

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS:

**“MEDIDAS PROCESALES ALTERNATIVAS
A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL
ESTADO DE MICHOACÁN”.**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

PRESENTA:

LIC. JOSÉ JESÚS CÁZAREZ RAMÍREZ.

DIRECTOR:

M. EN D. MARIO ALBERTO GARCÍA HERRERA.

MORELIA, MICHOACÁN, MAYO DE 2006.

A mi esposa Gina,
quien con su apoyo y cariño,
representó un eje fundamental
en el presente proyecto.

A mi nena Denisse Montserrat,
a quien con nada le pagaría
su existencia, que representa
una motivación profesional y humana
para ser siempre mejor.

A mis padres Cástulito y Teresita,
quienes siempre confiaron en mí
y de quienes recibí un apoyo
invaluable.

A mis hermanos: Javier, Humberto, Joel,
Efraín, Ma. de la Salud, Cástulo,
Maribel, Miguel Ángel y Alfredo,
por ser excelentes hermanos y amigos.

A mis maestros: Mario Alberto García Herrera,
José Becerril Leal y Lucas Guzmán Rosas.
a quienes debo el impulso y la
motivación para lograr
esta nueva meta.

A mi amigo Antonio Oropeza Zamora,
por su decidido apoyo y
confianza.

RELACIÓN DE GRÁFICAS.

-Anexo 1-

Gráfica número 1. Muestra la situación jurídica de la población carcelaria en México (año 2004), p. 201.

Gráfica número 2. Muestra el número de detenidos sin sentencia en México (año 2004), p. 202.

Gráfica Número 3. Muestra las personas detenidas sin sentencia y los delitos denunciados (años:1991 a 2004), p. 203.

Gráfica Número 4. Muestra la distribución de las sentencias condenatorias impuestas (año 2002), p. 204.

SYNTHESIS

The frequency of criminality in our country and in Michoacán has brought the raise in penalty sanctions and with that the raise of the restrictive measures of liberty. Applying the preventive prison in all accusations of a felony that has a corporal guilt. Damaging the presumption of innocence that is why it is necessary to propose alternatives to the measures of security in our state.

In consequence it is established that personal liberty must be a general rule and the preventive detention is the exception- last resort- in strict observation of the international agreement in which our country is adhered in terms of the 133 rule of the political constitution of the United Mexican States. There for the privation of the liberty of a person must be only preceded by the declaration of guiltiness in firm sentence.

Otherwise it notices that provisional prison does not reduce the problem of criminality. It is not useful in the repair of the damage and does not reduce the effect of crime. That is why in terms of a criminal politics functional there must be found new legal mechanisms, so that it could be a more just criminal law but above all more human.

**“MEDIDAS PROCESALES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN
PREVENTIVA EN EL ESTADO DE MICHOACÁN”**

I N T R O D U C C I Ó N

El presente trabajo de investigación, es motivado por el abuso que cotidianamente se comete contra las personas que son acusadas –sin estar acreditada su culpabilidad- por medio de la institución denominada *prisión preventiva*, o condena anticipada, atentando contra los más elementales derechos individuales y principios de derecho internacional a los que nuestro país se ha adherido en términos del numeral 133 de la Constitución Federal, como lo es el de presunción de inocencia.

De esta forma se establece en primer término en la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que no puede ser molestada una persona sino mediante juicio previo; y, en segundo orden se vulnera –con la aplicación de prisión preventiva- el principio de presunción de inocencia como se cita, que pareciera que en nuestro país al igual que algunos otros, “*toda persona es culpable de delito hasta en tanto se demuestre lo contrario*,” cuando la realidad internacional advierte que dicha medida –cautelar- debe ser la excepción a la regla general, presumiéndose inocente la persona acusada de un hecho delictivo, hasta en tanto se compruebe lo contrario.

Situación gravosa –la prisión preventiva- que repercute en varios ámbitos legales y personales del acusado, que bajo la hipótesis legal de obtener sentencia absolutoria, causa perjuicios irreparables en detrimento de todos los derechos consagrados en la propia Constitución, que únicamente

requisita su imposición a delitos que tengan señalada penal corporal, sin establecer o no la lesividad de la conducta, por lo que se pretende tratar este aspecto desde diferentes ángulos jurídicos de derecho común e internacional, y en tanto pretender justificar *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*.

De igual manera y una vez comprendida la finalidad y naturaleza de la prisión preventiva, se pretende analizar su concepción desde el derecho local e internacional, haciendo en un capítulo, un estudio de derecho comparado con República Dominicana, España, Alemania y nuestro país, por ser éstos países más garantista en la aplicación de la prisión preventiva y otros conceptos de naturaleza penal.

Asimismo y por tratarse de un trabajo propositivo, expondremos algunas medidas procesales alternativas a la *prisión preventiva* en delitos de menos lesividad social y en consecuencia justificar una posible reforma al artículo 18 de la Constitución Federal y leyes secundarias, tomando en cuenta aspectos jurídicos y humanos en el análisis y estudio de esta Institución y observando los diferentes puntos de vista de tratadistas extranjeros respecto a la legitimidad de la imposición de la figura jurídica enunciada, vinculada forzosamente al derecho internacional.

Así el presente trabajo se desarrollará metodológicamente con los puntos del diseño de investigación señalado por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para la Elaboración de la Tesis de Grado.



Lic. José Jesús Cázarez Ramírez.

INDICE:

“Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán”

	PÁGINA
I. Elección del Tema -----	VI
II. Delimitación del tema -----	IX
III. Descripción del problema -----	X
IV. Planteamiento del problema -----	XI
V. Marco teórico -----	XIII
VI. Formulación de hipótesis -----	XVI
VII. Objetivos -----	XVII
VIII. Esquema -----	XVIII
IX. Metodología a desarrollar -----	XXI
X. Cronograma de actividades -----	XXIV
XI. Fuentes de información -----	XXVI

I. ELECCIÓN DEL TEMA PARA TESIS DE GRADO

1. Título. *“Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán”*

2. Propósito. *Se estudia la prisión preventiva con el objeto de justificar medidas procesales alternativas en el Estado de Michoacán.*

3. Interés. *Hemos elegido este tema por considerar que la prisión preventiva, vulnera el principio de presunción de inocencia, acarreado al ciudadano graves y lesivos perjuicios en su libertad personal, por ello es menester analizarla y proponer alternativas para eximir de su aplicación.*

4. Novedoso. *Tanto los tratados internacionales celebrados por nuestro país, como autores de origen alemán e italiano, tratan el tema de la pena anticipada, como último recurso y del cual el Estado ha abusado so pretexto de un debido proceso.*

5. Originalidad. *Existen tratados internacionales y textos de autores extranjeros, así como ensayos, con relación a la pena anticipada, abordaremos en consecuencia la posibilidad de buscar medidas procesales a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán y que solamente sea aplicada en delitos verdaderamente lesivos a la sociedad.*

6. Viabilidad. *Para apoyar el presente trabajo se tomará en cuenta: lo contenido en la constitución federal, los tratados internacionales, el código penal y de procedimientos penales federales, ley que establece las Normas*

Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, la constitución del Estado, el código penal y de procedimientos penales del Estado de Michoacán, la ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad para el Estado de Michoacán, la jurisprudencia sobre el particular y los ensayos de algunos autores, son fuentes de nuestro trabajo.

7. Utilidad. *Con este estudio se pretende establecer que no es necesario que exista aplicación de la pena anticipada –prisión preventiva- en cualquier delito, por vulnerar el principio de presunción de inocencia y las consecuencias personales y procesales que implica la misma.*

8. Actualidad. *Hemos escogido el presente tema, porque es la libertad personal un principio fundamental de todo ser humano; porque el estado ha abusado de esta figura jurídica y porque existe actualmente una sobrepoblación en los centros de reclusión, es ineludible entonces buscar medidas procesales como alternativas a la pena anticipada.*

9. Justificación. *Debido a la contradictoria política criminal que existe en nuestro país, con tendencia a más punición de conductas y cada vez mayor tipificación de delitos, proponemos que en aras de esa política criminal, el derecho penal le sirva al ser humano y no se sirva de éste, afectando –con la prisión preventiva- lesivamente la vida de las personas; por lo que la propuesta de medidas procesales como alternativa a dicha institución, desde luego beneficia –con la observación a la presunción de inocencia- en primer orden al ser humano porque se le evitaría ser objeto de la denigrante privación de la libertad, y en segundo al propio Estado por el desahogo de los centros de reclusión.*

En el trabajo que se plantea, se partirá de la teoría de Luigi Ferrajoli, realizando así *una investigación de tipo documental*, basada fundamentalmente en el campo del *derecho positivo*, en relación con el *derecho penal internacional* y desde luego con la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

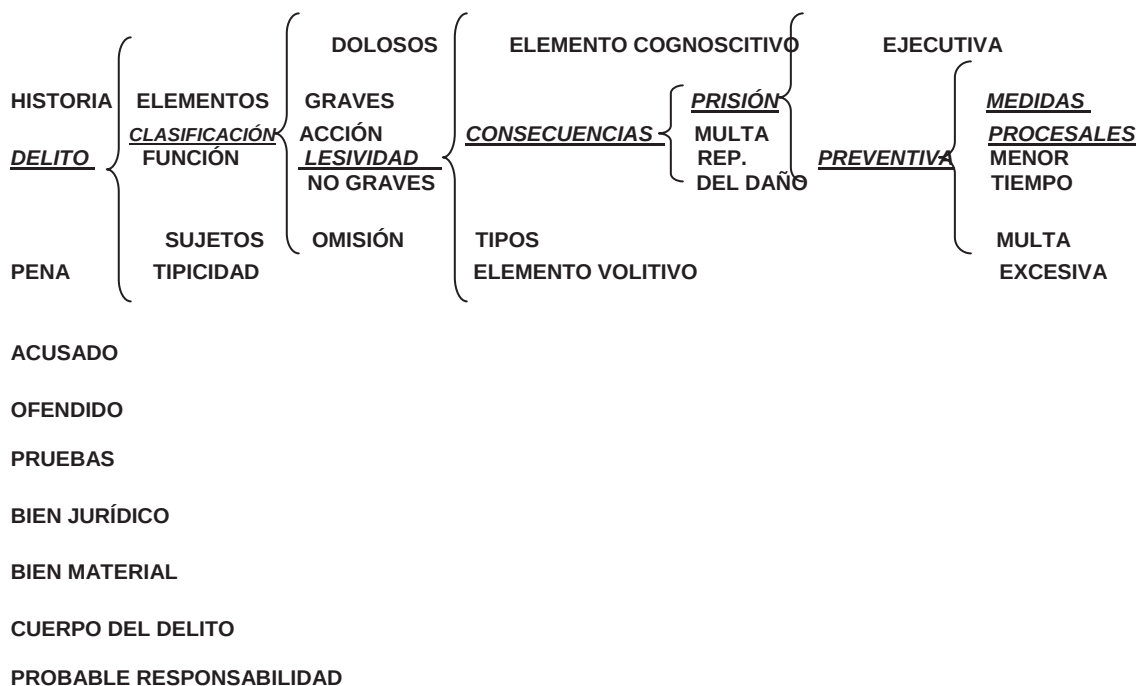
En virtud de que el trabajo se realizará basándose en *investigaciones de tipo documental*; la metodología y técnica utilizada será *el análisis, síntesis y deducción de textos* en relación con *nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con los tratados internacionales, el código penal y de procedimientos federales, ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, los códigos penal y de procedimientos penales michoacanos, la ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad del Estado de Michoacán y la jurisprudencia aplicable*.

Las *ventajas* del presente trabajo son, que se cuenta con suficiente información y material para lograr una investigación acorde a los estudios y plan de trabajo de la materia.

II. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Se utilizó el método deductivo para precisar el tema que se pretende estudiar, el cual es presentado en cuadro sinóptico; de igual manera se precisan los subtemas y acápites que se van derivando.

Derecho penal en Michoacán:



TÍTULO DE TESIS: “Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán”

III. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La incidencia de la criminalidad en nuestro país y en Michoacán, ha traído consigo el aumento de sanciones penales y con ello el incremento de las medidas restrictivas de libertad, aplicando la prisión preventiva en toda acusación de delito que tenga señalada pena corporal, vulnerando el principio de *presunción de inocencia*; por lo que se hace necesario proponer alternativas –medidas procesales- a dicha medida de seguridad en nuestro Estado.

En consecuencia de lo anterior, se establece que la libertad personal, debe ser la regla general y la detención preventiva la excepción –último recurso-, en estricta observación a los tratados internacionales a los que nuestro país se encuentra adherido en términos de del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; ya que la privación de la libertad de una persona, sólo debe preceder a la declaración de culpabilidad en sentencia firme.

Por otra parte se advierte que la prisión provisional, no inhibe el problema de la criminalidad, no es útil para la reparación del daño, ni reduce la incidencia delictiva, por lo que en términos de una política criminal funcional, se deben buscar mecanismos legales, para ser un derecho penal más justo, pero sobre todo más humano.

IV. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El éxito de cualquier trabajo de investigación dependerá que el problema bajo estudio sea definido adecuadamente; una de las dificultades más grandes que afronta el investigador es **plantear y delimitar el problema** ya que el interrogarse adecuadamente acerca de la realidad circundante y plantearse problemas que sean relevantes, exige talento y habilidad.

PLANTEAMIENTO DEL PROYECTO DE TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

Las etapas del planteamiento del problema de la investigación que se pretende, son las siguientes:

- a) *Formulación clara y precisa del problema.***
- b) *Determinar los límites del problema.***
- c) *Expresión de los términos del problema de tal manera que sean operativos.***

En razón de ello, el problema se plantea de la siguiente manera:

- 1. *¿Cuál es la función de la prisión preventiva?***
- 2. *¿Es imprescindible la aplicación de la prisión preventiva en todo delito?***
- 3. *¿Vulnera la prisión preventiva el principio de presunción de inocencia?***

4. ¿Puede el Estado asegurar el debido proceso sin la aplicación de la prisión preventiva?

5. ¿Existen medidas procesales como alternativas a lo aplicación de la prisión preventiva utilizada por el ius puniendi en el Estado de Michoacán?

Los límites del problema lo son, el estudio de las teorías del derecho penal, los tratados internacionales, y la codificación penal secundaria, esto es únicamente el verificar como se mencionaba en el punto anterior cuales serían las consecuencias jurídicas de las personas en carácter de acusadas en delitos de poca lesividad en el Estado de Michoacán.

V. MARCO TEÓRICO

De acuerdo a algunos autores como *Roberto Hernández Sampieri, Luis Ponce de León Armenta y Jorge Witker*, **el Marco Teórico** en una investigación *que sustenta el estudio o el trabajo de investigación, analizando y exponiendo las teorías, los enfoques teóricos y las investigaciones en sí. (Referencia al siguiente cuadro)*

<i>INTERÉS ESTUDIANTE +</i>	<i>CAPACIDAD DEL ESTUDIANTE +</i>	<i>POSIBILIDADES GNOSEOLÓGICAS Y TEMÁTICAS EXTRÍNSECAS =</i>	<i>ELECCIÓN ADECUADA</i>
*INTERÉS ACADEMICO	*CAPACIDAD PARA ESTUDIAR EL ASUNTO	*VARIEDAD DE FUENTES DE CONOCIMIENTO Y POSIBILIDAD DE ACCESO A LAS MISMAS	
*INTERÉS POR RAZONES DE TRABAJO	*CIERTO GRADO DE CONOCIMIENTO O EXPERIENCIA SOBRE LA MATERIA O TEMA	*RIQUEZA TEMÁTICA	
*INTERÉS POR MOTIVOS DE ESPECIALIZACIÓN			

El trabajo que se plantea, se basa en tres de las principales teorías de la *prisión preventiva*, siendo estas las siguientes:

A). El destacado Jurista **Luigi Ferrajoli** ve la prisión preventiva como un abuso del Estado so pretexto de garantizar el debido seguimiento de un proceso penal, atentando con ello al principio de presunción de inocencia consagrado internacionalmente. De tal suerte que al pretender con el presente trabajo de tesis justificar la necesidad de eliminar su imposición como regla general, podemos decir que no se justifica su actual reglamentación.

Es obligación del Estado buscar alternativas a su imposición, por lo que al aplicarla en todo delito –que tenga señalada pena corporal- atenta contra el principio de presunción de inocencia que se encuentra plasmado en los tratados internacionales a los que nuestro país se sujeta por haberlo signado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos con aprobación del Senado de la República.

B). La teoría de **Eugenio Raúl Zaffaroni**, evidencia en cambio, *el momento ejecutivo, es decir el poder coactivo, que al no ser capaz de contener determinados comportamientos, impone la prisión preventiva en perjuicio de toda persona*. Para este autor el hecho de imponer la prisión preventiva es una causa justificativa de existencia de los órganos del Estado; señala que la pena de prisión no disminuye el índice delictivo y que en todas las ciudades del mundo es utilizada la prisión preventiva en perjuicio de los derechos de los gobernados como causa de criminalización primaria y secundaria, en donde son detenidos por si las dudas. Teoría que desde luego es de gran utilidad para nuestro trabajo de investigación.

C). La teoría de **Jesús María Silva Sánchez**, en la cual expone la necesidad de legislar –establecimiento de conductas delictivas- *tomando en*

cuenta la política criminal tanto en la praxis como en la teoría; refiere que el Estado no debe imponer sanciones o medidas de seguridad –prisión preventiva- sin tomar en cuenta a la política criminal entendida no solo como la serie de medidas que adopta en Estado frente al fenómeno de la criminalidad, si no que cometido éste, que medidas se deben de adoptar .

Por tal razón contemplamos dentro del marco teórico los conceptos referentes a la política criminal, así como a las directrices que debe adoptar frente al fenómeno criminal, respetando los derechos de los ciudadanos que se ven involucrados en conductas delictivas; derechos que están consagrados no solamente en la ley doméstica sino en los tratados internacionales a los que nuestro país se encuentra adherido legalmente y constitucionalmente.

VI. FORMULACIÓN DE HIPOTESIS

La **Hipótesis** es la respuesta tentativa a un problema; es una proposición lógica que se pone a prueba para determinar su validez; *“La hipótesis es el eslabón necesario entre la teoría y la investigación que lleva al descubrimiento de nuevas aportaciones al saber”*.

La hipótesis es, por lo tanto una respuesta sujeta a comprobación. Su función primordial es probar empíricamente una relación entre fenómenos.

La formulación de la hipótesis es una etapa fundamental en el proceso de investigación y el llegar a establecerla es un trabajo arduo que parte desde las afirmaciones más genéricas de la experiencia personal hasta el conocimiento y observación del fenómeno que se va a explicar.

Por tal motivo, la hipótesis de la investigación que se propone es la siguiente:

“La prisión preventiva como consecuencia de la imputación de un delito, vulnera el principio de presunción de inocencia; por lo tanto, se deben implementar medidas procesales alternativas para garantizar ésta en el Estado de Michoacán, y que dicha medida cautelar, sea una regla de excepción”.

VII. OBJETIVOS

El *objetivo* es aquello de lo que se trata, el para que de la investigación, se dice o se predica, mediante los *objetivos* se presentan los *propósitos, fines y metas de estudio, debe saberse a donde se quiere llegar, que es lo que se pretende mostrar, refutar, verificar, invadir o contrastar.*

La investigación se fundamentara en el siguiente:

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general que persigue el presente trabajo es proponer medidas procesales alternativas para garantizar el principio de presunción de inocencia en el Estado de Michoacán.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Los objetivos específicos dentro de la investigación, se fundamentan en los siguientes:

Primero. Proponer medidas procesales como alternativas a la prisión preventiva.

Segundo. Pugar porque se garantice el principio de presunción de inocencia en el Estado de Michoacán.

Tercero. Proponer reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las leyes domésticas respectivas.

VIII. ESQUEMA PRELIMINAR DE CONTENIDOS

ORACIÓN TÓPICA:

El propósito de la presente investigación, consiste en justificar la aplicación de la prisión preventiva como último recurso y solamente en delitos de amplia lesividad penal en el Estado de Michoacán, en mérito al principio de presunción de inocencia.

El esquema que se propone es de la siguiente manera:

CAPITULO PRIMERO

MARCO TEÓRICO

Generalidades de la prisión preventiva

- 1.1. Prisión preventiva
- 1.2. Naturaleza jurídica
- 1.3. Garantismo
- 1.4. Presunción de inocencia
- 1.5. Lesividad de la conducta
- 1.6. Ius puniendi
- 1.7. Límites del poder punitivo del estado
- 1.8. Política criminal
- 1.9. Actitudes de la política criminal
- 1.10. El derecho penal como medio de control social
- 1.11. Derecho penal, en un Estado social y democrático de derecho

CAPITULO SEGUNDO

MARCO HISTÓRICO

Cápsula de antecedentes históricos

2.1. Análisis histórico de los antecedentes constitucionales de la prisión preventiva en nuestro país: 19 de marzo de 1812 a 27 de enero de 1917.

CAPITULO TERCERO

MARCO JURÍDICO

Legislación vigente sobre la prisión preventiva

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

3.2. Tratados internacionales

3.3. Código penal y de procedimientos penales federales

3.4. Constitución Política del Estado de Michoacán

3.5. Código penal y de procedimientos penales de Michoacán

3.6. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados

3.7. Ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad

3. 8. Tesis y jurisprudencia

CAPITULO CUATRO

MARCO DE DERECHO COMPARADO

Estudio de derecho comparado: República Dominicana, España, Alemania y México respecto a la prisión preventiva y su aplicación.

4.1. Prisión Preventiva en República Dominicana.

4.2. Prisión Preventiva en España.

4.3. Prisión Preventiva en Alemania.

4.4. Prisión Preventiva en México.

CAPITULO QUINTO

APORTACIÓN Y PROPUESTAS

La implementación de medidas procesales a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán.

5.1. Análisis de la prisión preventiva

5.2. Consecuencias jurídicas

5.3. Medidas procesales

5.4. Excepción de medidas procesales

5.5. Justificación de reformas

5.6. Necesidad de garantizar la presunción de inocencia

CONCLUSIONES

IX. METODOLOGÍA A DESARROLLAR

La *Metodología* implica los procedimientos de análisis para codificar la investigación, de manera que el tratamiento regular de los datos de información posibilite que puedan compartirse con el resto de la comunidad científica.

En virtud de ello, la investigación se realizará basándose en los siguientes aspectos:

a) TIPO DE INVESTIGACIÓN QUE SE PROYECTA; Se proyecta una *investigación relacionada con la teoría de la prisión preventiva, y con los tratados internacionales respecto al principio de presunción de inocencia.*

b) TIPO DE TESIS QUE SE INTENTA DESARROLLAR; La investigación es **de tipo propositiva**, por lo cual se quiere contribuir al desarrollo del derecho penal en Michoacán en observación a una política criminal sana, *así como también contribuir con una investigación relacionada con el principio de presunción de inocencia.*

c) MÉTODOS A UTILIZAR Y SU RELACIÓN CON EL PROYECTO; La investigación es de tipo **documental**, basada en el análisis, comparación, sistematización y deducción de documentales referentes a la teoría de la prisión preventiva, *y la observación al principio de presunción de inocencia al que nuestro país se encuentra adherido en términos de los Tratados Internacionales signados al tenor del numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:*

1. El **método analítico** se utilizará en la investigación, ya que otorgará como resultado una primera aproximación a la verdad, y que además

puede someterse a un proceso metódico de comprobación mediante otros métodos complementarios (científico y/o dialéctico).

2. El **método comparativo**, servirá a la investigación, porque ocupará la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, partiendo de lo conocido a lo desconocido(en este caso la legislación penal de República Dominicana, España y Alemania).

3. El **método sistemático**, ocupará en la investigación, el ordenar los conocimientos, agrupándolos en sistemas coherentes, por lo cual se combinará con el método deductivo, cuando se separen las partes de un todo en orden jerárquico o siguiendo determinados criterios de clasificación.

4. El **método deductivo**, se utilizará tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el área.

d) TÉCNICAS DOCUMENTALES; las principales técnicas utilizadas en la investigación serán:

1. La técnica de investigación bibliográfica, ya que ella ayudará a captar los adelantos jurídico-científicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados, implica la habilidad de la comprensión de lectura en la mayor brevedad posible.

2. La técnica de investigación hemerográfica; en relación a seleccionar revistas especializadas y periódicos, tomando los artículos vinculados con el objeto de la investigación.

3. La técnica de investigación legislativa; en relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, el código penal y de procedimientos penales federales, la ley de normas mínimas, el código penal y de procedimientos penales de Michoacán, y la Ley de Ejecución de sanciones privativas y Restrictivas de Libertad de Michoacán, tesis y jurisprudencia; así como también un análisis y síntesis a las teorías relacionadas con la prisión preventiva.

4. La técnica de Investigación Jurisprudencial; permitirá el análisis de la jurisprudencia en materia penal, esto es el empleo del método inductivo mediante la evaluación de casos lo que se constituye en instrumento valioso para la investigación que se pretende.

X. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

Además de señalar en el presente diseño de investigación, la justificación, el planteamiento del problema y sus objetivos, se incluye un programa de actividades en donde se definen cada una de las etapas de la investigación y las fechas aproximadas en que se desarrollaran.

El establecer los tiempos en que se efectuará cada etapa, facilita la organización del trabajo y la asignación de los recursos de los que se puede disponer, por lo que esta investigación adopta la gráfica de Gantt, la cual permitirá planear y controlar cada etapa de este trabajo.

Los pasos de nuestra tabla de Gantt serán:

- a) Enumerar cada una de las actividades que se efectuaron en el proyecto de investigación.**
- b) Dividir en semanas el tiempo total de que se dispuso para llevar a cabo el proyecto.**
- c) Asignar a cada actividad la unidad de tiempo correspondiente.**
- d) fijar fechas para terminación de actividades.**

Tomar en cuenta los recursos disponibles para llevar a cabo la investigación.

ACTIVIDAD	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
ELECCIÓN Y DELIMITACION DEL TEMA				
FORMULACION DEL PROBLEMA E HIPÓTESIS				
SELECCIÓN DE MÉTODOS Y TÉCNICAS				
RECOPILACIÓN DEL MATERIAL TEÓRICO				
ELABORACIÓN Y APLICACIÓN DE ELEMENTOS				
RECOPILACIÓN DE DATOS				
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS				
REDACCIÓN DEL INFORME E INVESTIGACIÓN				

TIEMPO PROBABLE.

 Dos semanas del 1º al 15 de abril del año 2005.

 Dos semanas del 16 al 31 de abril del año 2005.

 Cuatro semanas del 1º al 30 de mayo del año 2005.

 Dos semanas del 1º al 15 de junio del año 2005.

 Dos semanas de 16 al 31 de junio del año 2005.

 10 diez días del 1 al 10 de julio del año 2005.

 10 al 26 de julio del 2004.

XI. FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA PRELIMINAR:

1. BUSTOS Ramírez Juan J y otro, *Lecciones de Derecho Penal I*, ED, Trotta, Madrid, España, 1997, pags. 431.
2. CASTELLANOS Tena Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Porrúa, México, 1999, pags. 363.
3. CERDA Lugo Jesús, *Política criminal, Política criminológica o Política contra el crimen*, ed, de la Universidad Tecnológica de Sinaloa, México, 2000, pags. 222.
4. CLAUS Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, ed, Hamurabi, 2ª, ed, República de Argentina, 2000, pags, 123.
5. COLIN Sánchez Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, ed, Porrúa, 15ª ed, México, 1995, pags. 876.
6. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 1997, pags. 755.
7. DIAZ de León Marco Antonio, *Código Penal Federal comentado*, ed, Porrúa, México, 1997, pags. 749.
8. FERROJOLY Luigi, *Derecho y Razón*, ed, Trotta, Madrid, España, 1999, pags. 911.
9. FOUCAULT Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Edit. Siglo veintiuno, México, 2000, págs. 315.
10. GARCIA Ramírez Sergio, *Manual de prisiones*, Porrúa, México, 1980, 2ª ed., pags. 664.
11. GIMBERNAT Ordeig, Enrique, *Delito de omisión*, INACIPE, México, 2003. pags. 434.
12. GRACIA Martín Luis y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1998, pags. 452.

13. H. CAMARA DE DIPUTADOS LV LEGISLATURA, *Derechos del Pueblo Mexicano*, ed, Librero, 3ª ed, tomo 3, México 1996, pags. 1119.

14. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Porrúa, tomo, 2, México, 10702002, pag, 115.

15. JAKOBS Guinter, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, traducción Manuel Cancio Meliá, Angel Editor, México, 2202,pags. 100.

16. MALO Camacho Gustavo, *Historia de las cárceles en México*, Cuadernos del Inacipe, México, 1979 ,núm. 5, p. 534.

17. MARTINEZ Garnelo, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa*, Ed. OGS, México, 1996, pags. 775.

18. MEDINA Peñalosa Sergio J., *Teoría del Delito*, ed, Angel, 2ª. ed, México, 2001, pags. 349.

19. MIR Puig Santiago, *Derecho Penal Parte general*, 6ª. Ed, Reppertor, Barcelona, España, 2002. pags. 761.

20. MONTAÑEZ Pardo, Miguel ángel “la presunción de inocencia”, análisis doctrinal y jurisprudencia, ed, Aranzadi, Carlos III, 34-31004, Pamplona, España.

21. ORELLANA Wiarco Octavio, *Teoría del delito*, Porrúa, México, 2001, pags. 217.

22. OVALLE Favela José, *Teoría General del Proceso*, ed, Harla, 4ª. ed, México, 1996, pags. 351.

23. PAVARINI, Massimo y otro, trad. Xavier Massini, *Cárcel y fábrica los orígenes del sistema penitenciario*, Ed. Siglo XXI, cuarta edición, México, 2003, pags. 237.

24. PORRUA Pérez Francisco, *Teoría del Estado*, Porrúa, 10ª ed, México 1977, pags. 525.

25. RIVERA Silva Manuel, *El Procedimiento penal*, ed, Porrúa, 24ª, ed, México, 1996,pags.393.

26. RODRIGUEZ Manzanera Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, Cuadernos del Inacipe, México, 1984, pags. 432.

27. SILVA Sánchez Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ed, J.M.Bosch, Barcelona, España, 1992.pags. 217

28. SILVA Sánchez Jesús María, *Política Criminal en el cambio del siglo*, ed, ABZ, México, 2002, pags, 106.

29. TERRADILLOS Basoco Juan, *La Culpabilidad*, ed, INDEPAC, México, 2002, pags. 129.

30. VELA Treviño Sergio, *culpabilidad e inculpabilidad*, ed, trillas, 2ª. ed, México 1990, pags. 415.

31. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Derecho Penal parte General*, Porrúa, México, 2001, pags. 1017.

32. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, ed, Cárdenas, 4ª reimpresión, México, 1998, pags. 857.

33. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, ed, sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Argentina, 1973, pag. 519.

34. ZAMORA Jiménez Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, ed, Angel, México, 2000, pags. 191.

Lo anterior, se pone a consideración del Coordinador del Seminario de Titulación de la División de Estudios de Posgrado.

A T E N T A M E N T E
Morelia, Michoacán, abril de 2005.

Lic. José Jesús Cázarez Ramírez.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, es motivado por el abuso estatal que cotidianamente se comete contra las personas que son acusadas y detenidas –sin estar acreditada su culpabilidad- por medio de la institución denominada *prisión preventiva*, atentando contra los más elementales derechos individuales y principios de derecho internacional a los que nuestro país se ha adherido en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta forma y a la luz de dichos tratados celebrados por nuestro país, se incumple con el *principio de presunción de inocencia*, que tal pareciera que toda persona es culpable hasta en tanto se demuestre lo contrario, y por ello la *prisión provisional* no refleja otra cosa, más que la incapacidad de los órganos del Estado, de proteger los bienes jurídicos tutelados de la sociedad a la luz de la detención de las personas –antes del juicio de reproche-, atentando de esta forma contra uno de los más elementales derechos del hombre, como lo es, el de la libertad personal; por tanto y en aras de una política criminal funcional –de observación a la ley internacional- debe ser el último recurso al que el *ius puniendi* debe recurrir, bajo la premisa de que éste le sirva al hombre y no el hombre al Estado.

Por otra parte y además de abordar la ilegitimidad de la *detención preventiva* en su aplicación a cualquier conducta reprochable, nos enfocaremos a que la misma, no sea necesaria en todas esas acciones u omisiones sancionadas penalmente, sino única y exclusivamente, cuando la propia legislación doméstica considere ese actuar verdaderamente lesivo a la sociedad. Ya que no se puede pasar por alto, que un Estado cuyo fin es el bien común, vulnere garantías individuales y derechos humanos, con el pretexto de

asegurar el debido proceso; por lo que es verdaderamente preocupante, que hoy en día, exista una tendencia a punir más conductas o a agravar las existentes, sin una respuesta eficaz, ya no de readaptación social, sino de evitabilidad del delito.

