

## La prisión preventiva y su evolución en 75 años

*Julio Antonio Hernández Pliego\**

### I. INTRODUCCIÓN

FIRMEMENTE VINCULADAS con el proceso penal están la actividad coercitiva del Estado, por una parte, y la potestad libertaria del imputado, sujeto indispensable de la relación procesal penal, por la otra, cuyos derechos fundamentales preocupan, intranquilizan y son objeto de análisis desde diversos ángulos: legal, social, cultural, doctrinario, jurisprudencial, y convencional en los planos doméstico e internacional en una hora en que México, por efecto de una reciente reforma constitucional, trata de incorporarse al sistema del procesamiento acusatorio y adversarial para desprenderse de prácticas inquisitoriales que no satisfacen ya las exigencias de un Estado de derecho con procesos de desarrollo democrático.

El análisis de la prisión preventiva resulta importantísimo por múltiples razones, entre ellas, por el necesario conflicto que plantea la presunción de inocencia, reconocida universalmente como un derecho fundamental del imputado, y la privación de la libertad sin el sostén de una sentencia de condena.

Este examen que hemos decidido referir sólo a nuestro país, y reducido a los últimos 75 años, muestra el fenómeno en sus particularidades, que destacan la enorme distancia existente entre las vanguardistas conquistas en materia de derechos humanos y sus garantías, que en el papel sorprenden al más incrédulo, y la cruda realidad que en el día a día se impone en los campos de la procuración e impartición de justicia.

Por lo demás, queremos tratar el tema precisamente en este momento, a la vista de la reforma constitucional en materia penal y de

\* Profesor de Derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la UNAM; de Derechos humanos y Derecho penal en el Inacipe, y miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

seguridad pública de junio de 2008, cuyo plazo para su cabal implementación al escribir estas líneas está a la vuelta de la esquina y, no obstante, ha venido cocinándose a fuego muy lento durante los pasados siete años.

Al parecer no se ha considerado seriamente la urgencia del análisis que la institución reclama, para determinar y, en su caso, sugerir los cambios necesarios que habrán de realizarse y que convengan de que el valor de la libertad puede y debe supeditarse justificadamente a los fines del juicio penal mexicano y en esa hipótesis, en qué medida es aceptable que ello ocurra.

Porque en nuestro país, la prisión preventiva se ha movido al ritmo que han marcado a la libertad las distintas concepciones impuestas por los regímenes de gobierno de las etapas por las que históricamente hemos deambulado, olvidando con frecuencia que el fin inmediato y fundamental de la prisión cautelar no es hacer justicia, eso tendrá que buscarse en el proceso penal, habida cuenta que las medidas cautelares no poseen un fin en sí; son indispensables en efecto, pero para asegurar el desarrollo y resultado del proceso penal, que es, como se ve, cosa si no distante sí claramente distinta.

No intentamos decir que estén desconectadas (al contrario, lo están e indisolublemente) las finalidades del proceso, que tan ligadas se encuentran a la convivencia social pacífica, y las de la prisión preventiva, porque sería desconocer lo evidente, simplemente sostenemos que para el logro de los fines que busca el proceso penal, al resolver la controversia que surge entre el imputado y el acusador, no puede llegarse a costa de violar los derechos humanos de nadie.

Procesalmente la coerción del Estado responde a finalidades que tienen que ver con el objeto perseguido en el juicio penal, a saber, el esclarecimiento de los hechos y la aplicación de la ley sustantiva a los casos concretos, sin embargo, en esa tarea se entra en conflicto con el derecho fundamental a la libertad, uno de los cimientos que sostienen a la sociedad democrática y al Estado de derecho.

Es que la seguridad, función cuyo aseguramiento corre a cargo del Estado y cuya salvaguarda está encomendada al proceso penal, puede afirmarse que tiene igual jerarquía que la libertad personal del imputado, ésta correspondiente al probable autor de un delito, aquella perteneciente a la víctima, mas ambos derechos fundamentales como partícipes del proceso pretenden ser garantizados por la ley en un justo equilibrio, guardián de su igualdad, que sólo puede romperse, de ma-

nera excepcional e indispensable, si se inclina hacia los elevados fines perseguidos en el proceso penal.

Julio Maier<sup>1</sup> cuando explica esta antinomia que surge entre los fines del proceso y los derechos del imputado o de un tercero distinto de él, lo dice de la siguiente manera: “Esos fines pueden ser puestos en peligro deliberadamente por una conducta humana de acción o de omisión dirigida a ello o que, sin procurar ese fin, ni tenerlo en cuenta, provoque el mismo resultado, en particular, por el comportamiento del propio imputado”.

Este autor añade que la investigación de la verdad puede obstaculizarla un testigo que desatiende un citatorio, lo que obliga a emplear la fuerza pública para lograr su comparecencia forzosa; quien puede franquear el acceso a un lugar cerrado y rehúsa permitir su inspección, o su voluntad no puede ser consultada en ese momento por motivos de hecho (de allí el allanamiento como inspección domiciliaria forzosa) o, en fin, porque el propio imputado destruye rastros del delito, se pone de acuerdo con sus cómplices, pretende influir sobre los testigos, etcétera.

