

7. PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

7.1 Presupuestos de la prisión preventiva en México.

La prisión preventiva cuyo fundamento es el artículo 18 constitucional en el que se prevé que "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva" es a su vez el efecto jurídico de una resolución judicial básica en el proceso penal:⁵⁹ el auto de formal prisión que es regulado por el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Por constituir el fundamento de la figura en estudio, a continuación se transcribe textualmente el artículo 19 de la Constitución General de la República:

" Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Ese plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre internado que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de la prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela del proceso

⁵⁹ García Ramírez, Sergio. *Constitución Federal Comentada*. Editorial Porrúa S. A. México 2000. Pág. 224

apareciere que se ha cometido delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse acumulación, si fuera conducente, plazo que podrá ampliarse a solicitud del indiciado

Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.”

El artículo mencionado se refiere:

- a) Al término de setenta y dos horas que tiene el juez para justificar la detención de una persona, plazo que podrá ampliarse a petición del indiciado y que corre a partir de que éste es puesto a disposición de la autoridad judicial por el agente del ministerio público;
- b) Al contenido de la formal prisión, en la que deberán mencionarse datos como el delito que se impute al acusado, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del delito, que deberán ser suficientes para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.
- c) A que la prolongación de la detención en perjuicio del reo será sancionada por la ley penal, ordenándose que los custodios del lugar en que el indiciado esté detenido, llamen la atención del juez que se demore en justificar la detención con el auto de formal prisión, si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, las autoridades carcelarias tienen la obligación de poner al reo en libertad.
- d) A que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión; si durante el proceso aparece un delito distinto del señalado en el auto de formal prisión deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si procede.
- e) Señala la prohibición de malos tratos en los penales, los abusos serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Por su parte, la Constitución del Estado de Nuevo León en su artículo 18 en similares términos establece:

"Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la Ley Penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

La diferencia sustancial que se desprende del artículo transcrito con respecto al 19 de la Constitución Federal, es con respecto a los elementos del tipo, cuya comprobación se pide para poder dictar el auto de formal prisión, contrario a lo establecido por la Ley Suprema, que exige que se compruebe el cuerpo del delito para el mismo efecto.

Por su parte, el artículo 212 del Código de Procedimientos Penales en el Estado de Nuevo León, señala que:

"... Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculcado quede a disposición del juez, éste resolverá la situación jurídica de aquél con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso o de libertad en su caso.

La formal prisión se pronunciará cuando se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que se haya tomado la declaración preparatoria del inculcado... o bien que conste en el expediente que se rehusó a declarar;
2. Que el delito que se impute al inculcado tenga señalada sanción privativa de libertad y de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo; y
3. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del inculcado..."

Aquí aparecen como requisitos además de los ya mencionados, que el delito que se impute al inculcado tenga señalada sanción privativa de libertad y que se haya tomado la declaración preparatoria del inculcado, misma que "Tiene como finalidad informar al inculcado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos" ⁶⁰, o bien que conste en el expediente que se negó a declarar.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta resolución García Ramírez⁶¹ expresa que dentro del proceso, el juez adopta dos tipos de resoluciones, y éstas son:

- a) Las sentencias que resuelven el fondo del conflicto; y
- b) Los autos que deciden otras cuestiones, y que son necesarios para el desarrollo del proceso.

Dice el mismo autor que dentro de los autos está el de formal prisión que involucra una medida cautelar que afecta la libertad del individuo, debiéndose entender dicha medida cautelar como una "*Restricción impuesta al disfrute de*

⁶⁰ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa. S.A. México 1980. Pág. 270.

⁶¹ García Ramírez, Sergio. *Constitución Política Mexicana Comentada*. Editorial Porrúa. México 2000. Pág. 225

ciertos bienes y derechos -como la libertad de movimiento o la disposición del patrimonio- con el propósito de asegurar la buena marcha del proceso”.

Con respecto a los requisitos, son dos las clases de elementos que debe contener el auto de formal prisión: elementos de forma y elementos de fondo.

Los requisitos de forma se llaman así por tener un carácter accesorio⁶².

Estos requisitos son: la fecha y hora exacta en que se dicte el auto de formal prisión; la expresión del delito o delitos por los que se deberá seguir el proceso; el nombre del juez que dicte la determinación y el del secretario que autoriza.