De esta forma, se establece en la legislación constitucional actual, que no puede ser molestada una persona sino mediante juicio previo; y, por otra parte se vulnera –con la aplicación de *prisión preventiva*- el principio de la *presunción de inocencia* como se cita, al detener a una persona por una imputación penal.

Por ello es inconcebible que el propio Estado -de conformidad al numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos- pretenda con la privación de la libertad la readaptación social, cuando con la detención de las personas en cualquier delito sancionado con pena corporal, ocasiona su desadaptación y estigmatización con las consecuencias de toda índole que ello implica; por lo que es necesario voltear la vista a este problema tan serio en perjuicio de la libertad de las personas, de ahí la necesidad de proponer *medidas procesales alternativas* a este problema, apoyándose precisamente en el derecho positivo contenido en los convenios internacionales.

Se considera entonces que la *prisión preventiva* además de vulnerar los derechos elementales de las personas, es sin duda una *pena sin condena*, virtud de que desde el momento en que una persona es detenida preventivamente, ya se encuentra compurgando una sanción, sin siquiera ser declarada su culpabilidad en sentencia firme, luego entonces y en cualquier ilícito penal, tal determinación lejos de beneficiar a la propia sociedad -que al final de cuentas es por la que debe velar el Estado-, le ocasiona daños de lamentables consecuencias jurídicas.

Por lo que en el presente trabajo se abordarán los temas relacionados a la detención provisional, tales como su naturaleza jurídica, conceptualización, lesividad de la conducta, etc.; se expondrá además la forma en como ha evolucionado dicha institución, desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta nuestros días; de igual manera se examinará su legitimidad establecida en el derecho positivo vigente y en la jurisprudencia; por otra parte se hará puntualmente, un breve estudio de derecho comparado con las legislaciones procesales penales de República Dominicana, España y Alemania, mismas que como se observará, son más garantistas que la nuestra; y por último, se analizará la situación actual en nuestro país respecto a dicha figura legal, proponiendo *medidas procesales alternativas* a su aplicación, pretendiendo justificar reformas legales sobre el particular, y con ello velar por la *presunción de inocencia* de toda persona acusada penalmente, buscando en consecuencia, un derecho penal más garantista pero sobre todo más humano.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN- - - - -	XXIX

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.1. Definición conceptual de prisión preventiva - - - - -	1
1.2. Naturaleza Jurídica - - - - -	5
1.3. El dolo y su evolución en el derecho penal - - - - -	13
1.3.1. Tipos de dolo - - - - -	20
1.4. Lesividad de la conducta - - - - -	26
1.5. Garantismo - - - - -	35
1.6. Presunción de inocencia - - - - -	40
1.7. Ius puniendi - - - - -	45
1.8. Límites al poder punitivo del Estado - - - - -	47
1.9. Rehabilitación - - - - -	53
1.10. Política criminal - - - - -	55
1.11. Derecho penal, en un Estado social y democrático de derecho - - - - -	59

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO MEXICANO

2.1. Análisis Histórico de los antecedentes de la prisión preventiva, en Los Estados Unidos Mexicanos -19 de marzo de 1812 a 27 de enero de 1917-. - - - -	63
--	----

CAPÍTULO TERCERO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO POSITIVO

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos - - - - -	72
3.2. Tratados internacionales - - - - -	80
3.3. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo - - - - -	87
3.4. Código Penal y de Procedimientos Penales Federales - - - - -	90
3.5. Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán - - - - -	96
3.6. Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados - - - - -	101
3.7. Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de Libertad - - - - -	103
3.8. Tesis y jurisprudencia - - - - -	105

CAPÍTULO CUARTO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. Prisión preventiva en República Dominicana - - - - -	111
4.2. Prisión preventiva en España - - - - -	121
4.3. Prisión preventiva en Alemania - - - - -	130
4.4. Prisión preventiva en México - - - - -	137

CAPÍTULO QUINTO

MEDIDAS PROCESALES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

5.1. México y la prisión preventiva como medida cautelar - - - - -	141
5.2. Consecuencias jurídicas - - - - -	157
5.3. Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán - - - - -	164
5.4. Excepción de medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán - - - - -	170
5.5. Justificación de reformas - - - - -	173
5.6. Necesidad de garantizar la presunción de inocencia - - - - -	181
CONCLUSIONES - - - - -	190
PROPUESTA - - - - -	194
Anexo 1. <i>Graficas estadísticas sobre la prisión preventiva en México</i> - - -	201
Anexo 2. <i>Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas no Privativas de la Libertad. (Reglas de Tokio)</i> - - - - -	205
Anexo 3. <i>Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Prisión Preventiva en España.</i> - - - - -	216
FUENTES DE INFORMACIÓN - - - - -	227

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.1. Definición conceptual de prisión preventiva.

Antes de llegar a la definición del concepto *prisión preventiva*, como del propio título de nuestra propuesta se define, creemos necesario en primer orden, establecer el concepto de pena que finalmente representa un mal para el delincuente, pues consiste siempre en la “privación total o parcial de sus bienes jurídicos o derechos”,¹ y desde luego sin condena, virtud de que la misma sólo puede considerarse, cuando se ha declarado la culpabilidad de una persona en la comisión de un delito de acción o de omisión; por tanto su imposición en delitos de poca lesividad, es verdaderamente una sanción anticipada.

De esta forma, pena se define como “el castigo interpuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta”,² por tanto y si aún no se declara la comisión de ese ilícito –en sentencia definitiva-, no tendría porque establecerse esa sanción anticipada con la simple imputación de un hecho delictuoso, que es lo que se traduce como la *prisión preventiva*. Así entonces tenemos que la palabra *prisión* proviene del latín prehensio-onis, que significa “detención” por la fuerza o impuesta en contra de la voluntad.³

“La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito”,⁴ de tal suerte que la *prisión preventiva* aún como medida cautelar, esta envestida de un pena, por afectar el derecho a la libertad de las personas.

¹ GRACIA Martín, Luis y otros, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 28.

² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., p. 2372.

³ Ob. Cit., p. 2545.

⁴ RODRIGUEZ Mañanera, Luis, *Penología*, p. 94.

Prisión se define también como “el establecimiento carcelario en el que se ejecutan penas de privación de la libertad, relacionadas con el derecho penal”,⁵ definición no muy acertada desde nuestro particular punto de vista, en razón de que es de explorado derecho saber que las penas son consecuencias jurídicas del delito y hablar de delito es hablar de derecho penal; por lo que haciendo una crítica nos parece más acertado citar que la prisión es la pena privativa de la libertad por excelencia,⁶ de la que ha abusado el Estado so pretexto de salvaguardar el debido control social, sin embargo la pena de prisión anticipada, solamente podría establecerse en delitos considerados por la propia legislación doméstica como verdaderamente lesivos y dolosos, por las repercusiones de toda índole que ello implica.

Por su parte Raúl F. Cárdenas Rioseco, define a la *prisión preventiva* como “una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso, y eventualmente, al concluir éste, la aplicación de una pena privativa de libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir éste se acredita alguna responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza”,⁷ concepto como algunos otros, que lleva implícito el seguimiento seguro del proceso.

De lo señalado, no debemos confundir los términos prisión y cárcel, ya que la segunda se traduce en “el espacio físico destinado a la custodia y reclusión de los presos”,⁸ sin embargo, este último concepto es anterior en tiempo ya que con él se designó histórica y técnicamente al edificio en que se alojaba a los procesados, mientras que presidio, prisión o penitenciaría es un lugar destinado a sentenciados o condenados a una pena de privación de la libertad.

⁵ DIAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, p. 1761.

⁶ Ob. Cit., p. 51.

⁷ CARDENAS Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México*, p. 3.

⁸ GARCÍA-PELAYO y Gross, Ramón, *Pequeño Larousse Ilustrado*, p. 203.

Por lo anterior, entendamos entonces la prisión, como privación de la libertad, y por *prisión preventiva*, a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, y cuyo veredicto bien puede ser absolutorio como condenatorio, por lo que en delitos de poca lesividad, actualmente las consecuencias son verdaderamente lamentables.

Es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado, evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza de la pena privativa de la libertad mediante la sentencia, que en caso de ser condenatoria sólo prolongará la detención en el tiempo, aún y cuando los tratados internacionales a los que nuestro país se encuentra adherido advierten tal concepto jurídico como último recurso.

Así pues la *prisión preventiva* no se considera propiamente una pena, pero sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, que frecuentemente se prolonga por bastante tiempo y que en caso de condena, se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesta,⁹ pero que en caso de absolución representa una violación de elementales derechos humanos; es decir, que dicha figura legal de por sí injusta y arbitraria causa mayor perjuicio técnicamente al inculpatado por delito menor, ya que como se ha mencionado, aún no ha sido declarada su culpabilidad.

Por su parte, el autor Santiago Barajas, al comentar el artículo 18 constitucional expresa que “la exigencia de la *prisión preventiva* deriva de un interés elemental de orden público”,¹⁰ que al individuo a quien fundadamente se supone autor de un delito sea segregado del medio social, tanto para evitar que su libre

⁹ Véase el artículo 349 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, con respecto a la *detención y prisión preventiva*, en donde se establece que debe computarse el tiempo en que la persona fue detenida, para efectos de la sentencia condenatoria.

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -comentada-, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., p. 212.

actividad pueda resultar peligrosa como para facilitar al representante de la sociedad el acopio de pruebas que permitan el esclarecimiento de la verdad; situación que sería de difícil cumplimiento si el acusado estuviere libre. El comentario anterior es bastante criticable en su aspecto de política-criminal; en primer lugar, porque segregar a una persona por la supuesta peligrosidad futura hoy en día es absurdo tanto por lo impreciso e inseguro del término "*peligrosidad*" que si bien en directrices penales de hace algunos años fue aceptada, pero que hoy en día tal concepto se encuentra completamente rebasado, aunado a que jurídicamente es difícil – objetivamente- emitir un juicio de peligrosidad que no es más que un juicio de probabilidad.

Asimismo, segregar por peligrosidad implica desligarse del "hecho" supuestamente cometido que es acogido como principio en el derecho penal, es decir, fundada en lo que el autor "es", no en lo que "hace", derecho de autor atentatorio además del principio de legalidad y del artículo 14 constitucional.¹¹

En segundo término, podemos decir que facilitar al acusado el acopio de pruebas, representaría problemas para el buen seguimiento del proceso; tal argumento atenta contra el principio de igualdad de las partes en el proceso penal y contra el derecho de defensa mismo, colocando así al acusado en un plano de inferioridad respecto de la otra parte, violatorio de derechos humanos y de tratados internacionales, ya que el privado de su libertad no podrá ofrecer pruebas como el propio acusador.

No olvidemos que en la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada en un período de tiempo determinado y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria,¹² lo que

¹¹ Véase artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² PAVARINI, Massimo y otros, *Cárcel y fábrica los orígenes del sistema penitenciario*, p. 19.

quiere decir que en ese tipo de organización social, la *prisión preventiva* se aplicaba sólo en ese supuesto, que como se menciona no iba desligada a otro tipo de sufrimiento.

Por otro lado y como veremos más adelante, la *prisión preventiva* -pena anticipada- como medio de asegurar la presencia en el proceso, atenta contra el principio de derecho que establece que hay inocencia mientras no sea probado lo contrario –Pacto de San José de Costa Rica- y que en nuestro país pudiera decirse que se interpreta contrario sensu, es decir, *toda persona es culpable hasta en tanto se demuestre lo contrario*, y por ello –en la actualidad- es necesario en cualquier delito que amerite pena corporal utilizar la figura de detención preventiva, hasta en tanto se demuestre la inocencia del acusado.

La *prisión preventiva* no deja de ser pues una privación a la libertad, y en este sentido, tan aflictiva como la prisión definitiva, puesto que como señalamos, los pormenores que distinguen al reclusorio de la cárcel, a la prisión de la penitencinario, etc., son intrascendentes en el ánimo del justiciable, quien de todas maneras soporta la pena, sin que la variación del nombre disminuya el padeciendo, finalmente el efecto represivo es el mismo,¹³ la privación de la libertad en delitos señalados con pena privativa de libertad; “pudiera solamente ser admisible para atender necesidades reales y en la medida pertinente”.¹⁴

1.2. Naturaleza jurídica.

Respecto a la naturaleza jurídica de la *prisión preventiva*, resulta necesario determinar puntualmente si esta figura trata de una pena, una medida de seguridad o de algo distinto.

¹³ BRISEÑO Sierra, Humberto, *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*, p. 77.

¹⁴ BARRITA López, Fernando A., *Prisión preventiva y ciencias penales*, p.13.

Las medidas han recibido diversos nombres: de seguridad, de corrección y seguridad o simplemente medidas penales. El primer nombre fue el originario, pero se le achaca que no comprende más que uno de los fines de las medidas. El aseguramiento de la sociedad. Por eso comenzó a utilizarse el segundo, especialmente en el área germana pues comprende los aspectos de las medidas: el intento de corregir y de asegurar a la sociedad respecto al delincuente. El nombre de medidas de seguridad tiene la ventaja de ser más breve y de subrayar un aspecto muy importante de las medidas: que en un Estado de derecho no pueden ser utilizadas más que con sujeción a las normas del derecho penal, esto es con estricta sujeción al principio de legalidad.¹⁵

Consideramos que efectivamente estas medidas de seguridad no pueden más que ceñirse al principio de legalidad y en consecuencia, refiere tal principio en el tema que nos ocupa, que solamente se declara la culpabilidad en sentencia firme.

El criminólogo Rodríguez Manzanera distingue la prisión como pena y como medida de seguridad,¹⁶ dándole este último carácter a la *prisión preventiva* impuesta a un presunto delincuente en tanto se celebra el juicio. Para este autor, la prisión como pena debe cumplir con la función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general. Sigue diciendo que como medida de seguridad, “la *prisión preventiva* no pretende retribuir ni intimar a la generalidad, ya que se aplica a presuntos inocentes”.¹⁷

Así, el tratadista mencionado, ha dado a la *prisión preventiva* los siguientes objetivos: impedir la fuga, asegurar la presencia en el juicio, asegurar las pruebas, proteger a los testigos, evitar el ocultamiento o uso del delito, garantizar la ejecución de la pena, proteger al acusado de sus cómplices o de la víctima o evitar se concluya el delito, prevenir la reincidencia, garantizar el daño, proteger a la

¹⁵ MOLINA Blázquez, María Concepción, *La aplicación de la pena*, p. 90.

¹⁶ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, p. 26.

¹⁷ Ob. Cit., p. 27.

víctima, etc.;¹⁸ todos estos puntos parecen ser combatibles y nos indican que la *prisión provisional* se utiliza según tales argumentos doctrinarios para reemplazar la ineptitud policíaca y en consecuencia del Estado; por ello no encontramos fundamento justo para su aplicación, salvo el criterio *peligrosista* a que nos referimos en renglones anteriores de este trabajo.

No debemos olvidar que las medidas de seguridad “son métodos que se utilizan respecto a sujetos que tienen tendencia a la comisión de delitos, para obtener su resocialización o, en último extremo, para mantenerlos aislados, a fin de que no se causen perjuicios a la convivencia humana”,¹⁹ de tal suerte que si éstas son antes de evitabilidad del delito, en tratándose de la *detención preventiva*, es una medida de seguridad pero del proceso, para evitar esa evasión de la acción de la justicia, irrumpiendo con ello la *presunción de inocencia*.

Tampoco debemos pasar por alto, que las medidas cautelares no son monopolio del derecho penal, ya que estas se aplican también en procedimientos de orden civil, labores, etc., sólo que en materia penal se ejercen materialmente sobre la persona, son actos de *coerción personal*²⁰ y en los otros procedimientos, los actos de coerción se refieren a cosas o bienes patrimoniales, son de coacción real.

“En la práctica a la *prisión preventiva* se le ha dotado de connotaciones sustantivas de penalización inmediata, lo que es muy grave y no puede ser aceptado por los que todavía creemos en los derechos fundamentales, que reconocen, entre otros, el de la *presunción de inocencia*”.²¹

Por su parte los españoles Luis Gracia Martín, Miguel Ángel Boldova Pasamar y M. Carmen Alastuey Dobón, refieren que la prisión “es una pena imbuida

¹⁸ Ibid., p. 24.

¹⁹ MOLINA Blázquez, Ma. Concepción, ob. Cit., p. 90.

²⁰ CARDENAS Rioseco, Raúl F., ob. Cit., p. 4.

²¹ Idem.

de coactividad, se traduce en una obligación jurídica del penado, constituyéndose además una obligación jurídica positiva”,²² por lo que hablan de una verdadera sanción bajo la denominación de pena, es decir si bien es cierto habremos de considerarla en principio pena, no podemos aceptar totalmente tal terminología, supuesto que al no estar sentenciado el sujeto inculcado por un delito en sentencia firme, no puede considerarse como una sanción ya impuesta, sino más bien se acercaría a una medida de seguridad; consideran que es una condición impuesta por el *ius puniendi* de carácter provisional; lo que pretendemos es que tal medida, para que sea menos maligna para el ciudadano, sea impuesta o aplicada en delitos considerados solamente -y solamente- como verdaderamente lesivos, de tal suerte que en delitos considerados menores o de poca lesión social y particular, no tiene razón de ser ésta figura en aras de la política criminal razonable en la que tenga vigencia la legislación internacional. “La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito”.²³

Ya Beccaria comprendía perfectamente, que la prisión debe ser posterior a la declaración de culpabilidad. No debemos olvidar tampoco, que en cuanto medida de seguridad, la *prisión preventiva* no pretende cumplir funciones de retribución o prevención general, ya que se aplica a personas que se suponen inocentes en tanto no haya sentencia en su contra,²⁴ de tal manera que su función es ínfima.

Sin embargo una cosa es cierta, y es que la *detención provisional* se aplica posterior a la adecuación de una conducta a una hipótesis normativa de carácter jurídico-penal, y que por lo tanto es una reacción del Estado contra el delito, y si como hemos visto no puede tratarse en toda la extensión de la palabra de medida cautelar o de seguridad por carecer esta pretensión de fundamento -además de que en teoría es discutible una distinción entre pena y medida y en la práctica no

²² GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 53.

²³ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 146.

²⁴ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, ob. Cit., p. 24.

es posible distinguirla nítidamente: es igual la *prisión preventiva* que la ejecutiva, sobre todo cuando no hay separación entre condenados y procesados y cuando la provisional se prolonga por años-, el carácter es punitivo y esto sale a flote tanto teórica como prácticamente, ya que se mantiene aun cuando existan posibilidades relevantes de un resultado absolutorio, situación que contradice al principio de *presunción de inocencia* en mayor manera como lo citaremos en capítulos posteriores.

Si la dificultad para concebir a la pena sin condena con su carácter punitivo es tan sólo formal o preventiva por no existir aún una sentencia condenatoria, tal dificultad no se presenta para concebirla como una "ejecución anticipada" de la pena que carece de fundamento y que, como se señaló, atenta contra el principio de *presunción de inocencia*, puesto que no existe certeza jurídica de que la resolución que vendrá sea condenatoria y ya se hizo sufrir mientras tanto al procesado todos los rigores de la privación de la libertad, es decir, "se le está castigando para saber si se le debe castigar", como dice Sergio García Ramírez,²⁵ quien sigue diciendo: "para la más estricta justicia, la preventiva es deleznable: la prevención de nuevos delitos por una parte y el éxito procesal es por la otra".²⁶

Por tanto, esta ejecución anticipada de la pena trae consigo, además de lo señalado, otras consecuencias como la prisionalización o institucionalización que consiste en la *adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres, tradición y cultura general de la penitenciaría* que dificultan seriamente una adecuada reincorporación del sujeto al medio social –no readaptación- al entrar en una situación carcelaria, adecuarse a ella y hacerse incapaz para aceptar el medio externo.

²⁵ GARCÍA Ramírez, Sergio, *Manual de prisiones*, p. 164.

²⁶ Idem.

No vale en contra de lo anterior, el hecho de que la sanción sin condena no sea una pena larga. Sin que olvidemos que la prisión es una agrupación ideal de criminales, y que grandes asociaciones delinuenciales han emergido de la misma,²⁷ por lo que lejos de ser útil la aplicación de esta a mansalva, resultar ser contraproducente y peligrosa.

Citan otros autores, que las llamadas medidas de seguridad no son otra cosa más que reaccionar frente al delito cometido por sujetos sin capacidad de culpabilidad o con capacidad de culpabilidad notablemente disminuida, que se fundamenta en la peligrosidad criminal puesta de manifiesto por la comisión del hecho punible y que trata de prevenir la comisión de delitos en lo futuro;²⁸ por lo que la *prisión provisional*, no es más que esa reacción desmedida del Estado frente al delito influida por decisiones de presión.

Por otro lado, trae las consecuencias de no tener las ventajas de la ejecución de la pena impuesta en sentencia como liberación, trabajo remunerado, etc., y sí las desventajas del costo al Estado, separación familiar, pérdida de empleo, etc.²⁹ Por lo que el objeto del presente trabajo, pretenderá justificar la necesidad apremiante de que la *detención preventiva* -pena anticipada- no sea aplicada a toda imputación de penal como regla general, y ello sin duda sería una medida de política criminal adecuada a nuestros tiempos, en la que se observaría el derecho positivo internacional.

Por otra parte esta figura, no está exenta de los perjuicios de la cárcel porque no hay distinción entre presos, procesados y condenados en la gran mayoría de las cárceles nacionales, si no es que en ninguna de nuestro país, lo que representa sin duda alguna una contaminación entre ambos, y lo que es más grave

²⁷ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*, ob. Cit., p. 4.

²⁸ CALDERON Cerezo, Ángel y otro, *Derecho penal –parte general–*, p. 496.

²⁹ MALO Camacho, Gustavo, *Historia de las cárceles en México*, p. 13.

aún entre procesados en delitos graves y delitos no graves; por tanto la ausencia de aplicación de la pena sin condena en todo delito, además de lo ya expresado beneficiaría la no contaminación criminológica mencionada; no obstante de que el propio numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así lo enuncia textualmente: *“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.”*, y que como sabemos no ha sido siquiera en mínima medida tomado en cuenta en la realidad, quebrantando el principio de legalidad consagrado también en dicha constitución.

Sin pasar por alto desde este momento que la prisión desde sus orígenes fue precisamente preventiva³⁰ aunque en la realidad la persona sujeta a *prisión provisional* resiente esta como una verdadera sanción aún y cuando el delito sea considerado no grave, y que si se analiza, como en la actualidad, se comprende que existe la posibilidad de obtener la libertad mediante la garantía en recursos de naturaleza económica, evidentemente le beneficia a los que tengan esos recursos pero no a quienes prescindan de éstos –no existiendo igualdad abstractamente ante la ley- con las consecuencia personales, familiares, sociales, de trabajo, etc., que ello representa.

*Existe entonces un sistema selectivo, en donde a prisión llegan principalmente los más desamparados, los que no tienen influencias, los ignorantes que desconocen sus derechos, los pobres que no pudieron arreglarse a tiempo, o los que no tienen recursos para pagar una buena defensa, o lo que es peor no pueden pagar la fianza.*³¹

“En todo caso la *retención provisional*, no debe constituir un fin en si mismo, sino un medio para conseguir los fines resocializadores previstos en la

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ob. Cit., p. 206.

³¹ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, ob. Cit., p. 4.

ejecución penitenciaria”;³² lo expresado resulta por demás congruente con la prisión definitiva, pero no con la provisional, de tal suerte que como se ha manifestado al faltar la declaratoria de culpabilidad, es excesiva e ilegal la preventiva.

“Este uso de la prisión por parte del Estado, es la medida más radical de su actuación, ya que después del derecho a la vida, es la libertad el derecho fundamental y presupuesto de todos los demás derechos”;³³ por ello el interés y la preocupación de respetarla mediante *medidas procesales alternativas*.

Es ciertamente evidente que hoy por hoy, la ejecución de la pena, materialmente hablando, no es sino la imposición de un mal al delincuente, sin embargo, eso no es lo deseable en un Estado social y democrático de derecho,³⁴ ya que como es sabido difícilmente un inculcado saldrá de prisión como entró.

“La *prisión preventiva* es la privación de la libertad de un sujeto probablemente responsable de un delito, cuya comisión ha sido comprobada, y que, por tratarse de una violación grave a la ley penal, hace suponer una peligrosidad que amerita el internamiento del sujeto por el tiempo que dure el juicio”.³⁵ Expresión en la que en parte coincidimos, virtud de que efectivamente sólo habrá de imponerse en conductas graves –lesivas y dolosas- y no en cualquier imputación de naturaleza penal. Ya que no podemos olvidar que substancialmente las medidas de seguridad presentan un estrecho paralelismo en sus contenidos materiales con la pena.³⁶

³² FERNANDEZ García, Julio y otros, *Manual de derecho penitenciario*, p. 243.

³³ CARDENAS, Rioseco, Raúl F., ob. Cit., p. 4.

³⁴ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los sustitutivos de la prisión*, ob. Cit., p. 4.

³⁵ RODRIGUEZ Manzanera, Luis, *Penología*, ob. Cit., p. 144.

³⁶ CONDE Pumpido, Ferreiro, y otros, *Código penal comentado*, p. 332.

1.3. EL dolo y su evolución en el derecho penal.

En el tema que nos ocupa es imprescindible aludir al aspecto del dolo, ya que solamente y desde nuestro particular punto de vista, se requiere de manera excepcional la aplicación de la *prisión preventiva* en aquellas conductas que son dolosas y verdaderamente lesivas.

La noción del dolo se remonta al derecho romano tardío,³⁷ como se desprende del rescripto del emperador Adriano, haciendo la diferencia entre *dolus bonus* y *dolus malus*; debe destacarse en este primer momento la exigencia del dolo o la culpa para considerar culpable al sujeto. Requisito que desaparece con la influencia canónica religiosa a partir de la cual por culpabilidad, ha de entenderse no solo el dolo y la culpa del derecho romano, sino que por ejemplo, el homicidio ha de considerarse también cometido con culpabilidad si el autor mata por simple caso fortuito cuando se disponga a realizar algo no permitido.³⁸ Por ello se puede decir que en el derecho romano la concepción de dolo, constituía una garantía para el autor del hecho delictivo.

En cambio el derecho germánico se sustentó en la responsabilidad por el resultado y es hasta 1821 cuando Hegel sostiene que el derecho de la voluntad, es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que se sabe de sus presupuestos en su finalidad lo que de ello había en su dolo. “El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad”.³⁹

Sin duda que la afirmación anterior significó uno de los primeros pasos hacia la concepción del dolo considerado como en nuestros días como una clase de culpabilidad.

³⁷ Citado por Enrique Díaz Aranda, en su obra “*dolo*”, p. 3.

³⁸ Ob. Cit., p. 4.

³⁹ Idem.

Fue entonces que para el causalismo, el concepto de acción debía construirse exclusivamente con datos objetivos, significando el dolo una mutación en el mundo exterior y perceptible por los sentidos. El concepto de dolo que adoptó la escuela clásica, fue en el concepto de la voluntariedad.

Esta teoría se centra entre lo querido por el sujeto y el resultado delictivo, es decir el nexo causal, lo importante es que el sujeto quiera el resultado y dirija su voluntad a la consecución de ese evento.⁴⁰ “El injusto se conformaba exclusivamente en caracteres externos objetivos de acción, mientras que los elementos anímicos subjetivos, debían constituir la culpabilidad”.⁴¹ De tal suerte que no interesaba a primera facie la intención sino simplemente que existiera esa mutación en el mundo exterior y ya en la culpabilidad se analizaría el elemento dolo o culpa.

Atento a lo anterior, dentro del sistema clásico del delito tanto el tipo del delito doloso como el tipo del delito culposos son iguales, pues a ese nivel solo se analiza la acción, la causalidad y el resultado; en la culpabilidad entonces se analizaba el delito intencional o delito imprudente. De tal manera que como se señaló la acción causalista y ciega era determinante, mientras que pasaba a segundo término la intencionalidad de la misma.

Posteriormente Hans Welzel se preocupa de fundamentar la teoría de la acción finalista, no sólo en el plano de los elementos que integran el delito, sino en el terreno mismo del derecho penal, como fundamento de su propia teoría, para este ilustre tratadista “la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inducción la protección de los bienes jurídico-particulares”.⁴²

⁴⁰ ORELLANA Wiarco Octavio A, *Teoría del delito*, p. 46.

⁴¹ DIAZ Aranda, Enrique, ob. Cit., p. 8.

⁴² Ob. Cit., p. 82.

Como se advierte del contenido anterior, este autor explica, que detrás de cada prohibición o mandato se hayan los elementales deberes ético-sociales, cuya vigencia se asegura conminando con una pena la lesión de esos deberes, pero la pena debe dirigirse sólo a la protección de esos deberes fundamentales como la vida, libertad, etc., pues extender la punición a conductas que no revistan gravedad de lesión a elementales necesidades, degenera en un Estado represivo.

Sin duda que lo entendible por el autor señalado, es adoptado en nuestro tema de investigación y en donde se observará que deben conminarse esas conductas y de imponerse la *prisión preventiva* sólo a conductas dolosas y verdaderamente lesivas.

Por lo anterior y para el sistema finalista, el dolo va implícito en el tipo, en donde no sólo se comprenden elementos objetivos –como en el causalismo- sino también subjetivos –dolo o culpa-. Si la conducta que interesa analizar al derecho penal es la conducta final y si esta sólo se puede identificar atendiendo a la voluntad final del autor sobre la realización de resultados típicos. Por lo tanto si estamos ante una conducta delictiva se debe analizar dicha finalidad, en otras palabras, el *dolo* que guió la conducta del autor.

Por otra parte, toda conducta conciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere –el elemento intelectual- y por la otra la decisión de querer realizarlo –elemento volitivo- ambos momentos, como elementos configurativos de la acción típica real, forman el dolo, y no solamente la tendencia a la realización típica, sino la voluntad capaz de su realización.

De esta forma el acto de la voluntad debe ir dirigido, no sólo al cumplimiento de la acción o la omisión, sino a la realización del resultado, que

además debe ser querido por el agente. De tal suerte que si no se comprueban tales elementos, no podemos hablar de conductas verdaderamente lesivas.

“El dolo pues para los finalistas es un dolo de tipo, un dolo de hecho, es decir la voluntad de realizar el hecho típico”,⁴³ de tal manera actuara dolosamente quien con ese ánimo realiza la conducta disvaliosa. Significa entonces conocer y querer los elementos objetivos pertenecientes al tipo legal.⁴⁴

Por último el sistema funcionalista –como último desarrollo de los sistemas del delito en la actualidad- con respecto al dolo, y los nuevos proyectos sistemáticos tienen un punto en común: rechazar el concepto final, pero mantener la ubicación del dolo en el tipo con diferente fundamentación.

Desde luego que en un sistema funcionalista, con bases en política criminal, el dolo tiene un segundo plano, en donde interesa el tipo objetivo y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad,⁴⁵ a través de la teoría de la imputación objetiva, cuyos principales elementos son a saber:

1. “Que la conducta del sujeto haya creado o incrementado un riesgo prohibido, no comprendido dentro del riesgo permitido.
2. Que el resultado deba producirse precisamente por el comportamiento del sujeto y no deberse a un riesgo ajeno diverso a su conducta, y
3. Que el resultado este comprendido dentro del fin de protección de la norma o del alcance del tipo penal, es decir, sólo le es imputable objetivamente un

⁴³ ORELLANA Wiarco, Octavio A., ob. Cit., p. 99.

⁴⁴ HEINRICH Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal –parte general-*, p. 263.

⁴⁵ DIAZ Arana, Enrique, ob. Cit., p. 80.

resultado a un sujeto, si ese resultado esta considerado dentro del ámbito del bien jurídico tutelado por la norma”.⁴⁶

Como observamos de los elementos del delito anteriores, podemos decir que efectivamente en tratándose del tipo doloso se traslada a la conducta relevante para el juicio de riesgo, es decir si se creo o no el riesgo no permitido, de tal suerte que pasa -como señalamos en líneas anteriores- el dolo a una segunda categoría y pareciera que volvemos –en cierta forma- al objetivismo, que fue fundamento del causalismo, pero ahora con criterios de política criminal, que es lo rescatable y en donde se planteó que el finalismo no resolvía la problemática de los delitos culposos y de omisión, y además consideró insuficiente como elemento del tipo culposo *la violación al deber de cuidado y la relación de antijuridicidad*, conceptos que propuso se cambiaran por creación de un peligro jurídicamente relevante, es decir, prohibido, y la *realización de ese peligro* como elementos de carácter objetivo⁴⁷ que permiten atribuir la imputación del resultado o la puesta en peligro.