Para el mejor desarrollo de los actos del proceso penal, el Estado con el empleo de la fuerza pública puede afectar las libertades de los intervinientes, estableciendo limitaciones más o menos severas, con el legítimo argumento de cumplir los fines del proceso, es decir, de esclarecer los hechos investigados y aplicar la ley sustantiva penal a los casos concretos.

Dentro de estas restricciones que el Estado puede imponer nos quedamos, para su estudio en este trabajo, con las que se refieren específicamente a la privación de la libertad del imputado, que puede ser impuesta sólo en ciertas hipótesis.

En cualquiera de tales casos, el órgano de la jurisdicción podrá ordenar que se prive de la libertad al imputado, para evitar que se sustraiga de la aplicación de la ley o que impida a la autoridad el esclarecimiento de la verdad, que obstaculice de algún modo los actos investigatorios, la aplicación y el cumplimiento de las penas que eventualmente lleguen a imponerse y haga así nugatorios los propósitos en el proceso penal perseguidos.

<sup>1</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal, fundamentos*, 2a. ed., 2a. reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, t. I, p. 514.

Nos preocupa por eso, y mucho, establecer los límites de la libertad y las medidas constitucionales y legales que autorizan su restricción en el proceso, así como el camino por el que han discurrido durante los últimos tres cuartos de siglo, con la idea de encontrar una propuesta de equilibrio que armonice con mejor simetría, intereses tan opuestos, como libertad con impunidad, y prisión con atropello de las libertades y la dignidad humana.

Todo ello teniendo presente, en primer lugar, que ontológicamente la libertad es un derecho de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, y en el mismo nivel que la justicia y la paz en el plano interno e internacional está registrada y comprendida en el capítulo de la dignidad de la persona.

Vélez Mariconde,<sup>2</sup> el admirado procesalista argentino, dice que la oposición que surge entre el interés social y el individual “ha denotado siempre cuán necesario es encontrar en el sistema de enjuiciamiento, un equilibrio que asegure la satisfacción del interés represivo con el más leve menoscabo de la libertad personal. Y sin trastocar los términos del problema que se plantea, ha podido pensarse que si el delito vulnera los bienes más sagrados de la colectividad, la prisión provisional es un sacrificio impuesto en holocausto de aquélla”.

No es admisible bajo ningún contexto obtener la justicia a costa de lo que sea, por eso es que las medidas cautelares como la libertad caucional más bien significan un adelanto o anticipación temprana a la justicia (piénsese en los casos que concluyen por sentencia absolutoria) y por ello, deben estimarse como un vehículo para que el proceso penal logre sus elevados propósitos, pero con irrestricto respeto a los derechos humanos involucrados en ello.

Múltiples son las reformas o adiciones en las que ha sido sometida la Constitución federal para —con un discurso que resulta frecuentemente fingido y engañoso— hacer más laxo y permisivo el uso de mecanismos que agravan la libertad, disminuyendo los requisitos exigidos para la procedencia del encarcelamiento sin sentencia, al grado de volverlo, hoy en día, lugar común en la más alta codificación del país, muy a pesar de que en la disertación tramposa se afirme enfáticamente lo contrario.

<sup>2</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *La situación jurídica del imputado*, Buenos Aires, Depalma, 1943-1944, p. 120.

Hay que ser sumamente cuidadosos al fijar los linderos aceptables en los que puede autorizarse la privación cautelar de la libertad, para evitar que aderezadas excusas de relumbrón político, escondiendo a veces tras la incuria de la autoridad una anticipación de la pena, ponderen como pretexto para justificarla, la conveniencia social o el amortiguamiento de la alarma colectiva.

Ya desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se anunciaban los límites que pueden imponerse a la libertad: “Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada, sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella”; “toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona”.

La libertad es un concepto clave en la ética y el derecho, que sintetiza así la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y derechos”.

La vida en libertad es un derecho humano que representa la excelencia del ser, que lo distingue y enaltece frente a cualquier otro y que es fuente de todos los otros derechos cuya tutela y promoción, por tratarse de valores universales, inviolables, inalienables, constituye una noble tarea a la que debe aspirar toda legislación que busque la paz, la justicia y la seguridad.

Como la prisión provisional importa privar de la libertad a alguien que está acusado de la comisión de un delito, sin que exista una sentencia condenatoria en su contra, es menester para descubrir su verdadera naturaleza jurídica, destacar la finalidad esencial que con ella se persigue, y una vez hecho esto, tratar de establecer si cumple con las características que identifican a todas las medidas cautelares.

## II. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Para ubicar el contexto del tema y entender cabalmente la forma en que ha discurrido la prisión cautelar hasta llegar a nuestros días, haciendo una obligada escala en 1940 para recordar dicha forma que en esa fecha adoptaba en México, nos asomaremos de manera compendiada a los antecedentes que presenta la prisión provisional en el país, pasando revista a los más importantes cuerpos de leyes vigentes en

las diversas épocas por las que hemos transitado a partir de nuestra independencia de 1810.

