



Veracruz, 2008
Serigrafía
40 x 40 cm.

Prisión preventiva

◆ Héctor González Chévez

La prisión preventiva es una de las medidas cautelares más gravosas para una persona meramente acusada de la comisión de un delito y, sin embargo, es la medida de mayor efectividad para garantizar los fines del proceso penal.

No es difícil imaginar las graves consecuencias que tiene para una persona, tanto en su esfera familiar como en su prestigio social, actividad laboral, salud, economía e incluso en su autoestima, el encontrarse en una prisión cohabitando con auténticos delincuentes durante meses e inclusive años, lo que la estigmatiza de por vida, sólo para enfrentar un proceso instaurado en su contra, privada de su libertad y sufriendo una penalidad, aun cuando no haya sido declarada culpable en sentencia firme.

En por ello que, como señala Carnelutti, “el castigo desgraciadamente no comienza con la condena, sino que ha comenzado mucho antes de ésta con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre el imputado; tanto el juicio penal es castigo, que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él *invinculis*, como si ya hubiese sido condenado; el drama es que él es castigado para saber si debe ser castigado”.¹

Nadie es ajeno al abuso que se hace de la prisión preventiva al amparo de la legislación vigente,

justificando con esta medida las deficiencias en la investigación del delito y el combate a la delincuencia, lo que ha dado al traste con la seguridad pública en nuestro país. A últimas fechas se han realizado importantes reformas a todo el sistema de justicia penal en México para permitir que en lugar de la prisión preventiva se adopten otras medidas cautelares menos gravosas para el imputado, pero que pueden producir los mismos efectos que la prisión para los fines del proceso.

De ahí que ahora sólo pueda decretarse con carácter excepcional cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presencia del imputado en el desarrollo del proceso o su disposición física ante la eventualidad de una sentencia condenatoria y, en su caso, para la protección de las víctimas.

Prevalece en esta nueva forma de enjuiciamiento penal el principio de proporcionalidad entre el tipo de medidas cautelares personales que se adoptan y la necesidad de asegurar los fines del proceso; de acuerdo con esta nueva perspectiva, se trata de evitar en lo posible la imposición de la prisión preventiva.

Subyace también al espíritu de la reforma constitucional la afirmación del principio de presunción de inocencia y el reconocimiento de que la libertad individual es un atributo de la persona inherente

¹ Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1950, pp. 38-39.





a su dignidad humana y, como tal, derecho fundamental garantizado por la ley suprema.

No obstante, están pendientes las reformas que se realicen en esta materia a la legislación secundaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo transitorio segundo de la reforma constitucional, particularmente al Código Federal de Procedimientos Penales y los correspondientes de los estados y el Distrito Federal, en los que se deberá especificar qué otras medidas cautelares personales se podrán adoptar como alternativas a la prisión preventiva.

Finalidad

Conforme a su naturaleza cautelar y desde una perspectiva procesal, la prisión preventiva tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, al evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, garantizando su presencia en el proceso para los fines probatorios, impidiendo que obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso y alejando el peligro de que pueda ocultar, destruir o modificar medios de prueba o causar algún daño a las víctimas del delito, ofendidos, testigos, peritos o funcionarios públicos relacionados con el procedimiento penal.

No obstante, en todo sistema procesal moderno el legislador suele asignarle a la prisión preventiva funciones que van más allá de su naturaleza cautelar, al emplearla como medida de prevención del delito tratando de responder primordialmente a la necesidad de proteger a la sociedad frente a determinadas conductas o personas y ante el pe-

ligro potencial que suponen ciertos sujetos según la gravedad del delito que se les imputa o la modalidad de su comisión, es decir, como una forma de reacción del estado para imponer medidas de seguridad predelictivas ante probables delincuentes considerados como los más peligrosos para la comunidad.

Es por ello que en nuestra cultura jurídica, y con razón, resulta difícil para muchos juristas considerar a la prisión preventiva como medida cautelar, pues el legislador le ha dado al concepto una extensión y contenido que va más allá de su naturaleza cautelar.