Los requisitos de fondo son el cimiento de esa resolución judicial y consisten en:⁶³

- a) Comprobar el cuerpo del delito (delito que deberá tener señalada sanción privativa de libertad).
- b) Comprobar la probable responsabilidad del indiciado.

En cuando a la importancia de los requisitos de forma y de fondo la jurisprudencia⁶⁴ expresa las siguientes tesis:

“Auto de Formal Prisión. Efectos del Amparo que se concede contra el. Para dictar un auto de formal prisión, son indispensables requisitos de fondo y forma que la Constitución señala y si faltan los primeros, esto basta para la concesión absoluta del amparo; pero si los omitidos son los de forma, la protección debe otorgarse para el efecto de que se subsanen las deficiencias relativas.”

Tomo XXVII-Sánchez Román, Pág. 1636.

Tomo XVIII- Navarrete German, Pág. 794.

Tomo XXXI- Aguilar Gonzalo, Pág. 1332.

Tomo XXXIV- Mátiar y Fádul José, Pág. 1080.

Tomo LXXII – Álvarez Francisco, Pág. 4730.

⁶² Portillo Avendaño, Isidoro. *El auto de formal prisión.*

<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/Portillo%Isidoro-El%20auto.htm>

⁶³ García Ramírez, Sergio. *Constitución Federal Comentada.* Editorial Porrúa. Pág 230

⁶⁴ López Moreno, Audiel. *El auto de formal*

prisión. <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Lopez%20Audiel-Formal%20prision.htm>

Jurisprudencia 37 (Quinta Época) página 96, sección primera, Volumen 1º Sala Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 En la compilación de fallos de 1917 a 1954 (Apéndice al tomo CXVIII) se publicó con el mismo título, número 159, página 339 Tesis de jurisprudencia definida número 40. Apéndice 1917-1975. Segunda parte, Primera Sala, Pág. 92.

Tesis relacionada. Auto de Formal Prisión, examen de los requisitos de fondo del, en el amparo. Cuando el amparo se concede en contra del auto de formal prisión, tratándose de requisitos de fondo, el efecto del amparo debe consistir en que la autoridad responsable revoque el auto de prisión preventiva y decrete la libertad del acusado, por falta de méritos. Amparo en revisión 2531/90. Cristina de la Cruz Estrada, 30 de Enero de 1991, Unanimidad de votos, Ponente: Raúl Solís, Secretario: Joel Alfonso Sierra Palacios, Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Tomo VII, marzo de 1991, Pág. 121.

De lo anterior se deduce que sin los requisitos de fondo, no tiene razón de ser el auto de formal prisión.

Por su importancia, derivada de que este auto tiene como una de sus consecuencias el que se justifique la prisión preventiva, es conveniente abordar solo los requisitos esenciales.

Un requisito de fondo, como ya se mencionó es la comprobación del cuerpo del delito, en su caso los elementos del tipo.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia definió al cuerpo del delito como *“El conjunto de elementos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente en la ley penal”* (apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1998, Segunda Parte, página 978).

Ortolán⁶⁵ menciona que “*El cuerpo del delito es todo fenómeno en que interviene el ilícito penal, que se produce en el mundo de relación y que puede ser apreciado sensorialmente o, en otros términos, es el conjunto de los elementos físicos eminentemente materiales, ya sea principales, ya accesorios, de que se compone el delito*”.

En cuanto a los elementos del tipo, cuya comprobación se requería anteriormente en la Constitución (1993) y que todavía aparece en la legislación del Estado de Nuevo León, la doctrina considera que los elementos que pueden integrar los diversos tipos penales, se reducen a tres ⁶⁶:

- a) Elementos reales o materiales, que son aquellos que pueden ser percibidos por los sentidos, incluyendo la conducta y el resultado, pero también, circunstancias de modo, lugar y personas, fácilmente comprensibles.
- b) Los elementos normativos o valorativos, que si bien tienen manifestaciones externas, que pueden ser captadas por los sentidos, su concepto resulta más elaborado por la cultura que por los fenómenos materiales o reales, como sería el caso de la pubertad, la honestidad, la edad, el parentesco y hasta el carácter de funcionario público.
- c) Los elementos subjetivos que no son otra cosa que manifestaciones específicas del dolo, mucho más cercanos al concepto de culpabilidad que al del cuerpo del delito, como ocurre en el ánimo de injuriar, la falta de intención de llegar a la cópula, en los abusos deshonestos, el propósito de engañar en los delitos de fraude.