Durante la etapa independentista impactaron de manera importante en la Nueva España una serie de sucesos ocurridos en la madre patria, que condujeron a la abdicación de Carlos IV a la Corona Española y la asunción al poder de su hijo Fernando VII, quien subió al trono por aclamación sin el refrendo de las cortes del reino.

Tuvo lugar al mismo tiempo la ya anunciada intención de Napoleón, de intervenir en la península ibérica para exaltar en el trono a su hermano mayor, José Bonaparte (1808-1813), quien a pesar de sus medidas liberales e ilustradas se topó con la hostilidad popular que hacía burletas de su supuesto alcoholismo (de ahí el mote de Pepe Botella) de manera que todos estos acontecimientos hicieron efervescencia en España en plena lucha armada contra la invasión francesa.

En ausencia, pues, de rey legítimo se formó en España una *Junta Central* —en cuya integración participaron representantes de América—,<sup>3</sup> que asumió totalmente los poderes soberanos, y se conformó mayormente por el ala liberal, prescindiendo de la nobleza y el clero.

Asentando su sede inicial en Aranjuez, aunque luego migró a Sevilla y por último ante el acoso francés a Cádiz, la Junta convocó a las cortes extraordinarias integradas preponderantemente por la burguesía, lo que se tradujo claramente en el inicio del proceso revolucionario que enfrentó a liberales contra absolutistas o “serviles”, dando lugar a que los primeros aprobaran una Constitución que cambiaba el régimen político del país, imponiéndose a las colonias en América.

Por eso, la evolución del proceso legislativo en México no es posible que se interprete como un acontecimiento aislado, independiente y desvinculado de las tendencias de la cultura occidental, que necesariamente ejercieron su influencia de una u otra forma en el perfeccionamiento o deterioro de las instituciones del país.

*La Constitución de Cádiz.* Sin embargo, de efímera vigencia en México, la Constitución de Cádiz de 1812,<sup>4</sup> célebre ejemplo de tex-

<sup>3</sup> Miguel de Lardizábal y Uribe, ilustrado criollo nacido en Tlaxcala en 1744, fue nombrado representante de Nueva España. De él dice Floris Margadant, que por haber sido opositor a la independencia del país, la historiografía nacional lo ha colocado en la lista de “los malos”, a pesar de que figura como el primer penalista en algunos casos con ideas superiores a Beccaria, su inspirador.

<sup>4</sup> La Constitución Política de la Monarquía Española, conocida como la Constitución de Cádiz (La Pepa), fue jurada el 19 de marzo de 1812, pero promulgada hasta el 30 de septiembre y se dispuso su aplicación en las colonias de la madre patria en

to liberal en España, contenía sabias disposiciones que importan un antecedente de la prisión preventiva, puesto que en el contexto de su articulado preveía la tramitación rápida de los procesos, estableciendo las exigencias de previo mandamiento, escrito y notificado en el acto mismo de la prisión, información sumaria del hecho y la condición de que la pena del delito fuera corporal, para poner en prisión a cualquier español.

Ante el peligro de fuga se autorizó el uso de la fuerza para asegurar a la persona, imponiendo al juez la obligación de tomarle declaración en libertad o en prisión, dentro de las veinticuatro horas, pero si se resolvía que el detenido era puesto “en la cárcel, o que permaneciera en ella en calidad de detenido, se proveerá auto motivado y de él se entregará copia al alcaide para que la inserte en el libro de presos, sin cuyo requisito no admitirá el alcaide a ningún preso en calidad de tal, bajo su más estrecha responsabilidad”.

Finalmente, los artículos 295 y 296 del ordenamiento disponían que “No será llevado a la cárcel el que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza”, y “En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza”.<sup>5</sup>

*Constitución de Apatzingán.* Debido a los combates entre realistas e independentistas, éstos acaudillados por José María Morelos y Pavón, el Congreso Constituyente al que convocó para tener lugar en Chilpancingo logró reunirse en Apatzingán, Michoacán, después de su andar itinerante por varias ciudades, para expedir el 22 de octubre de 1814, la Constitución de Apatzingán.

Este instrumento sobresaliente había sido precedido por uno de los documentos capitales para comprender la historia constitucional de

América. Es la primera Constitución moderna del mundo hispánico que enfrentó el problema de gobernar un reino y su imperio en ausencia de legítimo soberano. Con ella se inició un proceso de reorganización del gobierno sobre bases liberales, convirtiendo a España en una monarquía hereditaria limitada, en donde las cortes y el rey constituían el gobierno de la Nación.

<sup>5</sup> En Nueva España, la Constitución española de 1812 causó un verdadero cisma, empezando porque estableció que el monarca no podía delegar su autoridad total o parcialmente y el virrey en los reinos de Indias era un delegado del monarca, de modo que éste y varios otros textos de la Constitución se mantuvieron en reserva, pues de haberse percatado la gente, hubiera sido un desastre descabezar políticamente las provincias en plena guerra de Independencia.