Como señala Santos Requena, “ha de ponerse en evidencia, pues, que el principal sentido de este precepto no es otro que aprovechar la imposición de una medida cautelar en determinado proceso penal para aplicar a las personas meramente *sospechosas* de haber cometido los delitos más temidos por la sociedad, una encubierta medida a la vez sancionadora y preventiva [...] Surge entonces el riesgo de que se introduzca en forma encubierta un poco riguroso juicio de peligrosidad, de cuyo resultado dependa (aunque con otra justificación aparente) la privación de la libertad de una persona porque ésta es, posiblemente, peligrosa, no sólo para el proceso en el que pueda resultar condenada, sino para el conjunto de la sociedad, debido a la clase de hechos que *probablemente* haya cometido o pueda cometer”.²

La cita y los comentarios anteriores se formulan a propósito de las últimas reformas a la Constitución en México. Según el nuevo texto del artícu-

² Agustín Alejandro Santos Requena, *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001, pp. 66-68.

lo 19, la prisión preventiva se decretará de oficio y será procedente en los casos en que se trate de delitos considerados graves o realizados en la modalidad de delincuencia organizada, o cuando se trate de homicidio doloso, violación, secuestro, o cuando sean cometidos por medios violentos o con la utilización de armas de fuego que afecten gravemente a la seguridad del estado.

Como se observa, la finalidad que se le está dando a la prisión preventiva ya no es proteger los fines del proceso penal o la seguridad personal de las víctimas, sino una supuesta defensa social en nombre de la cual la propia ley fundamental autoriza a privar de su libertad a una persona que tiene el carácter de meramente sospechosa.

Al analizar las finalidades a las que se tiende, se observa que se trata de evitar en estos casos, de manera preventiva, la comisión de determinados delitos (función preventiva) y de sustraer de la sociedad (función sancionadora) a personas cuya situación jurídica es la de meramente imputadas, respondiendo a criterios de política criminal.

Otra finalidad de las medidas cautelares, prevista en la legislación penal en México, es evitar la reiteración delictiva, aun cuando este fin tampoco es propio de la naturaleza de la tutela cautelar, pues no está pre-ordenada justamente a asegurar los fines del proceso, por mucho que se diga que un delincuente habitual tiene, por ello, mayores razones para sustraerse de la acción de la justicia.

Pero la reforma constitucional ha ido más lejos, al introducir un criterio más amplio que la reiteración delictiva, pues señala que la prisión preventiva es procedente no sólo en los casos en que el

indiciado haya sido sentenciado con anterioridad por la comisión de un delito, sino también cuando esté siendo procesado por delito doloso.

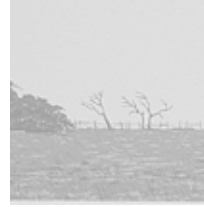
El criterio de la reiteración delictiva deja un margen demasiado estrecho al juzgador para decretar otra medida distinta que la prisión preventiva, afectando con ello el principio de excepcionalidad, por lo que es necesario que en el desarrollo que se realice en la legislación secundaria de este mandato constitucional no se le atribuya a tal reiteración el alcance de que, por ese sólo hecho, se decrete en forma automática la prisión preventiva.

Por otra parte, a últimas fechas se ha dado mayor importancia en el proceso penal a los tan relegados derechos de las víctimas, y entre otros medios que se prevén para su protección están medidas cautelares como la prisión preventiva. En este caso no se trata ya de asegurar con la prisión a los efectos del proceso, sino de proteger la integridad personal de las víctimas u ofendidos al extender la protección a los demás sujetos que intervienen en aquél como testigos, peritos o servidores públicos.

Cuando en un caso concreto se advierta que la libertad del inculpado puede representar un riesgo para la integridad de alguna de las personas que intervienen en el proceso, por ejemplo, en caso de recibir amenazas, si alguna medida cautelar alternativa no es suficiente para conjurar el peligro, lo recomendable será decretar la prisión preventiva.

Concepto

Para Moreno Catena, la prisión preventiva “es aquella medida cautelar personal que podrá adoptar el juez de instrucción o el tribunal sentenciar-



dor, consistente en la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad deambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la substanciación del proceso penal”.³

Atendiendo a su naturaleza y a la finalidad que con ésta se persigue, se puede definir a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter procesal prevista en la ley fundamental y acordada por el órgano jurisdiccional, que consiste en la privación provisional de la libertad personal del imputado, la cual tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia condenatoria y se adopta ante el peligro de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, impidiendo así que obstaculice el desarrollo normal de la investigación o el proceso y alejando el riesgo de que pueda ocultar, destruir o modificar medios de prueba o causar algún daño a las víctimas del delito, ofendidos, testigos, peritos o sociedad.

Presupuestos materiales

Los presupuestos materiales o requisitos de procedencia para acordar la prisión preventiva o formal prisión son dos: la apariencia del buen derecho y el peligro de demora. Además, deberán estar presentes otros presupuestos de carácter formal para acordar la medida, que por razones de espacio no serán tratados aquí.

La apariencia del buen derecho. Antes de la reforma constitucional en materia penal, y tal como se prevé actualmente en los códigos de procedimientos penales (federal, de los estados y del Distrito Federal), los presupuestos para acordar la

prisión preventiva son “que existan datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”, que es lo que la doctrina llama “apariencia del buen derecho” o *fumus boni iuris* en materia penal. Habrá de explicarse por qué se le llama así, pues éste es un concepto en parte ajeno a la tradición jurídica mexicana.