⁶⁵ Citado por González Quintanilla, José Arturo. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa S.A. México 1991. Pág. 555.

⁶⁶ Soto Lamadrid, Miguel Angel *El cuerpo del delito*. Revista Informativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado. http://pgjeson.gob.mx/Pdfs/rpjj0203_pg24-33.pdf

Sobre las reformas a la Constitución Federal con las que se volvió al cuerpo del delito después de que se exigían los elementos del tipo, se cuenta con el siguiente estudio realizado por Arturo Cedillo ⁶⁷ quien menciona que con la actual contrarreforma constitucional de 1999 se retorna al antiguo requerimiento procesal (1993) para el dictado de una formal prisión: la demostración únicamente de los elementos objetivos o externos que constituyen el delito. Comenta el mismo autor que para justificar la contrarreforma, en la exposición de motivos de dichas modificaciones, se hizo valer lo siguiente:

“La exigencia de comprobar los elementos del tipo no corresponde plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano, y su inclusión como requisito para girar una orden de aprehensión o para decretar un auto de formal prisión evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando mayor delincuencia e impunidad”. Respecto a lo expresado en la exposición de motivos, Arturo Cedillo expresa lo siguiente:

“Por el contrario dicha reforma provoca una inseguridad que pudiera llamarse oficial, para distinguirla de aquella común, la que desgraciadamente todos sufrimos en las escuelas, centros de trabajo etc. pues ahora con toda facilidad es posible jurídicamente que una autoridad judicial pueda decretar una orden de aprehensión o un auto de formal prisión con la sola acreditación de los elementos objetivos o externos del tipo penal (pues coincidentemente es el más sencillo de demostrar), y sin que se exija que se demuestre la parte subjetiva del tipo penal, sino que únicamente se deduzca su participación en el hecho material; con ello se incrementa la inseguridad del gobernado, pues con el más mínimo requisito es posible que sea objeto de un acto de molestia por parte de una autoridad judicial y ello desde luego debe provocar inseguridad, misma que es impropia de todo estado de derecho, particularmente de todo régimen que se diga democrático y liberal”.

En el mismo sentido existe la siguiente tesis aislada:

⁶⁷ Cedillo Orozco, Arturo. *Reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales*. <http://pgj.jalisco.gob.mx/revista/enermarz/reforma.htm>

“Auto de Formal Prisión, el artículo 87 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero, tiene aplicación preferente al artículo 19 constitucional por otorgar mayores prerrogativas al inculcado en el dictado del.

De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del 8 de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para dar por comprobado el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo el artículo 87 del código de procedimientos penales para el Estado de Guerrero, aún exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no solo los elementos objetivos, sino también los normativos y subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculcado, toda vez, que en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente la aplicación de la norma local”. Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo en revisión 71/2001. 22 de Marzo de 2001. Unidad de votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XIII, Mayo de 2001. Tesis XXI.3º.2. P. Página 1090.

En el Estado de Nuevo León, tanto en la Constitución como en el Código de Procedimientos Penales, se establece como uno de los requisitos para dictar el auto de formal prisión que se comprueben los elementos del tipo; sin embargo, los jueces al dictar el referido auto, se fundamentan en la existencia del cuerpo del delito, lo anterior de acuerdo con el principio de supremacía constitucional que se desprende de los siguientes artículos de la Constitución Política Federal:

41. *“El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”.*

133. *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”.*

Se cuenta también con la siguiente tesis aislada que apoya el principio de supremacía constitucional:

“ Por su parte el artículo 64 del Código de Procedimientos penales vigente en el Estado de Guerrero, en lo conducente dispone que el tipo penal se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determina la ley. De lo anterior deriva que no obstante la reforma efectuada al precepto constitucional citado, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de Marzo de mil novecientos noventa y nueve, vigente a partir del día siguiente, la ley secundaria aludida no ha sido actualizada, pues sigue refiriéndose a los elementos del tipo penal y no al cuerpo del delito como lo establece el precepto constitucional. Por ello dada el principio de supremacía constitucional plasmado en el artículo 133 de nuestra Carta Magna, los jueces del Estado de Guerrero se encuentran obligados a dictar los autos de formal prisión acorde a los requisitos que exige el artículo 19 constitucional para tener por comprobado el cuerpo del delito, no los elementos del tipo penal consignados en la ley secundaria referida, ya que esta se contrapone a la Ley Suprema, pues mientras que el cuerpo del delito exige únicamente se acrediten los elementos

objetivos del delito, los elementos de tipo penal requieren del acreditamiento de todos los elementos objetivos, normativos y subjetivos” Cuarto Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo en revisión 7/2000. 2 de Octubre de 2000. Unanimidad de votos. Novena Época. Semanario Judicial y su Gaceta. Tomo XIII, Enero de 2001. Tesis XXI. 4° 1P. Página 1686.

Continuando con los requisitos de fondo, la presunta responsabilidad del procesado es otro de los requerimientos constitucionales y legales para que se dicte el auto de formal prisión.

Al respecto, Guillermo Colín⁶⁸ dice que existe probable responsabilidad “*Cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso correspondiente*”. Es decir, que debe tenerse por comprobada la probable responsabilidad cuando existen indicios o sospechas que hagan presumir que una persona tuvo intervención en el delito que se le atribuye.

De lo antes mencionado se desprende que no es necesaria la existencia de pruebas plenas para dictar el auto de formal prisión.

Sobre el mismo tema existe la siguiente jurisprudencia⁶⁹:

“Auto de formal prisión. Para motivarlo la ley no exige que se tengan pruebas completamente claras que establezcan de modo indudable la culpabilidad del reo; requiere únicamente, que los datos arrojados por la averiguación sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”.

Quinta Época.

Tomo II. Pág. 1274. Piña y Pastor Ignacio.

Tomo IV. Pág. 767. Ostria Mariano y Otilio.

⁶⁸ Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. Pág. 287.

⁶⁹ López Moreno, Audiel. *El auto de formal prisión*.

<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/Lopez%20Audiel-Formal%20prision.htm>

Tomo V. Pág. 195. Aguilar Manuel.
Tomo X. Pág. 217. García Macario.
Tomo VII. Pág. 674. Guerrero Javier.
Apéndice 1917-1985, novena parte. Pág. 87.

Es precisamente el hecho de que sea suficiente que se compruebe que se cometió un delito y la *probable* responsabilidad del imputado, es decir la sospecha de que este es autor de la conducta delictuosa, para que se ordene la privación de su libertad personal, lo que en el presente estudio se considera constituye una contradicción al principio de inocencia, principio que se desprende de lo establecido en la Carta Magna en su artículo 14: *“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos”* y del artículo 26 del Código penal del Estado de Nuevo León en donde se dispone: *“Toda persona acusada de delito se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley..”*

No se ignora que el problema de la prisión preventiva es una situación difícil, pues está relacionado con la tensión existente entre las necesidades del Estado de aplicar el derecho penal y el debido respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Al respecto, en un estudio realizado en Costa Rica sobre este tema⁷⁰ y que bien puede aplicarse a nuestra realidad social, se expresa lo siguiente: *“Lamentablemente se ha respondido al fenómeno del aumento de la delincuencia de una manera bastante represiva, y la principal solución por la que se propugna es el aumento de las penas y la detención permanente de los supuestos infractores desde el inicio del proceso. Sin embargo la historia ha demostrado que los sistemas más represivos, caracterizados por desconocer los derechos de los acusados, lejos de haber sido eficientes para tutelar*

⁷⁰ Sánchez Romero, Cecilia. *La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho*.
<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/sanch14.htm>

derechos fundamentales, produjeron un aumento de la criminalidad y de la impunidad”.

Se continúa diciendo en el mismo documento, que “En un régimen democrático, la delincuencia solo puede reprimirse a través de los procedimientos previamente establecidos, de conformidad con los principios de respeto a la dignidad humana.

