

## Resumen del artículo

### Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917

Trajectory of the regimen of the application of preventive imprisonment in the 1917 Mexican Constitution

Guillermo Zepeda Lecuona

El Colegio de Jalisco, SNI I

guillermo.zepeda@coljal.edu.mx

orcid.org/0000-0002-4010-4977

Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

El elemento más perturbador y aberrante fue sin duda la invención fascista de la obligatoriedad de la captura. Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si de tipo procesal (peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas) o penal (peligro de nuevos delitos futuros por parte del imputado en libertad). Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad –al derivarse (no de la prueba, sino) de "suficientes indicios de culpabilidad", es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación– equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.

Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>

La regulación constitucional de la libertad provisional y la prisión preventiva han sido objeto de intenso debate y han dado lugar, desde la promulgación de la Constitución vigente, en 1917, a seis regímenes de estas instituciones:

#### Palabras clave:

encarcelamiento preventivo, libertad durante el proceso, Constitución de 1917, reformas constitucionales.

1 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al. (Madrid: Trotta, 1995), 554.

- 2 Con un régimen transitorio brinda un periodo de *vacatio legis* de hasta ocho años.

1917-1948, 1948-1985, 1985-1993, 1993-1996, julio de 1996-junio de 2008,<sup>2</sup> y desde junio de 2008 a la fecha el nuevo régimen incorporado por la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008. En este capítulo se describirán brevemente los diversos sistemas institucionales de la libertad provisional y la prisión preventiva que han estado vigentes en el país a partir de 1917, así como el contenido y alcance del régimen vigente.

**Keywords:**

preventive imprisonment,  
liberty during process, 1917  
Constitution, constitutional  
reforms.

**Abstract**

The constitutional regulation of provisional liberty and preventive imprisonment have been subjects of intense debate and given rise, since the promulgation of the current Constitution, in 1917, to six distinct regimens that have governed these institutions: 1917-1948, 1948-1985, 1985-1993, 1993-1996, July 1996-June 2008, and from June 2008 to the present, with the new regimen incorporated by the constitutional reforms published on June 18, 2008. The article describes, briefly, the diverse institutional systems of provisional liberty and preventive imprisonment that have been enforced in the country since 1917, together with the contents and scope of the current regimen.

Guillermo Zepeda Lecuona

El Colegio de Jalisco, SNI I

## Trayectoria del régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917

Trajectory of the regimen of the application of preventive imprisonment in the 1917 Mexican Constitution

### Algunos antecedentes

De acuerdo con el mensaje que le acompañaba, el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 enviado en 1916 por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, al Congreso de Querétaro, que se constituiría en Congreso Constituyente, emitiendo una nueva Carta Magna en 1917, se destacaban dos aportaciones fundamentales al constitucionalismo mexicano: se revolucionaría el sistema procesal penal terminando con muchas injusticias, y se incorporaría el municipio libre al texto constitucional.

El diagnóstico del que partió la renovación del sistema penal en la Constitución mostraba el total descrédito de un sistema de justicia que había regido por mucho tiempo al país “no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias”,<sup>3</sup> y en el que se señalaba como responsables de muchas de sus atrocidades a los jueces. El mensaje de Venustiano Carranza señalaba:

Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizadas a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar [...] la sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces [...] [quienes llegaban a] desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad

<sup>3</sup> Venustiano Carranza, *Mensaje y proyecto de Constitución* (Querétaro: s.e., 1916 citado en Héctor Fix Zamudio. “La función constitucional del ministerio público”. Compilado por José Ovalle Favela. *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982), 102.

4 Venustiano Carranza, *Mensaje y proyecto de Constitución* (Querétaro: s.e., 1916, citado en México a través de sus constituciones. t. III: Derechos del pueblo mexicano, México: Miguel Ángel Porrúa, 1994), 1001.

5 Carranza, *Mensaje y proyecto de Constitución*, 880. También citado en Sergio García Ramírez, “El sistema penal constitucional y la libertad provisional del inculpado”, *Reforma constitucional y penal de 1996* (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas/Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1997), 44.

6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (México: Editorial Herreró, 1917), 15.

y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.<sup>4</sup>

Por ello, no sorprende que las disposiciones constitucionales referentes a la justicia penal reflejen esta desconfianza. La regulación de la libertad provisional no fue la excepción. El mensaje que acompañó el proyecto refirió sobre el particular: “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 solo decir que tenía temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia”.<sup>5</sup>

Con estos antecedentes se acuñó una de las características que fue constante desde 1917 y hasta la reforma de junio de 2008: los criterios para acordar o negar la libertad provisional se establecen por la ley, desplazando al juez, quien sólo determinaba el monto de la fianza, en caso de que ésta procediera de acuerdo con la ley.

### Régimen 1917-1948

En 1917, el primer régimen sobre la libertad provisional se estableció en los siguientes términos:

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

I.- Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad, bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla.<sup>6</sup>

El artículo 20 planteaba como regla, consistente con el principio de excepcionalidad, el derecho inmediato a la libertad provisional, restringiéndose sólo en caso de que el delito del que fuera inculpado tuviera prevista una sanción mayor de cinco años de prisión. La interpretación de esta disposición fue en el sentido de que se considerara el límite máximo de la sanción prevista. En este sentido se reguló en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) de 1931 (artículo 555). Sin embargo, la Suprema Corte, admitiendo el argumento de que antes de que se dictara la sentencia no se podía determinar en concreto la pena que correspondía, estableció que para la aplicación de la garantía constitucional debería considerarse el término medio aritmético de la pena.<sup>7</sup>

Para determinar la fianza, el juez consideraría las circunstancias personales del inculpado y la gravedad del delito que se le imputara. El límite superior del monto de la fianza, de acuerdo con el artículo transcrita, se fijaba en 10 mil pesos.

Desde entonces se estableció el límite temporal para la prisión preventiva vigente hasta la actualidad. El mismo artículo 20, en su fracción décima, señalaba: “tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso... en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.<sup>8</sup>

Sobre un supuesto de procedencia de la prisión preventiva y las condiciones de reclusión de los procesados se establecieron dos normas que siguen vigentes, con ligeros cambios en la redacción que no modifican su alcance: Artículo 18.- “Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de esta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas”.<sup>9</sup>

7 “El cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos”. Artículo 268 del CPPDF, vigente para el sistema tradicional a partir de junio de 2016. Jesús Zamora Pierce, *Garantías y proceso penal*, 12a. ed. (México: Porrúa, 2003), 164 y 421.

8 Constitución Política, 17.

9 Constitución Política, 14.

## Régimen 1948-1985

La reforma constitucional se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 2 de diciembre de 1948. El texto reformado de 1948 señalaba:

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

I. 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 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.<sup>10</sup>

10 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5a. ed. (México: Porrúa, 1956), 15.