México, *Los Sentimientos de la Nación*,<sup>6</sup> que a su vez fue resultado del Congreso convocado por Morelos en Chilpancingo el 13 de septiembre de 1813, ante cuyo cuerpo legislativo lo presenta, corroborando en él la independencia de México, respecto de España y con la adopción de la religión católica rechaza cualquier otra, acogiendo de igual manera la división de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, propios de la ideología liberal.

La Constitución de Apatzingán fue realmente la primera Constitución escrita en nuestro territorio; cimentó los principios políticos que dieron perfil al actual Estado mexicano, e influyó por su forma republicana y popular en las futuras Constituciones, como la de 1824.

Denominado formalmente “Decreto para la Libertad de la América Mexicana”,<sup>7</sup> en cuanto a lo que interesa en este trabajo, su artículo 30 consagra la presunción de inocencia al indicar que “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”, y en el artículo 21 establece que sólo las leyes pueden determinar los casos en que algún ciudadano puede ser preso o detenido.

Toribio Esquivel Obregón se refiere a las variadas coincidencias entre las Constituciones de Cádiz y la de Apatzingán, cuando acerca de esta última escribe: “Muchos puntos semejantes tiene esa Constitución con la que a miles de leguas de distancia y sin fácil comunicación con los pueblos de la sierra de Michoacán y Guerrero, por donde vagaban los diputados al Congreso y los jefes de la revolución, se formaba en Cádiz, indicándose con ello la idea de un centro inspirador de uno y otro documento”.<sup>8</sup>

*El Primer Imperio en México.* Históricamente, en el periodo que corrió de 1821 a 1823, después de haberse firmado los Tratados de

<sup>6</sup> Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., 6a. reimpresión, México, Oxford University Press, 2008, p. 616.

<sup>7</sup> El Decreto en cuestión surge instalado en el Congreso de Chilpancingo, capital actual del estado de Guerrero, con la participación de los diputados: Cornelio Ortiz de Zárate por Tlaxcala; Manuel de Aldrete y Soria por Querétaro; Antonio Moctezuma por Coahuila; José María Ponce de León por Sonora; Francisco Argandar por San Luis Potosí; y los secretarios Remigio de Yarza y Pedro José de Bermeo. Una vez firmado, el 22 de octubre de 1814, se sancionó y aprobó. Los personajes que firmaron el Decreto, integrantes del Supremo Gobierno, fueron José María Liceaga, José María Morelos y José María Coss.

<sup>8</sup> Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, t. II, p. 72.

Córdoba, el Estado gobernado por Agustín de Iturbide se denominó Primer Imperio Mexicano, a la cabeza del cual quedó el emperador Agustín I de México.

Sin embargo, consignamos que en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano del 2 de noviembre de 1822 se disponía que “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, y en su defecto a satisfacer al arrestado los atrasos y perjuicios que se le sigan de aquella providencia”.

En otra parte del mismo ordenamiento se estableció que

...en caso de denuncia, que el que la diere no se ofrezca a probar, el juez pesando atentamente las circunstancias de aquél y del denunciado, la gravedad y trascendencia del delito y el fundamento de la denuncia, formará proceso instructivo. Si de éste resulta semiprueba plena o vehemente sospecha, procederá al arresto; así como si obrando de oficio teme fundadamente que se fugue el presunto reo antes de averiguar el hecho.

*Constitución de 1824.* La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824<sup>9</sup> —promulgada después del derrocamiento del Primer Imperio— tuvo vigencia hasta 1835, fecha en que se promulgan las *Bases Constitucionales* a las que sucedieron las Siete Leyes Constitucionales de 1836, fue la primera Constitución federal que adoptó en su gobierno la forma representativa popular federal, como respuesta al centralismo que imperó en el país desde antes de la llegada de los españoles.

Integrada por siete títulos y 171 artículos recibe inspiración tanto de las Constituciones de Cádiz y la de Estados Unidos, como del Decreto para la Libertad de la América Mexicana, no obstante, a semejanza de la original concepción de la carta norteamericana no contempló expresamente los derechos de los ciudadanos; si bien para lo que nos interesa concretamente, en los artículos 150 y 151 mostró claramente su respeto por la libertad como derecho humano, al prohibir cualquier detención que no reconociera como sostén al menos prueba semiplena

<sup>9</sup> En este cuerpo normativo se adopta por primera vez como nombre del país, el de *Estados Unidos Mexicanos* y el Congreso Constituyente determinó que fuera la Ciudad de México y no Querétaro, la sede de los poderes federales.

o indicios de estar ante un delincuente, y limitó de igual modo una detención más allá de las sesenta horas, que reconociera indicios solamente como apoyo.<sup>10</sup>

*Las Siete Leyes.* Publicadas el 30 de diciembre de 1836, las Siete Leyes dejaron en suspenso la Constitución de 1824, pues el Congreso se asumió como Poder Constituyente y aprobó las *Bases para la nueva Constitución*, creando el Supremo Poder Conservador con facultades revisoras de la actuación de los tres poderes, con la potestad de anular los actos que estimara contrarios a la Constitución.