Este concepto proviene de la doctrina civilista, principalmente por la influencia de las obras de Chióvenda y Calamandrei; de ahí pasa a formar parte de la legislación y jurisprudencia de la mayoría de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea y, en épocas más recientes, de la jurisprudencia de nuestro país, no sólo en la materia civil sino también en las demás ramas de enjuiciamiento.

La apariencia del buen derecho en materia civil se explica diciendo que, para acordar una medida cautelar, no es necesario que quien inste a ella acredite plenamente, en ese momento procesal, el derecho que se discute en el proceso, sino que basta con que ese derecho aparezca como probable, pues la comprobación plena del derecho es función de la sentencia definitiva; en sede cautelar, basta con que se presente como verosímil, es decir, que pueda preverse, con los puros indicios apartados en la solicitud de medidas cautelares, que la resolución definitiva aparentemente resultará favorable al peticionario de la medida. Se basa, pues, en una apariencia, no en la certeza del derecho.

Ahora bien, trasladando esos criterios a la materia penal, se dice que para acordar la medida

³ Víctor Moreno Catena (dir.), *El proceso penal*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1657.

cautelar de la prisión preventiva no es necesario que se demuestre plenamente, en este momento procesal, la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, sino que es suficiente que tales extremos aparezcan como probables, pues su comprobación plena será objeto de la sentencia definitiva.

No hay que perder de vista que en materia penal, quien insta la medida —es decir, quien solicita la prisión preventiva o formal prisión al juez— es el Ministerio Público, por lo que una resolución favorable al peticionario de la medida se traduciría en una sentencia condenatoria; de ahí que la apariencia del buen derecho en esta materia se haga consistir en que la resolución definitiva “aparentemente resultará condenatoria”, es decir, favorable al peticionario de la medida. En otras palabras, que el órgano jurisdiccional, con los puros datos apartados durante las etapas de averiguación previa y pre-instrucción, se forme un juicio de probabilidad de la viabilidad de la pretensión, esto es, que aparentemente la sentencia resultará condenatoria.

De acuerdo con las nuevas reformas constitucionales en materia penal, como requisitos materiales de procedencia para decretar la prisión preventiva, se sustituyen los conceptos de “que existan datos bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”, por los de “datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

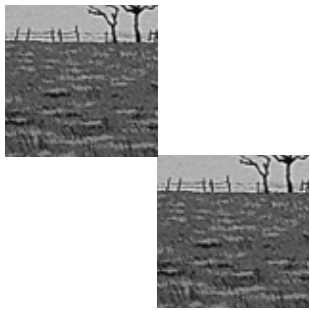
Al efecto, se debe destacar aquí que desde los debates parlamentarios para la reforma constitucional se hizo hincapié en la necesidad de dis-

minuir el estándar probatorio para que el órgano jurisdiccional pueda decretar la prisión preventiva.

Si bien es cierto que las libertades y derechos de las personas están garantizados por la Constitución y que los límites de los derechos fundamentales deberán estar previstos en la ley fundamental, también es cierto que, cuando dichos límites son farragosos o se restringen garantías individuales con conceptos indeterminados y ajenos a la tradición jurídica nacional, se corre el riesgo de que, por las restricciones, la libertad personal sea objeto de muchos abusos. Tendrá que pasar un tiempo considerable para que la interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte determine el alcance y limitaciones de los presupuestos para acordar la prisión preventiva. Mientras tanto, y en consecuencia, se augura un largo periodo de transición jurídica en que la libertad personal del ciudadano resultará objeto de menoscabo y numerosas vicisitudes.

El peligro de demora. Este presupuesto de toda medida cautelar se refiere a que el órgano jurisdiccional, o la autoridad administrativa en su caso, para acordar la medida está llamado a valorar si existe el riesgo o peligro de que, durante la pendencia del proceso, se pueda producir un daño de imposible reparación, tanto para el proceso como para alguna de las personas que en él intervienen.

En materia penal, y concretamente para acordar la prisión preventiva, el peligro que se trata de evitar con esta medida se hace consistir en que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, dificulte el desarrollo de la investigación o el proceso o ponga en riesgo la integridad personal de las víctimas, ofendidos, testigos, peritos o servidores públicos relacionados con el proceso.