La reforma de 1948 incluyó en el texto constitucional el principio juríspudencial de atender al término medio aritmético de la pena privativa de libertad; se incrementó el límite superior del monto de la fianza que había quedado desfasada por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. El nuevo límite era de 250 mil pesos, que podía ser excedido considerando el beneficio económico obtenido “para su autor” o el daño patrimonial infligido a la víctima, pues en estos casos el monto de la garantía sería “cuando menos” tres veces mayor a dicho beneficio o daño. Se consideró la posibilidad de otorgar caución hipotecaria.<sup>11</sup>

11 Sergio García Ramírez, *Poder judicial y ministerio público*. 2a. ed. (México: Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México, 1997), 45 (cita), 331.

## Régimen 1985-1993

36 años después, el régimen constitucional de la libertad provisional fue modificado de nuevo. El 14 de enero de 1985 se publicó la reforma a la fracción primera del artículo 20 constitucional. El texto reformado señalaba:

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

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar en que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y los perjuicios patrimoniales, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores.<sup>12</sup>

12 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 79a. ed. (México: Porrúa, 1985), 16-17.

Esta revisión del texto constitucional recogió algunas de las inquietudes doctrinarias y prácticas introducidas por el legislador ordinario e instrumentadas por los funcionarios de las procuradurías y tribunales. Por ejemplo, una de las transformaciones consistió en que al analizar la procedencia de la libertad provisional, debería considerarse la sanción prevista para el

13 Sergio García Ramírez, *El nuevo procedimiento penal mexicano*. 2a. ed. (México: Porrúa, 1995), 360-361 (cita), 468.

14 García, *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 360. El artículo en el que se establecía este criterio era el 399 del Código Federal de Procedimientos Penales.

15 En el sentido de que no sólo correspondía a un depósito en numerario, sino que podía adoptar otras modalidades como la hipoteca. Zamora, *Garantías y proceso penal*, 167.

16 García, “El sistema penal constitucional”, 48.

17 *Idem*.

18 García, “El sistema penal constitucional”, 46 y García, *El nuevo procedimiento*, 359-360.

delito “incluyendo sus modalidades”, a esta disposición se le atribuyó el mérito de que implicaba que el juzgador debería tomar en consideración “la pena aplicable al delito efectivamente cometido y no solo la que deba imponer, conforme a la hipótesis de cada fórmula legal, al delito básico... la concesión o la negativa del beneficio se conectan a la verdadera materia del enjuiciamiento”.<sup>13</sup> El contenido de esta reforma constitucional ya se había introducido en reformas legales de los códigos penales y de procedimientos en materia federal realizadas en 1983.<sup>14</sup>

Se modificó la referencia al pago de una “fianza”, para sustituirla por la denominación más apropiada de “caución”.<sup>15</sup> Se dejaron de establecer cifras nominales para el monto de la caución, utilizando múltiplos del salario mínimo general vigente en el lugar donde se cometió el delito. La regla general, denominada régimen ordinario por García Ramírez,<sup>16</sup> era la de un máximo del equivalente a la percepción de dos años del salario mínimo, que podría incrementarse por el juez hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo, “en virtud de la especial gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada...”, denominado régimen agravado o reforzado.<sup>17</sup>

Además de considerar los daños de la víctima al momento de determinar la caución, también se incluyen los perjuicios sufridos, es decir, la ganancia lícita que se deja de percibir o costo de oportunidad de los recursos que se dejan de utilizar o recibir a causa del ilícito. También en la determinación de la caución se adicionan dos párrafos a la primera fracción del artículo 20, estableciendo regímenes diferenciados tanto para delitos intencionales, como para los no intencionales o preterintencionales.

La revisión del texto constitucional no agregó una práctica que ya tenía fundamento en la legislación ordinaria y que implicaba una ampliación de la garantía a la libertad del imputado. Como señala Sergio García Ramírez,<sup>18</sup> los derechos establecidos en la Constitución son apenas un catálogo mínimo cuyo número o alcance pueden ser ampliados por la legislación ordinaria. A raíz de la experiencia práctica de ver la proliferación de acci-

dentes de tránsito y los delitos imprudentiales derivados de los mismos, se reflexionó sobre la posibilidad de reducir las molestias a los participantes en esos ilícitos y en 1971 se concedió, en la legislación en el ámbito local del Distrito Federal (artículo 271), al ministerio público la posibilidad de otorgar en estos casos la libertad caucional a los inculpados.<sup>19</sup> Posteriormente la innovación de la denominada “libertad previa”<sup>20</sup> se plasmó también en las disposiciones federales.<sup>21</sup> No sería hasta 1993 cuando el texto constitucional incorporó la posibilidad de obtener la libertad provisional ante el ministerio público.

De pronto, en 1991 se dio un punto de inflexión, un cambio de rumbo que lamentablemente no perduró por mucho tiempo. Por un lapso de 40 meses se dio un paréntesis en la tendencia constitucional de negar al juez capacidad de decisión sobre la libertad del procesado.

De la descripción hecha del devenir normativo del régimen de la libertad provisional en México, se desprende que en 1991 existían dos rumbos posibles de acción al determinar si una persona que recibía auto de formal prisión podía acceder a la libertad provisional bajo caución. Si el término medio aritmético de la pena de prisión era inferior a los cinco años, la liberación procedía por disposición legal (sin posibilidad de intervención del juez). Si el término medio aritmético de la pena de prisión era superior a los cinco años, también derivada de una presunción legal, no procedía su liberación (el juez tampoco podía intervenir).

## Régimen 1993-1996

En enero de 1991 el legislador ordinario inauguró una tercera alternativa a costa de la segunda opción, estableciendo en el artículo 399 del mismo Código. El texto decía:

Artículo 399. Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponde al delito imputado, incluyendo

19 Existe un antecedente anterior en la legislación del Estado de México, en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales, que data de 1960. Cfr. Zamora Pierce, *Garantías y proceso penal*, 174; García, “El sistema penal constitucional”, 46.

20 García, *El nuevo procedimiento*, 360.

21 Artículo 135 del Código Procesal Federal.

sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuy pena sea mayor.

En los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, y no se trate de los delitos señalados en los siguientes párrafos de este artículo, el juzgador concederá la libertad provisional en resolución fundada y motivada, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- Que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño;
- II. Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;
- III. Que no exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- IV. Que no se trata de personas que por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían a la acción de la justicia.

Para los efectos del párrafo anterior, no procederá la libertad provisional cuando se trata de los delitos previstos sean los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal: 60, 123, 124, 125, 127, 128, 132 a 136, 139, 140, 145, 146, 147, 149 bis, 168, 170, 197, 198, 265, 266, 266 bis, 302, 307, 315 bis, 320, 323, 324, 325, 326, 366 y 370 segundo y tercer párrafo cuando se realice en cualesquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y X y 381 bis.

De igual modo, para los efectos del segundo párrafo de este artículo, no se concederá el derecho de libertad provisional respecto a los delitos previstos en el artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y en los artículos 102, 104, 105, 108, 109 y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.