A diferencia de la Constitución de 1824, Las Siete Leyes contemplaron derechos públicos subjetivos, como la prohibición de privar de la libertad sin previo mandamiento escrito y firmado por un juez competente, restringiendo las aprehensiones sólo a aquellas que fueran ordenadas por las autoridades a quienes correspondiera, según la ley, exceptuando de forma expresa los casos de flagrancia.<sup>11</sup>

Dichas leyes condenaron además la detención por más de tres días: “Por autoridad ninguna política, sin ser entregados al fin de ellos, con los datos de su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos”.

Autorizó para usar la fuerza “en caso de resistencia o de temor fundado de fuga”, y en la Quinta Ley, el artículo 43 dispuso: “Para proceder a la prisión se requiere: 1.ª Que preceda información sumaria, de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal. 2.ª Que resulte también algún motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido el hecho criminal”.

Éstas son las referencias que pudimos encontrar en este documento, con respecto a la privación de la libertad, previamente al dictado de una sentencia condenatoria.

<sup>10</sup> Literalmente, los artículos 150 y 151 decían: “Nadie podrá ser detenido, sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente”. “Ninguno será detenido solamente por indicios más de sesenta horas”.

<sup>11</sup> En la Primera Ley, cuyo título era “Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República”, precisamente en el artículo 2o., fracción I, literalmente, se expresaba: “Son derechos del mexicano I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptúese el caso de delito infraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública”.

*El Estatuto Orgánico.* El 20 de octubre de 1852 sería la última ocasión en que Santa Anna iba a asumir la Presidencia del país,<sup>12</sup> de manos del general Manuel María Lombardini, apoyado en el Plan del Hospicio. El estado de cosas permitió que poco a poco entronizara la dictadura y antes de convocar a un nuevo Congreso Constituyente, quiso obtener una extensión indefinida a su mandato.

Recogiendo la inconformidad popular, en 1854 el Plan de Ayutla pronunciado, entre otros, por Ignacio Comonfort, Florencio Villarreal y el general Juan Álvarez, logra derrocar al dictador que abandona el poder el 9 de agosto de 1855.

De conformidad con lo dispuesto en el mismo Plan de Ayutla, luego modificado por el Plan de Acapulco, ocupó la Presidencia interinamente Juan Álvarez, residiendo el gobierno en la Ciudad de Cuernavaca,<sup>13</sup> y a la renuncia del presidente por motivos de salud, fue nombrado presidente sustituto Comonfort, quien emite su Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, con vigencia teóricamente hasta la promulgación de la Constitución del 5 de febrero de 1857.

Para lo que ahora interesa, el Estatuto Orgánico<sup>14</sup> en su artículo 50 dispuso que “en los delitos que las leyes no castiguen con pena corporal, se pondrá al reo en libertad bajo fianza”.

*La Constitución de 1857.* Integrada por ocho títulos, 128 artículos y un transitorio, la Constitución Política de la República Mexicana fue jurada el 5 de febrero de 1857, por el presidente sustituto de la Nación, Ignacio Comonfort.<sup>15</sup>

El título I, compuesto por 29 artículos, está dedicado a los derechos del hombre como base y objeto de las instituciones sociales; a los

<sup>12</sup> Este hombre carismático, conocedor profundo de las entretelas del poder y la política, en la primera mitad del siglo XIX, ocupó la Presidencia del país en once ocasiones, la primera vez en marzo de 1833.

<sup>13</sup> Integraron parte de su gabinete: Ignacio Comonfort como ministro de Guerra, Ponciano Arriaga en Fomento, Melchor Ocampo en Relaciones y Benito Juárez en Justicia y Asuntos Eclesiásticos.

<sup>14</sup> Expedido por Ignacio Comonfort, representa el antecedente directo de la Constitución de 1857.

<sup>15</sup> Formó parte de la legislación conocida como las Leyes de Reforma, fruto de las ideas liberales de personalidades de la historia mexicana, entre las que destacan: Benito Juárez, Miguel Lerdo de Tejada y Melchor Ocampo; fue similar a la carta magna de 1824, implantó de nueva cuenta el Federalismo y la república representativa, la cual constaba de veinticinco estados, un territorio y el Distrito Federal.

mexicanos; los extranjeros y a los ciudadanos mexicanos, declarando que en la república todos nacen libres y que los esclavos por el solo hecho de pisar territorio nacional recobrarán su libertad y tendrán derecho a la protección de las leyes.

Siguiendo las enseñanzas del Estatuto expedido el año anterior, estableció, en su artículo 18, la prisión sólo para los delitos que merecieran pena corporal. De este modo: “En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza”; y en el artículo 19 ordenó que ninguna detención debía exceder de tres días: “...sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término, constituye responsables a la autoridad que la ordena o consiente, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten”.

Nótese que el plazo máximo de sesenta horas que fijó la Constitución de 1824 para justificar una detención efectuada al amparo de indicios solamente, ahora se amplió a tres días su respeto por la libertad como derecho humano, al prohibir cualquier detención que no reconociera como sostén al menos prueba semiplena o indicios de estar ante un delincuente, y limitó, de igual modo, una detención más allá de las sesenta horas, que reconociera indicios sólo como apoyo.

