cierto que la opinión general la identifica como medida cautelar. Este último criterio es el que han adoptado la mayoría de los doctrinarios latinoamericanos. Por nuestra parte, consideramos que la prisión preventiva, más que otra medida precautoria, es una condena anticipada, naturaleza que le corresponde si atendemos el análisis y los razonamientos que ofrecemos a continuación.

III.1. La prisión preventiva como medida de seguridad

La prisión preventiva, advierte Raúl Carrancá y Rivas, “consiste en la privación de la libertad con propósitos exclusivamente asegurativos, es aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión; se lleva a cabo en una cárcel provisional asegurativa”.⁹ Con ella no se pretende retribuir ni intimidar a la generalidad, en virtud de que se aplica a supuestos inocentes; impide la fuga, preserva el procedimiento y las pruebas, asegura a los testigos, garantiza la aplicación de la pena, previene la reincidencia, y protege a la víctima.¹⁰ En México, desmiente Cárdenas Rioseco, la prisión preventiva se ha transformado en una medida de seguridad encubierta, con la que el Estado intenta recuperar terreno frente a los altos índices de inseguridad que padece la sociedad.¹¹

Es inaceptable la posición del prestigiado penalista mexicano Carrancá y Rivas, en atención a que la prisión preventiva no tiene propósitos exclusivamente asegu-

⁹ Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penitenciario*, 2ª edición, México, Porrúa, 2005, pp. 11, 12 y 412.

¹⁰ Luis Rodríguez Manzanera, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Porrúa, 2004, pp. 24 y 25.

¹¹ Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004, p. 7.

radores, sino que jurídica y materialmente priva de la libertad al procesado, no prospera el intento de minimizar el problema refiriéndose a la intención y tratando de ignorar el resultado, así como la realidad material de la prisión preventiva, si aceptáramos tal cosa, también tendríamos que aceptar como jurídicamente válido el argumento: “aunque es cierto que te privo de la libertad, eso es secundario porque lo que yo pretendo es sólo tenerte asegurado”. Sí intimida a la generalidad porque se aplica a supuestos inocentes, calidad que tenemos todos los que nos encontramos en el territorio mexicano.



Como medida de seguridad, la prisión preventiva contradice los derechos fundamentales, en virtud de que los fines aseguradores no pueden justificar la privación de uno de los bienes más preciados de la sociedad humana, en este caso, la libertad.

Como medida de seguridad, la prisión preventiva contradice los derechos fundamentales, en virtud de que los fines aseguradores no pueden justificar la privación de uno de los bienes más preciados de la sociedad humana, en este caso, la libertad. Tampoco puede presumirse la pena de prisión porque estaríamos prejuzgando, extremo que se encuentra prohibido en cualquier orden jurídico, y, en todo caso, no puede prevalecer la presunción de la imposición de una pena de prisión sobre la presunción de inocencia. Además, contra lo que afirma Carrancá y Rivas, ya dijimos que la prisión preventiva sí intimida a la generalidad, puesto que todos nos sabemos expuestos a ser detenidos por la sola presentación, en nuestra contra, de una denuncia por delito grave, más aún si tomamos en cuenta las reglas de la flagrancia, y del caso urgente, así como las condiciones de extrema discrecionalidad e impunidad en que actúan los militares, los marinos, las procuradurías de justicia y las policías del país.

Las detenciones preventivas ajenas a la disciplina militar que, fuera y dentro de los castillos, las fortalezas, los campamentos, los cuarteles y las bases navales, vienen realizando los efectivos del ejército y la marina, de quienes se teme, justificadamente, que intensifiquen sus campañas, despliegues y maniobras, ahora que se encuentran cobijados por la flamante Ley de Seguridad Interior, que, mientras es “legitimada” por las ministras y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta flagrantemente violatoria de todos y cada uno de los derechos protegidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, muy particularmente de los consagrados por su artículo 129. Ley de Seguridad Interior que también

viola los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales vigentes para el Estado mexicano.

Es en verdad lamentable que quienes integran la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, cediendo a las presiones del Poder Ejecutivo, hayan validado la Ley de Seguridad Interior, cuyo decreto fue expedido y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre del 2017. Con dicho ordenamiento intentan legalizar los actos de seguridad pública que de hecho ya realizaban las fuerzas armadas, sin que se hayan esclarecido los hechos delictivos en los que se encuentran directamente involucrados militares y marinos, por ejemplo, en las masacres de Acteal (1997), Ayotzinapa (2014), Tlatlaya (2014), Palmarito Tochapán (2017), y en las 10 mil denuncias que en su contra se han presentado ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, indagatorias en las que se les imputan directamente hechos violatorios de derechos humanos, destacando que en 2 mil de esas 10 mil denuncias se les acusa por conductas delictivas que perpetraron en lo que va del sexenio de Enrique Peña Nieto, siendo 100 las que se determinaron como casos de graves violaciones de derechos humanos. Esas 10 mil denuncias fueron formalmente presentadas y documentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sólo entre enero de 2006 y julio de 2017.¹²

El argumento de que la prisión preventiva impide la fuga del procesado no es razón suficiente para encarcelarlo y privarle de sus principales derechos subjetivos públicos. Su fuga bien puede evitarse con otras medidas menos interventivas, riesgosas y lesivas,¹³ por ejemplo: a) la portación de brazaletes rastreables, b) el compromiso del procesado y de sus familiares de atender el procedimiento, c) el riesgo de que el procesado pierda su empleo, d) los antecedentes personales del encausado, e) la relativa facilidad que existe actualmente para localizar a cualquier persona por medio de los bancos de datos que se crean al realizar gran diversidad de actos jurídicos públicos y privados, f) las imágenes que se obtienen por las cámaras que se encuentran prácticamente en todos lados, g) la aportación de una garantía o caución, etcétera.