En este sentido es indispensable que, si en la etapa procesal instructora, con el objeto de proteger los fines del proceso y mantener vinculado a quien se somete al mismo, se debe restringir su libertad, solamente se pueda tomar tal determinación como última ratio, con las formas y límites que el propio ordenamiento ha establecido, dentro del orden sistemático que conforma el debido proceso”.

Por otra parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.3 establece⁷¹: *“La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”*

De acuerdo con lo aprendido, en nuestro derecho penal no se contemplan más requisitos para dictar la formal prisión que los consistentes en comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado.

Lo anterior es preocupante sobre todo si se toma en cuenta lo que dice al respecto García Cordero⁷² *“Los autos de formal prisión son en ocasiones débiles por la carencia de elementos. La simple imputación contra la categórica negativa del detenido -a pesar de los códigos, jurisprudencia y del sentir del*

⁷¹ Política de México en Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
<http://www.ser.gob.mx/derechoshumanos/PactoCyP.htm>

⁷² García Cordero, Fernando. Obra citada. Pág. 322

constituyente - es suficiente para privar de la libertad a un individuo, quien las más de las veces demuestra a través del proceso, su inocencia”.

Sobre la justificación de que exista esta figura en el Derecho se transcribe la siguiente tesis aislada:

“Prisión preventiva. Es una excepción a las garantías de libertad y de audiencia previa, establecida constitucionalmente. Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1° de la Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados por pena privativa de libertad. Así, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, así como al principio de presunción de inocencia, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad”. Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de Enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Novena Época. Pleno de la Suprema Corte. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, Marzo de 1998. Tesis P.XVIII/98. Página 28.

Además de los requisitos exigidos por la Constitución y por la Ley para que se dicte el auto de formal prisión, la opinión que pretende sustentarse en este estudio es de que deben establecerse restricciones para privar preventivamente a los acusados de algún delito; pues si la medida de que se habla como su nombre lo dice es provisional, además la doctrina y la jurisprudencia la

clasifican como una medida cautelar para asegurar la presencia del imputado a juicio, ésta debe aplicarse solo en caso necesario y por el tiempo estrictamente indispensable, pues no se debe perder de vista que prisión preventiva significa privación de un derecho fundamental en el ser humano; como dice el autor costarricense Daniel Pastor⁷³ *“El encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado”*

También para Antonio Beristáin⁷⁴ la prisión preventiva solo debe permitirse en casos excepcionales y debe requerirse resolución judicial motivada, con posibilidad de futura indemnización. La privación de libertad no debe ser un castigo.

Por su parte Clariá Olmedo⁷⁵ al abordar el tema de la excepcionalidad de la prisión preventiva afirma lo siguiente *“El principio de inocencia suministra al legislador el verdadero fundamento y el carácter de toda restricción a la libertad del imputado: si este es inocente hasta que una sentencia firme declare su culpabilidad, la libertad solo puede ser restringida a título de cautela o como medida de seguridad, solo cuando sea indispensable para asegurar la actuación efectiva de la ley penal”*.

⁷⁶ En el mismo orden de ideas, Vicente José Martínez Pardo expresa que esta institución debe inspirarse en los siguientes principios:

- a) Debe acordarse por la autoridad judicial;
- b) Únicamente debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y

⁷³ Citado por Sánchez Romero, Cecilia. *La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho*. <http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2014/sanch14.htm>

⁷⁴ Beristáin, Antonio. *El delincuente en la Democracia*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1985. Pág. 94

⁷⁵ Citado por Londoño Jiménez, Hernando. *De la captura a la excarcelación*. Editorial Temis Librería. Bogotá Colombia. 1983. Pág. 120.

⁷⁶ Martínez Pardo, Vicente José. *La prisión provisional. Principios y Fines constitucionales*.

c) Nunca debe aplicarse con fines punitivos.

Dice el mismo autor que *“En cuanto regla de juicio la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, donde existen indicios racionales de criminalidad, pues de lo contrario vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto podría desvanecerse”*.