*La Constitución de 1917.* Roto el orden constitucional por el usurpador Victoriano Huerta, quien para hacerse del poder ordenó asesinar arteramente al presidente de la República, Francisco I. Madero y al vicepresidente José María Pino Suárez, finalmente, como producto del triunfo de la Revolución mexicana iniciada en 1910, surge la Constitución que rige al país en la actualidad, concebida en sus inicios como una Constitución política, pero que realmente constituyó también la más avanzada Constitución social en su época y tuvo, igualmente, carácter de una verdadera Constitución económica.<sup>16</sup>

La Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917 estableció desde los llamados “derechos humanos de primera generación”, la liber-

<sup>16</sup> El brillante constitucionalista Felipe Tena Ramírez dice de ella: “Cuando el Estado mexicano había alcanzado ya la integración completa de su ser, la Constitución de 1917 se preocupó por la resolución del problema social. La sangre derramada en la lucha por la Constitución, no lo había sido por una quimera siempre en fuga. Más allá que el aliento jurídico de este pueblo, su ley suprema ha sido el pretexto jurídico de su redención”. *Leyes fundamentales de México 1808-1992*, 17a. ed., México, Porrúa, 1992, p. XXIV.

tad entre ellos; consolidó una serie de conquistas de carácter social, consagrando el sistema federal, el principio de la división de poderes y evidenció notables adelantos en la materia laboral y agraria.

El texto constitucional compuesto por 136 artículos —más 16 transitorios— distribuidos en nueve títulos, y éstos en capítulos y secciones, a casi cien años de vigencia, ha sufrido más de setecientas reformas, para ajustarla a los constantes cambios que experimenta la sociedad, trascendentales unas, otras no tanto, mas que en su conjunto integran nuestro proyecto de vida como Nación y forman la base estructural del Estado social democrático de derecho que deseamos y que el Constituyente de Querétaro palpó en la realidad y avistó en el horizonte.

El mensaje y proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, del 10. de diciembre de 1916, en la primera parte del artículo 18 dice: “Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas”.

Expresaban los párrafos vigésimo séptimo y trigésimo del mensaje y proyecto de Constitución, lo siguiente:

El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas, se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la acción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia. A remediar todos esos males tienden las reformas al citado artículo 20.

El texto original de la fracción I, del artículo 20, en la Constitución general del país planteaba:

Inmediatamente que lo solicite, será puesto en libertad, bajo 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 otorgue caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.

Con esta forma en que reguló la Constitución que nos rige a la prisión preventiva, arribamos a 1940, fecha en que se funda el Instituto de Derecho Comparado, que a la postre se transformaría en el que hoy conocemos como Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios.

¿Qué ha sucedido después con la medida cautelar de prisión preventiva?, ¿qué avances y retrocesos ha presentado?, y ¿qué respuesta tiene para las exigencias y reclamos de un Estado democrático de derecho como el nuestro? Es lo que escudriñaremos enseguida.

*Reforma de 1948.* La primera reforma a la disposición constitucional transcrita ocurrió en 1948, y consintió la medida cautelar de prisión preventiva sólo para delitos cuya pena de prisión, en su término medio aritmético, fuera superior a cinco años, pues para los de penalidad inferior sustituyó la prisión por otra medida cautelar menos gravosa, consistente en una garantía de tipo económico, cuyo límite máximo fijó en \$250,000.00, salvo los casos de delitos de contenido patrimonial, en los que podría aumentarse cuando menos tres veces el importe de la caución.<sup>17</sup>

Según se ve, la norma reformada aumentó el máximo de la caución de diez mil, ahora a \$250,000.00, o bien tratándose de delitos patrimoniales, cuando menos tres veces el tanto del beneficio obtenido o el daño ocasionado, dejándole al juez, además, la responsabilidad en la aceptación de la garantía.

<sup>17</sup> El texto original quedó concebido de esta manera: “Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez en su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de \$250,000.00, a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado”.

Pero lo más importante es que, como consecuencia de la jurisprudencia que formó la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular, se redujeron sensiblemente los casos de prisión preventiva, interpretándose que los cinco años a los que aludía el texto de la Constitución deberían computarse tomando en cuenta que eran resultado de la obtención de la media aritmética de la sanción, es decir, de la semi-suma del mínimo y el máximo de la pena de prisión, introduciéndose así la fórmula del término medio aritmético de la sanción privativa de libertad correspondiente al delito imputado.<sup>18</sup>

*Reforma de 1985.* Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de enero de 1985, fue transformada la disposición para ampliar la prisión cautelar a las hipótesis de delitos que, incluyendo sus modalidades, merecieran ser sancionados con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.

Este cambio significó una regresión a la apertura que había mostrado la anterior modificación de 1948, porque se apartó de las concepciones legislativas más modernas acerca de la prisión cautelar, acrecentando los casos de procedencia de la medida.