En la determinación que dicte, el juez fundará y motivará el otorgamiento o la negativa de libertad, así como la revocación de esta, en su caso, tomando en cuenta las prevenciones constitucionales y legales aplicables. En lo que respecta a la determinación del monto de la caución, se hará señalamiento específico sobre los daños y perjuicios, en la

medida en que de las actuaciones se desprendan datos para fijar unos y otros. El juez valorará lo actuado, asimismo, para resolver si se trata de delito intencional, preterintencional, o imprudencial, con el propósito de precisar las consecuencias de esta clasificación para los efectos de la garantía debida.

Fuera de los casos de libertad ordenada por órgano jurisdiccional, o de aquellos a que se refiere el artículo 107 Constitucional, en ningún otro se excarcelará al inculpado sin que previamente el encargado del reclusorio lo notifique personalmente al Ministerio Público.<sup>22</sup>

Y el artículo 556 del CPPDF que aún en delitos cuya media aritmética de las sanciones privativas de libertad que tuvieran previstas, fuera superior a los cinco años, podían acceder, con la verificación y decisión del juzgador, a la libertad provisional si se satisfacían cuatro requisitos: “a) que se garantice la reparación del daño; b) que la concesión de la libertad no aparezca un grave peligro social; c) que no exista riesgo fundado de sustracción a la justicia, y d) que no se trate de reincidentes o habituales”.<sup>23</sup>

Verificar y determinar si se satisfacían estas condiciones correspondía al juez, inaugurando la posibilidad de control judicial en la determinación de la procedencia de la libertad provisional y, su contrapartida, la aplicación, en su caso, de la prisión preventiva. El legislador se reservaba ciertos delitos, referidos en los mismos artículos, dentro de esta categoría de delitos, con pena privativa de libertad con media aritmética de más de cinco años, en los que el juez no podría acordar la liberación provisional del procesado. Así se inauguraba también la ominosa práctica legislativa de establecer listados de delitos inexcarcelables.

Sin duda, esta figura fue un paso muy significativo que pretendía re establecer el principio del control judicial de la aplicación de la prisión preventiva. Como señalaba Jesús Zamora Pierce, “estamos ante una verdadera revolución copernicana”.<sup>24</sup> Se había logrado este avance sustantivo en el alcance del derecho a la libertad, por la ya visitada ruta de la reforma a la

22 Tomado de Marco Antonio Díaz de León, *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado*. 3a. (México: Porrúa, 1991), 484-485.

23 García, “El sistema penal constitucional”, 50.

24 Zamora, *Garantías y proceso penal*, 168.

legislación ordinaria, sin necesidad de activar el proceso de revisión constitucional.

Sin embargo, el legislador federal nuevamente activó el procedimiento para revisar el régimen constitucional de la libertad provisional. Algunos pensaron que se adoptaría en el ámbito constitucional el régimen ya vigente en la legislación federal, y en el ámbito de competencia local en el Distrito Federal. De hecho, algunos tratadistas consideran que la intención de la reforma, como parecía desprenderse de la exposición de motivos, era que más personas pudieran enfrentar sus procesos en libertad.

Por ejemplo, Raúl F. Cárdenas Ríoseco, xviii, señala:

La gran reforma de 1993 que pretendió invertir la regla anterior, que mantenía en prisión a los procesados por delitos cuyo término medio aritmético excediera de cinco años de prisión, para que, con esta reforma, todo acusado pudiera enfrentar su proceso en libertad, a menos que se tratara de delitos que por su gravedad la ley prohibiera expresamente conceder ese beneficio. Los delitos graves fueron unos cuantos, pero esto no duró, ya que la reforma legislativa quedó nulificada con las posteriores reformas, que en forma desmesurada aumentaron diversas conductas como delitos graves, no solo en el Código Penal, sino también en las leyes especiales.<sup>25</sup>

25 Raúl F. Cárdenas Ríoseco, *La prisión preventiva en México, condena por adelantado o medida de seguridad encubierta* (México: Porrúa, 2004).

Otros doctrinistas consideraron que la reforma pecaba de exceso, por ejemplo, Jesús Zamora Pierce advertía como una desventaja el que

los requisitos (para que el juez acordara la libertad) que debían satisfacerse para invocar la norma procesal no fueron recogidos por la norma constitucional, luego entonces, el juez queda ahora sujeto al deber imperativo de conceder la libertad, aun cuando tenga razones para temer que tal concesión constituye un grave peligro social o que el procesado evadirá la acción de la justicia. En todo caso, debemos aplaudir la reforma por cuan-

to, al reducir el número de procesados sujetos a prisión preventiva, ajusta nuestro Derecho al principio de presunción de inocencia.<sup>26</sup>

26 Zamora, *Garantías y proceso penal*, 168.

Sin embargo, el órgano revisor de la Constitución no dio garantías a sus aparentemente buenas intenciones. Después de un proceso legislativo precipitado, que también realizó controvertidas transformaciones a otros numerales de la Carta Magna,<sup>27</sup> se publicaron reformas al artículo 20 constitucional, el 3 de septiembre de 1993. El texto reformado, que conformó el cuarto régimen constitucional de la libertad provisional, fue el siguiente:

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

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

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

El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso.<sup>28</sup>

27 Esta serie de reformas constitucionales se analizan detalladamente en García, *El nuevo procedimiento*, 360.

El constituyente permanente no consideró la innovación de la legislación ordinaria de una tercera vía con control judicial; abandonó el criterio de la media aritmética de las penas privativas de libertad, optando por el muy desafortunado y criticado régimen de establecer que los delitos considerados “graves” serían inexcarcelables. Sin embargo, aún en este inapropiado esquema se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de

28 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 105a. ed. (México: Porrúa, 1994), 17.

delitos “graves”; empero se dejó al legislador ordinario la determinación de qué delitos deberían considerarse como graves. Los diputados locales y los legisladores federales no mantuvieron la esfera de garantía propuesta en 1991, emprendiendo, en su mayoría, la elaboración y frecuente ampliación de catálogos de delitos graves.

Los legisladores del país pronto olvidaron los “cambios copernicanos” de 1991, optando por abjurar espontáneamente de la creencia en el arbitrio judicial de la medida cautelar. Parafraseando a Galileo Galilei musitaron: “y sin embargo... cárcel”.

Por lo que se refiere a la determinación del monto de la caución, se quitó el límite máximo que habían estilado los tres regímenes anteriores; se estableció la prescripción de que el monto de la caución debía ser “asequible”. El monto, además, sería susceptible de ser disminuido (no se consideró la posibilidad de incrementarlo) y se contemplaron como conceptos a considerar para la determinación del monto de la caución la reparación del daño a la víctima del delito, así como cubrir las posibles sanciones económicas (multa). No se incluyó el fin tradicional de caucionar las obligaciones procesales, principalmente la de comparecer al proceso. Aunque esta obligación se estableció en la legislación ordinaria,<sup>29</sup> constituía un requisito gravoso no previsto en la constitución, por lo que su validez fue exitosamente impugnada ante la justicia constitucional, por vía de amparo. Se estableció la posibilidad de revocar la libertad provisional si el imputado incumpliera, “en forma grave”, cualquiera de las obligaciones derivadas del proceso. Por último, se incorporó a la Constitución la posibilidad, como se ha visto ya vi gente en la legislación ordinaria, de acceder a la libertad provisional durante la averiguación previa.