La supuesta justificación de que la prisión preventiva preserva el procedimiento y las pruebas, es la más engañosa de todas. No hay institución jurídica más violatoria del procedimiento jurisdiccional y de las reglas de la prueba que la prisión preventiva. Es así porque desequilibra el procedimiento en favor de la parte acusadora, pues al privar al procesado de la libertad de tránsito, le impide buscar, localizar, preparar y aportar las pruebas de su inocencia, ¿cómo podría hacerlo si se encuentra recluido? Así mismo, le despoja de su derecho a formular alegaciones, para el prisionero el procedimiento judicial ha pasado a segundo plano, la imperiosa necesidad de conservar su vida y su integridad física y mental se ha vuelto lo único que interesa; en la formulación de alegatos y la recuperación de su libertad no le va la vida.

¹² Human Rights Watch 350 Fifth Avenue, 34th Floor|New York, NY 10118-3299 USA|t.212.290.4700. Informe Mundial 2107, Capítulo México, Sección Abusos militares e impunidad. Consultado el 3 de enero de 2018, en <https://www.hrw.org/es/world-report/2017/country-chapters/298379>.

¹³ Para cumplir el mandato expreso del artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

La prisión preventiva no previene la reincidencia como aspira Carrancá y Rivas, por el contrario, la propicia. Es altamente criminógena, como extensamente lo han demostrado los diversos estudios que sobre el particular se han realizado. Tampoco protege a la víctima. El procesado, estando privado de su libertad tiene más motivos y mejores condiciones para dañar a la víctima del delito; cuenta con coartada y goza de mayor impunidad, pues, ¿cómo podría ser él sospechoso del nuevo ataque a la víctima, a los testigos y a la comunidad, si no ha salido de prisión?, cuando muy bien, desde el interior de la prisión, ha podido ordenar la comisión de más ilícitos contra la víctima del delito y contra la sociedad en general, para que los ejecute gente del exterior.

Ninguna prisión brindará seguridad a la sociedad. Mientras no se combatan las causas del delito —con educación, empleo, capacitación a procuradores e impar-tidores de justicia, depuración de ambos cuerpos, junto con las policías— seguirá creciendo exponencialmente el número de los sujetos que amenacen a los demás. Ejemplo de ello es el testimonio que prestó, en el año 2011, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Desaparición Forzada e Involuntaria, al declarar que en-contraba a la sociedad mexicana más deteriorada que hacía cuatro años, es decir, antes de que el Ejecutivo Federal declarara la guerra al crimen organizado.

III.2. Como medida de control social

Por medio de la prisión preventiva se pretende neutralizar la peligrosidad criminal del indiciado, sometiéndolo a un prolongado encarcelamiento provisional, mientras se le impone la pena definitiva. Se busca que el imputado no continúe en su actividad delictiva. Esta actitud del Estado violenta el principio de inocencia.¹⁴

Cualquiera de nosotros posee una determinada peligrosidad criminal, nadie está exento de incurrir en acciones que para el derecho constituyen delitos, por tanto, tendrían que aprisionarnos a todos para neutralizar nuestra peligrosidad criminal, pues por nuestra naturaleza humana somos tan responsables y tan inocentes como el indiciado.

Si la prisión preventiva fuera un medio de control social, tendríamos que aceptar que no sería ya necesaria la intervención del juez, toda vez que el indiciado habría sido condenado en la investigación llevada a cabo por el acusador —fiscal, ministerio público, representante social, investigador, titular de la acción penal, procurador, etcétera—, que es un órgano público no especializado en la función de juzgar. La libertad, exige el derecho, sólo puede perderse por la decisión de una autoridad judicial y siempre en el último acto de un proceso en el que se haya dado oportunidad al acusado de defenderse.

Si por el anhelo de conseguir control social permitimos al Estado que, valiéndose de sus órganos represores: ejército, marina, policía y ministerio público; investigue, detenga, condene y ejecute a las personas de quienes sospeche que han cometido

¹⁴ Enrique Edwards Carlos, *Plazos de la prisión preventiva*, Argentina, Astrea, 1995, pp. 5 y 6.

La reforma constitucional del 2008, parece considerar a la prisión preventiva como medida de control social, en la lucha contra la delincuencia organizada.

o participado en la comisión de un delito, estaríamos prescindiendo de la función judicial, que, en el mejor de los casos, se limitaría a convalidar la decisión que ya habría tomado la procuraduría. No es posible confiar en que la prisión preventiva evitará que el imputado siga delinquiriendo, porque, para que así fuera, necesitaríamos contar con pruebas plenas que demostraran que el indiciado hubiera cometido los

delitos que se le imputaran, requisitos ineludibles que sólo pueden cubrirse con la sentencia ejecutoriada que culmine el procedimiento jurisdiccional.

La reforma constitucional del 2008, parece considerar a la prisión preventiva como medida de control social, en la lucha contra la delincuencia organizada.