En otras palabras, se tendrá por acción relevante –dolo- en el derecho penal todo lo que se puede atribuir al sujeto como centro anímico espiritual de acción, es decir, una manifestación de la voluntad materializada en una conducta que contraviene a una expectativa social,⁴⁸ con el significado que se requiere en criterios de política criminal. “El dolo típico para esta teoría se conforma con el conocimiento y la voluntad del autor de realizar una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado”,⁴⁹ es decir la decisión de ir en contra de ese satisfactor de vida.

También nuestra legislación vigente trata el concepto de dolo cuando el agente quiere o acepta el resultado, o cuando este es consecuencia necesaria de la

⁴⁶ WIARCO Orellana, Octavio A., ob. Cit., p. 180.

⁴⁷ Ob. Cit., p. 186.

⁴⁸ DIAZ Arana, Enrique, ob. Cit., p. 82.

⁴⁹ Ob. Cit., p. 114.

conducta realizada,⁵⁰ concepto desde nuestro particular punto de vista no muy destacado, porque habrá quien quiera la realización del resultado –elemento volitivo– pero no lo acepte, entonces esa acción u omisión no sería dolosa para efecto de los términos planteados.

Es así entonces, como los doctrinarios han coincidido en que el dolo tiene un elemento intelectual y uno de voluntad de realización de la conducta.

Por *elemento intelectual* podemos decir que “el sujeto debe saber que es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como acción típica”,⁵¹ es decir ha de saber que en el robo se apodera de una cosa ajena, que en el homicidio, priva de la vida a otra persona, etc., este elemento se refiere por tanto a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica.

El que el sujeto conozca la ilicitud de hacer o su capacidad de culpabilidad es algo que no afecta para nada a la tipicidad del hecho, sino a otros elementos de la teoría general del delito.

“El conocimiento que exige el dolo es un conocimiento actual, no bastando uno meramente potencial”,⁵² es decir el sujeto debe saber lo que hace, no basta suponer que hubiere podido o sabido lo que hacía. Es pues un elemento ético constituido por la conciencia de que se quebrante el deber,⁵³ “en el injusto implica el conocimiento actual y correcto del ámbito situacional”.⁵⁴

El sujeto conoce y conociendo los sucesos que existan objetivamente y que son coincidentes con las circunstancias del tipo legal, despliega su voluntad en

⁵⁰ Véase el artículo 7º del Código Penal vigente para el Estado de Michoacán, en lo referente a la definición del delito y sus tipos.

⁵¹ MUÑOZ Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, p. 43.

⁵² Idem.

⁵³ CASTELLANOS Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, p. 239.

⁵⁴ BUSTOS Ramírez, Juan J. y otro. *Lecciones de derecho penal*, tomo II, pp. 60-61.

el sentido de realizar el proceso comunicativo típico.⁵⁵ Lo anterior significa ese conocimiento previo que debe existir de la antijuridicidad de la conducta.

Por otra parte el *elemento volitivo* significa que no es suficiente conocer los elementos objetivos del tipo, sino que además es menester quererlos realizar.

El elemento anterior supone voluntad incondicionada de realizar algo – típico- que el autor cree que puede realizar, de tal suerte que si el autor no esta decidido a realizar su acto o sabe que no puede realizar, no hay dolo⁵⁶ bien porque el autor no quiere todavía, o bien porque no puede querer lo que no esta dentro de sus posibilidades. De igual modo el querer supone además el saber, ya que es difícil querer realizar algo que no se conoce.

El dolo en este apartado, no es un simple querer, sino además una voluntad en su realización, esto es, “un querer que se materializa en actos”,⁵⁷ ya que los pensamientos no pueden ser punibles, sino sólo los actos exteriorizados y plasmados materialmente hablando.

“Así por ejemplo, no hay voluntad -por lo tanto dolo- si el sujeto le paga un billete aéreo a una persona con la esperanza de que el avión se caiga, pues el hecho de que dicho accidente ocurra no puede ser dominado por el autor”.⁵⁸ De tal suerte que esa intencionalidad debe estar materializada en un resultado desde luego imputable a su autor.

De todo lo anterior podemos destacar que debe existir ese conocimiento de la antijuridicidad del acto y la voluntad de realizarlo, pero además que esa conducta afecte lesivamente al orden social, para en todo caso ser aplicada

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ MUÑOZ Conde, Francisco, ob. Cit., p. 44.

⁵⁷ BUSTOS Ramírez Juan J, y otros, ob. Cit., p. 68.

⁵⁸ Idem.

por excepción, la *detención provisional*, ya que no debemos olvidar que el dolo se limita al saber y entender de los elementos del tipo objetivo, los demás elementos no son abarcados por aquel.⁵⁹

1.3.1. Tipos de dolo.

Existen diferentes clasificaciones por la doctrina predominante en el ámbito del dolo como son: *dolo directo o de primer grado*, *indirecto o de segundo grado*, *eventual*, *indeterminado* y modernamente *alternativo*.

a) *Dolo directo o de primer grado*. Es aquel en el que la realización típica llevada a cabo es justamente la perseguida por el autor,⁶⁰ podemos citar el ejemplo en el que Pedro quiere privar de la vida a Juan y le dispara con el arma acertándole en el corazón.

En otras palabras, en este tipo de dolo –intencionalidad- el autor quiere realizar precisamente el resultado que se propuso y lo consigue plenamente, pudiendo afectar bienes jurídicos accesorios, como ejemplo, pretende Pedro matar a Juan que se encuentra dentro de un restaurante y rompe previamente el cristal, por ende responderá por ambas conductas en concurso de delitos;⁶¹ de esta forma se justifican los diferentes tipos de intencionalidad en el delito.

En este tipo de conducta disvaliosa, “el sujeto se representa el resultado plenamente tipificado y lo quiere”.⁶² Hay voluntariedad de la conducta y querer del resultado, éste comprende pues a la intención del agente.

⁵⁹ MAURACH, Reinhart, *Derecho penal –parte general-*, p. 393.

⁶⁰ Ob. Cit., p. 69.

⁶¹ Véase artículo 14 del código penal vigente para el Estado de Michoacán, en relación con la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito, en concurso de delitos.

⁶² CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p. 239.

En el dolo de primer grado el autor persigue la realización del delito, por eso se designa a esta clase de dolo como *intención*. En cambio es indiferente en él: 1) que el autor sepa seguro o estime sólo como posible que se va a producir el delito; 2) que ello sea el único fin que promueve una actuación: el delito puede perseguirse solo como medio para otros fines y seguirá habiendo dolo directo o de primer grado.⁶³ “Es entonces en el que la voluntad abarca el resultado típico como fin en sí”,⁶⁴ la realización del resultado conocido y querido.

Así pues podemos aludir a que este tipo de dolo (*dolos directus*) “significa que el autor sabe seguro que concurren determinados elementos del tipo o concurrirán durante la acción, y en particular que prevé como cierta la producción del resultado típico”.⁶⁵ Esto es que el resultado delictivo era el fin perseguido por el sujeto.⁶⁶

b) Dolo indirecto o de segundo grado. A diferencia del dolo anterior, este tipo de intención, también se le conoce como de *consecuencias necesarias*, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que se causarán otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente,⁶⁷ pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

“Es aquel entonces en el que se produce un hecho típico indisolublemente ligado a lo perseguido por el autor, y que por eso mismo es conocido y querido por él”,⁶⁸ podemos citar como ejemplo, que para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca –el sujeto activo- una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir esa persona, seguramente perderán la vida otros sujetos y se destruirá el avión, en el primer caso habrá dolo de primer grado

⁶³ MIR Puig, Santiago, *Derecho penal –parte general-* p. 259.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, p. 295.

⁶⁵ HEINRICH Jescheck, Hans, ob. Cit., p. 269.

⁶⁶ CALDERON Cerezo, Ángel, ob. Cit., p. 142.

⁶⁷ CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p. 239.

⁶⁸ BUSTOS Ramírez Juan J, y otros, ob. Cit., p. 69.

frente a la persona que directamente –se tiene la intención de que muera- y dolo de segundo grado con los demás individuos y daño en las cosas con respecto a la aeronave.

Este dolo también conocido como mediato, en el que el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos,⁶⁹ de tal manera que exige previamente la realización de un resultado y derivado de ello, es decir de esa misma conducta, más resultados típicos que pueden ser de igual o diferente valor.

En este tipo de dolo, el autor no quiere las consecuencias que se representan como derivadas de su acción, pero las acepta en cuanto van indisolublemente unidas a la consecuencia del fin propuesto.⁷⁰

Podemos citar por último sobre el particular, que el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte sobre seguro, que su actuación dará como resultado el delito.⁷¹ Es decir al autor se le representa como consecuencia necesaria la realización material de otras consecuencias jurídicas.

c) *Dolo eventual o condicionado*. Será aquel en el que la realización perseguida, lleva consigo un hecho típico probable, con el cual el autor cuenta dentro de la realización llevada a cabo.

Sin embargo el dolo eventual desde hace tiempo ha presentado grandes problemas conceptuales, con relación a la culpa conciente, de ahí que las diferentes propuestas doctrinales explicativas se centren en la búsqueda de criterios que permitan con certeza afirmar, que frente a su caso dado, el sujeto ha actuado con dolo y no solamente de manera imprudente,⁷² podemos entonces citar que la

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. Cit., p. 296.

⁷⁰ CALDERON Cerezo, Ángel, ob. Cit., p. 142.

⁷¹ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 259.

⁷² BUSTOS Ramírez Juan J., y otros, ob. Cit., p. 69.

diferencia estriba en la iniciación de una conducta –imprudente con la representación de un resultado- y una conducta intencional –también con la posible representación de un resultado-, ello desde luego permite advertir en forma más clara la diferenciación inocua.

La diferencia con el dolo de consecuencias necesarias estriba en que, en este tipo de intención, se representa un delito en forma inevitable, mientras que en el eventual, existe esa factibilidad pero no de manera inevitable.

“Es pues cuando el sujeto se propone un fin determinado, previendo la posibilidad de otros daños –mayores o menores- y a pesar de ello no se retrocede con la intención inicial”⁷³ lo que significa esa eventualidad de otra conducta pero no con el grado de certeza que en el dolo de segundo grado.

Verbigracia, se trata de unos mendigos rusos que mutilaban niños para excitar la compasión. Dadas las características de las mutilaciones, algunos niños morían como consecuencia de ellas, por su puesto que de saber los mendigos que esos niños morirían, no les hubiesen mutilado, pues muertos no les servían, o sea que ellos no aceptaban el resultado, sin embargo sabiendo que podían morir, llevaban a cabo la conducta aceptando la posibilidad de realización del resultado.⁷⁴ Lo anterior denota precisamente el elemento importante en este tipo de intención como lo es la posibilidad de resultados concordantes.

Podemos concluir que en este tipo de dolo (*dolus eventuales*), el autor de la conducta reprochable considera seriamente como posible la realización del tipo y se conforma con ella;⁷⁵ y en donde el autor no tiene esas consecuencias como necesariamente vinculadas a su acción, sino sólo como no improbables.⁷⁶

⁷³ CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p. 241.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. Cit., p. 297.

⁷⁵ HEINRICH Jescheck, Hans, ob. Cit., p. 269.

⁷⁶ CALDERON Cerezo, Ángel, ob. Cit., p. 142.

d) *Dolo indeterminado*. En este tipo de conducta disvaliosa, existe la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en forma particular, tal es el caso del anarquista –como lo acontecido en tiempos recientes en las torres gemelas de los Estados Unidos de Norteamérica-, en donde no se especifica en forma particular la realización de un fin determinado como pudiera ser un homicidio, sino que se causan daños indeterminados, homicidios, lesiones, daño en las cosas, etc.

Sobre el particular, el autor Eugenio Raúl Zaffaroni, se pronuncia en contrario, al establecer que es inconcebible que alguien tenga dolo de cometer un delito indeterminado.⁷⁷

Sin embargo, coincidimos con el autor mexicano Fernando Castellanos Tena, ya que efectivamente en el ejemplo que nos ocupa, un sujeto –terrorista, arroja una bomba mortal- desea efectuar actos de esa naturaleza y elige al azar un estadio de futbol por donde pasa, y comete los delitos en forma indeterminada, privando de la vida a un sin número de personas, lesiona a otras tantas y daña el inmueble en forma importante; por lo anterior podemos establecer que efectivamente es indeterminado respecto al objeto y no respecto a la intención, que es donde creemos que el autor argentino se confunde.

En este tipo de dolo, el autor quiere una determinada acción, pero ignora cual de los tipos penales que hacen al caso se realizara por ello.⁷⁸

e) *Dolo alternativo*. Las dos formas de dolo –directo y eventual-, incluyendo ambas variantes del primero –de primer grado o inmediato o de segundo grado o mediato-, pueden combinarse en la voluntad realizadora de una conducta

⁷⁷ Véase el comentario que sobre el particular expresa el autor señalado, en la obra Teoría del delito, ob. Cit., p. 300.

⁷⁸ HEINRICH Jescheck, Hans, ob. Cit., p. 273.

que abarque dos resultados queridos pero excluyentes entre sí.⁷⁹ Este supuesto se le denomina dolo alternativo.

Ejemplo: un sujeto dispara a otro queriendo alcanzar a éste o al menos a su perro (caso de lesiones y daños).⁸⁰

En este tipo de dolo, “debe referirse a un tipo concreto y cuando el sujeto puede realizar varios tipos con su acción, por lo que el dolo debe constatarse en cada uno de ellos”,⁸¹ de tal suerte que existe la posibilidad de más de una conducta lesiva, sin embargo la elegida nunca dejara de ser dolosa.

Esta forma de dolo no está suficientemente trabajada para la doctrina y desde luego presenta grandes dificultades, estando en forma controvertida las formas propuestas. Lo valioso de su exposición radica en la riqueza de la teoría del delito, en tratándose de conductas dolosas o intencionales.

Hemos advertido en el tema del dolo, que efectivamente el sujeto puede realizar con su conducta un resultado lesivo, pero también puede establecerse éste derivado de una conducta imprudente o no intencional, como pudiera ser el caso del delito de homicidio –por tránsito de vehículos-. Por tanto es menester además de la observación de los tratados internacionales, que las acciones u omisiones sean verdaderamente dolosas y lesivas para tener aplicada como excepción a la *prisión preventiva*.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ob. Cit., p. 301.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ CALDERON Cerezo, Ángel, ob. Cit., p. 143.

1.4. Lesividad de la conducta.

Un aspecto determinante que ha de tomarse en cuenta para la aplicación o no de la *prisión provisional* –además de los pactos internacionales- y que lleva implícito un principio básico garantista de un derecho penal democrático, es el principio de *lesividad*. Esto es, que solamente debe imponerse la gravosa carga de la *detención preventiva* cuando se afecte verdaderamente un bien jurídico de trascendencia en la sociedad –desde luego con el elemento dolo-, ya que es el principio básico que desde los objetivos del sistema determina qué es un injusto o un delito.

No hay duda entonces que no se puede estar sino de acuerdo hoy, como elemental a un sistema democrático, que los delitos han de definirse desde su lesividad a los bienes jurídicos que corresponden a la entidad que tutela la norma y a la idea que justifica la creación del tipo,⁸² ya que ellos surgen desde los objetivos que justamente definen el sistema y por lo tanto a los delitos y las penas. Luego, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es de modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Lo anterior denota sin duda alguna, que en criterios de un Estado social y democrático, es menester establecer en primer orden que conductas verdaderamente son antisociales y merecen de la protección del derecho penal a través de su tipificación. Existen como en la actualidad una lista de tipos penales en nuestra legislación michoacana que no deberían ser motivo de reproche penal, de ahí la importancia de establecer que acciones u omisiones deben ser ilícitos, y solamente serían aquellos que fueran lesivos y de orden doloso, de tal suerte que “no son graves los delitos culposos aunque lesionan intereses de alto valor, y tampoco son graves los delitos que solo ponen en peligro bienes jurídicos tutelados de

⁸² DIAZ de León, Marco Antonio, ob. Cit., p. 260.

cualquier valor”.⁸³ Desde luego que el comentario resulta acertado en nuestra posición, al estimar que la *prisión preventiva* solamente pudiera imponerse en delitos verdaderamente lesivos y desde luego deliberados.

Este principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. “La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitaria del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo”.⁸⁴

Podemos citar entonces que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico; es la dogmatización del bien jurídico. No hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática. Se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De allí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal, y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político criminal. “Es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado”.⁸⁵

No podemos pasar por alto el referir que –actualmente- solo se protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales, o culturales, por lo que nos parece oportuno señalar las últimas reformas en materia de tipificación de conductas, en donde se crearon nuevos tipos penales y se aumentaron sanciones; así por ejemplo se crea un tipo que fue establecido en el título noveno del código penal para nuestro Estado –delitos contra la fe pública-, capítulo II –*Falsificación de documentos y uso de documentos falsos*- con una sanción mayor que el delito genérico y además considerado delito grave;

⁸³ Claudia Islas, *La prisión preventiva*, Revista Mexicana de Justicia, Procuraduría General de la República, agosto de 1982, número 19, volumen III, p. 35.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, p. 467.

⁸⁵ Dr. Juan Bustos Ramírez, *Principios fundamentales de un derecho penal democrático*, Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica, marzo de 1994, Número 8. p. 43.

encuadramiento de la producción, impresión, enajenación, distribución, alteración o falsificación de tarjetas, títulos o documentos utilizados para el pago de bienes y servicios o para la disposición de efectivo en el tipo penal que ahora nos ocupa.⁸⁶

Sin duda que tal conducta si bien es cierto no estaba penada –al no existir la clonación de tarjetas de crédito <con cinta electromagnética>- no era ineludible la sanción aplicada, antes bien era necesaria la implementación por parte del (los) propietario (s) de los bancos, de inversión en sistemas de seguridad más avanzados y que fueran desde luego difícil de ser vulnerados; sin embargo, el Estado –como en la mayoría de la resolución de conflictos sociales o particulares- crea conductas en un tipo penal y *soluciona un problema (aparentemente)*, por lo que los empresarios bancarios, sólo ellos se vieron beneficiados. De aquí la importación de que las conductas sean lesivas, no para unos pocos sino para la sociedad en su conjunto.

En otras palabras, se contradice un planteamiento del derecho penal, mínimo y de deslegitimación del derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestro código penal. Por nombrar solo algunos casos por los cuales se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población que sólo tienen la posibilidad entonces de ser ofensores pero nunca víctimas.

Lo anterior nos lleva a pensar en la desigual punición de conductas –lesivas- que se establecen en nuestras normas positivas, de tal suerte que es considerado delito grave vulnerar –modernamente clonar- tarjetas de bienes y servicios, que robar un saco de maíz a un campesino, mismo que era su único

⁸⁶ Véase el numeral 203 bis del código penal para el Estado de Michoacán -de reciente tipificación penal- que en relación con el ordinal 493 del código de enjuiciamiento penal vigente, establece la negativa de obtención del derecho a la libertad condicional, por ser considerado en tanto delito grave.

sustento; ¿hasta donde entonces la lesividad de conductas debe ser equitativa y funcional?, pregunta sin duda riesgosa, pero necesaria.

También hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar sumamente restringido o desvirtuado si son muy pocos los que disfrutan de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.⁸⁷

Es por tanto de suma valía determinar que conductas verdaderamente son lesivas a una sociedad merecedora de protección penal o no del desbordado derecho penal, ya que como se ha definido en líneas anteriores, existen una serie de acciones u misiones que no deben estar establecidos en catálogos penales, ya que solamente estarán aquellas que verdaderamente sean consideradas lesivas.

Este principio de lesividad sin regateos es sin duda un alto al poder punitivo del Estado y al ser ese alto, también implicaría la no detención de personas acusadas por cualquier imputación de un delito -por si las dudas-, ya que con independencia de la actual clasificación de delitos en graves y no graves, consideramos que aún algunos de estos ilícitos considerados graves, no ameritan esa lesividad –implícita de dolo- a la sociedad y por ello, se plantea la posibilidad de desvirtuarlos en aras de esa política criminal, ejecutiva, legislativa y judicial.

Es así entonces que el uso de la prisión como forma de actuación del poder público –*ius puniendi*- interesa de manera inmediata a la libertad en su dimensión negativa y, en ese sentido -obviamente, salvo la privación de la vida- es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del **sistema de libertades**, sobre el presupuesto

⁸⁷ BUSTOS Ramírez, Juan, Revista de ciencias penales de Costa Rica, ob. Cit., p. 9.

de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo –como el nuestro- *la prisión provisional* fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: "*un prius necesario para la obtención de las pruebas*," lo propio de un orden procesal fundado en la tortura como el instrumento primordial de adquisición de conocimiento, en el que, a través de toda una "tecnología del cuerpo" se expresa la "microfísica del poder", en la sugestiva interpretación de Foucault.⁸⁸

Una larga evolución histórica que es la del pensamiento ilustrado y la de la construcción de la propia categoría constitucional de la libertad, llevó a la abolición formal de la tortura en la experiencia procesal y, con ello, a la disociación asimismo y a la *prisión provisional*, pasando desde la etapa de la venganza privada hasta el periodo científico.

Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la *prisión provisional* o pena sin condena, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, no despejó todas las perplejidades acerca de la legitimidad del instituto, en el que Beccaria había visto, sin sombra de duda, "una especie de pena",⁸⁹ y no podía ser de otro modo, si se considera que, mucho antes, ya hubo autores que hallaron dificultades para distinguir entre tortura y cárcel.

Actualmente es verdaderamente cierto que la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedó en su denominación de pena corporal antigua,⁹⁰ es decir, ya no existen las penas corporales por lo menos en la ley en nuestro país, sino en todo caso la pena privativa de la libertad o más elegantemente decir pena ambulatoria, y no entonces *pena corporal*, ya que en

⁸⁸ FOUCAULT Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, pp. 33-35.

⁸⁹ BECCARIA, ob. Cit., p. 82.

⁹⁰ Véase el numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos, en lo referente a la imposición de la prisión preventiva en delitos que tengan señalada pena corporal.

sentencia por el mismo mandato constitucional,⁹¹ ya no se pueden imponer penas al cuerpo; sin embargo la *detención provisional* se sigue aplicando arbitrariamente en la mayoría de los delitos, cuando “es viable entender que la pena validada por la protección de bienes jurídicos no se convierte en un principio absoluto, sino en posibilidad de constante revisión democrática del sistema penal”.⁹²

Quizás esa lesividad de la conducta –que no se entendió en su debida dimensión en la tarea legislativa, y ello trajo consigo que en el año de 1993 se reformara el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos entre otros, para ahora contemplar la denominación de delito grave, cuya consecuencia jurídica en su comisión es la ausencia de otorgamiento de la libertad caucional, ya que anteriormente a estas reformas se tomaba en cuenta el término medio aritmético para la procedencia de tal derecho procesal, por lo que se considera que lejos de solucionar el problema en la fórmula de otorgamiento de la manumisión caucional, simplemente el legislador tomó en cuenta un catálogo de delitos en los cuales por la gravedad de los mismos –atendiendo en muchas ocasiones a las presiones de naturaleza política- era necesario no otorgar ese beneficio, que desde luego trae consigo la implicación de la *prisión preventiva*, con independencia de la lesividad de la conducta.

De tal suerte que al contemplar tanto dicha constitución como las leyes secundarias penales la denominación delitos graves, se refieren a aquellos que afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad.

Este parámetro de delitos no es nuevo, ya que la clasificación por su gravedad es una de las más antiguas y conocidas; parte del análisis del daño -

⁹¹ Nota: en contraposición con el artículo señalado en la nota anterior, el cardinal 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –primer párrafo-, señala textualmente: “*Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales;*” lo anterior sin duda contradice en estricto derecho, lo contenido en el artículo 18 del cuerpo de leyes invocado, ya que éste último artículo habla de penas corporales, mientras que el ordinal transcrito, prohíbe tajantemente las penas de naturaleza corporal.

⁹² BUSTOS Ramírez Juan J. y otro, ob. Cit., p. 54.

lesividad- causado por la conducta delictiva, la cual se origina en la doctrina de los autores italianos que establecen la tripartición de delitos, crímenes y contravenciones o faltas, base sobre la cual los autores sajones del siglo XVII, especialmente Carpzovio, elaboraron una división tripartita en *delicta atrocísima* (castigo con la pena de muerte agravada). Esta clasificación se incorporó en la legislación penal alemana en virtud del Codex de Baviera de 1751y a la teresiana de 1958; acorde con lo anterior, es posible hablar de una clasificación de las conductas antisociales en delitos y crímenes, a la cual se le denomina bipartita, o bien de una clasificación tripartita, la cual comprende faltas o contravenciones, delitos y crímenes.⁹³

En nuestro país se distingue durante la época precortesiana los delitos en graves y no graves, y para tal efecto las sanciones más utilizadas eran “la esclavitud, los castigos corporales, el destierro, la confiscación e inclusive ciertas formas de privación de la libertad, para deudores y reos exentos de la pena capital”.⁹⁴

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, encontramos entonces referencia en los delitos graves a partir de la reforma como se menciona del día 3 tres de septiembre del año de 1993,⁹⁵ cuando se introdujo la facultad a cargo del Ministerio Público de realizar detenciones hasta por 48 horas y tratándose de delitos graves, pero también el numeral 20 de la misma Constitución planteó la posibilidad de negar la libertad provisional bajo caución cuando al inculpado se le imputara la comisión de un delito grave.

Por último y en cuanto a las consecuencias jurídicas aplicadas a los delitos llamados graves –posiblemente lesivos-, podemos señalar que éstas se enfocan a una tendencia por ser punibles de manera más enérgica los delitos no graves, así como permitir a la autoridad encargada de investigación de los delitos a poder retener hasta por el término de 48 horas a la persona –*presunta inocente*-

⁹³ Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 115.

⁹⁴ Ob. Cit., p. 116.

⁹⁵ Véase el Diario Oficial de la Federación de la fecha señalada.

cuando se encuentre involucrado en la realización de éste género de delitos y por otra parte, la limitación del derecho al goce de la libertad provisional, que en este tipo de delitos se encuentra vedada en virtud de la gravedad del delito.

Lo anterior no significa otra cosa pues, que la tendencia cada vez mayor de punir con conductas, aunque éstas por si solas no sean graves, dejando a un lado los criterios de política criminal, que pareciera dar a entender que la misma con la dogmática jurídico penal y la propia criminología están distanciadas, y por ello la *prisión preventiva* se ve incluso potestada al órgano investigador cuando además los delitos ni siquiera sean graves.⁹⁶

Por ello es urgente legislar al respecto y que se exima en cualquier caso de la imposición de esta institución en delitos considerados no lesivos –sin dolo– como un criterio razonable y sustentable de política criminal.

Asimismo y en cuanto a la imposición de la *detención preventiva* debidamente legitimada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que por cierto no hace distingo alguno en tratándose de delito considerado por las leyes secundarias como grave o no grave como se menciona, sino simplemente concretizándose a establecer que por delito que merezca pena corporal habrá lugar a *prisión preventiva*, y con motivo de nuestro trabajo, bien podemos enunciar que pareciere el derecho a la libertad provisional bajo caución, solamente para quienes tengan las posibilidades económicas de cubrir las necesidades pecuniarias de los órganos del Estado –Ministerio Público y órgano jurisdiccional– discriminando a quienes por diferentes motivos no tienen esa posibilidad de acceder en forma inmediata a la libertad por la imposición y quienes por lo general son más o menos seleccionadas, en función de estereotipos y

⁹⁶ Véase el contenido del numeral 20 apartado A fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto a la restricción del otorgamiento de la libertad caucional aún en delitos no graves y a petición del propio Ministerio Público; lo que se traduce en una contradicción de la propia Constitución, ya que independientemente de los antecedentes criminales del inculpado, lo que se sanciona –o se debe sancionar– es precisamente el hecho y no la posible peligrosidad del sujeto, que como señalamos en líneas anteriores, se encuentra superado.

torpezas (operas toscas) entrenadas para su protagonismo conflictivo,⁹⁷ hoy en nuestros días de esta institución el Estado ha abusado, y se ha valido para simular su poca efectividad en la realización y consecución de la verdad legal, lo que ha traído consigo graves perjuicios a todas las personas detenidas antes de la declaración de culpabilidad.

Por ello es importante citar que las raíces del sentido del legislador de establecer la negativa de la libertad bajo caución de delitos graves por exclusión considera que existen conductas típicas, antijurídicas y culpables⁹⁸ que no representan lesividad agravada para la sociedad y los propios ofendidos y ello es así porque de conformidad a la propia idiosincrasia de una sociedad plasmada en su legislación, no representa en el sentir general –así asumida por el legislador- un grado de desvalor considerable, y por ello la ley secundaria puntualiza con precisión los delitos considerados como graves.

Así entendemos que existen acciones lesivas y antijurídicas que no son consideradas mayores y por ende no se comprende la imposición de la *prisión preventiva*, y sin embargo actualmente legitimada y amparada su imposición por el contenido del cardinal 18 constitucional,⁹⁹ en donde señala que bastará que sea un delito sancionado cuando menos con pena corporal.

Entendemos que el derecho penal constituye uno de los medios de control social existente y necesario en las sociedades actuales. La familia, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control altamente formalizado como es el derecho penal¹⁰⁰ con ello se trata de evitar hechos verdaderamente

⁹⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Derecho Penal- parte general-*, p.49.

⁹⁸ CASTELLANO Tena Fernando, ob. Cit., p. 145.

⁹⁹ Véase este artículo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁰ MIR Puig Santiago, ob. Cit., p. 47.

lesivos para la sociedad o conductas verdaderamente relevantes y no comportamientos menores, por tanto la imposición de la *detención provisional* en este tipo de conductas antijurídicas, ante su no comprobación es dable en términos de política criminal.

1.5. Garantismo.

El garantismo es una teoría y una práctica jurídica que surge como reacción contra los excesos de la represión de los órganos del Estado. Su principal posición es crear un derecho penal mínimo que sea capaz de reducir eficazmente la arbitrariedad del poder punitivo.

La garantía del acusado –en México- la podemos definir como los derechos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en beneficio del inculcado durante el desarrollo del procedimiento penal, con el objeto de lograr un equilibrio frente al Ministerio Público como parte acusadora;¹⁰¹ lo que denota un derecho subjetivo público otorgado a los gobernados.

Otra definición en el derecho mexicano pudiera ser: como un derecho público consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a favor de los gobernados, que surge de la relación jurídica entre el gobernado, por un lado, y el Estado y sus autoridades por el otro, “de donde nace la facultad para el primero de exigir al segundo respeto a los derechos fundamentales del hombre, tales como la vida, la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica”.¹⁰²

Para la protección de derechos, se definen a las garantías como las técnicas idóneas para asegurar la efectiva tutela o satisfacción de esos derechos, existiendo en consecuencia diferentes significados de garantismo, dependiendo del

¹⁰¹ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 1513.

¹⁰² Diccionarios Jurídicos Temáticos, *Juicio de amparo*, T. 7. p. 24

bien jurídico o derecho real que se pretende proteger, de tal suerte que habla el autor Luigi Ferrajoli, de un *garantismo patrimonial*,¹⁰³ para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el resto de derechos patrimoniales, bien valdría la pena encuadrar este derecho en la sustanciación de naturaleza civil, en donde efectivamente uno de los intereses al ser un derecho privado, es precisamente la indemnización y la reparación de daños causados, dígase responsabilidad objetiva o subjetiva.

Habla también el autor citado de *garantismo liberal*,¹⁰⁴ y específicamente penal para designar, las técnicas establecidas para la defensa de derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a la intervención policial o judicial arbitrarias; de tal suerte que la libertad personal es sin duda una de las preocupaciones de doctrinarios tan destacados como el que nos ocupa, por lo que si existen esas técnicas de libertad consagradas en tratados internacionales, desde luego que son ley vigente y por tanto deben de ser respetadas –mediante el principio de legalidad- con instrumentos idóneos y eficaces.

De igual manera se alude a un *garantismo social*,¹⁰⁵ para designar al conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas encaminadas a satisfacer como su nombre lo indica, los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etc. de tal suerte que esos derechos establecidos por nuestra constitución desde décadas anteriores, bien valdría la pena reflexionar sobre su reconocimiento y en todo caso sobre su defensa.

Por tanto en el ámbito del derecho penal, el garantismo se ha desarrollado por tanto como una teoría, una práctica jurídica, -en Italia- a los

¹⁰³ Luigi Ferrajoli, trad. Marina Gascón, *El garantismo*, Iter criminis, Revista de Ciencias Penales, INACIPE, agosto de 1999, número 2, p. 247.

¹⁰⁴ Ob. Cit., p. 248

¹⁰⁵ Idem.

contundentes legados de la legislación fascista,¹⁰⁶ y después a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo.

En este sentido el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, y expresa la exigencia lógica de la ilustración jurídica, de *minimización de este terrible poder –como lo llamo Montesquieu-*,¹⁰⁷ que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley, lo que se traduce en que efectivamente debe restársele facultades o poderes al Estado en aras de un sistema penal más garantista, esto es, que en la medida en que restrinja menos derechos a la persona –como sería el respeto a la *presunción de inocencia* - en esa medida será más garante y acorde con el pensamiento ilustrado como se menciona; finalmente la intervención del derecho penal, sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicamente insoportables,¹⁰⁸ y no por conductas simplemente antisociales sin ninguna consecuencia lesiva a la persona o a la sociedad en su conjunto.