En el párrafo que se transcribe a continuación, Cesar Beccaria ⁷⁷ habla de los requisitos necesarios para que alguien quede detenido previo a la sentencia:

“La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a diferencia de todas las demás, a la declaración del delito; pero este carácter diferencial no le quita el otro esencial, a saber, que solo la ley determine los casos en que un hombre es digno de pena. La ley, pues, determinará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a un examen o a una pena. La fama pública, la fuga, la confesión extrajudicial, la de un compañero de delito, las amenazas y constante enemistad con el ofendido, el cuerpo del delito y otros indicios similares, son pruebas suficientes para capturar a un ciudadano”.

Olga Islas Magallanes⁷⁸ menciona que la prisión preventiva debe aplicarse como medida de seguridad grave y extrema, en casos verdaderamente excepcionales, en los que esté plenamente justificada la necesidad social de preservar el proceso y el cumplimiento efectivo de la pena.

<http://www.uv.es/~ripj/6pri.htm>

⁷⁷ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editorial Temis. Bogotá Colombia. 1990. Pág. 11

⁷⁸ Citado por Barrita López, Fernando A. Obra citada. Página 97.

Francisco Carrara ⁷⁹ respecto a este tema opina que *“La prisión preventiva indiscriminada es una de las causas de la sobrepoblación carcelaria. El abuso de la prisión preventiva contribuye a una deformación o mala formación del sistema penitenciario. Su excesiva e indebida prolongación tiene otro efecto perturbador. Por su imputación al cumplimiento de la pena impuesta, el tiempo efectivamente disponible para el tratamiento penitenciario, que sólo podrá comenzar a partir de la recepción del título ejecutivo, resulta en la práctica considerablemente reducido y no sólo tratándose de penas cortas”* y recomienda: *“Aclarar lo más posible y abreviar las cárceles preventivas, reducirlas dentro de los límites de la más estricta necesidad, estructurarlas de manera que no sean tirocinio de pervertimiento moral”*; y hace votos para que a los estudios de las cárceles penales se acompañen los estudios sobre las cárceles para encausados e insiste en que *“Mientras no se coloque en primer plano y con la prioridad máxima la correcta organización de las cárceles para procesados, es decir impedir que la prevención corrompa, es utópico pretender o esperar que la punición corrija”*.

Tomando en cuenta que la prisión preventiva debe aplicarse solo en casos de medida de seguridad grave y extrema, se propone que se reserve la prisión preventiva para los delitos que el código penal considere como graves, por ser de mayor impacto social, por lo que el artículo 18 constitucional que establece: *“Solo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”* podría quedar como sigue: *“Solo por delitos considerados como graves por la ley, habrá lugar a prisión preventiva”*.

⁷⁹ Citado por García Basalo, J. Carlos. *¿A donde va la prisión?*. Revista Mexicana de Ciencias Penales. Estudios Penales en Homenaje al Dr. Alfonso Quiróz Cuarón. Año III, Julio 1979-Junio 1980.No. 3 México. Pág. 156.

7.2 Presupuestos de la prisión preventiva en el derecho comparado.

En otros países, el uso de la prisión preventiva está más restringido, porque el legislador es más explícito en cuanto a requisitos para ordenar esta medida.

A continuación se mencionan leyes y en su caso doctrinas extranjeras, en las que se puede advertir que los requisitos o presupuestos para ordenar la prisión preventiva se extienden más allá de la simple comprobación del delito y de la probable responsabilidad del imputado, exigiéndose además de los elementos citados, que la privación de la libertad sea indispensable para la realización del proceso, o que la libertad del reo constituya un peligro para el orden público.

La Constitución de Chile⁸⁰ en su artículo 19.7 establece:

e) "La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad..."

Por su parte el artículo 140 del Código procesal penal de ese mismo país ⁸¹ establece lo siguiente:

El Tribunal a petición del ministerio público o del querellante podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito.*
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y*
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad*

⁸⁰ Constitución de Chile 1980. <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Chile/chile89.html>

⁸¹ Nuevo Código Procesal Penal de Chile. Octubre 2000.
<http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/chile/ncpp.htm>

del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”

La Constitución de Paraguay⁸² en su artículo 19 dispone:

“La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio”

El código de Procedimiento penal de Colombia⁸³, dice en su artículo 3:

“La detención preventiva, en los términos regulados en este código, estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad”.