III.3. Como acto de molestia

Olga Islas Magallanes equipara a la reclusión preventiva con los actos de molestia, y, al respecto, señala que la prisión preventiva, lo mismo que la pena, privan de un bien: la libertad, por orden de un órgano jurisdiccional y por ejecución de un órgano administrativo. “Es un acto de molestia que, de acuerdo con el sistema penal al cual pertenece, debe ser racionalmente necesario, consistente y benéfico para el pueblo.”¹⁵

La prisión preventiva no puede considerarse un acto de molestia, en virtud de que, como hasta aquí se ha visto, no es racionalmente necesaria, tampoco es consistente y mucho menos benéfica para el pueblo, además de que la deciden el ministerio público, el constituyente y el legislador ordinario, no el juez.

III.4. Como medida cautelar

La doctrina dominante concibe a la prisión preventiva como una medida cautelar que tiene como función principal asegurar el normal desarrollo del procedimiento y, eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estribaría en propiciar que el procedimiento fluyera normalmente y si al concluir éste se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplicara la pena con toda certeza.¹⁶

Es difícil sostener tal concepción, en virtud de que las características principales de las medidas cautelares no se encuentran presentes y aun contradicen la esencia de la prisión preventiva. Para demostrar nuestra afirmación expondremos y analizaremos la naturaleza jurídica de las figuras cautelares.

¹⁵ Olga Islas Magallanes de González Mariscal, “La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1982, p. 32.

¹⁶ Cárdenas, *op. cit.*, p. 3.

Para empezar, debemos tener presente que las medidas cautelares son preservativas y temporales, en virtud de que son utilizadas para asegurar el desarrollo del procedimiento y, en su caso, la aplicación de la condena. Son sustituidas por las medidas definitivas para las que prepararon determinadas condiciones. Son indemnizatorias, es decir, quien soporta una medida cautelar injustificada puede demandar el pago de daños y perjuicios, en materia penal, además, deberá denunciar los delitos de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad y los que se hubieren cometido contra la administración de justicia. Lo anterior puede verse en los diversos Códigos de Procedimientos Civiles del país,¹⁷ que son los ordenamientos que las explican.

Las medidas cautelares no pueden resolver ni aplicar el fondo

Otra de sus características es la instrumentalidad o accesoriedad, en virtud de que siempre sirven a un procedimiento principal y nunca tienen un fin en sí mismas, pues de lo contrario tendríamos una duplicidad de procedimientos, situación que se encuentra prohibida por las normas adjetivas.

Son flexibles, ya que pueden modificarse cuando varíen las circunstancias que les dieron origen.

Pueden ser sobre personas o cosas

Son accidentales, debido a que nunca pueden determinar el resultado del procedimiento principal.

Las dicta la autoridad jurisdiccional para conservar la materia del litigio, así como para evitar un daño grave e irreparable a las partes o a la sociedad.

Se fundan en una acción autónoma que otorga la ley, que es sustancialmente distinta al derecho de fondo que tiende a preservar.

¹⁷ Todos exigen justificación y prueba de la necesidad de la providencia precautoria o cautelar, además de requerir que se exhiba fianza para responder de los daños que lleguen a causarse con una medida cautelar abusiva. Por ejemplo el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928, en su Capítulo IV. De las Providencias Precautorias, establece:

Artículo 235. “Las providencias precautorias podrán dictarse:

I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;

II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que deba ejercitarse una acción real;

III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquéllos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene”.

Artículo 239. “El que solicite una providencia precautoria debe probar el derecho que tiene de gestionar y la necesidad de la medida que solicita”.

Artículo 247. “De toda providencia precautoria queda responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen”.

Las medidas cautelares, al decir de José Becerra Bautista, son actividades procedimentales tendentes a asegurar el éxito de un procedimiento definitivo, se les nombra cautelares porque derivan de caución que significa garantía.¹⁸

A la prisión preventiva se le considera una medida cautelar porque se retiene al procesado precautoriamente, mientras se obtiene la certeza de su responsabilidad o su inocencia.

Retentiva, porque no permite el libre tránsito del indiciado, lo retiene en un lugar cerrado y segregado, sin importar su consentimiento.

Garantía del orden social y de la seguridad de la víctima del delito, al considerarse que mientras el procesado se encuentre retenido, la sociedad y la víctima del delito están protegidas contra las fechorías de aquél.

Garantía de la aplicación de una pena privativa de libertad porque el procesado ya estaba pagando su culpa aun antes de que se dictara su condena y no va será necesario buscarlo, ya está asegurado, ya se le tiene a la mano, como diría Martin Heidegger, en *El ser y el tiempo*.¹⁹

Pensamos que la prisión preventiva no puede ser considerada medida cautelar, debido a que:

- a) Las medidas cautelares no pueden ser más gravosas que la resolución definitiva, y la prisión preventiva sí es más gravosa que la pena o prisión punitiva que sería la sanción que en la sentencia firme se le impondría al procesado. Esa sanción punitiva se le impondría al procesado después de habersele oído en juicio, una vez que se le hubiera dado la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones; después de haberlo encontrado responsable de la comisión de un delito, después de haberle despojado de la presunción de inocencia con que le protegían la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el principio general de legalidad. Todo lo anterior en una sentencia que concluyera un procedimiento judicial. En contraste, la prisión preventiva se impone al procesado antes de juzgarlo, es decir, antes de darle la oportunidad de defenderse, de ofrecer pruebas y de formular conclusiones, cuando aún le benefician la presunción de inocencia y la duda, antes de llegar ante el juez encargado de dictar la sentencia. Mientras que la prisión punitiva, que es la impuesta por una sentencia que declaró culpable al procesado, puede sustituirse, suspenderse, anticiparse,²⁰ la prisión preventiva se ejecuta sin posibilidad de los beneficios de la resolución definitiva.