Las recientes reformas constitucionales han ido más lejos al extender la protección, mediante la imposición de la prisión preventiva, no sólo al proceso y a las personas que en él intervienen sino también “a la comunidad” (artículo 19). Se destaca lo anterior porque, bajo el argumento de protección de la sociedad en general, se prevén restricciones a la libertad personal a través de la prisión preventiva, en aquellos casos en que se trate de delitos graves o cometidos en la modalidad de delincuencia organizada o por medios violentos. Como se observa, esto va más allá de la naturaleza y fines propios de las medidas cautelares, pues se utilizan de forma encubierta los fundamentos de las medidas cautelares para realizar una función de prevención del delito.

Por otra parte, adelantándose a las reformas constitucionales, las legislaturas de algunos estados, como en el caso del nuevo Código de Procedimientos Penales de Morelos, han profundizado en los elementos que integran el peligro de demora y, desarrollado algunos criterios que deberá de valorar el órgano jurisdiccional para acordar una medida cautelar en algún caso concreto, criterios que seguramente servirán de modelo para la adecuación de la legislación secundaria (federal, la de los demás estados y la del Distrito Federal), como se dispone en la reforma a la Constitución.

El código en cuestión se refiere al peligro de demora en los siguientes términos: “Las medidas cautelares en contra del imputado son exclusivamente las autorizadas por la ley, [y] sólo pueden ser impuestas [...] para los fines de asegurar la presencia del imputado en juicio, evitar la obstaculiza-

ción del procedimiento y garantizar la seguridad o integridad de la víctima u ofendido” (artículo 162).

Más adelante, señala que las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren las siguientes circunstancias: que exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, “de que el imputado represente un riesgo para la sociedad, la víctima o el ofendido” (artículo 177, fracción II).

Según este código, existirá un riesgo para la sociedad en dos supuestos: cuando exista la presunción de que el imputado puede sustraerse de la acción de la justicia y cuando exista el peligro de que se obstaculice la investigación o el proceso (artículo 179).

Principios

Excepcionalidad o subsidiariedad de la prisión preventiva. La prisión preventiva debe aplicarse excepcionalmente cuando otras medidas cautelares menos gravosas no puedan ser impuestas en función del daño que se trata de evitar. En la doctrina, al mismo principio de excepcionalidad de la prisión preventiva se le identifica también con el término de subsidiariedad.

El principio de excepcionalidad de la prisión preventiva se deriva tanto de los tratados internacionales suscritos por México como de las recientes reformas constitucionales en materia de justicia penal. En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 9.3, que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Pero su libertad podrá ser subor-

dinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias del proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Cuando este precepto establece que la prisión preventiva no debe ser la regla general se entiende que sólo deberá de ser aplicada con carácter excepcional. Por otra parte, el nuevo texto del artículo 19 de la Constitución, en su fracción segunda, dispone que la prisión preventiva será procedente “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”.

Se entiende que la medida cautelar deberá de aplicarse excepcionalmente cuando otras medidas cautelares menos lesivas no puedan ser impuestas en función del daño que se trata de evitar (a la investigación, al proceso, a las víctimas, a los testigos o a la comunidad).

Desde luego, cuando el párrafo citado dispone que la prisión preventiva se aplique “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes”, presupone que en el ordenamiento jurídico se prevé otro tipo de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

Proporcionalidad. El principio de proporcionalidad que deberá de considerarse para acordar la prisión preventiva es bastante reciente en nuestro país, pues salvo excepciones en algunos de los recientes códigos de procedimientos penales de

los estados (por ejemplo, los de Chihuahua y Morelos), ni la legislación ni la jurisprudencia toman en cuenta dicho principio para acordar la medida restrictiva de la libertad personal, en función de que el texto constitucional antes de la reforma no hacía ninguna alusión a éste.

Conforme a su acepción gramatical, según la Real Academia Española, el término de proporcionalidad da una idea de conformidad o proporción que debe guardar una cosa con otra, y a *contrario sensu*, que dicha relación no debe de ser desproporcionada.

En el caso que nos ocupa, los dos extremos que deben guardar proporción son, por un lado, la imposición de la prisión preventiva, y por otro, una variable distinta establecida en el propio ordenamiento jurídico procesal. Pero entonces la pregunta es cuál es el otro extremo con el cual debe guardar relación de proporción la imposición de la prisión preventiva.

Para responder a tal cuestionamiento podemos señalar los criterios previstos por el Código de Procedimientos Penales de Morelos (artículos 9 y 163), que también se contemplan en el código de Chihuahua, y que son el daño que se trata de evitar y la sanción correspondiente.

De lo anterior se concluye que para atender al principio de proporcionalidad, la prisión preventiva debe de imponerse de conformidad con los daños que se tratan de evitar y con la sanción correspondiente, procurando una mínima injerencia en la esfera jurídica del gobernado.