

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

6.1 Naturaleza jurídica de la prisión preventiva en México.

En México la prisión preventiva no está clasificada en la legislación como una pena.

Esto se deduce del artículo 24 del Código Penal federal, el cual, sin incluir a la prisión preventiva, se refiere a las penas y medidas de seguridad, dice el artículo en cuestión:

“Las penas y medidas de seguridad son:

1. *Prisión.*
2. *Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.*
3. *Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos*
4. *Confinamiento.*
5. *Prohibición de ir a lugar determinado.*
6. *Sanción pecuniaria.*
7. *(Derogada).*
8. *Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.*
9. *Amonestación.*
10. *Apercibimiento.*
11. *Caución de no ofender.*
12. *Suspensión o privación de derechos.*
13. *Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.*
14. *Publicación especial de sentencia.*
15. *Vigilancia de la autoridad.*
16. *Suspensión o disolución de sociedades.*
17. *Medidas tutelares para menores.*
18. *Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito”.*

Sobre el hecho de que la prisión preventiva no sea considerada legalmente como una pena aunque en la práctica si lo es, manifiesta Dolores Eugenia Fernández: *“La prisión preventiva tiene idéntico contenido al de la prisión y aún cuando formalmente no sea una pena de acuerdo con el artículo 24 del código penal, materialmente sí lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo que se dicte en la sentencia condenatoria”*.

La autora se refiere a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su artículo 20 fracción X estatuye lo siguiente: *“En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”*.

En el mismo sentido, Abelardo Esparza⁴² opina que es igual la prisión preventiva que la ejecutiva, sobre todo cuando no hay separación entre condenados y procesados, agrega que cuando la prisión preventiva se prolonga por años, el carácter es punitivo y esto sale a flote tanto teórica como prácticamente, ya que se mantiene la privación de la libertad, aún cuando existan posibilidades relevantes de un resultado absolutorio, situación que contradice el principio de inocencia de mayor manera.

6.2 La prisión preventiva como medida de seguridad.

M. Faustin Hélie ⁴³afirma que *“La privación preventiva de la libertad (détention préalable) de los inculcados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado como tal en juicio”*, agrega que si se le descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de ejecución de la pena y un medio de instrucción.

⁴² Esparza F, Abelardo. La prisión preventiva. *Algunos criterios de política criminal*. <http://www.ciu.reduaz.mx/vinculo/webvrij/rev4-8.htm>

⁴³ Citado por Ibáñez Perfecto, Andrés. *Presunción de inocencia y prisión sin condena*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Agosto 1997 año 9 No, 13. [www. Poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/ibanez13.htm](http://www.Poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/ibanez13.htm)

En el mismo orden de ideas, Luis Rodríguez Manzanera nos refiere que la prisión preventiva es una medida de seguridad, se basa tan sólo en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió un delito.⁴⁴

El problema que se presenta al considerar a la prisión preventiva como una medida de seguridad, entendiéndose por tal, el que la privación de libertad se lleve a efecto para proteger a la sociedad de posibles daños futuros por parte del presunto delincuente, esto podría ser válido para algunos delitos, pero no para todos, como por ejemplo tratándose de delitos no graves, en los que el encarcelamiento preventivo podría no ser realmente necesario para la seguridad de la sociedad y ni siquiera proporcional al daño causado.

6.3 La prisión preventiva como medida cautelar.

La prisión preventiva es considerada como una medida carácter cautelar lo que se demuestra con las ideas que se vierten a continuación.

En el "Prontuario del Proceso penal mexicano"⁴⁵, se menciona que el juez dispone de ciertas medidas llamadas cautelares o precautorias, para asegurar la buena marcha del proceso, mismas que se dividen en medidas cautelares de carácter real y medidas cautelares de carácter personal. Dentro de las medidas cautelares se ubica a la prisión preventiva, cuya contrapartida de acuerdo con lo expresado en la misma obra es la libertad provisional bajo palabra o bajo caución.

Se agrega en el mismo documento que la prisión preventiva es una forma procesal, no penal, de privación de libertad, a fin de asegurar que el inculpado no se sustraiga de la acción de la justicia, ni frustre los fines del proceso o cometa nuevos delitos.

⁴⁴ Rodríguez Manzanera, Luis. Obra citada. Pág. 24

⁴⁵ García Ramírez, Sergio *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 19

Existe una tesis jurisprudencial que reconoce la naturaleza de medida cautelar de la prisión preventiva, además de reconocer también su identidad con la prisión-pena.

“Prisión preventiva. Su no contradicción con la garantía de audiencia deriva de los fines que persigue y no de su carácter cautelar.

Independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional, no está en contradicción con la garantía de audiencia; en efecto debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue y no de su carácter provisional. Fines que son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. No puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, se afecta un bien de alta jerarquía axiológica, como es la libertad, y no obstante que en efecto a veces tiene ese carácter – cuando no se impone pena- debe reconocerse que su ejecución afecta de manera inmediata y directa el derecho sustantivo de la libertad. Además esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20 fracción X, párrafo tercero de la Ley Fundamental al decir que *En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención*. Es decir en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas”. Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de Enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, Marzo de 1998. Tesis P. XIX/98. Página 94.

Fernando García Cordero⁴⁶ nos explica el significado de estos dos vocablos: *Cautela* se deriva de *cavere* que significa diligencia, previsión o precaución, y *providencia* es un sinónimo de resolución judicial de mero trámite.

Las medidas cautelares se definen entonces como “*Actos que tienen por objeto garantizar el desarrollo normal del proceso y, por lo tanto la eficaz aplicación del jus puniendi*”.⁴⁷

El autor argentino Raúl Washington Abalos⁴⁸ expresa que la prisión preventiva contradice el principio de inocencia, por ello exige este principio que aquella sea solamente una medida cautelar, (no una pena) autorizada con el fin de evitar el peligro de “un daño jurídico”: que el imputado, en libertad, consiga burlar la ley, ocultando la verdad o eludiendo la sanción.

Efectivamente, no deben otorgarse fines materiales a esta privación de libertad, por cuanto la prisión preventiva opera únicamente como medida cautelar y por ende sólo puede tener fines procesales⁴⁹.

6.4 Naturaleza jurídica de la prisión preventiva en el Derecho comparado.

En sentido negativo, algunas legislaciones extranjeras expresan la naturaleza de la prisión preventiva.

Por ejemplo en Chile, por la redacción de la ley se deduce que la prisión provisional no es una pena cuando establece en el artículo 150 del Código Procesal Penal lo siguiente: “*La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales diferentes de los que se ocuparen para los*

⁴⁶ García Cordero, Fernando. *La prisión preventiva en la legislación secundaria*. Cuadernos de Política Criminal. Manual Porrúa. México 1987. Pág. 300.

⁴⁷ Lima Lopes, Aury Celso Junior. *Fundamento, Requisito e principios gerais das prisoes cautelares*. <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0005.html>.

⁴⁸ Washington Abalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal. Tomo III* Ediciones Jurídicas Cuyo Mendoza Argentina. Pág. 35.

⁴⁹ de la Rosa, Mariano R.. *Legitimidad de la restricción a la procedencia de la excarcelación*. <http://diariojudicial.com/articulo.asp?ID=4077>

condenados y se cumplirá de tal manera que no adquiriera las características de una pena".⁵⁰

El código penal español de 1928 en el artículo 86 establece: " ⁵¹ No se reputarán penas: 1º *La detención y la prisión preventiva...*"

También existen leyes que se ocupan de la figura de la prisión preventiva y la incluyen específicamente dentro de las medidas cautelares.

El Código Procesal Penal de Paraguay ⁵²en el Título denominado Medidas Cautelares de carácter personal menciona dentro del artículo 239 que:

"La policía nacional podrá aprehender a toda persona comprendida dentro del los siguientes casos:..3) Cuando existan suficientes indicios de su participación en un hecho punible y se trate de casos en los que procede la prisión preventiva".

En el mismo Código, en el artículo 254 se expresa: *"La prisión preventiva se cumplirá de tal manera que no adquiriera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las imprescindibles para evitar la fuga o la obstrucción de la investigación, conforme a las leyes y a los reglamentos penitenciarios"*

El Código de Procedimiento penal de Ecuador⁵³ establece.

Artículo 160: *Las medidas cautelares de carácter personal son: la detención y la prisión preventiva. Las medidas cautelares de carácter real son la prohibición de enajenar bienes, el secuestro, la retención y el embargo.*

⁵⁰ Medina Jara, Rodrigo. *La prisión preventiva en la historia fidedigna del establecimiento del código procesal penal*. http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/rodrigo_medina.doc

⁵¹ Jiménez de Asúa, Luis. Obra citada p. 482.