## Régimen 1996-2008

En 1996 se aprobaron nuevas reformas al artículo 20, fracción primera de la Constitución, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de ese año. El texto señalaba:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.<sup>30</sup>

30 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 112a. ed. (México: Porrúa, 1997), 19.

Éstas confirmaban el régimen de delitos considerados “graves” por la legislación ordinaria y para aquellos delitos que no estaban en dicho listado se establecía la posibilidad de que el ministerio público pudiese solicitar que se impusiera prisión preventiva si dicho funcionario aportara al juez elementos para “establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”.<sup>31</sup>

El incremento en el listado de delitos graves hizo poco frecuente que se pidiera la medida cautelar extrema de la prisión preventiva para delitos no considerados “graves”. Un estudio empírico al respecto no encontró casos en que se aplicara este supuesto en Jalisco durante 2005.<sup>32</sup>

## Régimen vigente (a partir de junio de 2008)

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional que estableció el régimen de la libertad provisional actual-

31 Artículo 20 constitucional, vigente a partir de 1996 y hasta 2008.

32 Guillermo Raúl Zepeda Lecuona, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México* (Monterrey: Open Society Institute, 2010), 47, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/06/doctrina43654.pdf> y [http://www.jurimetria.org/download.php?ruta=descargas/03126a1a0\\_archivo.pdf](http://www.jurimetria.org/download.php?ruta=descargas/03126a1a0_archivo.pdf).

mente vigente. Las principales disposiciones constitucionales sobre la libertad provisional y la prisión preventiva son:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinará para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

Artículo 19. ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

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

Artículo 20...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa...

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

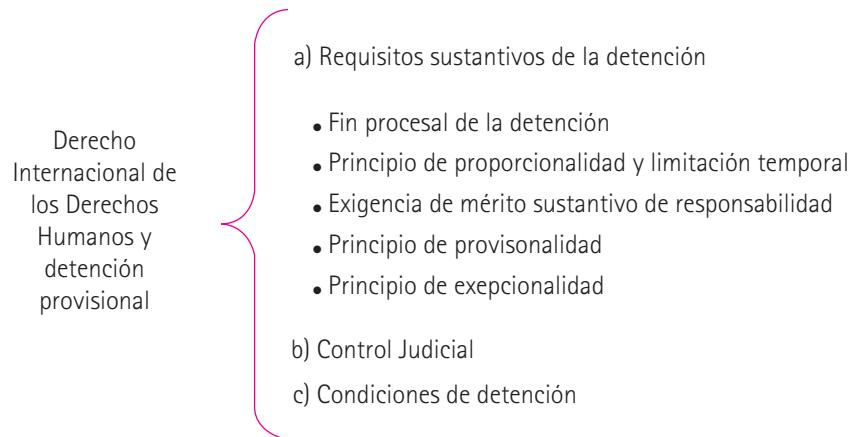
La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia,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

mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

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

Se puede analizar el régimen vigente a la luz de los principios desarrollados para el régimen de aplicación de la detención provisional (prisión preventiva en nuestra denominación constitucional) por los instrumentos, doctrina y jurisprudencia internacionales que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) del diagrama 1.

**Diagrama 1. Directrices del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la aplicación de la detención provisional o prisión preventiva**



Fuente: Elaboración propia.

Como medida cautelar, la prisión preventiva sólo debe atender a los objetivos de preservar el proceso y sus consecuencias, por lo que únicamente el riesgo de fuga, la posibilidad de que el imputado obstaculice las investigaciones o la protección de las víctimas, son las únicas causas por las que puede justificarse su aplicación (fin procesal de la detención). Este principio

se respeta en la Constitución, pues estas causas de justificación se establecen en el artículo 19 de la norma fundamental mexicana:

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.

La última de las causales para la justificación de la aplicación de la medida no encuentra fundamento en el DIDH, en el primer caso (que esté siendo procesado) se violenta el principio de inocencia y en el segundo (sentenciado) implica una consecuencia de la reiteración, que sería una especie de sanción adicional, que no tiene nada que ver con el proceso penal para el que se dicta la medida cautelar, con lo que se desnaturaliza su esencia al no estar relacionada con la preservación del proceso penal.<sup>33</sup>

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) de 2014 refiere estas primeras justificaciones de las medidas cautelares en su artículo 153:

Las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.

En el mismo sentido, el propio CNPP refiere en la parte final del artículo 155, que enlista las medidas cautelares, que éstas “no podrán ser usadas como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o como sanción penal anticipada”.

33 El régimen anterior también incorporaba esta noción “sustantivista” de la detención provisional o prisión preventiva (término acuñado por Alberto Bovino), pues el artículo 20 apartado A de la Constitución antes de la reforma de junio de 2008 establecía: “En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el imputado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley que también”.

Por lo que se refiere al “principio de proporcionalidad”<sup>34</sup> y “limitación temporal de la prisión preventiva”, la Constitución lo contempla al establecer que “sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva”,<sup>35</sup> así como al señalarse:

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.<sup>36</sup>

La duración del encarcelamiento preventivo, por un tiempo nunca mayor al límite máximo de la pena prevista para el ilícito que se impute al procesado, es apenas el mínimo de los requisitos establecidos por el DIDH. Más relevante es la referencia de que “en ningún caso será superior a dos años”. El CNPP va más allá del texto constitucional al establecer que “la prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”.<sup>37</sup>

La consideración: “salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”, abreva de antecedentes jurisprudenciales de nuestro país, que supeditan la garantía al proceso en un plazo razonable a la garantía de defensa. Por ejemplo, “defensa, garantía de. Es de mayor rango axiológico que la de obtención de una sentencia en breve lapso” y se emitió la tesis: “Garantía de defensa. Prevalece sobre la de pronta impartición de justicia”. De esta forma, la garantía de ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la libertad durante el proceso, quedaron supeditadas a la garantía de defensa. Mala aritmética constitucional la que no puede aplicar la propiedad conmutativa a sus garantías.

34 El CNPP establece para la aplicación de las medidas cautelares el principio de proporcionalidad: Artículo 156. Proporcionalidad. El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución. Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

35 Artículo 18 constitucional.

36 Artículo 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

37 Artículo 165.

38 Por ejemplo, puede consultarse el debate sobre este principio en Alberto Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 121-167.