En una sentencia del Tribunal Constitucional en España⁸⁴ se resolvió lo siguiente:

“Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de Febrero de 2000, sobre prisión preventiva y posible inconstitucionalidad de la regulación de los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La prisión preventiva, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines”

La Constitución de Venezuela⁸⁵ establece el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva:

Artículo 44.1 “Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. Será juzgada en

⁸² Constitución de la República de Paraguay. 20 de Junio de 1992
<http://www.constitution.org/cons/paraguay.htm>

⁸³ Código de procedimiento penal de Colombia. <http://www.justiciacriminal.cl/codigos.htm>

⁸⁴ Jurisprudencia. http://www.nodo50.org/ala/sin_la_venia/jurisprudencia.htm

libertad, excepto por las razones determinadas por la ley y apreciadas por el juez o jueza en cada caso.”

El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela⁸⁶, en su artículo 259 se menciona:

El juez de control, a solicitud del ministerio público, podrá decretar la privación preventiva de libertad del imputado siempre que se acredite la existencia de:

1° Un hecho punible que merezca pena privativa de libertad y cuya acción penal no se encuentre evidentemente prescrita;

2° Fundados elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe en la comisión de un hecho punible;

3° Una presunción razonable, por la apreciación de las circunstancias del caso particular, de peligro de fuga o de obstaculización en la búsqueda de la verdad respecto de un acto concreto de investigación”.

El Código Procesal Penal de Costa Rica⁸⁷ establece en su artículo 238:

“ La prisión preventiva solo podrá ser acordada conforme a las disposiciones de este código, mediante resolución judicial fundada, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley. Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados”.

En un ensayo elaborado por un profesor de Argentina⁸⁸ se hace alusión al carácter limitativo de la prisión preventiva en Corea:

“En el Código de Procedimiento penal de la República de Corea se expresa que solo se adoptarán medidas coercitivas cuando lo autorice ese cuerpo legal, y en dicho caso, solamente en la mínima medida necesaria”.

⁸⁵ Constitución de Venezuela 1999.<http://Georgetown.edu/pdba/constitutions/Venezuela/ven1999.html>

⁸⁶ Código Orgánico Procesal de Venezuela. 23 de Enero de 1998.
<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/copp.html>

⁸⁷ Código procesal penal de Costa Rica 1 de Enero de 1998
http://www.justiciacriminal.cl/cpp/cpp_rica_.doc

⁸⁸ Gialdiano, Rolando E.. *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*.

En las siguientes legislaciones, aparte de que debe haber suficientes elementos de convicción de que se cometió el delito, de peligro de fuga o que la libertad del procesado sea un peligro para la sociedad, un requisito esencial para la prisión preventiva, es la pena de prisión correspondiente al delito por el que se procesa.

De acuerdo a la doctrina, en el Nuevo Código de Procedimiento Penal de Bolivia⁸⁹ se establecen excepciones para la procedencia de la detención preventiva

El artículo 232 dice: “ *No procede la detención preventiva:*

1. *En los delitos de acción privada;*
2. *En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad;*
3. *En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años”.*

La misma ley establece en su artículo 233:

“... El juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o querellante, cuando concurren los siguientes requisitos:

1. *La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y*
2. *La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso y obstaculizará la verdad”.*

Código Judicial de Panamá⁹⁰.

Artículo 2148. “ *Cuando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de dos años de prisión, o cuando el autor o partícipe ha sido sorprendido en flagrante delito, se podrá decretar su detención preventiva, previo cumplimiento de las formalidades previstas en este código.*

<http://www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm>

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Ley de 15 de Marzo de 1999.<http://www.cejamericas.org/newsite/cpp.htm>

En ningún caso podrá decretarse prisión preventiva cuando se proceda por delitos contra el honor”.

En la Constitución de la República Portuguesa⁹¹ se menciona lo siguiente:

Artículo 27.

“1. Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad.

2. Nadie puede ser total o parcialmente privado de su libertad, salvo a consecuencia de sentencia judicial condenatoria por acto castigado por la ley con pena de prisión o de aplicación judicial de una medida de seguridad.”

3. Se exceptúa de este principio la privación de libertad, por el tiempo y en las condiciones que la ley establezca en los casos siguientes:

a. Detención en flagrante delito:

b. Detención o prisión preventiva por fuertes indicios de haberse cometido un delito doloso al que corresponda pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años..”