⁵² Código Procesal de Paraguay. http://itacom.com.py/ministerio_publico/codigo_procesal/libro4_titulo2.html

⁵³ Código de procedimiento penal de Ecuador. 13 de Enero de 2000. http://www.justiciacriminal.cl/cpp/codigo_ecuador.doc

Por su parte el Código penal de Panamá⁵⁴ en su artículo 2147B señala: “Las medidas cautelares son:

- a. *La prohibición al imputado de abandonar el territorio...*
- b. *El deber de presentarse periódicamente ante una autoridad pública*
- c. *La obligación de mantenerse recluido en su propia casa o habitación...*
- d. *La detención preventiva*

La doctrina reconoce como los principios más importantes que rigen la aplicación de las medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva (además de que deben ser dictadas por un juez), las siguientes⁵⁵:

- a) *Provisionalidad o temporalidad: Por su misma naturaleza deben servir para tutelar temporalmente una situación, hasta que se dicte una sentencia o desaparezcan los motivos que motivaron su imposición. Por lo tanto como medida provisoria la prisión preventiva debe ser breve, la ley debe determinar el plazo de duración de esta medida para evitar abusos.*
- b) *Excepcionalidad: Las medidas cautelares están colocadas en un punto muy crítico, de difícil equilibrio entre dos intereses aparentemente opuestos, sobre los cuales gira el proceso penal: el respeto a la libertad del preso por un lado, y por otro la represión de los delitos como medio para restablecer el orden o la paz social. No existe una medida que cause mayor desgracia social o jurídicamente que una medida cautelar que prive de la libertad a alguien. Por ese motivo tales instrumentos deben ser utilizados con mucho cuidado por parte de los jueces y deben ser excepcionales, es decir no deben tornarse en una rutina.*
- c) *Proporcionalidad. Esta medida que afecta la libertad individual, deberá ser proporcional a la gravedad de la falta o sanción que podrá ser aplicada.*

En un estudio realizado por el Gobierno de Buenos Aires, se explica que la proporcionalidad en las medidas cautelares implica que debe haber una

⁵⁴ Carrasquilla S, Orlando. *Detención preventiva o Condena anticipada*
http://legalinfo-panama.com/articulos/articulos_32htm

⁵⁵ Lima Lopes Aury Celso Junior *Fundamento, requisito e principios gerais das prisoes cautelares.* <http://www.ambitojuridico.com.br/aj/dpp0005.html>

adecuada relación del hecho que se imputa, con lo que se busca garantizar⁵⁶ y que la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca podrá ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, por lo que si se tratare de delitos que tienen penas menores no debe aplicarse la prisión preventiva.

- d) *Instrumentalidad. La característica principal es no tener un fin en sí misma. Por lo que si el imputado intenta amenazar o sobornar a testigos o borrar los rastros del delito, se permite restringir su libertad de locomoción mediante la detención. Es solo un medio para asegurar el logro de otros fines: los del proceso.*
- e) *Revisabilidad. Su imposición depende de una determinada situación de hecho, existente al momento de adoptar esta medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación.*

A propósito de los principios que deben regir en la aplicación de las medidas cautelares, en el mencionado código procesal de Paraguay se establece lo siguiente:

Artículo 242 "PRISIÓN PREVENTIVA. *El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable (principio de excepcionalidad) y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:*

1. *Que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave; (principio de proporcionalidad)*
2. *Que sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible; y (principio de excepcionalidad)*
3. *Cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia*

⁵⁶ *Medidas cautelares personales.* <http://www.fiscalia.gov.bo/icmp/curso-inductivo/6.htm>

de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación” (principio de instrumentalidad)

Un ejemplo del *principio de revisabilidad* lo tenemos en el artículo 250 del mismo código que dice *“El juez examinará la vigencia de las medidas cautelares privativas de la libertad cada tres meses, y en su caso las sustituirá por otras menos gravosas atendiendo la naturaleza del caso o dispondrá la libertad”*

Un ejemplo del *principio de provisionalidad* se encuentra en la Constitución Política de la República del Ecuador⁵⁷, en la que se menciona en su artículo 8 lo siguiente:

“ La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce de la causa”.

Observando la información antes descrita y comparándola con la realidad existente en nuestro país, se puede reflexionar que la naturaleza de la prisión preventiva no está determinada expresamente en la ley, medida que se considera debe estar reglamentada, pues por el hecho de aplicarse a personas que no han sido declaradas responsables penalmente, merece una mayor atención por parte del legislador.

Sirve de apoyo a lo anterior lo manifestado por García Cordero⁵⁸, quien se queja de que la legislación penal mexicana no dedica un capítulo especial a las providencias cautelares, nos recuerda que mientras que en materia civil la finalidad del proceso cautelar es alcanzar un arreglo provisional del litigio

⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador. <http://ecuanex.net.ec/constitucion/titulo03.html>

⁵⁸ García Cordero, Fernando. Obra citada. Pág. 304

asegurando el bien jurídicamente protegido y el objeto de este aseguramiento es una cosa, en materia penal el objeto de la medida son seres humanos.