39 Bovino, “El encarcelamiento preventivo”, 160.

40 CNPP, artículo 160.

41 CNPP, artículo 162.

42 CNPP, artículo 161.

Por lo que se refiere a la “exigencia de mérito sustantivo de responsabilidad”, su adopción no es pacífica en el ámbito del DIDH,<sup>38</sup> porque implica aspectos propios de la sentencia, que no tienen que ver con la naturaleza de una medida cautelar. Esta exigencia plantea fundamentalmente el que en los casos en los que se aplique la prisión preventiva, como la medida cautelar extrema y más gravosa, se cuide la solidez de los elementos de la acusación. En México, el análisis de los datos y evidencias de la imputación se analizan en la audiencia de vinculación a proceso (artículo 19 constitucional). En caso de que se vincule a proceso al imputado es cuando se aborda la medida cautelar que podría aplicarse, pero en este supuesto la argumentación versa exclusivamente sobre las causales de justificación de la medida, sin abordar lo relativo a la probable responsabilidad del imputado.

Alberto Bovino señala que el “principio de provisionalidad” “solo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla”.<sup>39</sup> Además, este principio implica que estén expedidos los medios procesales para solicitar la revisión sobre la pertinencia o no de que la medida cautelar cese. El texto constitucional mexicano no aborda expresamente este principio pero se puede desprender del principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

En la legislación ordinaria del país está previsto que se puede impugnar y revisar la resolución judicial que impone una medida cautelar,<sup>40</sup> mediante una audiencia de revisión de la medida cautelar.<sup>41</sup> La revisión procede cuando:

hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de una medida cautelar, las partes podrán solicitar al Órgano jurisdiccional, la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el Órgano jurisdiccional citará a todos los intervenientes a una audiencia con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia.<sup>42</sup>

La “exigencia de que la prisión preventiva sea excepcional” es el punto de partida y el punto de llegada en el análisis de esta institución. El principio es expreso, en el ya citado segundo párrafo del artículo 19 constitucional: “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar”.<sup>43</sup> Es decir, se debe agotar antes el análisis de las medidas cautelares menos gravosas y dejar la prisión preventiva como la última opción. El CNPP contempla 14 medidas cautelares en el siguiente artículo.

**Artículo 155. Tipos de medidas cautelares.** A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe;
- II. La exhibición de una garantía económica;
- III. El embargo de bienes;
- IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero;
- V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada;
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares;
- VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
- IX. La separación inmediata del domicilio;
- X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;
- XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral;

43 El régimen constitucional anterior también fraseaba de inicio esta excepcionalidad (aunque seguido de restricciones y “excepciones” muy significativas): “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando...” (artículo 20, apartado A, fracción primera, del texto constitucional anterior, que todavía rige el proceso de los estados que no han adoptado el sistema acusatorio, derivado de la reforma de junio de 2008).

- XII. La colocación de localizadores electrónicos;
- XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o
- XIV. La prisión preventiva.

Se considera a la prisión preventiva como la medida cautelar extrema, por lo que su imposición no puede combinarse con otra de las 13 medidas cautelares contempladas en el CNPP y sólo puede ser solicitada por el ministerio público.

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, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del presente Código.<sup>44</sup>

44 CNPP, ARTÍCULO 167.

La verificación del principio de excepcionalidad es la prueba de fuego para determinar la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal, es decir, en la medida en que realmente sea excepcional su aplicación, querrá decir que las providencias tomadas por el ordenamiento jurídico y la operación cotidiana del sistema penal logra preservar el valor del principio de inocencia en uno de sus elementos clave: reducir a su menor expresión el fenómeno de la prisión preventiva.

El “control judicial” de la detención preventiva refiere que la limitación de un derecho fundamental, como el de enfrentar el proceso en libertad, debe estar necesariamente sujeta al conocimiento y control judicial. Este principio es fundamental para que los valores que inspiran los principios de aplicación de la prisión preventiva, descritos en este apartado, tengan eficacia. El juez es el garante de que la aplicación de la prisión preventiva sea excepcional.

A partir de 1993, el sistema constitucional de aplicación de la prisión preventiva optó por establecer que las personas vinculadas a proceso por delitos considerados graves perderían el derecho a la libertad provisional bajo caución. Sin embargo, aún en ese inapropiado esquema, se pudieron intentar garantías, como establecer un número limitado de delitos graves. Sin embargo, se dejó al legislador ordinario la determinación de qué delitos deberían considerarse como graves.

A partir de la reforma de 2008 se ha pretendido dejar la aplicación de la medida cautelar abierta a la argumentación jurídica de las partes (en igualdad de condiciones), ante la presencia del juez. Este modelo de control judicial permite realizar consideraciones específicas sobre las circunstancias y características del imputado, que hace posible evaluar el caso concreto, determinar la viabilidad de una medida cautelar menos gravosa o verificar el riesgo fundado de fuga o la posibilidad de obstaculizar la investigación de la verdad, así como el riesgo fundado de que se atente contra la víctima o la sociedad. En el nuevo régimen las medidas cautelares se imponen y revisan mediante resoluciones judiciales,<sup>45</sup> tras haber escuchado las argumentaciones de las partes en audiencia pública.<sup>46</sup>

Sin embargo, el propio texto constitucional establece cinco delitos, para los que, de oficio, los jueces deben imponer la prisión preventiva:

El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.<sup>47</sup>

Como se puede apreciar, deja subsistente la posibilidad de que el legislador local establezca delitos “inexcarcelables”, como los denomina Luigi Ferrajoli, en determinadas materias, así como en los “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, que deja abierta la posibilidad de

45 CNPP, artículos 153 y 161.

46 CNPP, artículos 157 y 158.

47 Artículo 19 constitucional, segundo párrafo.

impedir, de oficio, la libertad durante el proceso a una amplia tipología de conductas delictivas, como sucedía a partir de 1993 con los “catálogos de delitos graves” de los códigos procesales tradicionales. En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales el catálogo de delitos graves (y por lo tanto, “inexcarcelables”) del artículo 194 contemplaba, en el año 2007, 127 modalidades delictivas.<sup>48</sup>

48 Guillermo Zepeda Lecuona, *Castigo sin crimen: la prisión preventiva en México, trayectoria, alcances y alternativas* (México: Universidad Nacional Autónoma de México–Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad, en prensa).

49 Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 554.

50 *Ibid.*, 39.

Luigi Ferrajoli, quien critica los criterios de aplicación de la medida cautelar *ex lege* o automática,<sup>49</sup> indica que el juzgador debe aplicar la legislación de acuerdo con los hechos comprobados y verificados, y que la ideología mecanicista de la aplicación de la ley es incompatible con la epistemología garantista.<sup>50</sup>

El CNPP limita la extensión de estos delitos “inexcarcelables”, evitando con ello la posibilidad de que se utilizara indiscriminadamente la cláusula abierta de “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos”, por ejemplo, a robos violentos. Por ello, dicho ordenamiento establece en su artículo 167, una enunciación exhaustiva de las figuras que ameritarían prisión preventiva oficiosa.

Artículo 167. El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

Aunque el CNPP remite este listado al Código Penal Federal, debería alcanzar, como código procesal único, a restringir los supuestos de aplicación oficiosa de la medida cautelar extrema en ambos ámbitos de competencia.