¹⁸ José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, México, Porrúa, 1996, pp. 439-451.

¹⁹ *Exégesis del "ser ahí"*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 53-63.

²⁰ Ley Nacional de Ejecución Penal, Título Quinto, Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de Libertad. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 16 de junio de 2016.

No hay duda que la prisión preventiva es más gravosa que la prisión punitiva.

- b) La prisión preventiva consume el supuesto sustantivo y hace imposible la realización del objeto principal que debía preservar, esto es así por la naturaleza jurídica de la prisión preventiva que la hace ser una pena anticipada, como quedó demostrado líneas arriba con la exposición, y con el reconocimiento que en ese sentido hacen la Constitución Federal de la República y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que estudiaremos en el apartado siguiente. La prisión preventiva consume el derecho sustantivo que es la libertad personal del procesado, los días de libertad de que le han privado no podrán devolverse jamás, la violación se ha consumado de manera irreparable, aun cuando se le indemnizara con dinero, que tampoco lo hacen.

III.5. Como condena o pena anticipada

La prisión preventiva por ser demasiado prolongada, por requerir sólo de datos para decretarse y por ser tan difícil de revocar,²¹ se convierte en una pena anticipada. Los fines de prevención general y especial de la pena, se trasladan al encarcelamiento preventivo, vulnerando el principio de inocencia. La situación se agrava si tomamos en cuenta que quien se encuentra recluso por haber sido encontrado responsable en una sentencia, tiene más derechos que quien se encuentra recluso por prisión preventiva, pues aquél puede obtener su libertad por diversas instituciones jurídicas, como son: la libertad condicionada, la libertad anticipada, la sustitución y suspensión temporal de las penas y la preliberación por criterios de política penitenciaria, derechos que no le asisten al presunto inocente que apenas está siendo juzgado.²² Como pena anticipada también la concibe Sergio García Cordero, quien sobre el particular apunta: “la prisión preventiva, como está concebida, es una pena anticipada [...] un suplicio en donde se gestan delitos que, lejos de disminuir la criminalidad, la aumentan progresivamente, transformando al infractor primario en reincidente o habitual”.²³ Por su parte, Luigi Ferrajoli considera que la prisión preventiva es, hoy en día, uno de los más graves problemas del derecho penal y constituye una pena anticipada impuesta a quien no ha sido condenado, antagónica, en esencia, a la presunción de inocencia.²⁴

Efectivamente, la prisión preventiva es una pena anticipada, a tal conclusión llegamos al comprobar que no hay diferencia alguna entre la privación de la libertad que impone una sentencia y la privación de la libertad que impone la prisión preven-

²¹ Si el juez revoca —durante el procedimiento o en la sentencia definitiva— la prisión que preventivamente impuso al sospechoso, puede ser acusado de abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, delitos contra la administración de justicia, etcétera; razones que le impiden juzgar con imparcialidad.

²² Ley Nacional de Ejecución Penal.

²³ Sergio García Cordero, “La Prisión Preventiva y su Legislación Secundaria”. *Revista Mexicana de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1983, p. 48.

²⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad.), 5ª edición, Perfecto Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, 2001, pp. 549 y ss.

tiva. Ambas medidas privan a su destinatario de la libertad personal. El encierro, aunque sea en áreas distintas, no deja de ser privación de libertad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, último párrafo, concibe a la prisión preventiva como condena o pena anticipada, esa misma naturaleza le reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver:

Además, esa privación (la prisión preventiva) tiene su fundamento constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero (hoy apartado B, fracción IX, último párrafo) 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.²⁵

III.6. Una prisión preventiva breve

La prisión preventiva tiene lugar desde el momento en que el indiciado es detenido y hasta que se le decreta la sentencia ejecutoriada, es decir, durante la tramitación de todo el procedimiento jurisdiccional: primera, segunda y tercera instancias; por lo mismo, la duración de la detención preventiva siempre será excesiva. La prisión preventiva breve tiene carácter de arresto y propicia inseguridad jurídica pues el juez, obligado por el legislador, para no incurrir en demora se precipita a resolver y descuida la calidad en la impartición de justicia. Lo anterior podemos constatarlo en el procedimiento abreviado, contenido en los artículos del 201 al 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se tramita de manera sumaria, pero que en realidad releva al ministerio público de su obligación de investigar y al juez de su deber de juzgar, ¡no hay juicio, sólo se intercambia autoincriminación por tiempo de prisión!

IV. Aspectos históricos de la prisión preventiva

IV.1. En el Imperio Romano

Apareció en época muy antigua, surgió como instrumento precautorio, como medida cautelar para retener al inculpado hasta el momento en que fuera dictada su sentencia y llevada al cabo, en su caso, la ejecución.

²⁵ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Amparo en revisión 1028/96, Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. VII, Marzo de 1998. Tesis: XIX/98. Tesis: Aislada. Materia(s): Penal, Constitucional.

Los antecedentes de la prisión preventiva se encuentran en la *vincula* romana, lugar donde los atados, es decir: los vinculados, que eran los prisioneros de guerra, estaban custodiados. El fin que se perseguía con las *vinculas*, era asegurar la validez de la detención hasta el cumplimiento de la condena. En un principio la prisión, fue vista y utilizada más como custodia que como castigo, era una cuestión muy transitoria.