⁹² El Código de procedimientos penales Francés dispone en su artículo 144 lo siguiente:

En materia correccional si la pena incurrida es igual o superior a dos años de prisión, la detención provisional puede ser mantenida:

1° Cuando la detención provisional del inculpado es el único medio de conservar las pruebas o los indicios materiales o de impedir, sea una presión sobre los testigos, o bien una concertación fraudulenta entre inculpado y cómplices.

2° Cuando esta detención es necesaria para preservar el orden público del trastorno causado por la infracción o bien para proteger al inculpado. Para poner fin a la infracción o prevenir su repetición o para garantizar el mantenimiento del inculpado a la disposición de la justicia.

⁹⁰ Código Judicial de Panamá. 10 de Marzo de 1987.

http://www.cejamericas.org/newsite/codigos/cpp_panama.

⁹¹ Constitución de la República Portuguesa. Cuarta revisión 1997. http://www.cne.pt/legel/crp_es97..htm

⁹² Barranta López, Fernando A. Obra citada. Pág. 87

La detención provisional puede igualmente ser ordenada cuando el inculpado se sustraiga voluntariamente a las obligaciones del control judicial”

En un estudio realizado por investigadores estadounidenses⁹³, se encontró que en Italia, de acuerdo con el artículo 253 del Código de Procedimientos Penales, el juez *“Dictará mandamiento de prisión contra la persona acusada de:*

- 1. Haber cometido un delito contra la seguridad del Estado que tenga señaladas penas cuya gravedad varíe entre la privación de libertad durante cinco años mínimo y durante diez años o la reclusión perpetua como máximo;*
- 2. Haber cometido un delito que tenga señalada penas cuya gravedad varíe entre la privación de libertad durante cinco años como mínimo y quince años o la reclusión perpetua como máximo;*
- 3. Haber vendido o comprado esclavos;*
- 4. Haber traficado clandestina o fraudulentamente con estupefacientes;*
- 5. Haber falsificado moneda o haber gastado, utilizado o introducido en el Estado moneda falsa a sabiendas de su carácter”*

Por su parte el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente⁹⁴ celebrado en la Habana en 1990, en la resolución 17 sobre prisión preventiva enuncia entre sus principios los siguientes:

“Solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad.

⁹³ Botein, Bernard y J. Sturz, Hebert. *Libertad provisional y prisión preventiva*. Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Volumen 5. No. 2 Ginebra 1964. Pág. 272.

⁹⁴ Centro de Derechos Humanos. Subdivisión de prevención del delito y justicia penal. *Derechos Humanos y Prisión Preventiva*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra 1994. Pág. 1

“Antes de adoptar una decisión respecto de la prisión preventiva, se tomarán en consideración las circunstancias de cada caso, en particular, la índole y la gravedad del presunto delito, la idoneidad de las pruebas, la pena que cabría aplicar, así como la conducta y la situación personal y social del acusado, incluidos sus vínculos con la comunidad.

“No se ordenará la prisión preventiva si la consiguiente privación de libertad sería desproporcionada en relación con el presunto delito y la sentencia prevista.”

Al estudiar los requisitos que en otros países se exigen para decretar la prisión preventiva, se puede observar la omisión de nuestros legisladores en ese sentido, lo que debe corregirse, pues mientras en otras partes se establece que el proceso se seguirá mientras la persona conserva su libertad, restringiéndola solo en casos de extrema peligrosidad; para no obstaculizar la celebración del proceso; cuando sea necesaria para preservar el orden público; o bien se pide que la medida sea proporcional con relación al delito y la penalidad, en México, concretamente en el Estado de Nuevo León, en la ley (artículo 136 del Código de Procedimientos penales) se establecen únicamente como excepciones para privar de la libertad preventivamente: que se trate de mujeres embarazadas o en estado de puerperio o cuando la persona sea de setenta años de edad. Por lo que fuera de estos casos cualquiera puede ser detenido y por cualquier delito, basta que este merezca pena corporal de acuerdo con el artículo 18 constitucional, no importando que sea grave o no, ni la penalidad prevista para el caso por la ley.