Respecto de las “condiciones de la detención” durante la prisión preventiva, la disposición xxv de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hom-

- 51 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf), [consultado el 4 de octubre de 2016], artículo 25.
- 52 Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos* ONU-OEA. t. i (México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994), 274.
- 53 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, disponible en [http://www.morelia.gob.mx/images/pdf/Listadodelegislacion2/16.pacto\\_internacional\\_de\\_derechos\\_civiles\\_y\\_politicos.pdf](http://www.morelia.gob.mx/images/pdf/Listadodelegislacion2/16.pacto_internacional_de_derechos_civiles_y_politicos.pdf) y <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> (consultado el 3 de octubre de 2016), artículo 10, párrafo 2, inciso a. En el caso Pinkney, el Comité de Derechos Humanos consideró “que se les debe mantener en locales separados (aunque no necesariamente en edificios separados)”, Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, 223.

bre, establece que toda persona detenida “tiene derecho… a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”.<sup>51</sup> En el mismo sentido, las Reglas de Tokio se refiere en particular a que la prisión preventiva “deberá ser aplicada con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano”.<sup>52</sup>

“Además, estarán separados de los condenados salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”.<sup>53</sup> Por disposición expresa del artículo 18 de la Constitución Mexicana, la prisión preventiva deberá desarrollarse en un sitio distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

### **Alguna evidencia empírica sobre la eficacia del derecho a la libertad durante el proceso penal y las condiciones de internamiento**

Como proporción de la población penitenciaria, los presos sin condena han presentado una tendencia decreciente. Sin embargo aún hay mucho por realizar.

Como se ha referido, tradicionalmente el legislador mexicano había optado por el “catálogo de delitos graves”. Por este tipo de políticas, en enero de 2016 había 102 253 personas en prisión preventiva (41.3% del total de los internos). Se presumían inocentes ante la Constitución, pero dormían en prisión. En números absolutos, como porcentaje de la población penitenciaria y como presos sin condena por cada 100 mil habitantes, los indicadores de prisión preventiva muestran una reducción. Estos indicadores se ven impactados por la operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) en los estados en los que se han arraigado los principios y buenas prácticas del nuevo sistema a favor del derecho a la libertad del imputado durante el proceso penal.

Se ha demostrado que, bajo el sistema procesal penal tradicional, al menos un 40% de las personas sujetas a prisión preventiva podrían estar en libertad hasta el momento de su juicio sin que existiera un riesgo de que se fugaran o representaran riesgo alguno para la sociedad. En cambio, el erario

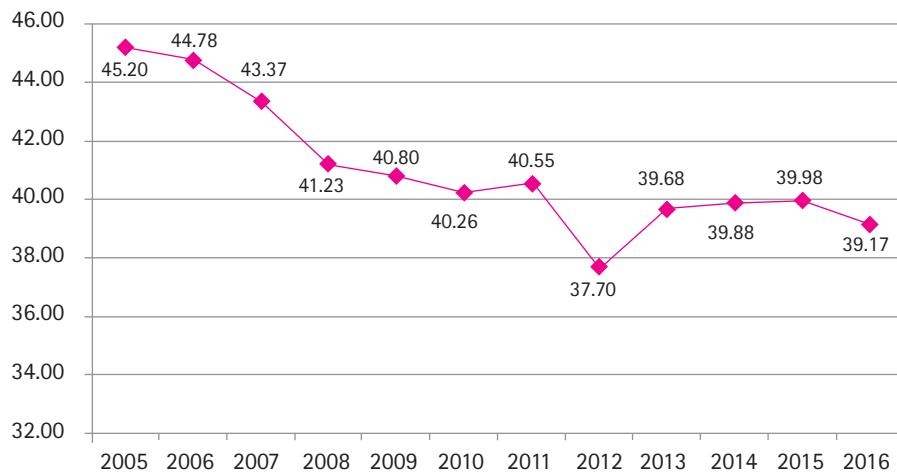
dedica todos los días 36 millones de pesos para la operación del sistema penitenciario, más 19 millones de pesos que diariamente las familias de los internos deben gastar en la defensa legal y gastos personales del interno, pagos indebidos a autoridades y a otros internos, así como los traslados y horas laborales para las visitas.<sup>54</sup>

Como ya se dijo, de la regulación constitucional se derivan los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y control judicial (al deliberarse en una audiencia pública ante el juez, que es quien impone la medida cautelar).

Ya en todos los estados está avanzando la operación del NSJP. Los resultados comienzan a percibirse. En el ámbito de competencia local, la aplicación de la prisión preventiva en los tres indicadores referidos anteriormente se registra un descenso, pasando la variable como porcentaje de la población penitenciaria de 45.2% en 2005, a 39.3% en 2016 (gráfica 1).

54 Zepeda, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena?*

**Gráfica 1. Trayectoria del porcentaje de presos sin condena, respecto del total de la población penitenciaria en México (competencia local)**

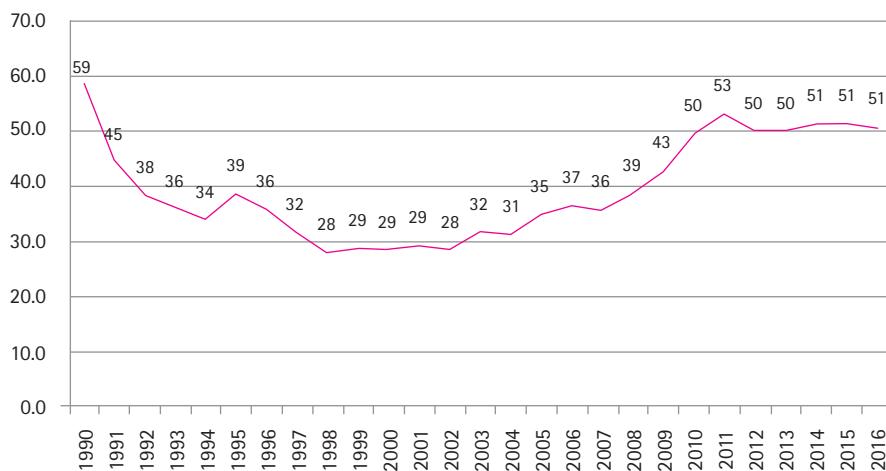


La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Gobernación, 2013-2016; y de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2006-2012.

En el ámbito federal, el avance del nuevo sistema ha comenzado en fechas más recientes. La entrada en vigencia del NSJP y la reforma en tema de narcomenudeo deberán comenzarse a reflejar en la prisión preventiva, que en el ámbito federal ha experimentado una tendencia ascendente; en enero de 2016 fue de 50.75% del total de los internos por delitos federales (gráfica 2).

**Gráfica 2. Porcentaje de presos sin condena respecto del total de internos por delitos de competencia federal en México**



La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Gobernación, 2013-2016 y de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2006-2012.