Un antecedente histórico importante es referido por Barrita López, en *Prisión preventiva y ciencias penales* (1999), al informarnos que en el Título III de *Custodia et exhibitio reorum* (de la custodia y exhibición de los reos), Libro Cuadragésimo Octavo del Digesto del Emperador Justiniano, se establecía la facultad del Procónsul para determinar en cuanto a la custodia de los reos, si éstos habían de quedar en la cárcel o si se habían de encargar en custodia a los soldados o a sus fiadores, o a ellos mismos. Al tomar esa decisión, los funcionarios romanos tenían en cuenta: a) la calidad del delito, b) la honradez de la persona acusada, c) el patrimonio del acusado, y d) su inocencia y dignidad.

La prisión preventiva, bajo el Imperio Romano, fue utilizada tanto de forma privada como pública. La prisión privada la usaban poderosos propietarios para encerrar a sus esclavos, a sus deudores y a sus opositores políticos. Fue prohibida por el emperador Zenón, subsistiendo la cárcel pública para los crímenes públicos capitales, como muda amenaza para lograr la disuasión.

IV.2. En el México Antiguo

Los pueblos azteca,²⁶ maya²⁷ y culhua,²⁸ recurrieron poco a la prisión. Como castigo ordenado en una resolución judicial se imponía a delitos muy leves: lesiones, robos menores y cuando el infractor era un niño. No podían mantener prisiones por períodos largos, ni el prisionero ni el custodio podían estar ociosos, todos debían sumarse a las tareas productivas de bienes para la comunidad.

Entre los pueblos mesoamericanos figuró más la prisión preventiva, que se utilizaba para mantener en esa condición a los acusados mientras se veía su causa y se determinaba la sanción que había de imponérseles. Las fuentes describen a la prisión preventiva como cercados, empalizadas que eran más bien prisiones simbólicas, en virtud de que el detenido no se atrevía a traspasarlas. También señalan que era una especie de jaula multicolor, hecha con madera. Otros historiadores, religiosos principalmente, refieren que en los pueblos naturales del territorio recién descubierto la

²⁶ Carlos Humberto Durand Alcántara, (Coordinador). *Derecho al desarrollo social. Una visión desde el multiculturalismo, el caso de los pueblos indígenas, Un acercamiento al universo jurídico de los aztecas*, México, Porrúa, 2008, pp. 221-242.

²⁷ Antonio Salcedo Flores, *El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política*, *Revista Alegatos*, número 71, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009, pp. 155-178.

²⁸ Antonio Salcedo Flores, "El universo sociojurídico de los Culhuas o antiguos texcocanos. Un acercamiento a partir de la imagen codificada", *Revista Alegatos*, número 76, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2010, pp. 837-858.

retención preventiva tenía lugar en sitios oscuros y pequeños, en donde se sufría de hambre y sed.

Entre los aztecas y los culhuas —antiguos texcocanos— la prisión preventiva no podía ser mayor a 82 días, que era el período que transcurría entre la celebración de los consejos en que se veían y resolvían, por el tlatoani y el cihuacoatl en persona, los procesos más arduos y aquellos en los que se juzgaban hechos que podían merecer la pena de muerte.

En los dinteles de Yaxchilán, población que se localiza en lo que hoy es el estado de Chiapas, México, el pueblo maya dejó representada la figura del prisionero, particularmente en los dinteles numerados como 8, 9 y 12. En los códices Azcatitlán y Quinatzin, cuya elaboración se atribuye a los pueblos aztecas, aparece el glifo de la prisión. Ambos códices se localizan en la Biblioteca Nacional de Francia, en París.

IV.3. En el México Colonial²⁹

La Inquisición del Santo Oficio fue la que introdujo la figura de la prisión preventiva más parecida a la institución que conocemos en la actualidad, se le llamaba cárcel secreta,³⁰ en virtud de que en ella permanecían los reos absolutamente incomunicados, desde su detención hasta la sentencia definitiva y aún después.

El rigor de la cárcel secreta vino a ser atenuado por el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, dictado en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814.

IV.4. En el México Independiente³¹

El Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, de fecha 18 de diciembre de 1822, estableció: “Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, o en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se sigan de aquélla providencia”. (Artículo 72). En el numeral 73 dispuso que en caso de denuncia, el juez, atendiendo las circunstancias del denunciante y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito, y el fundamento de la denuncia, debía formar proceso instructivo, y si de allí resultaba semiplena prueba o vehemente sospecha, debía proceder al arresto; lo mismo haría cuando, obrando de oficio, temiera fundadamente que se fugara el reo antes de averiguar el hecho.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 4 de octubre de 1824, en su artículo 112, prohibía al Presidente de la República privar a

²⁹ Fernando A. Barrita López, *Prisión preventiva y ciencias penales*, 3ª edición, México, Porrúa, 1999.

³⁰ También se le conoció como *la perpetua*, debido a que los prisioneros casi nunca recuperaban la libertad. Su edificio puede visitarse en la esquina (chata) que forman las calles de República de Venezuela y República de Brasil, frente a los portales de Santo Domingo, en el Centro Histórico de la Ciudad de México.

³¹ Barrita. *op. cit.*

alguien de su libertad, u oponerle pena alguna, y sólo en caso de que el bien común y la seguridad de la federación lo exigiera, podría arrestar, debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas, a disposición del juez competente.