De esta forma *garantismo y derecho penal mínimo* se convierten en sinónimos, que designan un modelo teórico y normativo de un derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la prevención legal, como en la comprobación judicial- esto es que no solamente deben de buscarse medidas político-criminales en la prevención al delito, sino como lo enunciaremos más adelante, una vez cometido éste, la política criminal debe ser garante de los derechos de los procesados como lo es la observación de los tratados internacionales, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Id.

¹⁰⁸ SANDOVAL Delgado, Emiliano y otros, *Individualización jurídica de la Pena*, p.36.

Por lo que respecta al delito, estos límites son *las garantías penales sustanciales*¹⁰⁹ desde el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden las *garantías procesales y orgánicas* como lo es la *presunción de inocencia*; principio que será abordado con posterioridad en nuestro trabajo, y que representa una de las garantías vinculadas al proceso y un contrapeso a la *prisión preventiva* de gran valor.

Así pues mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, es decir a minimizar al máximo lo que al poder legislativo se le antoja castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea a reducir enormemente sus márgenes de arbitrio. Lo que denota que la preocupación personal sobre la eliminación de la *detención provisional* no es otro aspecto que velar por esas garantías procesales a favor de todo gobernado.

Tres son las tesis que sostiene Luigi Ferrajoli, con relación al garantismo que hemos venido exponiendo, en primer término: *garantismo y justificación externa del derecho penal*,¹¹⁰ en este apartado el autor refiere a los fines del derecho penal, por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de justificación del derecho penal como alternativa a la anarquía de las reacciones ante la ofensa –desde la venganza privada, hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos- que se produciría en ausencia del derecho penal.

En otras palabras el autor refiere que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a la hipótesis abolicionista, es que permita reducir o minimizar la cantidad y la calidad de la violencia en la sociedad; de esta manera el derecho penal es necesario pero sólo se justificará por

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Iter criminis*, ob. Cit., p. 248.

¹¹⁰ Ob. Cit., p. 249.

la mínima intervención y por garantizar los derechos de todos los gobernados bajo su tutela represiva; esto es no sólo la prevención de conductas delictivas, sino además la prevención de las reacciones informales frente a los delitos –ya cometidos- y la minimización de penas.

En segundo orden, *garantismo y legitimación de la jurisdicción penal*,¹¹¹ aquí refiere el autor un nexo entre garantías y legitimación, tanto interna o jurídica, como externa o política del poder judicial. Las garantías por cuanto incorporadas a las constituciones, se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica, y política de las concretas decisiones penales.

El fundamento de la decisión sustancial no es, en efecto el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada de un lado por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad. No se puede condenar o absolver aun hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Por tanto la democracia como justificación política se entiende como un derecho justo para todos y no de una minoría deseosa de venganza penal –periodo de venganza pública-.

Por último *garantismo como filosofía política y como teoría crítica del derecho*,¹¹² filosofía jurídica sobre el deber ser, desde un punto de vista axiológico externo; en efecto la doctrina filosófica elabora los modelos normativos del derecho penal como ley del más débil, es decir, como sistema de garantías de los derechos de todos, de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Id.

Como teoría jurídica en cambio es una teoría empírica y a la vez normativa sobre el deber ser del derecho penal, desde el punto de vista jurídico interno de los principios de la justicia, incorporados en nuestros ordenamientos y en particular en nuestras constituciones.

El garantismo pues designa un modelo normativo de derecho –de estricta legalidad–; una teoría jurídica de la validez y de la efectividad como categorías distintas, no sólo entre, sino también respecto a la existencia o vigencia de las normas; una filosofía jurídica, que impone al derecho y al Estado la carga de justificación externa, conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos.¹¹³

De lo anterior podemos decir que el garantismo se entenderá pues como un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las instituciones; es así como la *presunción de inocencia* plasmada en los tratados internacionales, debe ser observada con antelación a la *prisión preventiva*.

1.6. Presunción de inocencia.

Nadie puede ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune un delito que condenar un inocente,¹¹⁴ frase que sin duda deja claro la filosofía que en gran medida debería de tomarse en cuenta para poder incriminar a una persona.

Esta figura se positiviza por primera vez en la redacción del numeral 9º de la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*” del año de 1789 mediante la siguiente inserción “*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il*

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit., pp. 852-853.

¹¹⁴ MONTAÑEZ Pardo, Miguel ángel, *La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencia*, p. 29.

été déclaré occupable”, que traducido al castellano quiere decir “*que a todo hombre se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpable*”.¹¹⁵

Esta *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* la han considerado los estudiosos de la historia del derecho, como un triunfo de los pensadores de la época de la ilustración, y de manera muy especial del marqués de Beccaria que publicó su obra: “*Tratados de los delitos y de las penas*,”¹¹⁶ misma que tuvo una repercusión en toda Europa, época en la cual imperaron las ideas revolucionarias y de cambio, se critica la falta de garantías del procedimiento inquisitivo, entendido este como el principio procesal que otorga el Juez amplias facultades para investigar, averiguar y probar¹¹⁷ ya normalmente el inculcado era tratado desde el primer momento de su incriminación como culpable, y desde luego no tenía esas garantías.

No podemos soslayar el importante momento, ya al término de la segunda guerra mundial en que se produce en Europa la elevación a rango constitucional los derechos fundamentales de la persona humana, de ahí su importancia instrumental como tutela que debe reunir todo procesado.¹¹⁸

La presunción de inocencia en la actualidad aparece formulada de manera expresa en algunas constituciones de Europa y América latina, y en otras cartas fundamentales se entiende de manera tácita, en nuestro país no se contempla de manera expresa, si no simplemente se presume de los dispositivos constitucionales y la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto como lo observaremos en los siguientes apartados.

¹¹⁵ CARDENAS Rioseco, Raúl F. *La presunción de inocencia*, p. 7.

¹¹⁶ BECCARIA, ob. Cit., p. XIII.

¹¹⁷ DIAZ de León, Marco Antonio, ob. Cit., p. 1223.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit., p. 554.

De tal suerte que este principio surge formalmente –como se menciona– en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, y aprobada por la asamblea general de las Naciones Unidas el día 10 de diciembre del año de 1948, al referir que: “*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras que no se prueba su culpabilidad*”¹¹⁹ y posteriormente este principio es ratificado en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre de 1966, y por último es nuevamente señalado en la *Convención Americana sobre derechos Humanos* celebrada en San José de Costa Rica en el año de 1969.

De lo anterior podemos citar entonces que la *presunción de inocencia* es un derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada tratada como inocente, en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad.¹²⁰ De esta manera la *detención provisional* resulta contradictoria a los postulados de derecho internacional.

“La *presunción de inocencia* es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental,”¹²¹ que si bien es cierto nuestra legislación positiva no lo cita textualmente como se expresa, los tratados internacionales al enunciarla la han positivizado.

El referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba, de tal suerte que como derecho en el procedimiento penal debe ser observado por los operadores jurídicos.

Por tanto debemos establecer que la *presunción de inocencia* es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas contundentes que acrediten su culpabilidad, que destruyan tal presunción y que

¹¹⁹ Citado por CARDENAS Rioseco, Raúl F. *La presunción de inocencia*, ob. Cit., p. 11.

¹²⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 2518.

¹²¹ Ob. Cit., supra 1, p. 23.

justifiquen una sentencia condenatoria; luego entonces si nuestro país signó los tratados internacionales mencionados en términos de ley, contrasta sobre manera con el tema del presente trabajo *-prisión preventiva-*; es decir, se irrumpe abiertamente con este principio consagrado implícitamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en dichos tratados; de tal suerte que al advertir la no aplicabilidad de la pena anticipada sino sólo de manera excepcional, poco quizás, pero algo se rescataría del gran monstruo denominado *ius puniendi*; ya que este principio es pues una garantía de libertad de la persona contra la arbitrariedad de los poderes públicos, por tanto y al no declarar la culpabilidad de una persona en sentencia definitiva, no se justificaría de modo alguno la privación de la libertad ambulatoria.

De este principio, justo podemos concluir entonces que la inocencia se presume –¿por qué estar privado de la libertad?- ya que corresponde *al representante de la sociedad* acreditar lo contrario, pero como se ha mencionado en capítulos anteriores, pareciera ser que más que una forma de garantizar el debido proceso, una forma de justificación de la incapacidad de los órganos del Estado, de incriminar a una persona sin sufrir las gravosas consecuencias de la privación de la libertad personal.

No se confunda lo anterior con el principio de *in dubio pro reo*, que radica en saber que esta únicamente en juego cuando sobreviene la duda del juzgador respecto a las probanzas obtenidas, mientras que la *presunción de inocencia* tiene una connotación más amplia, al reconocer el inmanente resultado que a ella tiene cualquier persona desde el momento mismo de la acusación –sin tomar en cuenta las posibles pruebas ya ofertadas-. Bajo esa tesitura, y si se tomara en cuenta esta principio, factiblemente los daños por la detención de una persona en ese momento injusta, sería menos lesiva en delitos considerados verdaderamente agravados y no en delitos de bagatela.

“Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable, ni sometido a pena”;¹²² por lo expresado, el italiano Luigi Ferrajoli, sin duda es uno de los dogmáticos contemporáneos, que a través de la teoría del garantismo, ha manifestado su preocupación y rechazo absoluto a esta institución por ser injusta e inadecuada.

También menciona este autor que este principio fundamental - *presunción de inocencia*- es el fruto de una opción garantista a favor de la tutela de la inmunidad de los inocentes, incluso al precio de la impunidad de algún culpable;¹²³ lo que advierte, observar la inocencia por encima de la presunción de culpabilidad.

En consecuencia, si es que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias, la *presunción de inocencia* no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también de seguridad o si se quiere de defensa social.¹²⁴

Relacionado a la aplicación de la *presunción de inocencia* como medida excepcional, sigue el autor citando que, “es más plausible, cuando se trate de delitos particularmente graves y complejos, antes del interrogatorio, en condiciones de alterar el estado de las pruebas y de procurarse falsas defensas”;¹²⁵ sobre este particular, sin duda que el autor italiano, es coincidente con la propuesta que se pretende justificar en el sentido de que sea ésta, una mera excepción a la regla general actualmente aplicada.

¹²² FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit., p. 549.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibid., p. 557.

1.7. Ius puniendi.

Esta frase en un lenguaje sencillo, se entiende como el “derecho público de castigar facultado al Estado”;¹²⁶ desde la perspectiva de la política criminal se comprende como ese derecho de castigar -o derecho subjetivo-¹²⁷ pero que va implícito el respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales de las personas, lo que desde luego trae a colación el concepto de Estado social y democrático de derecho; ya que en cuanto al efectivo ejercicio de la dinامية soberanía para definir los delitos, señalar las penas, establecer las medidas de corrección y de seguridad, e imponerlas y ejecutarlas, su único titular es el Estado,¹²⁸ de tal suerte que ese poder omnipotente debe estar restringido por principios de los que nos ocuparemos más tarde.

Entendemos que el Estado de derecho puede imperar incluso en un Estado autoritario, por tanto el derecho de castigar también será autoritario; luego entonces y si el Estado además de ser de derecho es social y democrático tendrá un derecho de castigar más social y democrático, por ello vale la pena reflexionar que efectivamente el derecho penal es un derecho necesario en toda sociedad y que sirve precisamente como medio de control social, pero si el Estado es una creación del hombre, el derecho una creación del hombre y las normas una creación del hombre, estos no deben permitir el exceso en imposición de circunstancias adversas a todas las personas que se ven involucradas en un delito penal, es decir en lugar de servirse del hombre ese derecho de castigar, debe precisamente servir al hombre, en aras de un mejor Estado de derecho.

La corriente garantista¹²⁹ por su parte -como la llama Luigi Ferrojoli- del derecho penal, también vela por la prevención general de los delitos, es decir se

¹²⁶ DIAZ de León, Marco Antonio, ob. Cit., p. 1253.

¹²⁷ CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p. 56.

¹²⁸ MARQUEZ, Piñero Rafael, *Derecho penal* –parte general-, p. 17.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit., p. 411.

pretende legitimar al derecho penal en cuanto un efecto disuasorio, y en consecuencia el *ius puniendi* no tiene por que ser excesivo en la detención de personas en las que aún no ha sido declarada la culpabilidad –por ello que el tema se denomine *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva <pena anticipada> en el Estado de Michoacán*- por lo que en tratándose de conductas poco lesivas, incluso culposas no tiene por que imponerse tal institución.

Sin embargo, bien vale la pena mencionar que la política criminal tiene dentro de su esfera precisamente a la política penal legislativa y por tanto, esas adecuaciones a la norma o al derecho penal, no pueden quedar solamente en disposiciones secundarias de tipo sustantivo, sino que también tienen que abarcar el aspecto adjetivo y ejecutivo, y además debe de haber congruencia entre lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales con esas normas de carácter secundario, de tal suerte que el derecho a castigar del Estado debe estar limitado además de los principios rectores de la propia ley.

Por otra parte vale la pena destacar el discurso que ha llevado a esta gran jurista Argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, a establecer criterios de criminalización y de selectividad del propio *ius puniendi*, de esta manera cita que “todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder y seleccionan a un grupo reducido de personas a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena”.¹³⁰ Lo que es reprochable es que estas personas -de por si menospreciadas por el Estado- tengan que padecer del poder punitivo de la *detención provisional*, sin ser aún declarada su culpabilidad y lo que es peor en delitos considerados a nuestro criterio de poca lesividad social; por ello y en observación a la política criminal y a los tratados internacional, se plantea que ante el irremediable mal de la selectividad penal, se respete la *presunción de inocencia* y sea la *prisión provisional el último recurso*.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal –parte general-*, ob. Cit., p. 6.

No debemos olvidar que la finalidad del procedimiento penal, es similar a la del derecho penal mismo, sabemos que el derecho penal tiene un fin genérico, que es la protección de los bienes jurídicos que se consideran indispensables para la conservación del Estado y de la sociedad, y su fin específico es la protección de aquellos satisfactores que se estiman indispensables para el individuo y la sociedad, de tal suerte que debe velar, “por ese derecho natural del hombre como lo es la libertad personal”;¹³¹ a final de cuentas en el mundo desmitificado, el derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente si se entiende como un derecho penal funcional,¹³² de no ser así incumple con su colofón primordial.

1.8. Límites al poder punitivo del Estado.

A la luz de la corriente garantista que acabamos de abordar, los principios básicos del Estado moderno en la realización de la justicia, han considerado lo que se le llama una “teoría garantista de la tutela penal”¹³³ como una directriz de la política criminal que impone límites al poder punitivo y orienta a los operadores jurídicos en su tarea por decidir que puede ser delito, a quienes se sanciona, y porque se impone una pena, etc.; esto significa entonces que si el derecho de castigar constituye el significado del derecho penal en sentido subjetivo,¹³⁴ este derecho no puede ser arbitrario, por el contrario debe tener límites, “uno de ellos lo constituye el propio juzgador”¹³⁵ y otros sin duda se refiere a los principios que deben regir en el derecho penal, de los cuales citaremos algunos de los más importantes en líneas posteriores.

a) Principio de legalidad. La ley penal debe expresar la conducta prohibida para que los ciudadanos se motiven frente a ella, constituyendo la piedra

¹³¹ CUENCA, Dardon Carlos E. *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*, p. 9.

¹³² LESCH, Heniko H. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Téllez, *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*, p. 13.

¹³³ MEDINA Peñalosa, Sergio, *Teoría del delito*, p. 36.

¹³⁴ CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p. 21.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal –parte general–*, ob. Cit., p. 4.

angular de todo sistema jurídico en la medida que consagra que nadie puede ser castigado penalmente sin que previamente se defina la conducta como delito, donde se establezca la pena correspondiente, el proceso dentro del cual se impondrá la sanción y estén definidas las reglas de ejecución de las mismas; lo que elimina toda posibilidad –de por sí extralimitada- de arbitrariedad estatal protegiendo las garantías penales, procesales, de ejecución y penitenciarias, a las cuales podría sumar la irretroactividad, salvo en *bonan parte* y desde luego la prohibición de imposición de penas por mayoría de razón o por analogía.¹³⁶

Se entiende en consecuencia que la norma debe ser anterior al hecho delictivo, es decir: previa, escrita y estricta, por lo que el Estado debe garantizar esa ley, y solamente en el caso de la irretroactividad se debe aplicar en beneficio del acusado.

“Formalmente se constituye por el tipo normativo de la ley penal”,¹³⁷ es decir, que la única fuente productora del derecho penal en el sistema mexicano son los órganos constitucionales habilitados y la única ley penal es la ley que de ellos emana, conforme al procedimiento que contempla la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este principio supondría que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la costumbre pueden habilitar al poder punitivo –cuando es sabido que si podemos acudir a éstas fuentes-, ya que solamente constituyen conductas delictivas, aquellas en las cuales la ley expresamente así lo refiere.

b) Principio de subsidiaridad y carácter fragmentario. Este principio establece que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad

¹³⁶ Véase el numeral 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su tercer párrafo, y con relación a la prohibición de la aplicación de sanciones de naturaleza penal, por analogía o por mayoría de razón.

¹³⁷ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 105.

cuando esta puede protegerse por otros medios, “que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales”.¹³⁸

Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bienestar con el menor costo. En otras palabras, el principio de máxima utilidad posible, para las posibles víctimas, debe combinarse con el de mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes. “Ello conduce a una fundamentación utilitaria del derecho penal que no tienda a la mayor prevención posible, si al mínimo de prevención imprescindible”.¹³⁹

Entra en juego aquí el principio de *ultima ratio* es decir el último recurso ante la falta de otros medios menos lesivos, se debe preferir la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción –que desde luego se adecua al tema expresado en este trabajo- como una adecuada política criminal, lo que quizás se pudiera solucionar en gran parte con un derecho administrativo sancionador; de tal manera que solamente cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad.

Importa destacar este principio, ante la tendenciosa punibilidad de toda conducta en nuestro país, en donde cada vez más se vale el Estado del derecho penal para controlar lo que sea –falta que se sancione penalmente tirar basura en la vía pública-. Por su parte el carácter fragmentario constituye una exigencia relacionada con la anterior y significa que el Estado no debe sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellas. De esta forma y como lo refiere el Español Santiago Mir Puig, “no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino solamente ciertas modalidades peligrosas”.

¹³⁸ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 122.

¹³⁹ Ob. Cit., p. 123.

Lo anterior determina –o debería determinar- que el derecho penal, en primer orden debe ser la última razón a la cual las personas y sobre todo los operadores jurídicos podemos acudir, y por otra parte no siempre lo podremos hacer salvo los casos en que no se tenga alternativa diferente alguna, y por la otra parte, el derecho penal solamente debe proteger bienes jurídicos necesarios e indispensables para la vida gregaria y no cualquier derecho que puede no ser de relevancia penal.

c) Principio de culpabilidad. Este principio tiene como común denominador como presupuesto de la pena, “que puede culpase a quien la sufra del hecho que la motiva”.¹⁴⁰ Lo que significa que no se haga responsable a un sujeto de males ajenos y que no se puedan castigar personalidades sino sólo conductas, pero que además no sólo el hecho sea causado por la persona sino que además se evidencia si actuó con dolo o con culpa, es decir que se haya querido el resultado o el hecho se haya debido a una imprudencia.

Para que se pueda entonces considerar a alguien culpable del hecho doloso o culposo, se debe determinar que a su autor pueda validamente atribuírsele ese hecho como producto de una motivación racional normal.

Lo anterior nos lleva a comprender que a nadie se le puede sancionar colectivamente, y que en otro tiempo fue la esencia del derecho penal –venganza privada, pública y divina-¹⁴¹sin embargo en la actualidad se discute ampliamente sobre la posible incriminación estrictamente penal de la responsabilidad de las personas morales.

En ese mismo sentido debemos decir, que ha dejado de ser positivo el hecho de sancionar personalidades, es decir la peligrosidad y la temibilidad –apenas hace poco tiempo- fueron una de las formas de sancionar a las personas y no a las

¹⁴⁰ Id., p.128.

¹⁴¹ CASTELLANOS Tena, Fernando, ob. Cit., p.32.

conductas cometidas, ahora se entiende que se debe sancionar el hecho cometido y el grado de culpabilidad de la persona,¹⁴² es decir un derecho penal de acto o de hecho y no de autor; se debe pues basar en el hecho cometido y no en el grado de peligrosidad del delincuente.¹⁴³

d) Principio de proporcionalidad. De conformidad al principio anterior, no solamente es preciso que se culpe al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de esta resulte proporcional al hecho cometido.

La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en contrapartida al principio de culpabilidad que limita las penas, pero también este principio debe de ser necesario para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo derecho penal.

El principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la proporcionalidad entre el delito y el delincuente. Aquel principio sólo exige que pueda culparse al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión. Nada dice esto de la gravedad de la lesión y por lo tanto, de que deba ajustarse a ésta la cuantía de la pena.

Este principio establece dos premisas, la primera que la pena sea proporcional al delito y la segunda que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho. Esto es entonces que un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionales, no se determine a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas.

¹⁴² Véase el numeral 54 del código punitivo en vigor, en referencia a las reglas que se deben observar para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

¹⁴³ MEDINA Peñalosa, Sergio J. ob. Cit., p. 36.

De esta manera las sanciones o medidas de seguridad tendrán que ser proporcionadas con el hecho cometido, es decir con la lesividad de la conducta, y si los delitos graves –así establecidos por los legisladores- no representan esa lesividad, no tienen por que traer aparejada a la *prisión provisional*, ya que merman la libertad personal del sujeto.

Con este principio entonces no se legitima la pena como retribución, sin embargo sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo,¹⁴⁴ esto obliga a jerarquizar las lesiones y ha establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, con fundamentos de la legislación secundaria.

e) Principio de resocialización. Este principio se consagra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁴⁵ ya que establece readaptación –resocialización- de las personas como fundamento de la imposición de sanciones penales, lo que significa que el régimen penitenciario de nuestro país se basa en este principio que da al traste con la realidad cotidiana social, que incluso ha sido combatido arduamente por la corriente abolicionista de la política criminal explicada en líneas anteriores.

Ya que como se ha dicho la resocialización y readaptación no funcionan –por los menos en la praxis- se hace necesario que las consecuencias de delito, sean otra alternativa a la pena ambulatoria en la que “permanece privado en mayor o menor medida de su libertad y sometido a un específico régimen de vida”.¹⁴⁶

De esta manera la exigencia de la democracia de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el

¹⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal –parte general-*, ob. Cit., p.123.

¹⁴⁵ Véase el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación a la forma –por lo menos en letra- de llevarse el sistema penitenciario y su fundamento.

¹⁴⁶ GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 39.

derecho penal evite la marginación indebida del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad.

Ello conduce a pensar en que las penas no deben desocializar, sino que fomenten la comunicación con el exterior y facilite en consecuencia la adecuada reincursión a la sociedad. Esto significa un intento de ampliar la posibilidad de participación de la vida social por parte de quien es privado de su libertad, como una alternativa de resocialización.

1.9. Rehabilitación.

La rehabilitación del delincuente que ha sido previamente declarado culpable, implica sin duda, una recuperación de los derechos que se pierden por el fallo impuesto. Originalmente se pretendió restituir todos los derechos que se quitan a la persona delincuente como castigo y retribución, por el hecho de haber infringido el derecho penal. Es decir, anular el estigma o marca, que el propio derecho represivo impone, y además extinguir de plano la responsabilidad nacida de la omisión o comisión de la acción sancionada penalmente.¹⁴⁷

Algunos autores como Constancio Bernardo de Quiróz, citan que el nacimiento de esta institución tuvo lugar en el siglo VI a.C., que después paso a lo que se conoce como "*restitutio in integrum*", con los romanos; continuó con los salvoconductos expedidos por los monarcas, para desembocar en el concepto que actualmente tenemos de la rehabilitación en la ley del 1º. de febrero de 1855 del derecho francés, que después se incorporó a la del 5 de agosto de 1899, también en Francia.¹⁴⁸ En México, esta figura se contempla en el código penal de 1871 y se proyecta a los de 1929 y 1931 en el Distrito Federal, extendiéndose su contenido a las legislaciones locales de los Estados.

¹⁴⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 2764.

¹⁴⁸ Ob. Cit., p. 2765.

Con independencia de que esta figura legal restituya derechos, es en sí misma, un derecho de quien ha sido condenado y que ha cubierto los requisitos y condiciones de la pena. La rehabilitación presenta tres categorías típicas: la primera se señala en el texto respectivo, la segunda en la declaración judicial de la autoridad, y la tercera, ante el sector de autoridades respectivas.¹⁴⁹ De tal manera que la persona que fue condenada y ha cubierto a satisfacción del Estado las cortapisas exigidas, tiene el derecho ahora de ser restituido de esos derechos restringidos previamente.

La rehabilitación es pues la “forma de extinguir la sanción impuesta al reo, reintegrándolo en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso penal o en cuyo ejercicio estuviese suspendido.”¹⁵⁰

Es así como el código federal de procedimientos penales, preceptúa en los numerales del 569 al 576¹⁵¹, todo lo relacionado a esta figura legal, desde los requisitos exigidos, hasta la forma de su otorgamiento.

Por su parte en nuestro Estado de Michoacán, la rehabilitación del delincuente se sitúa en los artículos del 622 al 628 del código adjetivo de la materia,¹⁵² estableciéndose la factibilidad de su otorgamiento, previa solicitud que se haga al Presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, y en virtud de haber cumplido con la condena impuesta, debiendo acompañar los documentos necesarios. Sin embargo y generalmente esta actividad procesal no se hace, salvo los casos en que los reos tienen interés eminentemente político, ya que solamente

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ DIAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de derecho procesal penal*, ob. Cit., p. 2417.

¹⁵¹ Véase los artículos del 569 al 576 del código federal de procedimientos penales, en relación al capitulado del otorgamiento del derecho a la rehabilitación del delincuente.

¹⁵² Véase los numerales citados en relación con el tema de la rehabilitación penitenciaria.

en estos supuestos, se les pide que se encuentren en plenitud de sus derechos civiles y políticos.¹⁵³

Esta figura legal sin duda, representa ese derecho de toda persona que ha sido enjuiciada penalmente y que desde luego la ley punitiva le otorga esa prerrogativa de poder ser resarcido –cuando menos- de los derechos civiles, políticos y familiares; sin embargo y en el tema que nos ocupa, para que la ley fuera más garantista, el reo debió haber seguido el procedimiento en libertad, sobre todo en delitos no lesivos y culposos, y entonces en ilícitos calificados gravemente esa reintegración de derechos por la propia sanción sería más tardada.

Es así que la rehabilitación penitenciaria se entiende y se justifica ligada a la declaración de culpabilidad en sentencia firme, pero siendo la *detención provisional*, una medida de seguridad –como en la actualidad se contempla- no se deberían restringir derechos personales, familiares o políticos antes de esa declaratoria.

1.10. Política criminal.

Para poder entender el concepto de política criminal, debemos citar en primer orden que el Estado –compuesto tradicionalmente por territorio, población y gobierno- tiene como fin primordial el bien público temporal,¹⁵⁴ es decir busca los satisfactores para todos sus integrantes, y en consecuencia debe servir al ser humano y no servirse del mismo en aras de un mejor control social; es decir, todas las medidas y decisiones que éste adopta frente al fenómeno de la criminalidad, deben ir orientadas a la mejor convivencia social; luego entonces esa política criminal debe abarcar tanto a la política criminal legislativa, ejecutiva y judicial, sin olvidar que el Estado no solamente se vale del derecho penal –creación y punición de conductas

¹⁵³ LUVIANO González, Rafael, *El procedimiento y el proceso penal*, p. 467.

¹⁵⁴ PORRUA Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, p. 276.

delictivas- sino que también busca por diferentes formas la manera de evitar el crimen y con ello buscar la prevención general a través de la educación, el trabajo, etc.; de esta manera utiliza al derecho penal para tener precisamente el control de la ciudadanía, por lo que siempre se ha discursado en que “*el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal*” frase de Franz Von Listz¹⁵⁵ lo que para este gran dogmático representaba un primer acercamiento al tema hoy en boga de la política criminal.

El criterio del tratadista Jesús Maria Silva Sánchez, pone de manifiesto que la política criminal, debe ser racionalizada y desde luego orientada a la persona,¹⁵⁶ lo que pone en evidencia que la *prisión preventiva* es irracional y lesiva para el acusado en cualquier procedimiento penal –con prisión corporal-, por tanto se hace necesario buscar *medidas procesales alternativas* menos dañinas a la persona.

“Lo anterior quiere decir que, el punto de partida, se ha asentado la premisa de que las decisiones político-criminales suponen un mal para alguien, mal que sólo cabe infringir de modo subsidiario y además proporcionado”.¹⁵⁷ Lo que significa que si el delito cometido no es lesivo e intencional, debe entonces de manera proporcional atender a las *medidas procesales, como alternativas a la prisión preventiva*.

Entendemos entonces que en los diferentes sectores que comprende la política criminal, no sólo debemos basarlo en materia penal sustantiva, sino que también en la adjetiva –lo que representaría una agilidad y menos burocratismo en el procedimiento, entendido como “el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar que hechos pueden ser calificados como delitos, para en su caso, aplicar la sanción

¹⁵⁵ Citado en el libro de CLAUS Roxin, *Política criminal y sistema de derecho penal*, p, 31.

¹⁵⁶ SILVA Sánchez, Jesús María, *Política criminal en el cambio de siglo*, p. 18.

¹⁵⁷ Ob. Cit., p.19.

correspondiente”-¹⁵⁸ y lo que creemos de suma importancia ejecutiva, que es la parte sin duda, en la que más ha fallado la política criminal no solamente en nuestro país sino en gran parte el orbe, y que los buenos propósitos, no han quedado más que en discursos demagogos por parte de quienes pugnan por un mejor sistema de derecho penal.

Quizás lo más sencillo sería que la política criminal en todos sus ámbitos penales –ejecutivo, legislativo y judicial- se adecuara la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados internacionales en los que nuestro país es miembro, de esta forma se respetarían las garantías individuales como la *presunción de inocencia*, y con ello los derechos humanos de toda persona, sin embargo contrasta el discurso con la realidad, virtud de que la política criminal –de menos en nuestro país- cada vez es de más endurecimiento con respecto a la elevación de penas, creación de delitos y casi nulas formas de resocialización o readaptación social; en otras palabras, no es congruente la ley secundaria con la constitución federal y dichos tratados, por lo que creemos que si empezáramos por este apartado, sería un gran avance.

De esta forma podemos conceptuar que la política criminal representa un concepto complejo y problemático ante la confusión y la diversidad de los términos con que se matiza su objeto de conocimientos.

Para algunos autores “es la rama del derecho penal (disciplina) que analiza los factores del fenómeno de la criminalidad y así orienta la evolución de la legislación penal a las finalidades materiales del derecho penal”.¹⁵⁹ Sin duda que esta concepción representa el sentido de la política criminal, es decir efectivamente orienta a la legislación penal para crear mejores formas de evitabilidad del delito.

¹⁵⁸ RIVERA Silva, Manuel, *El Procedimiento penal*, p.5.

¹⁵⁹ MEDINA Peñalosa, Sergio J., ob. Cit., p. 30.

En su comienzo como se cita, para Franz Von Liszt, “era una disciplina científica que abarcaba un conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito”.¹⁶⁰

Para este mismo autor, se puede distinguir entre la praxis una política criminal y una política criminal teórica, entendida la primera como “el conjunto de actividades empíricas organizadas y ordenadas a la protección de los individuos y sociedad en la evitación del delito, y la segunda como conjunto de principios teóricos que habrán de dotar de una base racional a la referida praxis de la lucha contra el delito”,¹⁶¹ en donde la clave radica precisamente en determinar que significa racional y cuales pueden ser los criterios de racionalidad.

Desde el anterior punto de vista, podemos entender que en resumidas cuentas la política criminal es parte de la política social del Estado –y en materia del derecho penal- debe buscar formas racionales de evitabilidad del delito y no irracionales, por lo que la *prisión provisional*, desde luego que no es racional, cuando aún no se sabe si el sujeto acusado va a ser declarado culpable o inocente.

Por otra parte para Claus Roxin, la política criminal se encuentra muy cerca de las realidades que se presentan en el seno de la sociedad, particularmente de la criminalidad,¹⁶² y por ello ha explicado la corriente del funcionalismo, entendiendo que la política criminal debe adecuarse a la sociedad y buscar mejores formas –más funcionales- de la evitación del delito.