Entre 2006 y 2016, según datos del Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, más de 70 mil personas habrían evitado la experiencia de la prisión preventiva. En primer lugar, esto se debe a que muchos casos (136 mil, en 2014) se resuelven por acuerdos reparatorios (antes se sobrecriminalizaban, y en algunos casos se imponía prisión preventiva); en los casos que se llevan ante los jueces, el nuevo régimen de aplicación de la prisión preventiva implica, en la mayoría de los casos,<sup>55</sup> que las partes argumentan

55 Los que no sean por los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro y/o trata de personas, de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución.

y justifican la aplicación de las diversas medidas cautelares, siendo el juez la que determina la procedente, señalando que debe considerarse como la última opción la prisión preventiva.

Además, otros casos califican a soluciones alternativas, como la suspensión del procedimiento a prueba. De igual forma, la mayor agilidad de los procesos también incide en la reducción del porcentaje de la población penitenciaria en situación de prisión preventiva. También en algunos estados se registra una despresurización de los centros penitenciarios.

En la tabla 1 se puede apreciar la tendencia general en los estados en los que ha operado por más tiempo el NSJP (al menos tres años, se marca en negritas los años en los que ha operado el nuevo sistema). Claramente tres estados muestran una impresionante reducción en la aplicación de la medida cautelar extrema: Nuevo León (de 46% a 23.3%), Morelos (de 47% a 27%), Baja California (de 47% a 36%, pasando de 7 340 internos en 2008 a 4 625 en situación de prisión preventiva en 2016). Zacatecas se mantiene muy por debajo de la media nacional, y en el caso de Yucatán, aunque presenta una tasa de prisión preventiva de 48.6% y con tendencia ascendente, se ha dado una reducción muy significativa en el número de personas sujetas a esta medida cautelar, pasando de 1 138 en 2012 a 686 personas en 2016.

En Chihuahua, después de cuatro años de ascenso (2011 a 2014), debido al restablecimiento de la prisión preventiva por ley para ciertos delitos, a partir de enero de 2010, la aplicación del CNPP parece comenzar a reflejarse en la reducción del fenómeno.

Después de que en 2014 Tabasco presentó un descenso considerable de la prisión preventiva, se ha registrado un incremento que, aunque representa un menor indicador respecto de antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema y una reducción en números absolutos, presenta un indicador muy superior a la media nacional. El Estado de México muestra un inquietante incremento después de haber experimentado una reducción en los primeros años de vigencia del NSJP. En números absolutos, las personas en situación de prisión preventiva han pasado de 6 847 en el anterior sistema a 11 073 en enero de 2016. Guanajuato, Chiapas y Durango (aunque el primero más

**Tabla 1. Población en prisión preventiva por delitos locales  
(números absolutos y porcentaje de la población penitenciaria)**

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	VAR. REF.
Baja	7 360	8 307	7 340	6 205	5 709	4 574	5 176	5 373	4 888	4 740	4 625	-1 580
California	58.27	60.19	53.32	47	44.88	37.77	40.20	39.90	37.00	36.86	36.16	-11
Chiapas	1 924	1 905	2 093	2 248	2 453	2 875	2 869	2 935	3 224	3 162	3 006	131
	36.00	35.37	37.26	39	40.40	45.50	45.50	48.30	52.32	55.11	53.80	8.30
Chihuahua	2 024	1 959	1 304	1 242	1 707	2 353	2 631	3 034	3 219	2 981	2 754	730
	43.93	42.15	33.67	33.82	42.73	47.46	46.90	44.99	45.75	41.25	38.91	-5.02
Durango	1 395	1 504	1 388	1 241	866	948	929	2 034	2 415	2 576	2 476	1 235
	60.65	61.36	56.19	54.69	57.35	49.12	45.16	68.00	74.28	70.1	69.0	14.32
Guanajuato	1 502	1 327	1 216	1 306	1 363	1 391	1 352	1 305	1 514	1 671	1 725	334
	45.46	40.14	35.16	36.06	35.09	37.40	37.50	37.52	39.86	41.42	42.34	4.94
México	7 384	7 315	6 680	6 847	6 884	5 813	5 327	6 173	9 547	11 062	11 073	4 226
	42.71	44.52	40.53	40.91	40.44	34.70	31.84	33.70	41.29	43.31	43.25	2.34
Morelos	1 222	1 139	1 224	1 079	914	967	864	980	854	827	802	-422
	46.77	43.44	47.26	42.75	35.09	35.67	31.82	34.60	29.81	28.15	27.33	-19.93
Nuevo	1 543	1 231	1 094	1 216	1 380	2 734	3 578	2 366	2 016	1 400	1 426	-2 152
León	36.64	27.63	23.94	25.98	26.56	40.87	45.98	32.70	28.43	22.27	23.29	-22.69
Oaxaca	2 053	1 868	1 931	1 675	1 791	2 084	2 265	2 312	2 286	2 564	2 481	550
	50.72	51.33	54.04	48.38	51.84	56.46	59.65	64.00	63.17	67.42	65.81	11.77
Tabasco	1 364	1 422	1 633	2 068	2 241	2 711	2 930	2 589	1 900	2 060	2 076	-854
	39.64	38.33	42.55	52.04	47.20	52.60	56.42	55.32	43.71	49.08	51.16	-5.26
Yucatán	1 021	1 075	1 062	1 091	1 297	1 120	1 138	954	741	726	686	-434
	47.31	47.65	46.58	47.70	49.90	47.32	46.87	43.46	43.67	48.14	48.58	1.26
Zacatecas	358	345	345	304	283	281	343	349	326	384	374	29
	37.18	32.89	33.01	32.14	31.00	31.02	37.36	35.80	30.87	33.45	33.27	0.26
Nacional	71 553	70 718	69 562	70 222	71 710	74 254	71 545	78 408	82 464	80 330	78 161	7 443
	44.46	43.05	40.96	40.50	40.25	40.50	37.70	39.70	39.88	40.00	39.17	-3.88

La información de 2016 corresponde al mes de enero.

Fuente: Elaboración propia con datos de la Secretaría de Gobernación, 2013–2016 y de la Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2006–2012.

cercano a la media nacional) muestran un incremento alarmante en el indicador, tanto en números absolutos como en porcentaje de la población penitenciaria.

Debe analizarse en particular la aplicación del régimen de medidas cautelares, en virtud del crecimiento constante en la proporción de internos que están en prisión preventiva. De no corresponderse a un incremento en la tasa de procesos penales por delitos de alto impacto, parecería que algunas inercias de aplicación creciente de esta medida cautelar podrían estar ganando terreno en las audiencias y los criterios judiciales.

No obstante, aún en el sistema acusatorio se siguen enfrentando tendencias adversas a la libertad durante el proceso penal. De hecho, ha sido criticado que la propia reforma constitucional mantuvo la prisión preventiva oficiosa para algunas conductas lo que, como se ha señalado, contraviene las directrices del DIDH. El constituyente y en particular el CNPP han establecido un límite constitucional y legal a la proliferación de delitos inexcarcelables.