En las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, del 29 de diciembre de 1836, se estableció, en el artículo 43, la exigencia, para la procedencia de la prisión preventiva, de información sumaria de la que resultara haber sucedido un hecho que mereciera, según las leyes, ser castigado con pena corporal; así como algún motivo o indicio suficiente para creer que la persona señalada había cometido el hecho criminal.

El Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1886, (30 de junio de 1840), en su artículo 9º, establecía que ningún mexicano podía ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerle en ella sin que se expidiera mandamiento por escrito, de la autoridad respectiva o se proveyera auto formal motivado, y se diera copia de uno y otro tanto al interesado, como al alcalde o custodio de la prisión, quienes (estos dos últimos) tenían prohibido recibir algún reo si no se les entregaba su juego de copias.

Ese mismo artículo 9º, disponía que ningún mexicano podía ser detenido más de tres días por alguna autoridad política, sin ser entregado al fin de ellos, con los datos que hubieran dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta por más de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión. Nadie podía ser declarado formalmente preso, sin que precediera información sumaria, de la cual resultara, por lo menos, prueba semiplena de haber cometido algún delito. En términos similares se pronunciaron las subsecuentes leyes fundamentales del México independiente, con sólo las particularidades que pasamos a señalar.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana, de fecha 12 de junio de 1843, el artículo 9º introdujo el término “indicio” que sustituyó al de prueba semiplena que habían estado usando las anteriores leyes fundamentales. Requería indicio suficiente para presumir al reo como autor del delito que se perseguía, y que justificaba la detención que se transformaría en prisión si los indicios llegaban a corroborarse.

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de fecha 16 de junio de 1856, prohibió expresamente todo maltrato y toda molestia en la aprehensión y en las prisiones, violaciones que, ordenó, debían corregir las leyes y castigar severamente las autoridades.

En el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, de fecha 1º de diciembre de 1916, aparecen los términos: averiguación previa, cuerpo del delito, probable responsabilidad y libertad bajo fianza si el delito no merecía ser castigado con pena mayor a cinco años de prisión.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, estableció que sólo por delito que mereciera pena corporal, habría lugar a prisión preventiva; que ninguna detención podría exceder del término de tres días sin

que se justificara con un auto de formal prisión en el que se expresaran el delito y los elementos que lo constituyeran, así como los datos que arrojaran la averiguación previa, mismos que debían ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. Asimismo, dispuso que el acusado inmediatamente que lo solicitara, fuera puesto en libertad bajo fianza, siempre que el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión. Si el delito mereciera ser castigado con pena cuyo término medio aritmético fuera mayor de cinco años de prisión, no tendría derecho a libertad bajo fianza, caución u otra garantía, debiendo quedar prisionero preventivamente.

V. La prisión preventiva en la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia³²

V.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Llevó a cabo importantes modificaciones a la figura de la reclusión preventiva, ordenó que sólo se aplicara en los delitos que merecieran pena privativa de libertad,³³ que los sospechosos de delincuencia organizada³⁴ siempre estuvieran reclusos preventivamente y en centros especiales, donde se les podrían restringir las comunicaciones. Dispuso que el ministerio público podrá solicitar al juez la prisión preventiva sólo cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en 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” (sic —¿condenado?—) previamente por la comisión de un delito doloso.

Los Constituyentes mexicanos establecieron la prisión preventiva forzosa, es decir oficiosa, impuesta desde la letra de la Ley, no más por el criterio jurisdiccional. Esta *prisión preventiva en automático* se impondrá a las personas sospechosas de haber participado en delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La reclusión preventiva, mandó el Constituyente, 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.

“En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (preventiva)”.³⁵

³² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

³³ Artículo 18.

³⁴ Artículos 18 y 19.

³⁵ *In fine* de la fracción IX, apartado B, del artículo 20.

V.2. El Código Nacional de Procedimientos Penales³⁶

Reproduce los supuestos constitucionales para la imposición de la prisión preventiva: garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Regula el derecho a ofrecer pruebas para acreditar la procedencia y la improcedencia de la prisión preventiva, su revisión, modificación y cese.

Prohíbe el uso de la prisión preventiva como sanción penal anticipada.³⁷ Negativa que resulta imposible de cumplir, en razón de que la prisión preventiva, como vimos líneas arriba, priva de la libertad, al igual o peor que la sentencia, debido a que la primera se impone a alguien a quien se presume inocente, mientras que la segunda es impuesta a quien ya se encontró plenamente responsable. Es por lo anterior que la Constitución, con más objetividad y menos demagogia que el código procesal penal, reconoce que la prisión preventiva y la prisión punitiva son iguales, identidad que también declara el Poder Judicial de la Federación: “Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas”.³⁸

Ordena que a la prisión preventiva se le vea como último recurso y, en caso de aplicarse, se perjudique lo menos posible el tejido social y los derechos de los sujetos directamente involucrados. El juez, antes de decretar la prisión preventiva, debe realizar la correspondiente estimación de riesgos. La necesidad de la reclusión preventiva será materia de discusión entre las partes y ante la presencia del órgano judicial. La resolución que la imponga o la niegue, deberá justificarse siempre.

Todas las decisiones judiciales que tengan que ver con la prisión preventiva serán apelables.

La prisión preventiva será revisada cuando cambien las condiciones que la motivaron, a fin de mantenerla, sustituirla, modificarla o hacerla cesar, al efecto podrán proponerse pruebas. La reclusión preventiva no excederá de dos años, salvo por el ejercicio de la defensa.