Para Juan J. Bustos Ramírez, la política criminal “es un aspecto de control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal”.¹⁶³

¹⁶⁰ SILVA Sánchez, Jesús María, ob. Cit., p.3.

¹⁶¹ Ob. Cit., p. 16.

¹⁶² Citado en la obra de: Orellana Wiarco, Octavio A., ob. Cit., p.169.

¹⁶³ BUSTOS Ramírez, Juan J., ob. Cit., p. 29.

Existen otros autores contemporáneos que definen a la política criminal como el conjunto de acciones implementadas por el Estado –el gobierno- con el propósito de prevenir y reprimir, en su caso el delito.¹⁶⁴ Por su parte Eugenio Raúl Zaffaroni la conceptúa como “el arte o la ciencia del Gobierno respecto del fenómeno criminal, y no podría oponerse nunca al derecho penal, puesto que el derecho penal no podría ser más que un aspecto de su materialización o instrumentación legal”.¹⁶⁵

La política criminal es entonces parte de la política social que guarda relación en la forma de tratar a la delincuencia, y se refiere al conjunto de criterios a emplear en el tratamiento de la criminalidad;¹⁶⁶ por tanto podemos concluir que es de suma valía –entendiendo la definición de política criminal- que este inmiscuida en el combate al delito a través de la aportación de criterio definidos y necesarios en pro de un mejor derecho penal –más razonado y más justo-, pero sin olvidar que una vez imputado el delito –lesivo o no- a una persona, el Estado debe velar por su libertad en aras a los tratados internacionales y desde luego a la *presunción de inocencia*.

1.11. Derecho penal es un Estado social y democrático de derecho.

Como lo hemos narrado en líneas anteriores, el derecho penal debe atender a los reclamos sociales y democráticos, y de esa forma ser útil a la propia sociedad, sin embargo no debemos olvidar que existen diferentes formas de gobierno, y que la política criminal le sirve al igual que el derecho penal a crear disposiciones en protección –desagradablemente- de los intereses del Estado; de esta manera en un Estado autoritario, es válido que exista una política criminal autoritaria, y sus decisiones serían ajustadas a derecho, de esta forma, y aún y cuando el Estado aplique el principio de legalidad –mal entendido- las normas pueden vulnerar garantías individuales o derechos humanos y entonces ser arbitrarias, pero eso sí apegadas a derecho; luego entonces no basta que la punición

¹⁶⁴ CERDA Lugo, Jesús, *Política criminal, Política criminológica o Política contra el crimen*, p. 21.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, p. 88.

¹⁶⁶ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 58.

de conductas sea en observación al principio de legalidad -inicialmente hablando- sino que además sea un Estado social y democrático que respete esas garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales, sólo de esa forma estaríamos hablando de un Estado más justo, pero sobre todo más humano.

El sistema penal en un orden democrático ha de partir de un presupuesto básico: la dicotomía entre la libertad y el poder. Desde esta perspectiva el sistema penal surge como un sistema de trincheras garantistas cuyo objetivo es la exclusión de la arbitrariedad. Se constituye de esta forma, como la Carta Magna de la persona, y no del delincuente como dijo en su momento Von Liszt.

El castigo penal solo puede surgir de la aplicación de un modelo que excluya la arbitrariedad tanto en el legislador en el proceso de creación –política penal legislativa-, como el Juez en su aplicación –política penal judicial- y el Ejecutivo en la observancia de la ejecución –política penal ejecutiva- de las consecuencias jurídicas del delito.¹⁶⁷

El derecho de castigar entonces se puede fundar en distintas concepciones políticas, y por ello el Estado de derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al derecho,¹⁶⁸ lo que da lugar a los límites establecidos por el principio de legalidad.

La idea de *Estado Social* sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad, ello implica varios límites que giran en torno a la necesidad social de la intervención penal, y por último el Estado democrático obliga en lo posible a poner al derecho penal al servicio del hombre.

¹⁶⁷ BUSTOS Ramírez, Juan. J y otro, ob. Cit., p. 33.

¹⁶⁸ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 109.

De esta forma el derecho penal, sus Instituciones, y el aparato de seguridad pública en relación a las ideas anteriores, deben asumir funciones que respondan de una o de otra manera a las exigencias de la estructura social, ya que con frecuencia escuchamos el discurso que el derecho penal esta en crisis, que se plantean cambios funcionales, sin embargo no se plantea un cambio en cuanto a la estructura social, de tal suerte que no sólo con la adecuación del derecho penal sustantivo a la nueva política criminal se soluciona el problema, sino que ello va más haya de un cambio de delitos, es menester en un Estado social y democrático de derecho, la adecuación de toda la legislación penal –legislativa, ejecutiva y judicial- a la constitución y a los propios tratados internacionales, y si desde la perspectiva de esos acuerdos se *presume la inocencia* de las personas acusadas por delitos penales, hasta en tanto se demuestre su culpabilidad, no se justifica por ningún motivo la *prisión anticipada* antes de condena seguida de la declaración de culpabilidad de la persona, por lo que en delitos de poca lesividad es más gravosa aún su imposición; por lo que no podemos pasar por alto la sumisión del Estado al derecho.¹⁶⁹

De lo anotado válidamente podemos concluir que la *prisión preventiva*, más que una medida de seguridad –al proceso- resulta ser una pena anticipada, que se impone al sujeto acusado de un hecho punible, antes de la declaración de culpabilidad en sentencia ejecutoriada, de ahí la importación de que la misma, sólo sea impuesta como excepción y con criterio de política criminal en acatamiento a los designios internacionales y los derecho mínimos de los que goza todo gobernado.

En la actualidad lo mismo se aplica a conductas dolosas como culposas, y con el requisito único de que el delito que se impute, tenga señalada pena corporal, sin embargo y según pudimos constatar, dista mucho una conducta dolosa que una culposa; y de conformidad a la corriente del garantismo que expusimos, todo sujeto a quien se le atribuya un delito, debe tener vigente el *principio*

¹⁶⁹ PORRÚA Pérez, Francisco, ob. Cit., p. 359.

de presunción de inocencia y no de culpabilidad, sólo así podremos acceder a un Estado social y democrático de derecho.

Por lo anterior y para poder comprender esta Institución en nuestro trabajo, bien vale la pena analizar sus antecedentes constitucionales, ya que esta figura ha tenido diferentes tratamientos a lo largo de su evolución, por lo que se podrá advertir que la prisión, más que ser preventiva ha sido una forma de aplicar sufrimiento al enjuiciado, por lo que en el siguiente capítulo, se desarrollara en forma sucinta la evolución de esta Institución de derecho procesal penal.

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO MEXICANO.

2.1. Análisis histórico de los antecedentes constitucionales de la prisión preventiva, en los Estados Unidos Mexicanos -19 de marzo de 1812 a 27 de enero de 1917-.

A continuación expondremos la evolución –si se puede decir así- de la institución de nominada *prisión preventiva* en nuestro país, tomando una cápsula de antecedentes históricos que comprende de la Constitución de Cádiz de 1812 a la reglamentación constitucional actual.

a) Primer antecedente. El artículo 297 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada el 19 de marzo de 1812, refería al respecto:

“Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el Juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos”.

En este primer antecedente como observamos, las cárceles –ahora prisiones- eran de utilidad para el aseguramiento físico del inculcado y no tanto para el debido proceso, además de que por la época que se señala, hacían solamente dos años que se había obtenido la independencia de nuestro país, por ende se entiende quizás en ese momento el aseguramiento físico del inculcado, pero no era ese encarcelamiento para molestarlo simplemente; es decir, desde aquí se consagraba ese derecho de no molestia al procesado.

Por otra parte refiere ese artículo la obligación del alcalde de tenerlos en buena custodia, esto es garantizando su estancia en las cárceles, -aun y cuando encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un enemigo con pretextos frívolos y

dejar sin castigo a un amigo, con desprecio de los indicios más fuertes que le descubren al reo-¹⁷⁰ aunque como se enuncia también, el juez podía tener incomunicado al acusado que estimara pertinente, lo que significa que la incomunicación era posibilitada en la constitución; pero además se prohibían los calabozos subterráneos y malsanos, esto quiere decir que con anterioridad a esta norma, si se encontraban permitidos. Lo que vale la pena destacar, es precisamente el que se velaba por el no maltrato al detenido, ni la utilización de lugares denigrantes e inhumanos.

b) Segundo antecedente. El numeral 21 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán, el día 22 de octubre de 1814 refería:

“Solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano”.

Como contenido importante del artículo anterior, es sin lugar a dudas el principio de legalidad que ahí se contenía y que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos aún conserva;¹⁷¹ es decir, refería el legislador -en otras palabras- que las leyes contemplaban los supuestos en que procedía la prisión o detención preventiva o provisional, de tal suerte que en la legislación anterior última mencionada, fue importante delimitar esos espacios, pero ahora se destacó los supuestos de su aplicación –un avance reflejo de la lucha de independencia que estaba fraguando.-

c) Tercer antecedente. El ordinal 72 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822 citaba:

¹⁷⁰ BACCARIA, ob. Cit., p. 146.

¹⁷¹ Véase el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente a los supuestos legales en los cuales una persona puede ser detenida.

“Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días, y en su defecto a satisfacer el arresto los atrasos y perjuicios que se le sigan por aquella providencia.”

Es ente antecedente histórico como se observa, cuando surge por primera vez la frase “sino cuando el delito merezca pena corporal” lo que significa que desde hace ya aproximadamente 183 años, en que en la legislación suprema de nuestro país se habla de penas corporales,¹⁷² las que en ese tiempo de conformidad a Michel Foucault, eran derecho positivo, por tanto se justificaba esa literalidad en su contenido; sin embargo y como lo podemos advertir en nuestro derecho positivo mexicano ya no se aplican, ahora se contemplan como penas privativas de libertad o ambulatorias.

Por otra parte no bastaba una simple queja –ahora denuncia- de persona alguna para el encarcelamiento, sino que además se obligaba al mismo a probarlo dentro de seis días, y en su defecto ese arresto por las propias investigaciones.

d) Cuarto antecedente. Los numerales 31 al 35 del Proyecto de Constitución formulada por J. Joaquín Fernández de Lizardi, publicado de mayo a julio de 1825, citaba:

Artículo 31. “Debiendo ser las cárceles no unos depósitos de perdidos, semilleros de viciosos y lugares para atormentar la humanidad, como por desgracia los son las nuestras, sino unas casas correccionales de donde los hombres salgan menos viciosos que lo que han entrado, se dispondrá en lo adelante en edificios seguros pero capaces, sanos y bien ventilados”.

Desde ese tiempo como se observa, las cárceles fueron concebidas como lugares de perdidos, viciosos y de tormento, -ahora como la cita Eugenio Raúl

¹⁷² Véase el contenido del numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Mexicanos, en relación con la aplicación de la detención provisional, en el supuesto en que el delito por el que se acuse tenga señalada pena corporal.

Zaffaroni “solo los tontos y los pobres están en prisión”,¹⁷³ que en nada varía con la concepción actual, en donde imperan los vicios –ahora modernos <narcotráfico, delitos de cuello blanco, etc.>, lugares en pleno abandono a pesar de los discursos de corbata, pero lo que sí ha cambiado es el tormento físico por el psicológico y moral –la reducción de esas mil muertes a la estricta ejecución capital define toda una nueva moral propia del acto de castigar- al sancionar el alma y no al cuerpo.¹⁷⁴

e) Quinto antecedente. Artículo 5º, fracción IX del voto particular de la minoría de la comisión constituyente de 1842, fecha en la Ciudad de México el 26 de agosto del mismo año, decía:

“El edificio destinado a la detención, debe ser distinto del de la prisión: uno y otro estarán en el lugar de la residencia del Juez competente que ha de juzgarlos, y tanto el detenido como el preso, quedan exclusivamente a disposición del Juez que conozca de la causa, sin que ninguna otra autoridad pueda intervenir en cosa alguna relativa a su persona, sus bienes, o su juicio, debiendo limitarse a prestar a la judicial los auxilios que le pida y quedando éstos enteramente a sus órdenes”.

Nuevamente existe en este artículo la separación clara de detenido y de preso, y como en la actual legislación, los espacios para ambos casos deben ser diferentes para evitar lo que se conoce ahora como contaminación criminológica, y de esta forma se diferencia el procesado con el reo.

Además de lo señalado, se advierte que solamente el juez puede disponer de los mismos en la causa que los señale, de tal suerte que se prohibía desde ahí la incumbencia de la policía como auxiliar del órgano jurisdiccional, ahora más técnicamente del Ministerio Público.

¹⁷³ Nota: El comentario citado, fue referido por el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, en la conferencia dictada el día 19 de noviembre del año 2002, en el recinto de actos sede del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, auditorio “José María Morelos” en el tema: “Teoría del Delito”.

¹⁷⁴ FOUCAULT, Michel, ob. Cit., p. 20.

f) Sexto antecedente. Se contenía en el cardinal 13, fracciones XIII y XVII, del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el día 2 de noviembre de 1842, y que citaba:

“XIII. La detención y prisión se verificaran en edificios distintos, y una y otra son arbitrarias desde el momento que excedan los términos prescritos en la Constitución. Ni el detenido, ni el preso deben ser custodiados fuera de la residencia del Juez que ha de juzgarlos, ni preso en otro edificio que señale su Juez, conservándose ahí a su absoluta disposición.

XVII. Ni los detenidos, ni los presos, pueden sujetarse a tratamiento alguno que importe pena. La ley especificará los trabajos útiles a que los jueces pueden sujetar a los formalmente presos para su ocupación y los medios estrictamente necesarios para la seguridad de las prisiones”.

La fracción primera citada, de nueva cuenta diferencia y especifica la separación necesaria hasta nuestros días de los detenidos con quienes tienen el carácter de presos, y advierte en forma importante la ilegalidad de la detención o prisión que exceden los tiempos ya prescritos.

Por su parte la siguiente fracción, prescribe la posibilidad de pena, y establece la factibilidad de trabajos útiles que a criterio de los jueces deben de realizar los detenidos y los presos, y los detenidos cuando hayan sido declarados formalmente presos, lo que ahora se contiene en la Ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad para nuestro Estado, en el apartado de reglas generales.¹⁷⁵

g) Séptimo antecedente. Lo refiere el numeral 49 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856 y que decía:

¹⁷⁵ Véase el artículo 36 de la ley mencionada, con respecto al régimen penitenciario y en el cual se señala que tiene por objeto la readaptación social mediante el trabajo y otras circunstancias.

“Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que a ninguno se obliga a la comunicación con los demás presos o detenidos; y ni a unos ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. Las leyes fijarán los trabajos útiles a que pueda obligarse a los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones”.

Como en el antecedente anterior y por si existiese alguna duda, ha quedado clara la diferenciación entre detenido y reo, y por lo tanto es obligación del Estado velar porque se destinen espacios diferentes entre ambos caracteres; existen países como es el caso de España, en donde efectivamente se destinan lugares distintos tanto para la ejecución de penas definitivas, como las de carácter provisional.¹⁷⁶ En el contenido del numeral anterior, se prohíbe la pena –nuevamente <entendida como corporal>- y de nueva cuenta los jueces determinaran los trabajos útiles. Desde luego sigue refiriéndose no *prisión preventiva* como ahora, pero si detención y sentencia.

h) Octavo antecedente. Es entonces cuando el artículo 18 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el congreso general constituyente del día 5 de febrero de 1857, cita en forma textual una similitud importante con el actual contenido del citado ordinal y refería:

“Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero”.

Como se puede advertir, este es el antecedente más cercano al actual contenido del artículo 18 de la constitución federal, con la salvedad de que tampoco

¹⁷⁶ GRACIA Martín, Luis, y otros, ob. Cit., p. 83. Refieren los “establecimientos de preventivos”, citando que son centros de ámbito provincial, cuya finalidad es la retención y la custodia de detenidos y presos. No son pues establecimientos de ejecución o de cumplimiento de las penas, pues en la situación de detenido o preso no ha recaído una sentencia condenatoria. Quizás en Michoacán, bien valdría la pena intentar esta separación necesaria y además constitucional

se habla de *prisión preventiva*, sino detención. Pero ya estipula la posibilidad de libertad –bajo fianza- condicionada a que en cualquier estado del proceso no se le pueda imponer la detención.

Por otra parte preceptúa la imposibilidad de prolongar la detención o prisión por pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero; leyenda que fue enviada con posterioridad al contenido del artículo 20 inciso A fracción X, como derecho del inculcado en todo proceso penal.

i) Noveno antecedente. Contenido en el mensaje y proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la ciudad de Querétaro el 1º. De diciembre de 1916, refería:

Artículo 18. "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destine para la extinción de las penas".

La presente disposición por primera vez se refiere a la detención provisional como *prisión preventiva*, y se refiere a su imposición cuando el delito tenga señalada pena corporal o alternativa de pecuniaria. Lo que también sigue afirmando es la distinción entre esa detención provisional y la definitiva –aunque no lo cite textualmente- cuando refiere la separación de los detenidos en *prisión preventiva* y el lugar de extinción de las penas.

En la exposición de motivos de este antecedente parece ser que se comienza a tener sentido –pero sólo ello- de que la culpabilidad sólo se acredita en sentencia ante la reprochabilidad por la voluntad defectuosa¹⁷⁷ y que el sujeto a *prisión preventiva* debe ser tratado diferente a los reos declarados culpables al aludir textualmente lo siguiente:

¹⁷⁷ MIR, Puig Santiago, ob. Cit., p. 519.

“En el proyecto se ordena que el lugar en donde permanezca preventivamente todo inculpado, debe ser el de prisión, por el motivo muy obvio de que, mientras una sentencia ni venga a declarar la culpabilidad de un individuo, no es justo mantenersele en común con los verdaderos delincuentes”.

Ciertamente que como se expresa en esa exposición de motivos, por razones humanas no era justo que estuvieran con los verdaderos delincuentes, por lo que en la actualidad se contempla el argumento de la no contaminación criminológica; y además como citamos lo más rescatable es sin duda el que se comprendió a la *prisión preventiva* como previa a la declaración de culpabilidad en sentencia, creemos un triunfo importante, influenciado quizás por el finalismo de la época de Frank Von Liszt y que sólo quedó en ello.

Por lo que después de la discusión el texto aprobado fue el siguiente:

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de este será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.¹⁷⁸

Contenido de este artículo que es el que actualmente nos rige; es decir y a pesar de la firma de tratados internacionales posteriores –desde luego- a esta disposición constitucional, tenemos 88 años con la misma forma de concebir la *prisión preventiva*, por lo que se intentará justificar su eliminación por lo menos en delitos menores o de poca lesividad.

El precepto anteriormente señalado fue aprobado por 155 votos contra 37, en la 64ª sesión ordinaria celebrada el día sábado 27 de enero de 1917.

Como se ha podido observar, la *prisión preventiva* en la legislación constitucional, ha tenido diferentes connotaciones jurídicas y prácticas –acordes con

¹⁷⁸ Nota: los anteriores antecedentes constitucionales sobre la prisión preventiva, fueron obtenidos en la obra: Derechos del pueblo mexicano –México a través de sus constituciones- H. Cámara de Diputados LV legislatura, artículos 12 al 23.

cada época- que van desde el reconocimiento de las *cárceles como depósitos de perdidos, semilleros de viciosos y lugares para atormentar la humanidad*, hasta garantizar el cumplimiento de una sanción penal; por lo que se hace más que necesario reflexionar que en la época de la promulgación de la constitución del año de 1917 -desde luego no se tenían contemplados <menos signados> tratados internacionales-, y se entiende –no justifica- la forma de funcionar de la *detención provisional*; sin embargo en la actualidad, resulta ser más que necesario la reglamentación debida de esta figura legal, acorde precisamente a esos tratados internacionales, ya que la actual redacción del numeral 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es a nuestro criterio obsoleta y atrasada.

Por ello es de suma importancia, establecer la forma legal en como actualmente se contempla la *prisión preventiva* en la legislación positiva constitucional, federal y local, pretendiendo con ello observar su aplicabilidad con inobservancia a las leyes de carácter internacional a las que nuestro país y Estado se deben someter.

CAPÍTULO TERCERO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO POSITIVO

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la actualidad la legislación positiva -respecto a la institución de la *prisión preventiva*- viola expresamente el artículo 9º, inciso 3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*; el numeral 7º, inciso 5 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, del *principio de presunción de inocencia* previsto en el inciso 2, artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el inciso 2, cardinal 8º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, el derecho a la libertad ambulatoria previsto en el inciso 9, artículo 9º, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el inciso 1, ordinal 7º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, así como distintas disposiciones que prohíben privaciones de libertad arbitrarias, inciso 1, del artículo 9º, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el inciso 3 del precepto 7º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, por lo que en base al derecho de libertad y de presunción de inocencia, las personas sometidas a proceso deben estar libres durante el trámite del mismo, ya que la regla general es la libertad y no la *detención preventiva*, como de los tratados mencionados se contienen.

“Siendo la Constitución la forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado,”¹⁷⁹ en su ordinal 18, legitima la imposición de la *prisión preventiva* en nuestro país –sin establecer su significado, que quedó definido en el capítulo anterior- al citar textualmente que:

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...”

¹⁷⁹ IBARRA Serrano, Francisco Javier, *Derecho Constitucional*, p. 19.

Sin duda, este numeral contiene diversas prevenciones relevantes del régimen penal mexicano. Se refiere, en una de sus expresiones centrales, a la finalidad de las penas y a los medios para alcanzarla.

Alude a la prisión, tanto preventiva como punitiva, aún cuando otras normas abordan el mismo tema desde diversas perspectivas; por ejemplo los ordinales 5, 19, y 20 fracciones I y X, fijan los lineamientos generales a propósito de los menores infractores.¹⁸⁰

Por otra parte determina casos de ejecución extraterritorial de sentencias condenatorias, en aras del principio de readaptación social de los delincuentes, que como señalamos en líneas anteriores “actualmente se encuentra cuestionado gallardamente su funcionamiento.”¹⁸¹

De esta manera y no obstante de que el contenido del artículo anterior se ubica en el capítulo primero del título primero de la misma constitución, instituye derechos públicos subjetivos –contradicción en su sentido dogmático garante, ya que legitima la imposición de la *prisión provisional* ¿en las garantías individuales?, y que por algunos autores ha sido llamada como “la máxima ley de los procesados y sentenciados”-;¹⁸² por lo que contrariamente a la pena sin condena, contiene el catálogo de disposiciones básicas de aspectos penitenciarios; sin embargo en nuestro días es letra muerta, ya que ni existen diferentes espacios para sentenciados y procesados y desde luego no se cumple con el fin de ya no readaptación, sino de resocialización.

Cabe decir que al analizar algunas de las constituciones comentadas sobre este precepto –18 Constitucional-, no se ocupan de la naturaleza, concepto,

¹⁸⁰ Véase los artículos señalados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el régimen penitenciario y cautelar en nuestro país.

¹⁸¹ MEDINA Peñalosa, Sergio J. ob. Cit., p. 33

¹⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -comentada-, ob. Cit., p. 200.

legitimidad, etc., de la *prisión preventiva* y pareciera que para no entrar en conflicto con lo ya escrito, se concretan a analizar los aspectos relacionados al sistema penitenciario en nuestro país, al citar que estos derechos son “la carta magna de los delincuentes.”¹⁸³

Podemos insistir entonces, que un primer antecedente de la prisión concebida jurídicamente en nuestro país, lo cita como se ha mencionado, el artículo 297 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, al citar textualmente lo siguiente: “*Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos; así el alcalde tendrá a estos en buena custodia, y separarlos los que el Juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos.*”¹⁸⁴

Del contenido de este primer precepto se desprende cuestiones interesantes, tales como que las cárceles como ahora los centros preventivos sirven de aseguramiento de personas –esto en el tema de *prisión preventiva*- ya que como se dijo en líneas anteriores, se trata de una medida de seguridad –y nosotros diríamos de incapacidad- de los órganos del Estado para llevar el debido proceso; otra es que en las mismas no se debía molestar a los presos, lo que actualmente es el común denominador, ya que al no contar con un juez de vigilancia penitenciaria, trae consigo quebranto tanto a derechos humanos como a garantías individuales, por lo que efectivamente la política penal legislativa ha fallado al no ajustarse a esos criterios como ya se mencionó.

Por último y respecto al contenido en este artículo con relación a la separación de internos, cuando el juez solicita su incomunicación, nos lleva a pensar que efectivamente desde ese tiempo se pensó en incomunicar como medida de

¹⁸³ Lo anterior se expresa en los comentarios de Sergio García Ramírez, en el texto: *Derechos del Pueblo Mexicano*, ob. Cit., p. 660.

¹⁸⁴ Ob. Cit., p. 666.

seguridad de los propios cuerpos del orden del Estado que como se observa abarcaba incluso al propio juzgador.

Sobre este particular y además del mencionado antecedente, existen otros fundamentos que ha tenido nuestro país en el ámbito de la prisión tanto preventiva como ejecutiva y que se ha plasmado en diferentes disposiciones legales que tuvieron desde luego vigencia; de esta forma vale la pena citar otro antecedente que como se observa, es uno de los cercanos a la disposición que actualmente contempla el ordinal 18 de la constitución federal y que se refiere al mensaje de proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechado en la Ciudad de Querétaro el 1º de diciembre de 1916, y que textualmente decía:

*“Artículo 18, sólo habrá lugar prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destine para la extinción de las penas”.*¹⁸⁵

De este precepto podemos comparar que su contenido es prácticamente el mismo que el de la constitución actual, lo que quiere decir que desde los inicios del siglo pasado, se contemplaban los supuestos que un ciclo después se siguen preservando –*en mayor parte*- se habla de prisión en delitos que tengan señalada pena corporal –“lo relativo al cuerpo”¹⁸⁶-cuando es de explorado derecho que las penas corporales han dejado de aplicarse y se han cambiado por la pena privativa de libertad, pero incluso el dispositivo vigente así también lo sigue preceptuando.

También vale la pena destacar, que desde ese tiempo ya se contemplaba la separación de reos –para evitar la contaminación criminal- lo que

¹⁸⁵ Derechos del pueblo mexicano, ob. Cit., p. 698.

¹⁸⁶ Diccionario enciclopédico, ob. Cit., p. 289.

persiste en nuestros días pero solamente en la letra, ya que en la praxis vemos que esto no opera debidamente.

Es así que por medio de la *prisión preventiva* -legalmente estipulada y legitimada por la constitución-, una persona acusada por un delito se ve sujeta a privación de libertad durante cierto tiempo, sea mientras culmina el proceso al que se haya sometido o en virtud de una sentencia en la que se declare su culpabilidad, y por ende se determine el tiempo de su reclusión –prisión punitiva o ejecutiva- considerada la primera como provisional –sin importarle al Estado lo que en ese tiempo puede perjudicarle al procesado- y que como lo hemos venido sosteniendo se utiliza como instrumento más que cautelar de represión.

No obstante que su naturaleza propia, advierte de una ausencia de sanción como se ha mencionado, sabemos que en el fondo si lo es –¿a quien le gustara estar detenido por cualquier acusación de delito antes de ser sentenciado y con posterioridad declarado inocente?- ya que reduce drásticamente su libertad como uno de los más elementales derechos de las personas reconocidos por la propia constitución, quebrantando el principio elemental de la *presunción de inocencia* y de libertad de todo procesado, ya que no podemos pasar por alto, que ***lo que se debe demostrar no es la inocencia, sino la culpabilidad.***

Actualmente esta institución procesal es por muchos operadores jurídicos criticable, habida cuenta que constituye una anticipación de la condena, sin haber previamente un reproche a quien actúo delictivamente, “pudiendo haber actuado en forma distinta”¹⁸⁷ –aun y cuando no se sabe si a la persona se le podrá o no hacer ese juicio- por lo que no obstante la fuerza persuasiva de este enjuiciamiento, hasta la fecha el *ius puniendi* no se ha preocupado por buscar medidas alternativas o sustitutivas efectivas y en acatamiento a los lineamientos de índole internacional, y sin embargo se ha procurado justificarla indebidamente como

¹⁸⁷ TERRADILLOS Basoco, Juan, *La Culpabilidad*, p. 9.

prevención de presiones, evita comisión de nuevos delitos, detiene la venganza, etc.¹⁸⁸

Por lo que la constitución hace alusión a la *prisión preventiva*- o provisional- en dos preceptos fundamentales como es el numeral 16, que alude a la detención, y el 18, que la aborda textualmente.

En contraposición con la *prisión provisional* el mismo cardinal 16 de la Constitucional Política de los Estados Unidos Mexicanos, cita que sólo mediante juicio previo puede detenerse a una persona, -es decir una vez acreditada su culpabilidad-, la sanción respectiva; lo que quiere decir que existe una contradicción importante en la propia constitución, y que si bien no establece textualmente la *presunción de inocencia* como observamos en el capítulo anterior, si estamos sometidos internacionalmente a este régimen procesal y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación así lo ha reconocido en la tesis número XXXV/2002 del pleno de fecha 15 de agosto del año 2002, al pronunciarse sobre el principio de *presunción de inocencia*.¹⁸⁹

Por si fuera poco, en la misma constitución habla, que para imponerla es necesario delito sancionado con penal “corporal”, es decir y lo reiteramos las penas al cuerpo, - azotes, marcas, etc.-, “suplicios que fueron desapareciendo en el espectáculo sobre el cuerpo del delincuente a lo largo de la historia,”¹⁹⁰ ya no existen legalmente, ahora en realidad son penas que cuartan la libertad ambulatoria de los individuos se trate o no de delito grave, y que como seguiremos analizando es ilegítima e injusta su aplicación en toda acusación penal.

¹⁸⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –comentada-, ob. Cit., p. 207.

¹⁸⁹ Véase el contenido de dicha tesis bajo el rubro de: “Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la Constitución Federal”.

¹⁹⁰ FOUCAULT, Michel, ob. Cit., p. 18

Por otra parte y refiriéndonos a los delitos no graves –en donde procede previo al deposito de caución la libertad del imputado-, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, refiere en el artículo 20 fracción I, que una vez solicitada la libertad provisional bajo caución –¿que procede contra las personas que no pueden cubrir un caución?- debe de manera inmediata otorgar la libertad provisional, como una garantía del procesado, se trata pues de derechos y no prerrogativas que el hombre puede esgrimir frente al Estado,¹⁹¹ es decir y de conformidad a las reformas del año de 1993, incorpora más claramente un *minimum* de derechos, irreductibles para el legislador ordinario, este pudiera sin embargo extender ese *minimum* y crear nuevos derechos que vengan a “enriquecer” el catálogo de libertades del individuo, es decir bien se pudiera establecer que: *“En toda acusación penal, procederá excepcionalmente la prisión preventiva, en los términos y condiciones establecidas en las leyes secundarias. El sitio de esta será destinado.....”* y confiriera en consecuencia tal prerrogativa a las legislaciones domésticas como en el caso que nos ocupa.

No obstante lo anterior, las leyes secundarias simplemente ensancharon cada vez más el catálogo de delitos graves y en consecuencia legitimaron la imposición de la *prisión provisional*, atentando contra los derechos mínimos de las personas, aun y cuando se pudo establecer a través de un Estado más garantista la imposición de la *prisión preventiva* sólo como medida de “excepción” debidamente requisitada.

De igual manera y en cuanto al tiempo de reclusión preventivo, el numeral 20 constitucional en su fracción X –derechos de los procesados (derecho a su propia reclusión)- establece en su párrafo segundo que: *“Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso”*.

¹⁹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –comentada-, ob. Cit., p. 241.

A la luz del contenido de este artículo, pareciera indicar que la *pena sin condena* en el ámbito federal podría ser de máximo de 70 setenta años de prisión y en el ámbito local de 40 cuarenta –sin tomar en cuenta el posible concurso de delitos- lo que denota una aberración humana y legal; es decir que pasaría entonces en estricto apego al artículo mencionado, que el juez de la causa podría tener como tiempo constitucionalmente establecido para la sentencia 70 o 40 años de prisión, cuando a nivel internacional, la pena máxima de prisión que se sugiere es de 15 años,¹⁹² sería entonces sin duda, una pena ejecutiva sin establecer en juicio justo la culpabilidad del sujeto que se ve inmiscuido en una conducta penal.

Por otra parte -y con todo acierto-, el mismo artículo de la constitución en comento, pero en su fracción VIII, establece el tiempo en que una persona debe ser condenada –con la excepción de que la defensa o el inculpado solicite más tiempo- y cita:

“Será juzgado antes de cuatro meses si se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo su defensa”,

Término constitucional en que debe durar la *prisión preventiva* en cualquier delito, sin importar la gravedad de la posible conducta típica, en el que bien puede ser absuelto y pues “usted disculpe” con las consecuencias que ello implique, aun y cuando en la praxis ha sido criticado este término en razón de que por lo regular es rebasado por todos los órganos jurisdiccionales del Estado o por los propios operadores jurídicos, sin embargo es un intento de hacer los procesos más ágiles y evitar más lesividad estatal a las personas.