Efectivamente, habrá prisión preventiva no sólo cuando la pena correspondiente al delito imputado fuera superior en su media aritmética a cinco años de prisión, sino que tendría que computarse también dentro de ese término la pena correspondiente a las modalidades del delito, fórmula con la cual se favoreció inquisitivamente el aumento de casos en que debía aplicarse la privación de la libertad en el procesamiento.

<sup>18</sup> Esta tesis es representativa del criterio sostenido reiteradamente sobre el tema por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA, TÉRMINO MEDIO ARITMÉTICO EN LA, Y EN LA LIBERTAD. Para los efectos de la concesión o la negación de La libertad caucional elevada al rango de garantía individual, ciertamente, debe tomarse en su término medio aritmético la penalidad señalada por la ley, pues basta considerar que la fracción I del artículo 20 constitucional alude a la pena correspondiente al delito que se atribuye al acusado; lo cual indica que el legislador quiso referirse en abstracto a la ley, para definir y castigar la infracción respectiva, y no a la distinta situación que resulta de la graduación de la pena que en concreto hace el Juez, tomando en cuenta el mismo término medio aritmético en relación a la peligrosidad del sujeto activo, constitutivo aquél de uno de los fundamentos de su arbitrio judicial, sin más límite que dicha graduación esté comprendida dentro de los extremos de la infracción penal aplicable y se tengan en cuenta las prevenciones que señalan los artículos 51 y 52 del Código Penal”. (Visible en la foja 29 del volumen 43, segunda parte, Primera Sala, Séptima Época del S. J. F.).

### III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993

El 3 de septiembre de 1993 volvió a reformarse la disposición constitucional que se analiza para determinar la procedencia de la prisión cautelar en el nuevo texto en los delitos calificados como graves por la ley.

La trascendencia de esta modificación consistió en que fue variado el criterio cuantitativo que se había seguido desde la promulgación de la Constitución, abandonándose la fórmula de la media aritmética de la pena correspondiente al delito atribuido al inculcado, para adoptar ahora otra diferente que distinguió los delitos en graves y no graves, posibilitando la medida cautelar distinta a la prisión preventiva, sólo para casos en que se tratara de delitos no graves.

Por un momento llegó a pensarse que el Constituyente Permanente se decidía a cumplir los compromisos que en el plano internacional ha adquirido nuestro país, al suscribir distintos tratados —a los que más adelante haremos referencia— por medio de los cuales se compromete a establecer la prisión preventiva sólo como una medida cautelar de excepción y no como regla general.

La sorpresa vino después, al calificarse como graves en la ley secundaria y una multiplicidad de delitos que ensancharon más la aplicación de la privación de la libertad anticipadamente a la sentencia.

### IV. MODIFICACIONES DE 1996

De la norma en consulta, el artículo 20 constitucional, que por cierto ha sido el que más número de modificaciones ha tenido, se publicó otra nueva enmienda en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de julio de 1996.<sup>19</sup> En ella se observaron cambios esenciales en cuanto a

<sup>19</sup> Transcribimos el texto del artículo 20-I reformado: “En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del inculcado: 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 inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para esta-

la prisión preventiva, puesto que se amplió su procedencia además de los casos que ya estaban determinados, o sea, de los casos de delitos graves así calificados por la ley, ahora a los delitos calificados como no graves, si bien en ciertas circunstancias.

La disposición anterior, como se ha visto, haciendo la comparación con la reformada sólo ordenaba la prisión preventiva obligatoriamente como medida cautelar para los casos de delitos calificados como graves por la ley.

A partir de la reforma de 1996 también en caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podría negar la libertad provisional debiendo, por ello quedar en prisión preventiva el inculcado, en cualquiera de estos dos casos: a) cuando hubiera sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, y b) cuando el Ministerio Público aportara elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado podría representar, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

Es decir, se empleó la medida cautelar de mayor entidad en el derecho procesal penal, como es la privación de la libertad del inculcado, no sólo para los casos en que la doctrina uniforme ha informado: *cuando hubiera riesgo de que burlara la acción de la justicia o para aquellos otros en que pudiera obstaculizar la marcha del proceso*, sino en una doble criminalización; primero se justificó su aplicación cuando el imputado hubiera sido condenado por delito grave con anterioridad, lo cual muestra que se abandonó el criterio de acto conforme al cual sólo debe punirse con base en la culpabilidad del autor del delito cometido, y acogiendo el derecho penal de autor se adoptó la medida, además,

blecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de la caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta 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; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponer al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

para aquellas hipótesis en que el inculpado pudiera representar por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, con lo cual se dio paso al capricho y a la arbitrariedad, por tratarse de conceptos como “el riesgo para el ofendido o para la sociedad”, de una tan amplia como subjetiva aplicabilidad en cualquier caso.

## V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2008

El nuevo sistema de justicia establece en el artículo 16, párrafo décimo cuarto, lo siguiente: “Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”.

Por su lado, el párrafo primero del artículo 18 constitucional señala: “Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Por consiguiente, el párrafo segundo del artículo segundo del artículo 19 constitucional dice:

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.<sup>20</sup> El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas,<sup>21</sup> 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.