Esta ley secundaria impone al juez la obligación de mandar la prisión preventiva para las personas sospechosas de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como de delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud; considerando que ameritan prisión preventiva oficiosa, entre otros, los delitos de genocidio, traición a la patria, espionaje, terrorismo; corrupción y pornografía en agravio de menores de edad o incapaces.

³⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

³⁷ Artículo 155, fracción XIV.

³⁸ PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVADA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR... *op. cit.*

VI. La función de la prisión preventiva

Según la doctrina dominante y los principales instrumentos jurídicos, a la prisión preventiva corresponde la tarea de garantizar el desarrollo del proceso, la seguridad de la víctima del delito y la imposición de la pena.

El proceso es responsabilidad de la autoridad y a ella corresponde garantizar su desarrollo. La seguridad de la víctima y de todos los miembros de la sociedad debe garantizarla el Estado, quien, en colaboración con todas las entidades públicas, principalmente con las de fuerza pública, está obligado a garantizar la seguridad de todos los gobernados, incluidas las víctimas de delitos. La imposición de la pena no puede ser garantizada por la prisión preventiva, en virtud de que la pena es incierta, el proceso puede terminar en absolución o condena, el indiciado tiene en su favor la presunción de inocencia, la libertad es el bien de mayor valor axiológico. Por la mitad de una incertidumbre, que en este caso es la condena, no pueden sacrificarse tres de los bienes más valiosos de toda persona, en este caso la libertad, la presunción de inocencia y la seguridad jurídica, que interesan y afectan a todos los integrantes de la sociedad.

La verdadera función de la prisión preventiva consiste en intimidar a los gobernados, debilitar a los adversarios del Estado, librarse de sujetos incómodos, tratar de justificar el multimillonario gasto público —no muy transparente— que se hace en el sistema carcelario mexicano, seguir obteniendo las grandes fortunas ilícitas que producen los centros de reclusión, exterminar —o por lo menos neutralizar— a una clase social, mostrar que son escoria, que sólo son objetos y medios para los poderosos, que la justicia no es para ellos ni para ellas, que serán enviados a la cárcel en caso de que pretendan reclamar lo que les corresponde, que deben escarmentar, por ejemplo con el caso de la mujer que demandó a Genaro Góngora Pimentel, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el pago de alimentos para sus dos menores e incapaces hijos, satisfactores básicos que el Juez de lo Familiar le concedió; hechos que provocaron la reacción del Ministro, quien ante Miguel Ángel Mancera Espinosa, que en ese entonces se desempeñaba como Procurador General de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, denunció a la señora por fraude genérico, señalándola de haber puesto a su nombre una casa que debió escriturar a nombre de sus hijos. El procurador y los jueces encontraron elementos suficientes para meter a la señora a la cárcel, mediante prisión preventiva, un año; mientras que la negativa del ministro a proporcionar alimentos para sus hijos no la consideraron acreditada.³⁹

La prisión preventiva también sirve para colmar la sed de venganza. Pretende que el detenido se vaya convenciendo de que es culpable, que pierda la capacidad

³⁹ <https://aristeginoticias.com/2305/mexico/en-juicio-de-pension-gongora-pimentel-alego-estatus-social-medio-bajo-de-sus-hijos/> Responsable de la publicación Aristegui Noticias, Redacción AN, disponible en internet el 18 de enero de 2018.

de respuesta, su cordura, su ser, por medio de la depresión, el miedo, las drogas, el alcohol, las golpizas, las humillaciones, el encierro, la extorsión a él y a su familia, el abandono, la marginación, el rencor, el acoso de los otros presos, de los custodios, de la fajina, de la tortura. A lo anterior debe sumarse la estigmatización de que hacemos víctima a la persona que estuvo en prisión preventiva o punitiva.

Para que a una persona le apliquen la prisión preventiva sólo se requieren datos que hagan probable su responsabilidad, el juez confirmará o decretará la reclusión provisional con esos meros indicios, dentro de las siguientes setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, según corresponda, contadas a partir de que el ministerio público haga la imputación. Las estadísticas que han dado a conocer el Centro de Investigación y Docencia Económica (CIDE), la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, la Oficina de Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), y el Instituto Transnacional (TNI), demuestran que de cada cien casos en que el juez decretó la prisión preventiva, en noventa y cinco de ellos dictó sentencia condenatoria,⁴⁰ lo que quiere decir que el indiciado fue condenado con meros datos, el juicio fue una simulación, el sospechoso, sobre todo en los casos de delincuencia organizada y delito grave, había sido condenado desde la carpeta de investigación del ministerio público, quien le imputó un delito que conllevaba la prisión preventiva oficiosa y con ella la condena, o elaboró un argumento para convencer al juez que sólo la prisión preventiva del sospechoso garantizaría la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos y de la comunidad.

La prisión preventiva, además, provoca la inconsistencia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al generar una antinomia normativa insoluble por la incompatibilidad de los artículos 18 y 19 con el 14; viola la garantía del debido proceso en sus elementos más importantes; incumple las más esenciales formalidades del procedimiento; vulnera el derecho humano de mayor valor axiológico; consume multimillonarios recursos humanos y económicos; enfrenta el discurso demagógico de los gobiernos con la diaria realidad. Es irracional.

La prisión preventiva es incompatible con los derechos humanos, la teoría general del proceso y la racionalidad.

La prisión preventiva también sirve para colmar la sed de venganza. Pretende que el detenido se vaya convenciendo de que es culpable, que pierda la capacidad de respuesta, su cordura, su ser, por medio de la depresión, el miedo, las drogas, el alcohol, las golpizas, las humillaciones [...]