¹⁹² Comentario realizado en la obra del autor MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 127.

3.2. Tratados internacionales.

El mejor acercamiento –el más moderno- para esclarecer el carácter principal –naturaleza- de la *prisión preventiva*, desde el ángulo normativo internacional, la proporciona el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* signado por nuestro país, cuando expresa que la *pena sin condena -prisión preventiva-* de las personas que hayan de ser juzgadas "*no debe ser la regla general*" (art. 9.3):

"Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta". (Art.9)

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada durante un lapso razonable o ser puesta en libertad. 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" (Fracc. 3.)¹⁹³

Del contenido anterior, podemos advertir claramente que la *prisión provisional* –de conformidad al pacto enunciado- es una medida de excepción, por lo que nuestra legislación positiva lo toma como una regla general.

De igual forma advierte el contenido del numeral señalado, que dicha medida esta subordinada **al riesgo de fuga** presupuesto que se establece para mantener privada de su libertad a una persona sujeta a proceso penal.

En base a lo anterior y, de acuerdo con las afirmaciones de Santiago Ottaviano, se debe resolver entonces cuales son las normas de los pactos que

¹⁹³ SANCHEZ Bringas, Enrique, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, p. 281.

resultan violadas en caso de que se disponga o mantenga la *prisión preventiva*, cuando no resulte necesaria o cuando deje de serlo conforme al único presupuesto que la facultan;¹⁹⁴ de tal suerte que si el riesgo de fuga no se contemplara, debe desaparecer de forma inmediata esta “*medida cautelar*,” por tanto México viola flagrantemente dicho dispositivo enunciado.

Por otra parte el texto pertinente de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* “Pacto de San José de Costa Rica” (art. 7.5), si bien no es ajeno a la impronta de la citada norma del *pacto internacional*, nos reitera las expresiones antes citadas, al referir textualmente lo siguiente:

“*Derecho a la libertad personal*”. (Art. 7).

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, ante un Juez, u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantizar que aseguren su comparecencia en el juicio. (Fracc. 5).

No queda duda de que conforme a los tratados internacionales señalados, el riesgo de fuga, es el único presupuesto válido para la aplicación de la prisión preventiva hasta este momento, y en consecuencia para privar de la libertad a un enjuiciado, antes de la declaración de culpabilidad.

Pero además de ello la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, establece también el término *plazo razonable*, para que surta efectos dicha institución, sin embargo en ningún artículo de dichos tratados, se expresan límites temporales, por lo que para los efectos de los organismos internacionales, deberá analizarse cada caso concreto en base a los criterios generales antes referidos.

¹⁹⁴ Comentario extraído de la obra: *La presunción de inocencia*, del autor Raúl F. Cárdenas Rioseco, ob. Cit., p. 72.

Como lo hemos mencionado con antelación, el numeral 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁹⁵ permite que la duración de la *prisión preventiva* dure hasta el máximo de la pena establecida en el delito, lo que como ya mencionamos, resulta absurdo e inhumano, ya que el plazo razonable – establecido en el tratado último mencionado- no debe entenderse desproporcional con la posible sanción impuesto; ello es que solamente se acatará el plazo que el propio artículo 20 también señala para la declaratoria de sentencia, en el entendido de que si no es sentenciado en los términos ahí propuestos, no implica la libertad de ninguna manera, sino solamente se ordenará a la autoridad responsable que dicte dicho fallo.

La libertad del procesado debe ser la regla, a lo que se añade que las excepciones deben estar expresamente contenidas en la ley de manera razonable.

De igual manera, al citar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* como se alude, debe ser una regla excepcional la asignación de la *prisión preventiva*, ello es claro y contundente, que entonces tratándose de delitos graves – solamente unos cuantos- en nuestro país ello pudiera ser la excepción; sin embargo nuestro criterio continental e inquisitorio –aunque se diga otra cosa- “en el que dominaría el interés social y no particular”¹⁹⁶ parece entender diferente el concepto - como una regla excepcional la libertad- y por ello nuestra constitución federal la enuncia genéricamente bajo el supuesto de delitos que merezcan pena corporal.

Lo anterior pareciera indicar entonces que en nuestro país toda persona es culpable, hasta en tanto demuestre lo contrario; y esto no es nada nuevo, ya que incluso el propio código penal federal, contemplaba precisamente la presunción de dolo, que implicaba en consecuencia la carga de la prueba al acusado, cuando por regla general, es al Ministerio Público a quien le corresponde la investigación y

¹⁹⁵ Véase dicho numeral en relación con el término de la prisión provisional contemplado constitucionalmente.

¹⁹⁶ RIVERA Silva, Manuel, ob. Cit., p. 183.

persecución de los delitos por mandato constitucional –por ello se ha venido sosteniendo a lo largo del presente trabajo de investigación, que si la legislación penal en todas sus facetas <ejecutiva, legislativa y judicial> se adecuara a los tratados internacionales, se estaría cumpliendo con una política criminal en un Estado social y democrático de derecho- y en consecuencia el ejercicio de la acción.

Asimismo, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, bien que con referencia al artículo 8.2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sostuvo que de esta norma deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites "*estrictamente necesarios*"¹⁹⁷ para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, puesto que la *prisión preventiva* –pena anticipada- es *una medida cautelar, no punitiva*; además de pronunciarse respecto a la *presunción de inocencia*.

Este es el criterio sostenido, de tal manera que en delitos minúsculos y solamente al tratarse de delito flagrante puede requerirse –no detenerse al sujeto- quizás para recabar datos importantes para la investigación preliminar y el posible proceso penal, pero nunca como regla general en cualquier delito.

Asimismo, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad -Reglas de Tokio-*,¹⁹⁸ no son menos concluyentes: "*sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso*" (regla 6.1), agregaríamos, y en el supuesto de delitos considerados por las reglas secundarias como lesivos o de relevancia punitiva.

¹⁹⁷ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., p. 282.

¹⁹⁸ Las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad -Reglas de Tokio-* por su importancia nos permitimos transcribirlas íntegramente en el anexo número dos del presente trabajo de investigación, y en donde se observarán las diferentes disposiciones de derecho internacional que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la *prisión preventiva* en toda imputación penal.

“La prisión preventiva como último recurso.” (Art. 6.)

6.1. En el procedimiento penal sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.

De lo anterior observamos que incluso en el ámbito de los *tratados internacionales* también ha cambiado la tendencia, de ya no citar cuando sea necesario, sino que la *prisión preventiva* sea el último recurso con que cuente el Estado en ejercicio de su poder incriminador.

Estas Reglas de Tokio como se aprecia, contemplan además de la utilización de la *prisión preventiva* como último recurso, la investigación del delito, la protección de la sociedad y de la víctima. Desde luego que es importante la seguridad tanto de la víctima u ofendido, como de la sociedad misma, de aquí la dicotomía de asegurar el proceso o respetar los derechos de los acusados de delito. Por lo que el desarrollo del presente trabajo profundizaremos sobre el particular.

El subrayado carácter de excepción deriva entonces, por lo menos para la *Corte Interamericana de derechos humanos*, de tres razones: el derecho preeminente a la libertad personal; y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia, y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa. (Informe N° 12/96, párr. 84).¹⁹⁹

En todos los casos –de punición de conductas- deben tomarse en consideración los principios universales de *presunción de inocencia* y de *respeto a la libertad personal* (Informe N° 12/97, párr. 25),²⁰⁰ que necesariamente se prejuzga antes de decretar culpabilidad –se le reclame haber realizado un injusto, cuando

¹⁹⁹ Véase el informe de la Corte Interamericana de derechos humanos en el número y año citado, en el sitio Web: www.onu.org, consultado el día 11 de mayo de 2005.

²⁰⁰ Idem.

podía no realizarlo-²⁰¹ en nuestro país, por lo que esta tendencia cada vez va cambiando pero sólo en el discurso y en la praxis, cada vez va adquiriendo más fuerza, cito por ejemplo la medida de arraigo personal, cada vez más utilizada por el Ministerio Público –ante al incapacidad de incriminar a una persona sin ser privada de su libertad personal- en contravención con las disposiciones señaladas.

Se alude acertadamente a la universalidad de dichos principios expresados en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 7.1 y 8.2), toda vez que el respeto a la libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia están contenidos en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (arts. 3 y 11.1), en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (arts. I y XXVI), en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (arts. 9.1 y 14.2). Amén de estar reconocidos en innumerables textos internos, y en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 (arts. 7 y 9);²⁰² tratados internacionales a los que nuestro país se encuentra adherido en términos del numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁰³

La *prisión preventiva* entonces "invierte" el sentido de la *presunción de inocencia*, tornándola cada vez "más vacía" y convirtiéndola finalmente en una "burla" (Informe N° 12/96, párr. 80).²⁰⁴ El detenido, en tales condiciones, sufre el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados (Informe N° 2/97, párr. 47),²⁰⁵ lo cual implica una grave separación de los principios de la libertad individual y de la presunción de inocencia, pues por un lado impone preventivamente una sanción de privación de la libertad que debe ser justificada con fallo firme, y por el otro vulnera flagrantemente dicho principio.

²⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, ob. Cit., p. 519.

²⁰² Información obtenida del texto de Enrique Sánchez Bringas, ob. Cit., pp. 194-327.

²⁰³ Véase el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con relación a la vigencia de los tratados internacionales y su observación.

²⁰⁴ Véase el informe de la Corte Interamericana de derechos humanos en el número y año citado, en el sitio Web: www.onu.org, misma que fue consultada el día 11 de mayo de 2005.

²⁰⁵ Idem.

En tales circunstancias, el carácter *excepcional de la prisión preventiva* o pena anticipada, constituye su rasgo más sobresaliente y, por ende, es natural que condicione todos los aspectos de esta institución.

El interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona (Informe N° 12/96, párr. 72),²⁰⁶ de lo contrario se atenta contra el contenido de la ley Internacional.

El establecimiento de los principios que informan la presente institución debe reparar, prioritariamente, en su carácter restrictivo de la libertad, que la emparenta directamente con las penas privativas de la libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente; y, en segundo lugar, en divergencia con la pena, en que el sujeto que sufre la medida no ha sido declarado culpable de la realización de un hecho delictivo y goza, en consecuencia, de la *presunción de inocencia* –aunque sólo sea en la letra internacional-. Estas dos coordenadas fundamentales matizan en parte e intensifican, también parcialmente, la penetración en esta medida cautelar de los criterios conformadores del derecho sancionador.

La *prisión preventiva*, tanto en su adopción como en su mantenimiento, habrá de ser concebida *como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada* a la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza como se ha analizado en términos del derecho internacional; el objeto de dichas normas es, esencialmente, el de imponer la liberación provisoria desde el momento en que la detención deja de ser razonable.

Si se quiere, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* resulta más precisa al respecto, en la medida en que reconoce al detenido preventivamente el derecho a ser juzgado sin dilación injustificada o "de lo contrario"

²⁰⁶ Id.

a ser puesto en libertad (art. XXV),²⁰⁷ que bien podría incluirse como garantía en el proceso en el catálogo de derechos al procesado contenidos en el numeral 20 inciso A) de la misma constitución federal.

3.3. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo.

De antemano vale la pena destacar que la constitución michoacana, no contempla en forma particular los derechos y obligaciones de los gobernados, antes bien establece las facultades de los órganos del Estado, su organización y funcionamiento; sin embargo en algunos de los numerales que transcribiremos, se advierte el sometimiento de este cuerpo de leyes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los que son a saber:

Artículo 1º. En el Estado de Michoacán de Ocampo todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los demás derechos establecidos en esta Constitución y en las leyes que de ambas emanen.

Bajo el contenido del texto anterior, validamente podemos decir que la constitución doméstica, simplemente remite a la federal respecto a la garantías individuales que se contienen en los primeros veintinueve artículos, por lo que la observación al cardinal 18 –del tema que nos ocupa- debe de situarse en cuanto a su contenido a lo que se contemple en el mismo sobre la prisión provisional, de modo tal que “sólo por delito que merezca pena corporal, habrá prisión preventiva”.

Bien valdría la pena, que la constitución de nuestro Estado, contemplara la oportunidad de salvaguardar los derechos de los gobernados que se contienen en tratados internacionales, para de esta forma velar por ese principio de

²⁰⁷ Nota: Información obtenida de la página Web: www.onu.org. Consultada el día 7 de junio de 2005.

presunción de inocencia. Ya que al someternos a la observación de las garantías individuales que consagra la constitución federal, y al no tener estipulado el principios en renglones anteriores mencionado, imposibilita también su debido cumplimiento en todo procedimiento penal michoacano, que si bien es cierto lo podemos hacer valer ante la *Corte Interamericana de derechos humanos*, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la limita.

Por su parte el numeral 2º del cuerpo del leyes invocado en su parte inicial refiere entre otras cosas que: *“la familia tendrá la protección del Estado”*, el cuestionamiento que surge es: ¿el sujeto a *detención preventiva* no es integrante de una familia?, entonces porque no protegerlo y asegurarle el bienestar hasta en tanto no resulte acredita la responsabilidad en sentencia definitiva; creemos que al Estado se le ha olvidado precisamente esta prioridad que como parte del bien común debe imperar en un Estado social y democrático de derecho que se pretende.

Sin embargo y no obstante de ese derecho consagrado en la propia constitución local, al no respetar –ya no observar- los derechos contenidos en los tratados internacionales en términos del cardinal 133 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos entre otros, no esta siendo congruente con el dispositivo último aludido; por lo que se hace necesario establecer en la constitución de la federación esos derechos y esas prerrogativas, al remitirnos el máximo cuerpo de leyes michoacano a la federal, bien pudiéramos observar el derecho a la libertad personal como una prioridad axiológica y no como una practica rutinaria y desmedida del derecho represor estatal.

De igual manera el ordinal 3º de la constitución doméstica, cita textualmente lo siguiente: *“Todas las personas tienen derecho a una existencia digna, la instrucción, a la cultura y al trabajo. El Gobierno promoverá el mejoramiento físico, moral, intelectual y económico del pueblo...”*

El contenido del artículo anterior vale bien la pena destacar en primer orden, lo referente a la dignidad de la persona, la cual se estaría respetando, si no se le recluyera en una prisión hasta en tanto se dictara sentencia en la cual se declarara que la misma es culpable, por lo que parece ser una incongruencia clara y contundente, que en primer término se hable de respeto a la dignidad de la persona y segundo orden, bastará un delito con pena corporal para ser detenido y encarcelado por si las dudas,²⁰⁸ si resultare absuelto ni siquiera usted disculpe.

Por otra parte el propio artículo –último- refiere que el Gobierno mejorará el aspecto moral; sin olvidar que como categoría moral, el derecho equivale a la justicia,²⁰⁹ luego entonces, al estar sujeto a prisión y sometido a un procedimiento penal, como es de todos sabido, se afecta en demasía su estima moral, por las repercusiones de toda índole que sufre una persona que siente la mano de la *represión punitiva*, quedando la esperanza –de menos- que la posmodernidad acabará mostrando cambios en la sociedad y en la cultura,²¹⁰ en su actitud, que sea aceptada o no influye de manera inequívoca en la creación de normas penales.

Como pudimos observar en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán, no se contemplan en forma específica esas técnicas inherentes a defender los derechos de los gobernados, simplemente nos envía lexicológicamente a los dispositivos de la constitución federal, por lo que sería superfluo adentrarnos a comentar más artículos que fueron objeto de análisis en la carta federal.

²⁰⁸ Nota: manifestación hecha por Eugenio Raúl Zaffaroni, en la conferencia dictada los días 26 y 27 de julio del año de 1993, en el encuentro internacional sobre “la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo” celebrada en la Ciudad de México D.F.

²⁰⁹ KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, p. 38.

²¹⁰ SANCHEZ, Benítez Roberto, *Posmodernidad, hermenéutica y educación*, p. 30.

3.4. Código Penal y de Procedimientos Penales Federales.

Ahora abordaremos la legislación en materia del proceso y del procedimiento federales, que tiene estrecha vinculación con la prisión preventiva, de esta forma se refiere el código penal federal en el título segundo, *capítulo I Penas y Medidas de Seguridad* a nuestro tema, citando el artículo 24 de dicho ordenamiento legal entre otras cosas que: *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 inicio entendemos que es una pena o medida de seguridad la prisión –“sitio donde se encierra y asegura a los presos”²¹¹- no establece si es preventiva ni ejecutiva, y la considera el código citado como una pena.

Por su parte el artículo 25 C.P.F. (código penal federal) refiere:

“Que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años de prisión, y sólo podrá imponerse una pena adicional –como si sesenta años fueran pocos para readaptar- al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimiento o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva. Las penas en prisión impuestas se compurgaran de manera sucesiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.

Del contenido del artículo anterior podemos decir que explica y cita el término de prisión mínimo de tres días; penas que por cierto producen un desarraigo del delincuente, no permiten llevar una labor eficaz de prevención y desde el punto de vista económico, “es más gravosa para el Estado”,²¹² mientras que el máximo de

²¹¹ PALOMAR De Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, p. 1079.

²¹² GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 59.

setenta años de prisión; son sanciones inhumanas que no producen sentido alguno de resocialización; cuando de lo que se trata es de que la prisión quede reducida a los mínimos imprescindibles.

De igual manera el Artículo 26 C.P.F. dice entre otras cosas que: “ *Los procesados sujetos a prisión preventiva o reos políticos serán recluidos en establecimientos o departamentos especiales.*”

Este título segundo como se advierte en la ley sustantiva penal federal, sitúa a la *prisión preventiva* en el capítulo de penas y medidas de seguridad, y por la otra parte advierte que los procesados sujetos a este régimen deben estar recluidos en departamentos especiales, para evitar la contaminación criminal, lo que en la praxis no sucede. Pero de menos en la letra ha quedado claro.

Como se observa, en el supuesto mencionado la pena sin condena comprende aspectos tanto sustantivos como procesales penales, ya que primero advierte que no existirá tal medida cautelar si el tipo relativo no contempla la pena de prisión, y por el otro es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar al inculcado ligándolo al procedimiento penal²¹³ con el fin de que si resultase condenatoria la sentencia definitiva, pueda ésta objetivamente aplicarse al preventivamente preso; lo que significa que toda persona es culpable hasta que mediante sentencia se acredite lo contrario; entendiendo contrario sensu el dispositivo del principio de *presunción de inocencia*.

Refiere en segundo orden la definición ambigua de la prisión como la privación de la libertad corporal “establecimiento carcelario en donde se recluye al condenado”²¹⁴ citando el mínimo y el máximo de la misma como se refiere, así como

²¹³ DIAZ de León, Marco Antonio, *Código Penal Federal comentado*, p. 66.

²¹⁴ DIAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, ob. Cit., p. 1761.

la forma de ejecución, y por último alude a la *prisión preventiva* –creemos que como medida de seguridad- en sitios especiales.

Sin embargo no señala su imposición en delitos graves, únicamente le transmite el derecho en consecuencia a la ley de enjuiciamiento penal de la materia al citar el numeral 128 entre otras cosas que: “ *Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:*”

f).- Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este código.

Bajo este contexto queda por demás claro y categórico que la *prisión preventiva* que como hemos señalado, “es la privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercido acción penal,”²¹⁵procede en cualquier delito – mayor o menor- por mandato de la propia constitución federal, sin embargo el propio numeral 135 simple y llanamente establece las facultades del órgano investigador para el otorgamiento de la libertad caucional que a su lectura no amerita mayor comentario.

Por lo que no obstante lo anterior y rescatable –aunque poco utilizable en la praxis- lo es la no imposición de la *prisión preventiva* a la persona, en términos del numeral 135 bis, mismo que establece que: “*Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:*

I. No exista riesgo fundado de que pueda evadirse de acción de la justicia:

²¹⁵ RIVERA Silva, Manuel, ob. Cit., p. 135.

II. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la Autoridad que conozca del caso.

III. Tenga un trabajo lícito; y

IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

*La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este código.*²¹⁶

Este último numeral al igual que el 418 del mismo código,²¹⁷ pretende comprender el principio de *presunción de inocencia*, que como en otros códigos, se advierte en punibilidades determinadas, sin embargo y al establecer la mayoría de las legislaciones la diferenciación entre delito grave y menor, bien pudiera ampliar su protección a la libertad personal y con ello velar de manera preventiva por el principio señalado y bajo los requisitos ahí contenidos.

Si omitiéramos tal vez la última de las fracciones enunciadas, que ya quedó superado el tema de la peligrosidad y temibilidad, de la persona que compurga una sentencia paga al Estado y a la sociedad su culpabilidad y no tendría porque responder de por vida lo ya pagado –antecedentes penales- de lo contrario estaríamos volviendo a estos y en consecuencia “castigando el carácter o el modo de ser”.²¹⁸

Asimismo y con toda similitud a la legislación michoacana como se observará, existe el catálogo de delitos considerados graves, que por ende no eximen la *prisión preventiva* –que como lo hemos analizadas ni siquiera en delitos no graves-, salvo la excepción señalada, menos aún se establecería en delitos graves- artículo 194 del código federal de procedimientos penales: “ *Se califican como delitos*

²¹⁶ Véase dicho numeral 135 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales sobre el particular.

²¹⁷ Véase el artículo señalado y en lo referente al otorgamiento de la libertad provisional bajo protesta.

²¹⁸ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 130.

*graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes”.*²¹⁹

1. Homicidio por culpa grave....

Lo interesante del numeral último mencionado -sin duda criticable-, es enunciar como delito grave aquello que afecta de manera importante valores fundamentales de la sociedad, cuando precisamente la imposición de la *prisión preventiva* afecta de manera importantísima el valor humano de la libertad personal sin perjuicio del de *presunción de inocencia*, con lo que se advierte una flagrante contradicción a la esencia misma del Estado plasmada en la ley punitiva.

Por último y de la ley de enjuiciamiento penal federal analizada, citamos el contenido del artículo 162 que a la letra dice:

“Cuando el delito cuya existencia se haya comprobado no merezca pena corporal, o éste sancionado con pena alternativa, se dictará un auto con todos los requisitos del de formal prisión, sujetando a proceso a la persona contra quien aparezcan datos suficientes para presumir su responsabilidad, para el solo efecto de señalar el delito por el cual se ha seguido el proceso”.

Lo que advierte también dos cuestiones interesantes, uno de ellas criticaremos propositivamente; por un lado señala que habrá de integrarse el delito ya en el auto de formal prisión, cuando es sabido que el delito es lo que minimamente debe declararse probado en el proceso y plenamente en sentencia,²²⁰ y por el otro establece -lo que con posterioridad se tratará- la falta de imposición de la *prisión preventiva* en delitos que tengan señalada pena alternativa.

²¹⁹ Véase el cardinal 194 del Código Federal de Procedimientos Penales sobre el particular.

²²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal –parte general-*, ob. Cit., p 357.

Por otra parte y también cuestionado es el contenido del ordinal 233 Bis, del código de procedimientos penales, que a la letra dice:

“La autoridad Judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectada, si deben o no mantenerse”.

Sin duda medida cautelar que impone también pena sin declaración de culpabilidad, bajo la denominación de arraigo y que se refiere como la medida que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal,²²¹ o prohibición de abandonar una demarcación geográfica determinada, que bien podría ser la segunda una medida cautelar en sustitución de la pena sin condena como en capítulos posteriores nos referiremos.

De igual manera esta figura legal, establece el término de la imposición del arraigo y de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica determinada, que como se observa es parte de la *prisión provisional* –de menos el arraigo–, lo que demuestra la ineficiencia del órgano Investigador, para previamente a la acreditación de un delito, entonces sí pedir al órgano jurisdiccional la detención que corresponde, figura polémica y de privación ilegal de la libertad.

²²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 219.

3.5. Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.

Continuando con este orden de ideas, el código penal vigente michoacano, en el capítulo I, se referente entre otras cosas a las Sanciones y medidas de seguridad y cita que son:

I. Prisión con trabajo obligatorio

II. Confinamiento

III. Prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él

El cardinal 24 del C.P.M. (código penal para el Estado de Michoacán) por su parte cita textualmente que:

“La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años, conforme a la penalidad establecida por el tipo penal correspondiente y se entenderá impuesta con trabajo obligatorio por todo el tiempo de su duración. Se extinguirá en los establecimientos que al efecto señale el Ejecutivo del Estado de acuerdo a la ley de Ejecución de sanciones Privativas y Restrictivas de libertad. En toda sentencia que imponga pena de prisión, se computará el tiempo de la detención”.

Por otra parte el artículo 25 del C.P.M. (código penal del Estado de Michoacán) establece que: *“Los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales”*

Lo anterior como se observa es prácticamente clonación de la ley sustantiva federal, es decir en principio de cuentas se contempla simplemente la prisión como sanción y medida de seguridad –que insistimos pudiera tratarse de esto último- aunque no refiere específicamente algún artículo su imposición en delitos graves o no, y de igual manera le envía el comunicado a la ley adjetiva.

Refiere posteriormente y prácticamente integro al código federal el significado de la prisión y su forma de ejecución y por último y solamente como para no olvidar ese término de *prisión preventiva*, cita que la misma se ejecutará en establecimientos o departamentos especiales.

Por su parte el numeral 493 del C.P.P.M. (código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán), refiere el derecho a la libertad caucional bajo determinadas condiciones y bajo el supuesto de que el delito no este contemplado en el catálogo ahí señalado como delito grave; y que pareciere que existe una tendencia -a todo vapor- de cada vez establecer conductas humanas como delitos graves, cuando en todo caso debería de existir un derecho penal administrativo, que fuera parte del Estado en el ejercicio de una actividad coactiva para imponer la realización de su actividad administrativa,²²² y con ello implementar una eficiente política criminal que verdaderamente resuelva el problema de la criminalidad; por lo que sin duda causa asombro descubrir que existan numerosos “actos del poder que no responden al modelo reparador ni de coacción directa, pero que privan de derechos y causan dolor”.²²³

Tal apartado no es más que la legitimación de la imposición de la – injusta e incomprensible- *prisión preventiva* independientemente de la gravedad del delito, amparada por la propia constitución federal, pasando por alto los principios internacionales requisitados por el numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que además y en forma aberrante en el último párrafo del numeral que se enuncia faculta al Ministerio Público a solicitar al tribunal a no conceder la libertad provisional bajo caución –atentando contra el principio de legalidad y el propio numeral 20 fracción IV de la constitución Federal- cuando éste

²²² BUSTOS Ramírez, Juan J., y otro, ob. Cit., p. 42.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal –parte general-*, ob. Cit., p.43

legalmente demostrado que el inculpado ha sido condenado con anterioridad, es decir, cuando ha cumplido a la sociedad y al Estado la sanción impuesta “**se readaptó**” aun y cuando la pena esta muy lejos de ser un concepto dotado de cierta precisión, por el contrario, pareciera que la sociedad industrial oculta hasta su propia etimología, ya que no debemos olvidar que la palabra *pena* viene de la lengua latina *poné* que significa venganza,²²⁴ y porque la libertad del inculpado representa un riesgo para el ofendido o para la sociedad, nuevamente trasladándonos al criterio de peligrosidad y temibilidad, dejando al lado el principio de derecho penal de responsabilidad por el hecho;²²⁵ es decir, que no obstante de ser sentenciado y haber sufrido el garantista sistema penitenciario a su favor, simplemente los antecedentes criminosos son determinantes para la negación de la libertad caucional por si lo esgrimido fuera poco.

Lo que significa entonces que bastará que el Ministerio Público cumpla con los requisitos ahí enunciados y bien podría obtener su pretensión de perjurio a toda consta del ser humano, no como parte de la sociedad, sino como un sujeto que requiere ser encarcelado –para readaptarlo- como si su finalidad fuera positiva.

De igual manera y en similitud excesiva a la legislación Federal – artículo 128 del C.F.P.P- establece el numeral 29 del código de procedimientos penales michoacano que: *“Cuando el indiciado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:*

f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución. Conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los términos del artículo 493 de este código.”

²²⁴ Ibid., p. 37.

²²⁵ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 128,

Lo anterior denota como se comentó en el apartado anterior, que bastará que el delito merezca pena corporal para la imposición de la *prisión preventiva* -sea grave o no-.

De igual manera y con similitud a lo dispuesto por el ordenamiento federal -artículo 135 del C.F.P.P.- En la legislación doméstica se contempla la figura de la *Libertad Provisional Bajo Protesta*, y establece el artículo 516 del C.P.P.M. textualmente que:

“Cuando procede la libertad bajo protesta. Podrá concederse al inculcado la libertad provisional bajo protesta, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- I. Que no se trate de uno de los delitos graves a que hace mérito el penúltimo párrafo del artículo 493, que la pena máxima de prisión no exceda de tres años y que garantice o pague la reparación del daño;*
- II. Que sea la primera vez que delinque;*
- III. Que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar donde se sigue o deba seguirse el proceso o dentro de la jurisdicción del Tribunal respectivo, y que la residencia del inculcado en dicho lugar sea de un año cuando menos;*
- IV. Que tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir;*
- V. Que no exista motivo para temer que se sustraiga a la acción penal de la justicia, y,*
- VI. Que proteste presentarse al Tribunal que le conceda la libertad, cuando se le ordene.*

Como se observa aun y cuando nuestra legislación le concede a este beneficio la palabra de libertad bajo protesta, sin duda es un acercamiento como se señala en el capítulo anterior a la *presunción de inocencia* en determinados delitos bastantes limitados, más específico lo refiere la legislación española al señalar de tres años de prisión como máximo legal, y que muy similar al ordenamiento federal; también habla de los antecedentes del sujeto para su otorgamiento, cuando sabido es que no puede vetar el Estado los derechos y obligaciones ya cumplidas con antelación –*además de que el sujeto <se supone> ya fue readaptado por el propio*

Estado- entonces no requeriría de antecedentes para su beneficio de esta figura legal.

Lo que quiere decir que en nada es descabellado justificar la no aplicación de la *prisión preventiva* solamente de manera excepcional y bajo las directrices de la legislación internacional, “como material básico de interpretación del derecho penal”.²²⁶

Por último y también en condiciones de similitud –*clonación jurídica*- con la legislación federal, además de ser tratado con mayor puntualidad en apartados posteriores, establece también la negativa de imposición de *prisión preventiva* en delitos que tengan señala pena alternativa o no privativa de libertad al tenor de:

Artículo 37 C.P.P.M. (Código de procedimientos penales del Estado de Michoacán) segundo párrafo: “*Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución*”.

Así tenemos entonces debidamente legitimada la imposición de la *prisión preventiva* en cualquier delito que merezca pena corporal –al cuerpo-, sin atender o no a la gravedad del mismo, con la excepción última citada.

Ahora bien y por lo que al arraigo se refiere en ley sustantiva local, citaremos solamente el contenido del artículo 7º CP.P.M. fracción I inciso c), que refiere dentro del catálogo de facultades del Ministerio Público que:

²²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal –parte general-*, ob. Cit., p. 35.

“Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan”.

Del contenido del artículo anterior, lo rescatable es la denominación del arraigo como medida precautoria –a la ilegal *prisión preventiva*- que como lo señalamos en la legislación federal es también una privación de la libertad si bien establecida en la legislación respectiva, no deja de ser ilegítima su imposición, ante la deficiencia de los órganos del Estado para acreditar en debida forma –cuerpo del delito y probable responsabilidad- la acusación punitiva como se ha comentado y en su momento la consignación del inculpado; que no han comprendido que “solo la acción humana puede ser percibida por el derecho penal, cuando ésta sea socialmente relevante”;²²⁷ por lo que sin duda es también medida cautelar de restricción de libertad, que a diferencia del ordenamiento federal simplemente cita el arraigo, pero no la imposibilidad de abandonar una zona geográfica determinada, tema que abordamos sin mayor profundidad por la naturaleza de la investigación que estamos tratando.

3.6. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.

El sistema penitenciario mexicano cuenta, en palabra, con un ordenamiento que en su idea original es humanista y renovador,²²⁸ sin embargo de la propia denominación de la ley enunciada, se advierte que se trata de normas – “útiles”- para la readaptación social, es decir fija el marco jurídico con que cuenta el

²²⁷ ZAMORA Jiménez, Arturo, *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*, p. 62.

²²⁸ José Luis Musi, Nahmias, *Ley que Estable las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados y la Importancia de su Aplicación en la Impartición de Justicia*, Revista Estudios Jurídicos de la Universidad Intercontinental, enero a diciembre 2002. p. 171.

poder ejecutivo –al endosarle un cheque en blanco por parte del poder Judicial- para disponer del sistema penitenciario en México.²²⁹

No podemos decir que se trata de un disciplina jurídica que lo sería el derecho penitenciario, refiero lo anterior debido a que no cuenta con fuentes, un procedimiento adecuado, ni tiene las autoridades –jueces de vigilancia penitenciaria- necesarias para que una vez emitido un fallo fundado y motivado por parte de la autoridad penitenciaria tuviera el control del órgano jurisdiccional y que las mismas fueran combatidas por los recursos que le ley otorgara al efecto y en consecuencia no se dejara en estado de indefensión al sentenciado, “por lo que no hay libertad si el poder de juzgar no esta deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo”,²³⁰ sin embargo y como es conocido, las autoridades penitenciarias abusan de sus facultadas sin ningún órgano de control judicial, que vigile tanto el cumplimiento de la sentencia y vele por la legalidad de sus resoluciones otorgando el derecho de audiencia a los sentenciados y procesados.