<sup>20</sup> Nótese que no importa que no se trate de delito considerado grave por la ley.

<sup>21</sup> Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio de 2011.

Podríamos entonces sintetizar que:

A) Procede la prisión preventiva a petición del Ministerio Público:

1. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio;
2. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar el desarrollo de la investigación;
3. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de la víctima;
4. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de los testigos;
5. Cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la protección de la comunidad;
6. Cuando el imputado esté siendo procesado previamente por la comisión de un delito doloso;
7. Cuando el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

B) Pero la misma medida cautelar es aplicable sin solicitud previa del Ministerio Público, sino de manera oficiosa por el juez en estas concretas hipótesis:

1. En los casos de delincuencia organizada;
2. En los casos de homicidio doloso (en riña y eutanasia) (contraría la parte en que se decretará a petición del MP);
3. En los casos de violación;
4. En los casos de secuestro;
5. En los casos de trata de personas;<sup>22</sup>
6. En los casos de delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos;
7. En los casos de delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación;
8. En los casos de delitos graves que determine la ley en contra el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

<sup>22</sup> Se añadió este caso por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de julio de 2011.

## VI. COMENTARIOS FINALES

La Constitución federal conforme a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, conocida sumariamente como reforma penal de 2008, en la que el Constituyente Permanente delineó un nuevo sistema de justicia penal, presenta la modificación a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

La trascendental reforma a la Constitución en materia penal y de seguridad pública busca un cambio radical en cuanto a los sistemas de justicia, al abandonar una caduca inquisición en el procedimiento penal, para sustituirla por un moderno sistema de procesamiento acusatorio, adversarial y oral, acorde con los aires que corren en el mundo moderno globalizado.

Uno de sus objetivos consiste en plasmar en la Constitución las bases de ese nuevo sistema de justicia, para fortalecer la acusatoriedad y garantizar los derechos de los intervinientes en el juicio, con la clara intención de homogeneizar esas bases, estableciendo la oralidad, la publicidad y la concentración en las audiencias del juicio; destacando de manera expresa la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad conforme al cual se gradúa la pena acorde no con la peligrosidad del sujeto, sino con su mayor o menor grado de culpabilidad.

La reforma propone tutelar los bienes jurídicos de los intervinientes en el proceso, instaurando el juicio penal oral, los medios alternativos de solución de controversias, cambiando el modelo tradicional al establecer como una novedad jueces de ejecución de sanciones y, entre otras importantes cuestiones, transparentar las funciones persecutoria y jurisdiccional, a cuyo efecto reclama, para salvarlas del colapso, del acompañamiento de un conjunto importante de medidas de política criminal interdisciplinaria.

Ahora bien, medidas como la prisión cautelar que antes eran decretadas por el Ministerio Público durante la averiguación previa, quien las negaba o concedía conforme a su propio criterio, ahora requieren de la autorización del juez para ponerlas bajo su vigilancia y control sin menoscabo de los derechos fundamentales de quienes participan en la contienda penal.

Si bien con anterioridad a la reforma no se hablaba expresamente de la prisión preventiva, sí se aludía en cambio a una de las formas,

la más empleada por cierto, de evitarla: la libertad provisional bajo caución a solicitud del inculpado, enlistándola entre sus derechos, a condición de que se cumplieran ciertos requisitos.

En la exposición de motivos de la reforma constitucional, el poder reformador estimó que al parecer toda la intención —que sólo quedó en eso— era guardar la prisión preventiva sólo para aplicarse en casos extraordinarios, cuando verdaderamente no generaran resultado otros medios cautelares en el afán de 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 estuviera siendo procesado o hubiera sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Pero se afirma que llegó la hora de dejarse de prácticas arcaicas y pasar a un nuevo sistema que dé satisfacción a la demanda de la sociedad, reto inaplazable para combatir la lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad como denominadores comunes en la mayoría de los casos, en la sustanciación de un proceso penal, que naturalmente generan desconfianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia.

De aquí en adelante —se asegura— la persona que es vinculada a un proceso “tiene la garantía de que toda medida cautelar será decretada y controlada por un juez, de manera que la vinculación a proceso no cobre, con la prisión preventiva, el acceso a la jurisdicción y sólo cuando sea necesario decretarla en casos extremos se requerirá que el Ministerio Público pruebe ante la autoridad judicial el cuerpo del delito y la responsabilidad probable del inculpado, exigencia que es una protección que debe permanecer, pero sólo cuando se trate de justificar tan intrusiva medida”.

Esto y muchas otras seductoras cuestiones se venden en la exposición de motivos que antecedió a su aprobación, precedente de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, expuestas por distintos legisladores pertenecientes a los diversos partidos políticos promotores de la reforma.

Queda preguntar a los redactores de los documentos en cita si podrían, sin ruborizarse, confirmar las expresiones ahí sostenidas, a la vista de lo que quedó plasmado en la reforma, en lo concerniente a la medida cautelar referida en este artículo.