⁴⁰ CIDE y Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados. "Estudios sobre la Población Carcelaria en México", 2010.

VII. Conclusiones

Consideramos haber demostrado que la prisión preventiva es una condena anticipada, naturaleza que le reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20, y le confirma la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, así como la práctica judicial generalizada. El juez que decreta y aplica la prisión preventiva, en el 95% de esos casos dicta sentencia condenatoria, no porque su resolución se derive de los hechos investigados, probados y encuadrados en los supuestos jurídicos, como lo mandan las formalidades esenciales del procedimiento, sino porque se ve forzado a ser congruente y no contradecir la determinación con que decidió la situación jurídica del indiciado que fue puesto a su disposición por la procuraduría de justicia —vía orden de aprehensión, flagrancia, caso urgente o arraigo—. El juez, tuvo que dictar un auto para ratificar u ordenar la privación de la libertad del indiciado, debió hacerlo dentro del plazo de setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas, según corresponda. Si en la sentencia definitiva absolviera al procesado, estaría reconociendo que la privación de su libertad fue indebida, para evitar contradecirse y tener que elaborar un cuestionable razonamiento para justificar la diferencia de decisiones, prefiere ser congruente y reiterar la decisión que tomó antes de que el juicio comenzara, sin que las pruebas fueran ofrecidas, admitidas y practicadas; previamente a que se formularan alegatos, antes del momento procesal oportuno. El juez al decretar la prisión preventiva, que ratifica en la sentencia, prejuzga y condena, acciones que se encuentran terminantemente prohibidas por el Derecho, simula tramitar un procedimiento y dictar una sentencia, cuando en realidad decidió el fondo del caso en el momento que impuso la prisión preventiva.

Si en la sentencia definitiva el juez absuelve, corre el riesgo de ser procesado por abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, delitos contra la administración de justicia y por faltas cometidas en el ejercicio de su función, además de que puede ser condenado a indemnizar al indiciado por todo el tiempo que lo mantuvo injustamente privado de su libertad. Prefiere no correr riesgos.

La prisión preventiva es muy costosa, humana y materialmente, no resuelve los grandes problemas de inseguridad y es una renuncia a nuestra racionalidad, ya que con ella sancionamos sin investigar.

México se encuentra muy por abajo de los estándares internacionales de la prisión preventiva, pero ese tema será materia de una investigación posterior.

Fuentes de consulta

Bibliográficas

- Barrita López, Fernando A. *Prisión preventiva y ciencias penales*. 3a edición. México. Editorial Porrúa, 1999.
- Becerra Bautista, José. *El proceso civil en México*. México. Porrúa, 1996.
- Cárdenas Rioseco, Raúl F. *La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*. México. Editorial Porrúa, 2004.
- Carrancá y Rivas, Raúl. *Derecho penitenciario*. 2a edición. México. Editorial Porrúa, 2005.
- Del Pont, Luis Marcó. *Derecho penitenciario*. México. Cárdenas editor, 1984.
- Duce J., Mauricio. y Riego R. Christián. *La prisión preventiva en Chile: Análisis de los cambios legales y su impacto*. Universidad Diego Portales. Editorial Santiago, 2011.
- Durand Alcántara, Carlos Humberto (Coordinador). *El derecho al desarrollo social. El caso de los pueblos indígenas*. México. Porrúa. 2008.
- Edwards, Carlos Enrique. *Plazos de la prisión preventiva*. Argentina. Editorial Astrea, 1995.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5a edición. Madrid. Editorial Trotta, 2001.
- Fix Zamudio, Héctor. *La jurisdicción constitucional mexicana*. México. Porrúa, 1955.
- García Cordero, Sergio. “La Prisión Preventiva y su Legislación Secundaria”. México. *Revista Mexicana de Justicia*. Procuraduría General de la República, 1983.
- Hadwa Issa, Marcelo. *La prisión preventiva y otras medidas cautelares*. 2a edición, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- Ibáñez Aguirre, José Antonio y Salcedo González, Sandra (coords.) *Ombudsman: Asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013.
- Morris, Normal. “La Evolución de la Prisión en Penología”, Recopilación de Rosa del Olmo, Venezuela. Universidad de Carabobo, 1972.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México. Editorial Porrúa, 2004.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Porrúa, *Diccionario Jurídico Mexicano*. México. 2005.
- Zavaleta, Arturo. *La prisión preventiva y la libertad provisoria*. Argentina. Editorial Arzayu, 1954.

Hemerográficas

Salcedo Flores, Antonio. “El derecho maya prehispánico, un acercamiento a su fundamentación socio-política”, *Revista Alegatos*, núm. 71, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

———. “El universo socio-jurídico de los Culhuas o antiguos texcocanos. Un acercamiento a partir de la imagen codificada”. *Revista Alegatos*, núm. 76, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2010.

Islas Magallanes de González Mariscal, Olga. “La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana”. *Revista Mexicana de Justicia*. México. Procuraduría General de la República, 1982.

Otras

Human Rights Watch. “Informe Mundial 2017, Capítulo México, Sección Abusos Militares e impunidad”. Nueva York, 2017.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Prisión Preventiva. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter cautelar”. Amparo en revisión 1028/96. Novena Época. Pleno. Tesis jurisprudencial aislada, Materias Penal y Constitucional. México, 1998.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2017.

Código Nacional de Procedimientos Penales. 2018.