Esta ley contempla disposiciones para sentenciados –por lo menos de su contenido se desprende- y sin embargo también habla de la *prisión preventiva* se trate o no de delito menor, comprobando lo mencionado el numeral 1º. de dicho ordenamiento legal, que refiere textualmente que:

“Las presentes normas tienen como finalidad organizar el sistema penitenciario en la República, conforme a lo establecido en los artículos siguientes...”

Y como la propia constitución federal legitima la imposición de la *pena sin condena*, bajo el contenido del presente artículo, pareciera que se trata efectivamente de una pena como lo hemos venido mencionando y no como una medida cautelar.

²²⁹ Véase artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo que concierna a la potestad de operar el sistema penitenciario en nuestro país por parte de los órganos del Estado.

²³⁰ OVALLE Favela, José, *Teoría general del proceso*, p. 113.

Aún así y citando además el contenido del artículo 6º de dicha ley, respecto al tratamiento del sistema penitenciario a nivel federal, en el párrafo tercero del mismo únicamente refiere que:

“El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separado..”

Situación que no ocurre en la praxis, debido a que por delitos que tengan señalada pena corporal, son innumerables las personas que padecen la situación de la pena sin sentencia, y por consiguiente el Estado –poder ejecutivo- no tiene los espacios necesarios para poder separar a los presos condenados de los procesados, lo que representa otro problema en la realidad, debido a la contaminación que llega a darse entre ambos sujetos de derecho penal, ya que la persona que no tenga los recursos necesarios para salir de prisión, así se trate de un delito simple, padecerá estar involucrado en los contextos de los presos considerados de alta peligrosidad a los bienes jurídicos.

Por tanto esta ley solamente repite el ordenamiento constitucional respecto al sitio de la *prisión provisional* sin otras disposiciones que la relacionen, siendo criticable al no tener como se mencionada órgano de control o de legalidad respecto a las decisiones del ejecutivo mediante las áreas de prevención y readaptación social.

3.7. Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Restrictivas de Libertad.

La ley doméstica sobre el régimen penitenciario que fue publicada en el año de 1972, y cuyas últimas reformas fueron publicadas el día 18 de julio del año 2002, contempla en títulos diferentes -pero en los mismos términos al igual que la federal- en su artículo 1º que:

“Esta Ley tiene por objeto la ejecución de las sanciones privativas y restrictivas de libertad impuestas por los Tribunales del Estado de Michoacán de Ocampo, en sentencia que haya causado ejecutoria”.

De lo anterior podemos rescatar la palabra *restrictiva de libertad*, habida cuenta que el tema que nos ocupa, es precisamente una restricción a la libertad personal del individuo, sin embargo y al analizar el último párrafo de dicho numeral, observamos de manera clara y categórica, que solamente se referirá a las penas que impongan los tribunales michoacanos *en sentencia que haya causado ejecutoria*, por tanto la *prisión provisional* no encaja en esta ley, es decir aunque de hecho como lo hemos analizado se trate de una pena anticipada, formalmente se refiere a una medida acautelar, ¿por qué entonces se sitúa su cumplimiento legitimado en la ley en comento?; cabría pensar que quizás y nada fuera de lugar pasaría si ésta institución se regulara en un lugar distinto al de prisión definitiva como en algunos países europeos evitando con ello el contacto del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados,²³¹ de otro modo podría modificarse la ley al respecto y señalar que también reglamente la imposición de la pena sin condena en los centros de reclusión.

Así entonces cada vez más ahogando al sistema penitenciario -como se observará-, y lo que es más grave a la persona física que por cualquier imputación penal tiene que pasar la pesadumbre de la prisión.

Por otra parte el artículo 5º de esta ley en clonación con la ley federal, cita textualmente –entre otras cosas- que: *“El sitio en que se desarrolla la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las sanciones...”*

Dispositivo que en igualdad de circunstancias puede ser comentado como el de la legislación federal de la materia; es decir bastará concretarse al contenido

²³¹ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 675.

del numeral 18 y párrafos subsecuentes para saber el contenido del sistema penitenciario en nuestro país, no derecho penitenciario como se ha comentado.

Así tenemos, que en ambas legislaciones es ilegítimo la mención –no reglamentación- de la *pena sin condena*, dado que como citamos en líneas anteriores, la misma formalmente no es condena –aunque de facto lo sea- y por ende debería ejecutarse excepcionalmente, en aras de tratar de respetar los tratados internacionales a los que nuestro país esta adherido formalmente.

3.8. Tesis y Jurisprudencia.

Por otra parte y con el propósito de no dejar pasar por alto lo contemplado por los tribunales federales en materia de jurisprudencia y tesis aisladas respecto al tema que nos ocupa, citaremos el criterio de los mismos, al tenor de las siguientes tesis y jurisprudencias:

PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTIAS 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 preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 1o. de la propia Carta Magna las garantías que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la 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 con 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 a 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. Ausente: Mariano Azuela. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: P. XVIII/98

Página: 28

La tesis mencionada, alude a que la *prisión provisional* que es necesaria, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad- teniendo como finalidad primaria la del buen desarrollo del proceso imputado al probable responsable; cuando el Estado debe ser garante de su debido seguimiento y no imponer su garantía en perjuicio del inculcado –teniéndolo detenido y a su merced-; en segundo término cita lo referente a garantizar la ejecución de la pena, cuando y como se ha apuntado en capítulos anteriores, lejos de ser una medida cautelar, es una pena sin sentencia al sujeto activo del delito –no declarado culpable-, y tercero evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad, y al acusado ¿qué?, no será grave, ser declarado inocente y haber purgado pena anticipada, por el tiempo que haya durado su reclusión provisional, con el sólo requisito de tener señalado el delito pena corporal, se trate o no de delito grave, por lo que sería menos gravoso en su imposición solamente en estos ilícitos, pero no su imposición genérica.

Es categórico que a los máximos tribunales de justicia en nuestro país, se les olvida o no han querido saber, que entre los requisitos para la imposición de la prisión preventiva -de conformidad a los tratados internacionales- son precisamente: ***el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos y la alteración de***

pruebas o peligro de obstaculización del proceso; y no solamente, el debido seguimiento del proceso y el aseguramiento de la reparación del daño.

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 lo 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 al 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. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XIX/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: P. XIX/98

Página: 94.

En este criterio expresado, y no obstante de reconocer las finalidades ya estudiadas, simplemente referiremos que la naturaleza de la *prisión preventiva* o la ejecutiva son idénticas, sin atreverse a emitir un juicio garante y observando los

tratados Internacionales y con ello la constitución en términos del numeral 133 de la misma, sin hablar simplemente de su naturaleza, sino de emitir una criterio que pudiera ser observado en *bonan parte* al acusado en base al principio de legalidad y en consecuencia ordenar su no imposición y la inmediata libertad de la persona, y no asegurar el resultado condenatorio del proceso antes de decretar esa culpabilidad.²³²

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculcado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

²³² DIAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, ob. Cit., p. 1762.

Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

No. Registro: 186.185

Tesis aislada

Materia(s): Constitucional, Penal

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: P. XXXV/2002

Página: 14

Del contenido anterior podemos observar, que el criterio del máximo tribunal de nuestro país es incompleto, ya que en principio de cuentas omite puntualizar, que la *presunción de inocencia* es ya derecho positivo, al haberse signado los tratados internacionales que así la establecen.

Por otra parte en dicha tesis confunde la *presunción de inocencia* con el debido proceso, siendo éste último en todo el derecho a la garantía que supone la tramitación de un proceso, pero no cualquier proceso, sino antes bien correcto garantista e equitativo. Por lo que resulta lamentable y desafortunado tal criterio, ya que como se menciona, no observa los criterios contenidos en los tratados internacionales ya comentados.

Se ha evidenciado claramente la forma en como la legislación positiva mexicana –incluyendo la jurisprudencia- violan el contenido de los tratados internacionales que como se señala, finalmente es derecho positivo, vulnerando con ello el *principio de presunción de inocencia y del derecho a la libertad de todo procesado*. Por lo que se pudo evidenciar también, que tanto la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes federal, las locales y la jurisprudencia, no se pronuncian en forma alguna sobre el penúltimo de los principios mencionados, antes bien establecen la aplicabilidad de la *prisión provisional* como regla general, violando en forma flagrante las disposiciones de derecho internacional contenidas en los tratados internacionales que analizamos al respecto.

Por tanto, en el siguiente capítulo se analizará la forma de concebir la *prisión provisional* en otros países –desde luego más garantistas- que el Estado mexicano, y con ello podremos comprobar, que es viable establecer un procedimiento penal acorde con las disposiciones internacionales.

CAPÍTULO CUARTO

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO.

4.1. Prisión Preventiva en República Dominicana.

Vale la pena comentar, que nos llamó de sobre manera la atención, este breve estudio de derecho comparado entre nuestro país y la República Dominicana –desde luego pensando en que es más benéfica su aplicación y sobre todo más garantista- porque es una figura de derecho procesal penal, que precisamente se contiene en un código adjetivo que entró en vigor en el mes de septiembre del año 2004, y porque de su lectura se obtiene –grandes quizás- avances en comparación con el derecho penal mexicano, a pesar de no figurar la República Dominicana en el argot mundial, menos como cedula importante del derecho penal y desde luego de la política criminal.

De esta forma nos permitiremos citar, los artículos de este nuevo código para República Dominicana en materia de *prisión provisional*, que a continuación se señalan:

Art. 226. Medidas. A. solicitud del ministerio público o del querellante, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se explica en este código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:

- 1. La presentación de una garantía económica suficiente;*
- 2. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- 3. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez;*
- 4. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*

5. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;

6. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;

7. La prisión preventiva.

En las infracciones de acción privada no se puede ordenar la prisión preventiva ni el arresto domiciliario ni la colocación de localizadores electrónicos.

En cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar el peligro de fuga.

Art. 227. *Procedencia. Procede aplicar medidas de coerción, cuando concurren todas las circunstancias siguientes:*

1. Existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;

2. Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento;

3. La infracción que se le atribuya esté reprimida con pena privativa de libertad.

Este nuevo código procesal penal dominicano, adopta como doctrina los postulados del sistema penal acusatorio y garantista, tiene como presupuesto de la *prisión preventiva* las siguientes circunstancias que se señalan líneas anteriores y que son a saber:

- a) Que existan elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción;
- b) Peligro de fuga; y,

- c) Que la infracción que se le atribuya este reprimida con pena privativa de libertad.

De esta forma se contempla como primer elemento *la sospecha de culpabilidad*. El requisito de una sospecha suficiente o bien fundada de culpabilidad se encuentra en algunas de las reglamentaciones que en el presente capítulo se mencionaran, el cual es uno de los presupuestos que mayor debate ha generado en la doctrina penal, se trata de una exigencia que se encuentra contemplada en diversas constituciones, no siendo así en las convenciones de derechos humanos que contienen el *principio de inocencia* que trasciende para limitar los alcances perjudiciales de la *prisión preventiva*,²³³ como lo hemos advertido oportunamente.

La *presunción de inocencia* es tomada en cuenta por las regiones que en este capítulo se tratan, y en donde se advierte que para la aplicación de la *prisión provisional* en alguna acusación de conducta reprochable, es menester no solamente la naturaleza del delito que se trate –como en nuestro país y Estado- antes bien deben surtirse -como se observa(n)- otros presupuestos debidamente establecidos.

Por ello incluso el imputado que es apresado en flagrante delito, mantiene su inocencia hasta que una sentencia firme diga lo contrario, “implica pues la obligación que tiene el órgano de acusación de demostrar la responsabilidad del inculpado”,²³⁴ manteniendo dicho status hasta y durante el proceso.

Este principio como lo analizamos oportunamente, es una circunstancia invariable y debe regir hasta en tanto exista una sentencia condenatoria. Así lo dictan las normas del derecho internacional y de los derechos humanos las cuales no admiten la relativización de la *presunción de inocencia* y a las que nuestro país como se ha mencionado esta adherido.

²³³ MEDINA Peñalosa, Sergio, ob. Cit. p. 37.

²³⁴ Idem.

Pensamos que la *presunción de inocencia* llega a tener efectividad precisamente cuando existe un cierto grado de sospecha que se cierne sobre el imputado, la protección que pudiese ofrecerle este principio sería exactamente en esta condición de presunción de culpabilidad, no siendo así cuando sobre el imputado no recae ningún grado de incertidumbre criminal.

Como segundo supuesto encontramos el ***peligro de fuga***, contemplado así dentro de las causales que motiva la aplicación de la *detención provisional* en la Republica Dominicana en el nuevo código procesal; dicha causal es poco controvertida ya que la misma es aceptada por su compatibilidad con la *presunción de inocencia* en la legislación internacional.

Nos estimamos conforme a dicho principio, puesto que se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso, se alega –indebidamente- que no es posible la aplicación de la ley penal sin la presencia del imputado, indicando que no se puede condenar a un sujeto en ausencia –aunque sería discutible dicha postura-, visto que es una consecuencia del derecho de audiencia el cual se deriva a su vez del derecho de defensa.

Refieren estas corrientes que resulta lógico que en caso de que el imputado se quiera fugar o se sustraiga a la justicia lo más recomendable es que se ordene la privación de su libertad, para con ello cumplir la realización del juicio, sin embargo se ha traducido tal concepto en una incapacidad de los órganos del Estado de tomar verdaderas *medidas procesales alternativas* que no impliquen la privación de la libertad de la persona. Por lo que la legislación procesal penal dominicana, advierte en forma puntual que la *prisión provisional*, sólo es concebida, hasta en tanto se prevengan otros medios de presencia del inculcado, y desde luego si estos no resultan, se optará por la privación de la libertad en forma preventiva.

Por tanto, cuando a la *prisión preventiva* se le adjudica el aseguramiento de la ejecución precisamente de la pena como un fin de ella, pensamos que se estaría desvirtuando su naturaleza por la razón de que las medidas cautelares solo tienen como finalidad el aseguramiento de una fase del proceso y que cuando cumpla con esta finalidad entonces dichas medidas cesan, darle a la pena anticipada esta función, sería ubicarla como una institución del derecho penal material y no procesal como se advierte; por tanto si solamente es para asegurar el proceso, ¿porque entonces también se asegura la pena en todo delito que tenga señalada pena corporal?.

Por último y como tercer elemento se cita que la *infracción este reprimida con pena privativa de libertad*. Esta última causal es poco conflictiva a nivel doctrinario ya que la misma es bien definida y no colisiona con ninguno de los principios de la administración de justicia penal. Su contenido indica que el hecho penal o delito, contemple en caso de ser condenado, la pena de prisión.

Lo que viene a evitar este requisito es que no podría dictarse el instituto de la *prisión preventiva* a delitos que no conlleven pena de prisión, ya que como lo advertimos en el capítulo anterior, en ilícitos que tengan señalada pena alternativa sin más requisito procederá la libertad de la persona.

Estas circunstancias de carácter específico que adopta el código procesal penal dominicano son aspectos que no se limitan para el dictado de la *prisión provisional* solamente, sino que son en realidad requisitos para todas las medidas de coerción que “no dejan de ser privación parcial o total de sus bienes jurídicos o derechos.”²³⁵

Si dispone dicho código que no solo basta con que se reúnan estas causales en un delito para la aplicación de la *prisión preventiva*, sino que el legislador

²³⁵ GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 28.

dominicano para evitar la fuga del imputado, impone que para su aplicación debieron agotarse otras medidas que resulten menos gravosas para su persona.

Con esta última posición el código dominicano se acerca al principio de *última ratio*, “único recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos”,²³⁶ estableciendo que el derecho penal mínimo sea utilizado cuando se agoten otras medidas que afecten menos a los derechos fundamentales del ser humano.

Las reformas penales procesales que aquí se siguen, reflejan que con la *prisión provisional*, se cometen abusos en detrimento del derecho a la libertad que tiene una persona que esta siendo procesada en los tribunales judiciales.

La gran mayoría de los gobiernos la utiliza como un instrumento apaciguador de las masas que reclaman una rápida justicia, consiguiendo así que se calmen las alborotadas sociedades ante el delito, pero desde luego desvinculando este criterio con normas de la política criminal que ya analizamos.

Desde el punto de vista político es una respuesta mucho mas fácil y poco trabajosa –quizás atendida-, sin embargo desde el punto de vista económico constituye una carga fiscal para el Estado. El uso indiscriminado y sin control de esta figura jurídica continental hoy por hoy es una de la que mayor culpabilidad tiene cuando se habla de los males que afectan al sistema de justicia penal en nuestro país, la cantidad de presos preventivos según la información más confiable y reciente sobre el sistema carcelario latinoamericano es la que corresponde al año 1999-2000, sobre un estudio realizado por el Instituto Latinoamericano de la Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD); la población carcelaria, según este estudio, es para América Latina y el Caribe de 62,460

²³⁶ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 123.

personas entre presos y detenidos. Señala este estudio el alto grado del uso de la pena sin condena en América.²³⁷

Esta situación no solo es violatoria del derecho a la libertad que tiene un individuo a esperar el juicio fuera de las cárceles sino que genera una secuela de males que afectan otros derechos fundamentales del preventivo.

La libertad del imputado en virtud del sistema inquisitivo predomina como regla general durante la sustanciación del proceso y mientras no se haya dictado sentencia de condena. Lo que como se menciona, contraviene tanto las constituciones y los tratados internacionales sobre todo el *principio de presunción de inocencia*.

Por otra parte el Artículo 234 del nuevo código adjetivo de la República Dominicana cita textualmente lo siguiente:

“Prisión preventiva. Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona.

No puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le es imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad. Tampoco procede ordenarla en perjuicio de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal”.

Nos llama enormemente la atención en primer orden, que primero -por parte del Estado- se deben buscar otras medidas de aseguramiento del procesado – dejando como recurso último a la *prisión preventiva*, como una medida garantista- y en términos de los tratados internacionales a los que nos hemos referido con

²³⁷ Nota: Información obtenida en la página Web: www.ecoportal.net, consultada el día 11 de junio de 2005.

antelación, pero por otra parte y creemos de mayor relieve, es el hecho de que esta no se impone a personas mayores de los 70 setenta años –con una variante- ni tampoco a mujeres embarazadas, madres en lactancia, o de personas afectadas por una enfermedad grave o terminal; este aspecto sin duda es de relevancia mayúscula, ya que por una lado se atiende al principio de humanidad de las penas y medidas de seguridad, “tal vez sea éste el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del sistema penal contemporáneo”,²³⁸ y por el otro se atiende a la dignidad de las personas que por determinadas circunstancias lamentables, no pueden cumplir con la prisión.

De igual forma el numeral 241 de la ley mencionada cita textualmente que:

“Cese de la prisión preventiva. La prisión preventiva finaliza cuando”:

1.- nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida;

2.- su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional.

3.- su duración exceda de doce meses;

4.- se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.

En el anterior precepto es redimible que la *prisión provisional* tenga un término de cesación, ya sea que se deba tomar otra medida, que su duración equivalga a la cuantía mínima de la pena, que su duración no sea de doce meses, o que se agraven las condiciones carcelarias; esto es que su imposición no esta considerada a los tipos de delitos como lo es en nuestro país –simplemente que el que tenga señalada pena corporal, sea grave o no-, sino que es necesaria –si no hay otra alternativa- y puede cesar su duración en beneficio del inculpado, al que desde

²³⁸ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 127.

luego no se declara todavía autor de un hecho delictivo o bien no se acredita que haya “causado un riesgo relevante que se representó en el resultado”.²³⁹

Así también el cardinal 225 dice:

“Revisión. Cuando, a causa de la revisión de la sentencia el condenado es absuelto o se le impone una pena menor, debe ser indemnizado en razón del tiempo de privación de libertad o inhabilitación sufrida o por el tiempo sufrido en exceso”.

Del numeral anterior encontramos una de las grandes peticiones del derecho moderno mexicano –que incluso ha sido tema de muchos trabajos de tesis profesional- y que es la posibilidad de poder obtener una indemnización ante la imposición de la pena privativa de libertad, o mejor dicho *prisión preventiva*; bajo el supuesto de que la persona obtenga una sentencia absolutoria, es así como este dispositivo contempla acertadamente esta posibilidad, que sin duda pone a trabajar al órgano acusador y al tribunal, para imponer una sentencia con altos niveles de credibilidad legal, es decir no por simples conjeturas subjetivas, sino por verdaderos trabajos de aplicación del derecho al caso concreto, un logro importante en este país sin precedente en México.

Cito a continuación textualmente algunos artículos relacionados al tema último analizado y son a saber:

Art. 256. Determinación. Al resolver favorablemente la revisión que origina la indemnización, el tribunal fija su importe a razón de un día de salario base del juez de primera instancia por cada día de prisión o de inhabilitación injusta.

²³⁹ Ibid., p. 248.

La aceptación de la indemnización fijada anteriormente impide demandar ante los tribunales competentes por la vía que corresponda, a quien pretenda una indemnización superior.

Art. 257. Medidas de coerción. También corresponde esta indemnización cuando se declare que el hecho no existe, no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado, y éste ha sufrido prisión preventiva o arresto domiciliario durante el proceso.

Art. 258. Obligación. El Estado está siempre obligado al pago de la indemnización, sin perjuicio de su derecho a repetir contra algún otro obligado. A tales fines, el juez o tribunal impone la obligación solidaria, total o parcial, a quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial.

En caso de medidas de coerción sufridas injustamente, el juez o tribunal puede imponer la obligación, total o parcialmente, al denunciante o al querellante que haya falseado los hechos o litigado con temeridad.²⁴⁰

Los anteriores preceptos son consecuencia del último numeral comentado y representan la forma y las pautas de indemnización judicial ante el seguimiento de proceso penal injusto o amañado, del que ninguna persona estamos exentos, y si entonces, favorece a la persona y trae además como consecuencia secundaria la capacitación de los funcionarios en pro de una justicia pronta y expedita y en colorario de mayor calidad.

²⁴⁰ Nota: todos los artículos citados, fueron obtenidos del código procesal penal de la Republica Dominicana, Fundación Institucionalidad y Justicia, finjus, 2002, localizada en la página Web: www.finjus.net. Consultada el día 14 de junio del año 2005.

Por lo anotado nuestro reconocimiento a la legislación analizada por ser garantista y apegarse en la medida de lo posible a los postulados del derecho internacional.

4. 2. Prisión preventiva en España.

La constitución vigente en España (art. 17,1º y 4º)²⁴¹ consagra la legitimidad de la *prisión provisional* la que ha de compurgarse en centros de ámbito provincial cuya finalidad es la retención y la custodia de detenidos y presos,²⁴² y remite al legislador ordinario el tratamiento de su forma y duración, que se encuentra en los artículos 503, 504 y concordantes de la ley de enjuiciamiento criminal.²⁴³

Este texto, en su actual redacción, subordina el uso de la medida cautelar de la *prisión provisional*, a la concurrencia de determinadas condiciones como son:

1.- *Que se haya producido un hecho calificable de delito.*

Este primer requisito como se observa, sin duda al igual que en México represente el *principio en el derecho penal de acto o de hecho*, es decir, es necesario en España, que exista tipicidad de la conducta del sujeto, lo que también hace suponer que no por faltas administrativas habrá lugar a *prisión preventiva*, aun y cuando no se refiere a que este sancionado con pena corporal como en nuestro país, ni refiere a si se aplicará tal medida –represiva del Estado- por delito mayor o menor.

2. *Que concurren "motivos bastantes" para su atribución a una persona.*

²⁴¹ Véase la Constitución española, aprobada el 31 de octubre de 1978, y en lo relativo a la imposición de la prisión provisional.

²⁴² GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 82

²⁴³ Véase la ley de enjuiciamiento criminal vigente en España y en la relación al lugar de reclusión en prisión provisional.

Es decir, que no solamente por el hecho calificado por la ley como delito amerita *prisión preventiva*, sino que además existan motivos bastantes para poderse atribuir a una persona; nuevamente el tema de la presunción de culpabilidad como requisito *sine quanon* para su aplicación.

3. *Que el delito se encuentre sancionado con una pena superior a tres años.*

Bajo este supuesto consideramos un avance importante respecto a los requisitos de imposición, habida cuenta de que por lo menos, habla de delitos que el código penal les atribuya una pena privativa de libertad de tres años como mínimo, cuando en nuestro Estado por un delito de lesiones leves –fracción I del código penal de Michoacán- el merecimiento de una pena corporal faculta al *ius puniendi* para su imposición y en cuyo caso la pena sería de quince días a seis meses de prisión; sin embargo España al igual que República Dominicana se preocupan por estimar la imposición de la medida de *prisión provisional* condicionada, como por ejemplo delito de sanción mayor a tres años, aunado a que “el sistema vigente penitenciario responde a las características del modelo progresivo o de individualización científica.”²⁴⁴

Pero además cita que en este caso podrá sustituirse por libertad provisional bajo fianza, si concurren los siguientes requisitos:

- a) *carencia o cancelación de los antecedentes penales;*
- b) *creencia fundada de que no se va a eludir a la justicia;*
- c) *el delito no haya producido alarma;*
- d) *el delito no sea de los frecuentes en el territorio.*

²⁴⁴ GRACIA Martín, Luis y otros, ob. Cit., p. 83.

Es decir y no obstante de que pudiera ser mayor de los tres años primeros enunciados, todavía el ordenamiento español abre la posibilidad de obtener el beneficio de libertad previo a los requisitos señalados.

4. Que estando conminado el delito con pena menor de tres años, la prisión se considere necesaria en virtud de la concurrencia de alguno de los datos siguientes de:

- a) los antecedentes del imputado;*
- b) las circunstancias del hecho;*
- c) la alarma social producida;*
- d) la frecuencia con que se cometan hechos análogos.*

Bajo esta tesitura, establece inadecuadamente la posibilidad de proceder a la imposición de la *prisión preventiva* bajo requisitos de naturaleza subjetiva -ya que por un lado refiere los antecedentes penales del acusado, si cuando es procesado y sentenciado paga a la sociedad y al Estado su culpa-; si las circunstancias del hecho por el propio legislador no fueron tan relevantes ya que le establece una pena menor de tres años, no puede el poder judicial desestimar tal conjetura.

La alarma social es un factor subjetivo también, dado que a una persona un hecho delictuoso bien puede representarle un problema mayor, mientras que a otros puede no causarles novedad; y, el hecho de que alguien más cometa el mismo delito y exista frecuencia en su comisión, en nada le afecta al *ius puniendi* si este verdaderamente realiza adecuadas acciones de política criminal para evitar que se siga cometiendo la posible conducta típica, antijurídica y culpable, entendiendo

que la protección legal del “derecho penal no puede ser sino con una prevención de sancionar a quien atente en contra de la persona o cosa protegida por el Estado.”²⁴⁵

Por lo demás, en cuanto al tiempo de duración de la medida, el legislador español aunque establece determinados límites (art. 504,4)²⁴⁶ dada la elasticidad de éstos y la posibilidad de prórroga, deja un amplio margen de decisión al juez, si bien advirtiéndole que no deberá prolongar la prisión “más allá de lo necesario” (art. 504,3º).²⁴⁷

Como puede observarse con la lectura de los dos preceptos que se han desglosado, sólo el requisito de la creencia fundada de que el inculcado no tratará de sustraerse a la acción de la justicia -obstaculizando el desarrollo del proceso- se entiende como razón que justificaría la sustitución de la prisión por la libertad provisional, es susceptible de conectarse a una función propiamente procesal. Pero sucede, como se ha visto, que no puede operar por sí sólo, sino en el conjunto de los demás elementos reseñados, entre ellas la de que *el delito no haya producido alarma*; lo anterior de matriz netamente defensiva –tal vez por el terrorismo que impera en ese país-. De este modo, se puede concluir que el tratamiento que la *prisión provisional* en la ley de enjuiciamiento criminal española responde esencialmente a ese tipo de exigencias.

En este momento, el difícil intento de dar a la *prisión provisional* un fundamento procesal (y no penal-sustantivo) suele partir de la afirmación del principio de *presunción de inocencia* que ya hemos tratado, y de su reconocido carácter central como inspirador de la disciplina constitucional del proceso, que impondría una reconsideración de los preceptos analizados dirigida a dotar a la medida de una funcionalidad instrumental al servicio de aquél.

²⁴⁵ MARTINEZ Garnelo, Jesús, *La Investigación Ministerial Previa*, p. 375.

²⁴⁶ Véase la ley de enjuiciamiento criminal española en el artículo mencionado.

²⁴⁷ *Idem*.

Esta orientación es la que se percibe en la jurisprudencia del tribunal constitucional Español, que siguiendo la del tribunal Europeo de Derechos Humanos, subordina el uso legítimo de la *prisión provisional* a que concurra "la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la administración de justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva".²⁴⁸

El tribunal constitucional español admite que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado pudiera hacerse, en un primer momento, sobre la consideración preferente -y quizá exclusiva- de los datos de la gravedad del delito y de la pena.

Pero, con carácter general, reclama que la ponderación del riesgo de fuga se haga prestando atención a las circunstancias personales y de situación del afectado. Advirtiendo que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tendría por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento, que exigirá en cada momento una revisión de la actualidad de los elementos de hecho tenidos en cuenta inicialmente y de su aptitud para que se entienda vigente la necesidad de prolongación de la medida.²⁴⁹

Tanto la primera como las ulteriores decisiones deberán estar suficientemente fundadas, en el sentido de contener una clara referencia a los datos fácticos y una explícita apreciación de su relevancia jurídica.

²⁴⁸ Un tratamiento sistemático de estos criterios por la Comisión y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede verse en J. A. Del Olmo, "*La determinación del -plazo razonable- de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su recepción en España*", en *La Ley*, nº 4090 del 30 de julio de 1996.

²⁴⁹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy reducida en la materia, habida cuenta de que la misma tiene un limitadísimo acceso a la casación, y sólo a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, que prevé esa posibilidad por infracción de precepto constitucional (art. 5,4º).

En España, el tribunal constitucional emitió la sentencia 47/2000, de fecha 17 de febrero de 2000, con el rubro: “*Derecho a la libertad personal: prisión provisional carente de fundamentación. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional. Inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim*”. -que por su importancia, nos permitirnos transcribirla a pie de página-.²⁵⁰

²⁵⁰ Ilustración del texto de Manuel Jaén Vallejo, *la justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, citado por Raúl F. Cárdenas Rioseco, La presunción de inocencia, ob, cit, pp. 81-85: Sentencia 47/2000, de 17 de febrero (BOE núm. 66, de 17 de marzo). Pleno. Recurso de amparo 889/1996. ponente: Magistrado D. Tomás S. Vives Antón. Otorga el amparo. Derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE): prisión provisional carente de funcionamiento. Exigencias para la legitimidad constitucional de la prisión provisional. Inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECrim.

El recurrente en amparo dirigía su recurso contra autos del juzgado de Instrucción y de la audiencia provisional, entendiendo que vulneraban los arts. 17 y 24.1 CE. porque la privación de la libertad acordada lo había sido en resoluciones insuficientemente fundadas, ya que solo contenían una simple alusión a las normas procesales (arts. 503 y 504 LECrim.) que habilitan para la adopción de dicha medida cautelar, una referencia a los delitos imputados al detenido y a las penas previstas para ellos en el CP., y una referencia a la alarma social que pudieran generar, sin que pudieran conocerse los motivos en virtud de los cuales se habían estimado necesario acordar la prisión provisional, no mencionándose el riesgo de fuga ni las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas. En definitiva, la cuestión planteada ante el TC se refería “a la falta de fundamentación de la situación de privación de libertad del recurrente, a por qué y para qué se le priva de libertad”.