Por ello la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales, que se ajusta a las directrices constitucionales en materia de prisión preventiva, repercutirá en el descenso en la aplicación de esta medida cautelar en los procesos de competencia federal; que se acentúe la tendencia decreciente del fenómeno en el ámbito de competencia local y que cesen las desviaciones y abusos en la aplicación de la prisión preventiva. En el seguimiento de la instrumentación del nuevo modelo procesal nacional se seguirá poniendo especial interés en los indicadores de aplicación de la prisión preventiva.

Por otra parte, como una medida adecuada para el fortalecimiento institucional del contexto en el que los jueces resuelven sobre las medidas cautelares en el nuevo sistema de justicia, se impulsa como buena práctica los servicios previos a juicio, particularmente las Unidades de Medidas Cautelares (UMECA), que generan imparcialmente información confiable sobre el imputado y su entorno social para tomar decisiones e individualizar la medida cautelar con más y mejor información. Estos mecanismos se han consolidado en estados como Morelos y Baja California, y se están adoptando en otras entidades federativas. Sus resultados son la reducción en la prisión

preventiva y un cumplimiento en las medidas cautelares no privativas de libertad y condiciones de suspensión del proceso penal superior a 95%, lo que incrementa la confianza institucional y la legitimidad social de los mecanismos del nuevo modelo de justicia.

De esta forma se espera cristalizar el propósito último del modelo acusatorio en materia de prisión preventiva, la “prueba de fuego”, como han referido Alberto Bovino<sup>56</sup> y Perfecto Andrés<sup>57</sup> que se verifique en la práctica el principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva.

En cuanto “a las condiciones de internamiento”, una de las consecuencias del abuso en la aplicación de la prisión preventiva es la saturación del sistema penitenciario. Actualmente la ocupación penitenciaria promedio en México es de 126%. Para la Organización de las Naciones Unidas, más de 100% de ocupación penitenciaria se considera como hacinamiento y un trato cruel e inhumano. Sin embargo, esta tasa de ocupación es apenas un promedio. Los centros penitenciarios más grandes del país están a más de 200% de su capacidad. Dos de cada tres internos en México están en situación de hacinamiento. Uno de cada tres internos del país (sobre) vive en el Distrito Federal, Estado de México o Jalisco.

Concentraciones de entre tres mil y trece mil personas son bombas de tiempo esperando detonación en los centros penitenciarios como los preventivos Sur (252% de ocupación penitenciaria), Oriente (a 233%), y Norte (a 220%) en la Ciudad de México; Puente Grande (a 258%) y el Centro Preventivo de Guadalajara (a 234%) en Jalisco, así como el Centro Penitenciario de Ecatepec (a 298% de su capacidad) en el Estado de México. Con menos de 3 mil internos, pero con mayor hacinamiento están los centros de Jilotepec (a 353%) y Chalco (a 305%) también en el Estado de México.

De esta forma, las condiciones de reclusión de las personas en prisión preventiva no corresponden a los mínimos establecidos por el DIDH. La saturación de los centros penitenciarios y la insuficiencia de la infraestructura, así como medidas de seguridad, provocan que en la práctica no se cumpla la obligación constitucional de que los internos procesados estén “completamente separados”.<sup>58</sup> Como señala un estudio sobre el sistema penitenciario

56 Bovino, “El encarcelamiento preventivo”, 121-167.

57 Perfecto Andrés Ibáñez, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Ciencias Penales, revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 13:9 (agosto de 1997): 5-18.

58 Artículo 18 constitucional, párrafo primero; *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (xxiv) de 31 de julio de 1957 y 2076 (lxii) de 13 de mayo de 1977, artículo octavo, disponible en <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Reglas%20M%C3%ADnimas%20para%20el%20Tratamiento%20de%20los%20Reclusos.pdf> (consultado el 12 de octubre de 2016).

mexicano, “la evidencia que arroja la estadística penitenciaria es la violación del precepto constitucional sobre la separación de internos por grado de peligrosidad y según su situación jurídica”.<sup>59</sup>

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos considera que las deficiencias en la clasificación criminológica de los internos, así como la falta de separación entre procesados y sentenciados en áreas comunes son factores que reducen la eficacia de la reinsertión social del interno, uno de los cinco rubros de evaluación de dicho diagnóstico. En los 100 centros penitenciarios evaluados en dicho estudio (de entre las más pobladas del país, que concentran a 75% de los internos) se documentaron anomalías al respecto. Se refiere que la “inadecuada clasificación criminológica y por situación procesal [son parte] de la problemática imperante en el sistema penitenciario”.<sup>60</sup> Incluso se refieren casos de incumplimiento en la separación entre hombres y mujeres.<sup>61</sup>

Además de un hacinamiento predominante, se ha documentado que en los centros penitenciarios prevalece la corrupción y el autogobierno (que quienes mandan son las camarillas de internos que someten y extorsionan al resto). En el Sistema Penitenciario Nacional hay ocho internos por cada custodio, y considerando los turnos, vacaciones, incapacidades o comisiones, llega a haber hasta 25 o 30 internos por custodio (para no hablar de los días de visita).

Los motines, las fugas, los suicidios, las riñas y los homicidios se han incrementado exponencialmente. En 2011 se registraron 116 homicidios, y en 2015 se superó la cifra, rondando los 160. Según informó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en las cárceles mexicanas se habían cometido 352 homicidios en dos años.<sup>62</sup> Los grupos del crimen organizado han extendido sus disputas a los centros penitenciarios. Un interno de los centros penitenciarios de Nuevo León, Tamaulipas, Sinaloa o Durango tiene ocho veces más probabilidades de morir hoy que la población en general de nuestro país. Las tragedias recientes en los penales de Apodaca y Topo Chico, donde más de 40 internos perdieron la vida en cada uno de dichos motines, ilustran esta vulnerabilidad.

59 José Patricio Patiño Arias, *Nuevo modelo de administración penitenciaria* (México: Porrúa, 2010), 106 (cita), 248.

60 Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP). (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012), 6 (cita), disponible en <http://dnsp.cndh.org.mx/#> (consultado el 1 de noviembre de 2016).

61 Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, 3.

62 Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, 3.

Las adicciones, las enfermedades y la reducción en la expectativa de vida por el creciente deterioro de las condiciones de internamiento son un tema humanitario y de salud pública. La prevalencia del sida entre los varones en reclusión es el doble de la población en general, y entre las mujeres internas es cinco veces mayor que la prevalencia de las mujeres en libertad.

Las cifras son elocuentes al referirnos la crisis de nuestro sistema penitenciario y la política criminológica equivocada que nos ha llevado a este deterioro. Debe impulsarse las sanciones alternativas a la prisión y deben profundizarse las mejores prácticas del Nuevo Sistema de Justicia Penal que permiten un uso más racional de la prisión preventiva. El genocidio carcelario en México es un pésimo referente de nuestra sociedad, transformar esta realidad es un imperativo ético y una emergencia humanitaria que no podemos ignorar.

Recibido: 21 de agosto de 2017

Aprobado: 18 de octubre de 2017