La STC recuerda, concita de la STC 44/1997, los requisitos básicos que determinan la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la medida de prisión. “a) En relación con el sustento jurídico de la adopción de la medida de prisión provisional, destacábamos en la STC 128/1995, de 26 de julio, que, además de su legalidad (arts 17.1 y 17.4 CE), la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida (...). el propio fundamento jurídico 3 de esta sentencia, al que pertenece el entrecomillado anterior, concretaba como constitutiva de estos fines la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: “ su sustracción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva”. b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (...). esta motivación ha de ser suficiente y razonable, “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional” (STC 128/1995, FJ 4 b). En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego –la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como una medida da aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines referidos en el párrafo anterior (STC 128/1995, FJ 3). Concreción obvia de las anteriores directrices en la indispensabilidad de la expresión del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido. Mas allá, la STC 128/1995 indicaba dos criterios de enjuiciamiento de la motivación de la constatación del peligro de fuga. El primero consiste en que deberán tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena

con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional, así como los datos con los que en ese instante cuente el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve acabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también lo es el transcurso del tiempo, modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales así como los del caso concreto (...). en suma, la medida provisional deben en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito. En coherencia con las directrices reseñadas, la STC 62/1996 realizó una nueva aportación a la especificación del canon de enjuiciamiento de la motivación de la prisión provisional para un grupo diferente de supuestos –prisión provisional por riesgo de fuga tras sentencia condenatoria–, al indicar que el sólo dictado de una inicial sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción de la justicia (...). c) no podemos cerrar este resumen de jurisprudencia sin referirnos a dos trascendentes extremos que afectan al funcionamiento de esta jurisdicción en su alta tarea de protección del derecho a la libertad. El primero consiste en que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un supuesto habilitante para la misma (...). el segundo se refiere a la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia y puede resumirse así: “corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria la constatación y valoración de los antecedentes fácticos y justificativos de la medida cautelar (...), ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley... No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución” (...) (FJ. 3).

“La prisión provisional se debe entender como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de sus fines”.

“la medida de prisión provisional debe en todo momento responder a los fines constitucionalmente legítimos de la misma y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito”.

Especialmente interesante es el estudio que hace esta STC sobre la cuestión de si con el cumplimiento de los requisitos de los arts. 503 y 504 LECrim, basta para entender cumplidas las exigencias constitucionales. Según la STC, “la determinación de si el cumplimiento de los requisitos legales basta para entender constitucionalmente legítima la prisión, precisa una toma en consideración del texto de los artículos de la LECrim, aquí aplicados, esto es, del art. 503 y de los dos primeros párrafos del art. 504. dicho texto reza como sigue: “ 503. para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes: 1ª. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª. Que éste tenga señalado pena superior a la de prisión menor, o bien, que aun cuando tenga señalada pena de prisión menor o inferior, considere el Juez necesaria la prisión provisional, atendidos los antecedentes del imputado, las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Cuando el Juez hay decretado la prisión provisional en caso de delito que tenga prevista pena inferior a la de prisión mayor, podrá, según su criterio, dejarla sin efecto, si las circunstancias tenidas en cuenta hubiesen variado, acordando la libertad del inculcado con o sin fianza. 3ª. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se ha de dictar el auto de prisión. 504. procederá también la prisión provisional cuando concurren la primera y tercera circunstancia del artículo anterior y el inculcado no hubiere comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez, o tribunal o cada vez que éste lo considere necesario. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, a demás el

delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, podrán éstos acordar, mediante fianza, la libertad del inculpado.” (EJ. 4).

Señala entonces la STC que la comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 CE y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión “pone de manifiesto *prima facie* que la ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determinar cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permitan acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FF II 4y 5. pero a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual del párrafo segundo del art. 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionalmente aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede ser determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos. De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque como dijimos en la STC 66/1997 (...) y reiteramos en la STC 98/1997 (...), con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de litigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes- la fuga del imputado o su libertad provisional-. Juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general- y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensas.” (FJ 5).

“Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no basta y para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se ha tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegada. El análisis de dicha pretensión de amparo debe iniciarse recordando que éste tribunal ha establecido reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o los derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. Hemos reiterado que si los órganos Judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados (...). La restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Por ello la motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (...). A fin de valorar si la motivación expresada es suficiente para acordar la restitución de la libertad personal para útil recordar, aún de forma breve, nuestra doctrina sobre la incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental citado. Así, hemos señalado que la prisión provisional se sitúan entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (...) y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, 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 y necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines (...). Conviene

Esta sentencia sin duda, pone en tela de juicio la finalidad, objetivos y requisitos que debe contener la *prisión provisional*, y en donde se advierte claramente que no es suficiente ni la gravedad del delito imputado –como en nuestro derecho-, ni la alarma social; sino que además se debe tomar en cuenta: exigencias como el presupuesto de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, los fines constitucionales que deben ser legítimos, los riesgos para el desarrollo del proceso, la ejecución del fallo –prevención especial- o en general para la sociedad como son: la sustracción del inculcado, la obstrucción de la instrucción penal y la reiteración delictiva; por lo que al no cumplir con tales requisitos, fue concedido el amparo por el tribunal mencionado al peticionario de garantías.

Los aludidos criterios jurisprudenciales tienen la indudable virtud de situar la interpretación de los de carácter legal en un ámbito de racionalidad, que deberá presidir no sólo la adopción de la *prisión provisional*, sino también su misma duración, ofreciendo además algunas indicaciones instrumentales de referencia.

recordar también que el control que este tribunal puede hacer de la motivación de la resolución limitativa de la libertad personal no se extiende a los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, sino únicamente a constatar si existe motivación suficiente y razonada y si la misma ha ponderado los derechos e intereses en conflicto, resolviendo de forma no arbitraria y acorde con los fines que justifican la limitación cautelar de la libertad personal (...)” (F.J. 7)

En el caso concreto resuelto, la STC llega a la conclusión de la inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas, ante la falta de expresión provisional.

Por último, en cuanto a la alegación de vulneración del art. 17 por el hecho de que las resoluciones impugnadas se habían fundamentado en la gravedad abstracta del delito y de la pena, sin tener en cuenta las circunstancias particulares aducidas por el recurrente. LA STC recuerda “ la necesidad de distinguir nítidamente en dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. Citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) este tribunal (...) afirmó que si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto. A lo que en la STC 156/1997, de 29 de septiembre, analizando un supuesto muy similar, añadimos que esa exigencias de análisis particularizado debe acentuarse aún mas en casos como el presente, en el que la impugnación del recurrente ha cuestionado extensa y expresamente la subsistencia y aún la existencia inicial de razones concretas que justificarán el riesgo de fuga”. (F.J. 10)

“ Es necesario distinguir dos momento procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses”

Estas elaboraciones jurisprudenciales han tenido, sobre todo, la utilidad de problematizar los usos tradicionales de la jurisprudencia ordinaria en tema de *prisión provisional*. Pero su capacidad de permear eficazmente la utilización real de la misma ha de encontrar un límite objetivo difícilmente salvable. Es el representado por el dato de que lo que se impone legalmente al juez es algo más que un uso limpiamente procesal de la medida, que difícilmente resultará cuestionado fuera de algunos casos muy particulares, de escasa significación estadística.

Esta legislación española, en la actualidad contempla una iniciativa de anteproyecto de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional, misma que por su trascendencia nos permitimos transcribir íntegramente en le anexo número tres del presente trabajo.

4.3. Prisión preventiva en Alemania.

En la legislación procesal penal alemana, la *prisión preventiva* se sitúa en la novena sección del código adjetivo, en particular en el capítulo “*detención y detención preventiva*” y establece las condiciones y los motivos de dicha medida cautelar.

De igual forma que en las legislaciones anteriores nos permitiremos reproducir y comentar algunos de los cardinales del *Stpo* (*código procesal penal alemán*) relacionados con el tema que nos ocupa y que son a saber:

Art., 112 Stpo (código procesal penal alemán). *Condiciones de la detención preventiva; motivos de detención. (1) La detención preventiva contra el inculpado se puede ordenar si es sospechoso del acto de forma fundada, y si existe un motivo de detención. No puede ser ordenada si no guarda relación con el significado del asunto y de la punición o medidas de seguridad y detención que caben esperar.*

(2) *Existe un motivo de detención si, en virtud de determinados hechos.*

1. *se constate que el inculpado es fugitivo o se oculta,*

2. *en la apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el inculpado no comparezca en el procedimiento, o*

3. *el comportamiento del inculpado fundamenta la sospecha fundada de que:*

a) *invalidará, modificará, ocultará, reprimirá o falsificará pruebas, o*

b) *actuará de mala fe sobre coinculpadados, testigos o peritos,*

c) *inducirá a otros a tal comportamiento y, por lo tanto, exista peligro de entorpecimiento del sumario.*

(3) *Contra el inculpado que sea sospechoso de forma fundada de un delito según artículo 129^a ...del código penal o, en tanto que mediante el acto se haya puesto en peligro cuerpo o vida de otro, que sea sospechoso de forma fundada según artículo 311... del código penal, también se puede ordenar la prisión preventiva, aunque no exista un motivo de detención según el apartado 2º.*

De lo anterior –transcrito textualmente- podemos destacar en primer orden, que siendo “*la prisión preventiva* la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”,²⁵¹ establece en forma puntual los diferentes motivos de detención, a diferencia de la legislación michoacana que solo habilita su imposición cuando el delito por el que se acuse tenga señalada pena corporal (sic), mientras que en Alemania, debe en primer orden existir *peligro de fuga o de ocultamiento*, esto es que si la persona no advierte ese

²⁵¹ ROXIN, Claus, trad. Gabriela Córdoba y otro, *Derecho Procesal Penal*, p. 257.

peligro inminente de fuga, no ha lugar a la *prisión provisional*, sin embargo éste no puede ser concebido esquemáticamente, con criterios abstractos, sino con arreglo al claro texto de la ley, sólo en razón de las circunstancias del caso en particular; lo que denota desde luego un avance substancial, habida cuenta de que si la persona que se acusa penalmente tiene bien establecido su domicilio en el lugar en donde se comete un delito, su trabajo también establecido, no tiene porque ser motivo de detención provisional.

Por otra parte se pronuncia esta legislación al supuesto en el que exista el peligro de que el inculcado no comparezca a juicio, lo que denota otra forma garantista de no imposición de la *detención provisional*, ya que en el caso que nos ocupa y que es materia de nuestro trabajo de investigación, si el delito por el cual se acusa a una persona es considerado no grave, ello tampoco implica ese riesgo de no comparecer a juicio, antes bien y al no afectar su libertad ambulatoria y estar a resultas de un procedimiento penal, bien vale la pena darle salida al asunto.

Así también y el tercero de los requisitos mencionados con antelación se subdivide en tres aspectos trascendentales, el primero al citar *que exista fundadamente la sospecha* de que el inculcado, afectará de alguna manera las pruebas; lo que significa que si no se tiene esa sospecha fundada, no tiene por que el inculcado parecer esa pena anticipada; luego entonces, se habrá de cubrir también este requisito para su imposición, verbigracia, si contempláramos una acusación por el ilícito de amenazas –señalado con pena corporal <que consiste en atosigamiento reiterado que el afecta el ofendido>-, y si no existe razón de afectación de esas pruebas, no por ser preferentemente el dicho del ofendido y de los testigos – en nuestro sistema inquisitivo- se debe tener detenida a la persona.

De igual manera y en segunda facie, es necesario que se colme el requisito *de molestia a los inculcados, testigos o peritos*; desde luego que debe ser probado mediante la manifestación expresa de tal circunstancias sea al Ministerio

Público, sea al órgano jurisdiccional. Por lo que de no acreditarse ello, no ha lugar a la *detención preventiva*.

Por último y como requisito independiente a los anteriores, deberán existir *comportamientos que entorpezcan el sumario*, tales comportamientos como en los supuestos anteriores no deben ser meras suposiciones sino antes bien, deberán estar requisitados y comprobados fehacientemente en el expediente.

Asimismo el artículo 112^a *otros motivos de detención. (1) También existe un motivo de detención si el inculpado es sospechoso en forma fundada de haber cometido.*

- 1. un delito según los artículos 174 (abuso sexual del menor confiado en custodia), 174^a (abuso sexual de reclusos custodiados por la autoridad o enfermos en establecimientos), 176 (abuso sexual de niños), 177 (violación), 179 (abuso sexual de los incapacitados para resistirse) o,*
- 2. repetida o continuamente un delito injuriante de gravedad contra la ordenación jurídica según los artículos 125^a (caso de especial gravedad de la alteración del orden público), 223^a hasta 226 (daño físico peligroso y daño físico con resultado de muerte, 243, 244, 249 hasta 255 (casos especialmente grave de hurto y coacción considerada como robo), 260 (encubrimiento profesional, encubrimiento de banda), 306 hasta 308 (incendio provocado grave), 316^a (ataque a automovilista para robar) y delitos de la ley de estupefacientes.*

Y si determinados hechos fundamentan el peligro de que, antes del juicio, cometerá más delitos relevantes del mismo tipo o continuará el delito, que es necesaria la detención para la prevención del peligro amenazador, y, en los casos del número (2), se debe esperar una pena privativa de libertad de más de un año.

(2) no se aplica el apartado 1, si tienen cabida las condiciones para el mandamiento de una orden de detención según artículo 112, y si no se dan las condiciones para la suspensión de la orden de detención, según artículo 116 apartado 1 y 2.

Como podemos advertir en el cardinal enunciado, la *prisión preventiva* en forma semejante al tema de nuestro trabajo de investigación, contempla esa posibilidad de imposición, solamente en determinados delitos como se apuntó, lo que desde luego le da más sustento a nuestra propuesta.

Por ello se señalaron los diferentes delitos por los cuales se aplica independientemente de las circunstancias contenidas en el artículo 112, sin duda consideradas de mayor lesividad en Alemania, por lo que su inaplicación en delitos menores en nuestro Estado en nada afecta el sigilo oportuno de un proceso consecuencia de una conducta disvaliosa.

Artículo 113. *condiciones en el caso de actos menores. (1). si el acto es castigado sólo con una pena privativa de libertad de hasta seis meses, o con una pena pecuniaria de hasta ciento ochenta unidades día, entonces no se puede ordenar la detención preventiva debido a peligro de entorpecimiento del sumario.*

(2). en estos casos, la detención preventiva debido a peligro de fuga sólo se podrá ordenar si el inculpado.

- 1. no ha comparecido una vez el procedimiento, o ha hecho preparativos para la fuga.*
- 2. no tiene ningún domicilio o residencia fijos en el ámbito de vigencia de esta ley, o.*
- 3. no puede acreditar su personalidad.*

Bajo el supuesto anterior, de nueva cuenta se contempla la negativa de su aplicación –pena anticipada- en actos leves, daríamos en nuestro Estado en delitos considerados no graves; pero además establece claramente la posibilidad de denegar este derecho pero solamente en los supuestos que la misma ley establece. De tal suerte que no deja al libre capricho del *ius puniendi* tal determinación, antes bien casuísticamente cita las conductas reprochables para la aplicación.

Artículo 116. *suspensión de la ejecución de la orden de detención. (1).*
El juez suspende la ejecución de una orden de detención, justificada solamente por peligro de fuga, si medidas menos drásticas justifican suficientemente la expectativa de que con ellas también se puede alcanzar el objetivo de la detención preventiva. Entran especialmente en consideración:

- 1. la instrucción de presentarse en determinados momentos al juez, o a la autoridad de diligencias del procedimiento penal, o a una delegación determinada por ellos,*
- 2. la instrucción de no dejar el domicilio o lugar de residencia, o a una determinada zona sin perjuicio del Juez o la autoridad de diligencias del procedimiento penal,*
- 3. la instrucción de dejar el domicilio sólo bajo vigilancia de una determinada persona,*
- 4. el cumplimiento de una seguridad suficiente para el inculpado u otro.*

(2). el juez también puede suspender la ejecución de una orden de detención, justificada por peligro de entorpecimiento del sumario, sin medidas menos drásticas justifican suficientemente la expectativa de que se reducirán de forma relevante el peligro de entorpecimiento del sumario. Entra especialmente en consideración la instrucción de no contactar con inculpados, testigos o peritos.

(3). el juez puede suspender la ejecución de una orden de detención promulgada según el artículo 112^a, sin esta suficientemente fundamentada la expectativa de que el inculpado observará determinadas instrucciones y que de esta forma se alcanzará el objetivo del arresto.

(4). En los casos de los apartados 1º. hasta el 3º. El juez ordenará la orden de detención si:

1. el inculpado trasgrede de forma directa las obligaciones o limitaciones que le han sido impuestas.

2. el inculpado hace preparativos para la fuga, falta a la citación reglamentaria sin una causa suficiente, o de otra forma se muestra que la confianza depositada en él, no estaba justificada o

3. nuevas circunstancias hacen necesaria la detención.

Desde luego que el primer apartado responde a la inquietud de que existe peligro de fuga, pues en cualquier momento se puede tener esa sospecha, no obstante la legislación germana establece en forma puntual, las diferentes formas de omitir la detención de los involucrados en conductas típicas, antijurídicas y culpables.

Lo anterior demuestra que esta legislación como las anteriores son más garantistas a favor no del delincuente –ya que no ha sido declarada la culpabilidad mediante el juicio de reproche-, sino de la persona que por diferentes circunstancias –algunas veces ajenas- se ven involucradas en conductas antijurídicas; lo que advierte que efectivamente en esta legislación ha quedado claramente entendido que se deben de tomar en cuenta otras **medidas procesales alternativas** antes de imponer la *prisión preventiva* en todo delito –“aún y cuando sea esta la injerencia

más grave en la libertad individual”,⁻²⁵²atendiendo el contenido de los tratados internacionales que ya citamos, pero sobre respetando el *principio de presunción de inocencia* a quien es acusado en un delito.

4.3. Prisión preventiva en México.

En nuestro ordenamiento mexicano, la constitución federal en su artículo 18, simple y llanamente establece la facultad de los órganos del Estado, respecto a la imposición de la pena sin condena, citando textualmente que. “*Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...*” que como se ha mencionado carece de toda categorización, respecto a la imposición de la misma en las leyes secundarias, al citar que por delito que tenga señalada pena corporal – “sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida”,⁻²⁵³penas al cuerpo que se sitúan solamente en los orígenes de la prisión, por lo que ahora podríamos decir que se trata de penas del alma o al alma, pero no al cuerpo.

Sin embargo esta situación se ha superado mediante una juiciosa interpretación del texto constitucional y aún y cuando podría ser necesaria –*al ius puniendi*- para su imposición en sentencia firme debidamente ejecutoriada, pero no en *presunción de inocencia* como actualmente se impone.

Como observamos en el ordenamiento dominicano esta contenida en la ley secundaria y ésta a su vez establece en forma categórica los supuestos de su imposición que como lo observamos debidamente requisitada, mientras que el ordenamiento secundario mexicano simplemente se vuelve repetitivo de la constitución.

²⁵² ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, ob. Cit., p. 257.

²⁵³ DIAZ de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, ob. Cit., p. 1598.

Es así entonces que el Código Penal Federal refiere en su artículo 25:

“Que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años de prisión, y sólo podrá imponerse una pena adicional... –como si sesenta años fueran pocos para “readaptar”- al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimiento o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva. Las penas en prisión impuestas se compurgaran de manera sucesiva. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.

Artículo 26 C.P.F. *“ Los procesados sujetos a prisión preventiva o reos políticos serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.”*

Desde luego, se advierte que en la praxis, esta dispositivo es letra muerta en nuestro país, en razón de que por los pocos espacios y los muchos reos – con la estadística mencionada en *detención preventiva*- existe una contaminación criminológica importante, habida cuenta que pareciera al Estado mejor imponer cada vez más sanciones a la libertad ambulatoria, que buscar formas de prevención general que surge como efecto y es consubstancial a la sanción misma,²⁵⁴ aunado a que la política criminal no busca nuevas sanciones, sino que medidas deben de tomarse en cuenta contra el fenómeno de la criminalidad.

Sin embargo y como se mencionó con antelación, no señala su imposición en delitos graves únicamente, y le transmite el derecho en consecuencia a la ley de enjuiciamiento penal de la materia al citar el numeral 128 entre otras cosas que: *“ Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:”*

f).- Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este código.

²⁵⁴ Bustos Ramírez, Juan J. y otro, ob. Cit., p. 196.

Bajo esta tesitura queda por demás claro y categórico que la *prisión preventiva* entendida como la privación de la libertad que guarda una persona contra la que se ha ejercido acción penal, procede en cualquier delito –mayor o menor- por mandato de la propia constitución federal, cuando en comparación con las legislaciones comparadas y mencionadas con antelación, no puede ser la regla general, si el último recurso posible del Estado en aras de un sistema penal más garantista, es decir, “como una ordenación lógica de los principios –ya mencionados- de la ciencia jurídica punitiva, como un control social institucionalizado, conformado por el segmento policial, judicial y ejecutivo, con sus respectivas normas”.²⁵⁵

Rescatable como se ha aludido lo es la no imposición de la prisión preventiva a la persona, en términos del numeral 135 mismo que establece que: “ Se concederá al inculpado la libertad sin caución alguna, por el Ministerio Público, o por el Juez, cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no exceda de tres años, siempre que:

I. No exista riesgo fundado de que pueda evadirse de la acción de la justicia:

II. Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la Autoridad que conozca del caso.

III. Tenga un trabajo lícito; y

IV. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional.

La presente disposición no será aplicable cuando se trate de los delitos graves señalados en este código.

²⁵⁵ MEDINA Peñalosa, Sergio J., ob. Cit., p. 28.

Ahora bien y en lo que a la legislación casera se refiere, y para no ser repetitivos -por su gran clonación al ámbito Federal- de las leyes penales, cabe decir que en igualdad de circunstancias se impone la *prisión preventiva*, con el único requisito que el delito tenga señalada pena corporal, con la excepción poco usada por los operadores jurídicos de la libertad bajo protesta –artículo 516 C.P.P.MICH. (código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán)- que se asemeja -y sólo eso- a la legislación dominicana, sin que sea necesario transcribir lo establecido por las leyes encaminadas a la organización y vigilancia de penas en ambos ámbitos y que refieren a la organización propiamente de los condenados más no de los procesados.

Por lo anterior y una vez realizada el estudio a las legislaciones de República Dominicana, España y Alemania –en lo que a nuestro tema se refiere-, resulta por demás preocupante que la nuestra como quedó analizado, sea solo discurso el hecho de anhelar un derecho más garantista, ya que cada vez existe más tendencia al endurecimiento de las sanciones, la punición de más conductas y la elevación a categoría de delitos graves, atentando flagrantemente con los principios fundamentales de todo procesado, previstos por acuerdos de índole internacional que finalmente son derecho positivo; por lo que la propuesta de *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán* –con respeto a los tratados internacionales- reflejará como lo abordaremos en el capítulo siguiente, un Estado de derecho más garantista, pero sobre todo más humano.

Analizaremos entonces, si efectivamente la aplicación de la *prisión preventiva* en todo delito que tenga señalada pena corporal en la actualidad, resuelve el problema de la criminalidad en nuestro país o si representa un problema de hacinamiento de las prisiones, y pretenderemos justificar y proponer la inclusión de los postulados de derecho internacional, velando con ello por la observación del *principio de presunción de inocencia*.

CAPÍTULO QUINTO

MEDIDAS PROCESALES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO DE MICHOACÁN

5.1. México y la prisión preventiva como medida cautelar.

Como se ha citado en líneas anteriores, esta figura por demás injusta y en muchas ocasiones innecesaria, es cada vez más utilizada por el Estado para asegurar el debido proceso y una posible reparación del daño; sin importar en lo más mínimo, el perjuicio que se le causa a una persona con la *detención provisional* por la simple acusación en cualquier delito, mucho menos los preceptos contenidos en los tratados internacionales como se ha venido expresando; haciéndose en consecuencia necesario buscar *medidas procesales alternativas* a su imposición.

Bastará actualmente que el delito por el que se acusa a una persona tenga señalada pena corporal, para que pueda ser sujeto a la institución de la *prisión provisional*; este pormenor de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18, faculta actualmente a los órganos del Estado ha imponerla sea o no delito grave el presuntamente cometido; en consecuencia la legislación secundaria penal en nuestro Estado, simplemente adopta esta posición y por tanto faculta al Ministerio Público y al órgano jurisdiccional a poderla aplicar al acusado de delito; insistimos “sin el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea reprochada antijurídicamente a su autor”,²⁵⁶ lo que se traduce en una violación flagrante del derecho contenido en los tratados internacionales ya analizados, cuando en realidad, es obligación y responsabilidad del Estado velar por el debido proceso, pero no vulnerando los derechos de los gobernados a los que finalmente debe de servir.

²⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal –parte general–*, ob. Cit., p. 506.

Por otra parte, resulta ser gravoso para el detenido provisionalmente, por las consecuencias de toda índole que implica su privación de la libertad, ya que quien por cualquier circunstancia se ve involucrado en un proceso penal o que es parte de la criminalización secundaria por parte de los órganos del Estado, tiene implicaciones de naturaleza familiar, económica, social, etc., ya que aún y cuando no es todavía declarado culpable, ya es estigmatizado socialmente, y muy difícilmente podrá llevar una vida normal –como antes del hecho acusado-, en consecuencia si no se han agotado otros medios alternativos a la *prisión provisional*, resulta innecesaria su detención en aras de un debido proceso penal y de garantía de la reparación del daño.

No podemos llegar al extremo de pretender justificar la eliminación de la prisión en general, puesto que nadie puede concebir seriamente que todas las relaciones sociales se subordinan a un programa criminalizante faraónico –que se paralice la vida social y la sociedad se convierta en un caos, en pos de la realización de un programa irrealizable-, la muy limitada capacidad operativa de las agencias de criminalización secundaria no les deja otro recurso que proceder siempre de modo selectivo;²⁵⁷ esto es que si las agencias de poder policíaco, no detienen o mejor dicho no seleccionan a los candidatos a *prisión preventiva* y ejecutiva, no se justificaría su existencia, de ahí su legitimidad.

De igual forma, actualmente es injusto que aquella persona que en forma indebida o ilegal fue sujeta a *prisión preventiva* durante un tiempo determinado, resulta ser declarada inocente una vez agotado el procedimiento penal en todas sus etapas; en la actualidad no existe recurso o posibilidad alguna de que recurra ante el propio Estado a pedir una indemnización por el tiempo de su detención y en consecuencia por los daños que le fueron ocasionados tanto económica como moralmente, como acontece en la legislación procesal penal en la República Dominicana como se analizó puntualmente.

²⁵⁷ Ibid., p. 7.

Todo lo anterior nos lleva a justificar que la *prisión preventiva* en cualquier delito es injusta y es inadecuada, que el Estado debe servir a la persona y no servirse de ella, y en consecuencia debe buscar *medidas procesales alternativas* viables y razonables, para velar por el respeto a los derechos humanos y las garantías individuales de toda persona sujeta a proceso, en observación estricta a los tratados de índole internacional debidamente signados por nuestro país.

Por otra parte y como se ha mencionada a lo largo del presente trabajo, el propio Estado clasificó los delitos en graves y no graves, en consecuencia no se puede obtener la libertad caucional en los primeros, por lo que se dejó pasar por alto, que los tratados internacionales – *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos* y la *Convención Americana de Derechos Humanos*-, en ningún momento supeditan la aplicación de la *prisión provisional* a la naturaleza del delito que se trata, antes bien será como último recurso y siempre y cuando no haya sido posible garantizar la comparecencia del inculcado al proceso.

Si nuestro país observara los principios internacionales a los que se encuentra sujeto en términos de los artículos 76 fracción I, 89 fracción X y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como se menciona, utilizaría a esta figura de la pena anticipada como último recurso en contra de una persona y solamente durante un plazo razonable; sin embargo contrasta la tendencia actual del discurso internacional, en el cual se buscan mejores libertades y garantías para las personas y en el ámbito local, en donde cada vez más va en aumento la punición de conductas, la elevación de penas y con ello el aumento de la población carcelaria que representa finalmente una carga el Estado, por lo que la ejecución de las consecuencias jurídicas del delito –con criterio de política criminal- “debe ser objeto de una cuidadosa reflexión por consideraciones de necesidad”,²⁵⁸ esta penuria que debería preocuparle a los órganos del poder, no puede dejarse al lado de la política

²⁵⁸ SILVA Sánchez, Jesús María, ob. Cit., p. 30.

criminal legislativa, sino como se alude, en su parte judicial y sobre todo en la ejecutiva debe tomarse en cuenta.

Hasta el año de 2004, aproximadamente 82 mil personas estaban privadas de su libertad esperando a que las investigaciones y sus procesos concluyan, lo que representan el 42.7% de las personas encarcelada. *La prisión preventiva* en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice los principios constitucionales y del derecho internacional a los que nos referimos con anterioridad; de lo apuntado podemos decir, que aproximadamente la mitad de las personas señaladas como “probables responsables” son encarceladas.²⁵⁹

Además la *detención provisional* es una realidad en expansión: el número de personas encarceladas a pesar de no ser aún sentenciadas va en aumento desde hace 10 años.²⁶⁰ La que se traduce en una preocupante realidad penológica en nuestro país.

La *prisión provisional* además, es en muchos casos injusta, porque cada año a más de 40 mil personas²⁶¹ -uno de cada cuatro imputados- que inicialmente fueron señaladas –indiciados- por el Ministerio Público, son dejados en libertad al no comprobarse su responsabilidad. Muchos de ellos fueron privados de su libertad perdiendo la salud, la familia, el trabajo y lo nada fácil de recuperar fama pública.

Además de indebida, exorbitante e injusta, la *prisión preventiva* impone altos costos humanos, sociales y económicos –al propio *ius puniendi*-. Las condiciones en las que se sufre la prisión en nuestro país son inhumanas. La saturación de las cárceles en nuestro país es verdaderamente alarmante, en

²⁵⁹ Información obtenida de la página web: www.justiceinitiative.org., consultada el día 10 de julio de 2005.

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ Id.

promedio están al 125% de su capacidad y en casos extremos, principalmente las destinadas a la *prisión preventiva*, exceden el 270% de ocupación,²⁶² lo que provoca hacinamiento, autogobierno -grupos de reclusos los que imponen las reglas-, violencia -homicidios hasta 10 veces superiores a las que enfrenta la población en libertad- insalubridad y sobre todo la contaminación criminológica, a pesar de los dispositivos constitucionales que la prohíben –sólo en la letra-; además, de los altos costos familiares y económicos que se derivan de la privación de la libertad. Hoy por hoy en México las cárceles son jaulas de seres humanos donde la rehabilitación es impensable y la corrupción vive su mejor auge.

La sociedad paga por la *detención preventiva*, tanto por tener que prescindir de las aportaciones sociales y económicas de miles de personas encarceladas, como por mantener con sus impuestos la infraestructura y la demanda de sustento de 82 mil personas reclusas.²⁶³

Se estima que el costo diario de manutención de una persona encarcelada en México es de \$80.00 pesos,²⁶⁴ es decir, que sólo en alimentar y vestir a los reclusos -sin considerar los salarios de los empleados de las prisiones y el mantenimiento de la infraestructura- se emplean en el país, en los tres niveles de gobierno, 6,56 millones de pesos diariamente.²⁶⁵ Por lo que las *medidas procesales alternativas* como es la inclusión de un chip electrónico, a largo plazo resulta ser menos costoso para el Estado, y menos dañino para el procesado.

A pesar de toda esta dolorosa evidencia, la sociedad mexicana ha permanecido indiferente a lo que Elías Carranza -Director ILANUD- ha denominado “genocidio carcelario” y a la injusticia de la *prisión preventiva*;²⁶⁶ en tanto que las

²⁶² Id.

²⁶³ Id.

²⁶⁴ Id.

²⁶⁵ Id.

²⁶⁶ Id.

autoridades consideran al encarcelamiento sin sentencia como un mal necesario y como salida fácil a la presión social, cuya dimensión, aunque contraria a los principios constitucionales y del derecho internacional, se pretende pues justificar con argumentos superfluos.

Con el objeto de argumentar la situación preocupante actual, respecto a la aplicación de la *prisión provisional* en nuestro país, tomamos en cuenta los datos estadísticos contenidos en el ensayo “Los Mitos de la Prisión Preventiva en México”,²⁶⁷ mismos que serán comentados y analizados puntualmente.

De esta forma, se expresan cuatro de los argumentos más utilizados por el Estado para mantener a la *prisión preventiva* como pilar de la política criminal mexicana, contraviniendo en todo momento los lineamientos del derecho positivo internacional y que son a saber:

a) ¿La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva? De acuerdo con el credo de política criminal que profesan las autoridades en México – indebidamente- con la encarcelación de los probables responsables de los ilícitos se busca reducir el crimen en dos formas: por una parte, se dice, se incapacita a un agente criminógeno -aunque dicho agente sea presumido inocente por la propia constitución con arreglo en los tratados internacionales- para continuar delinquir.

Por otra parte, también se reduce la incidencia delictiva, en virtud del efecto disuasión: los delincuentes o criminales potenciales al percibir el riesgo de captura y la efectividad del sistema penal, optan por dejar de delinquir.

Sin embargo, hay un indicador que no concuerda con esta guía de actuación: a pesar de que la población en *detención provisional* ha crecido, la incidencia delictiva se ha estacionado en niveles inusuales en la década anterior. A

²⁶⁷ Id.

pesar de 8 años de crecimiento promedio anual de 14% de la población carcelaria, el crimen no se ha desplomado como cabría esperar;²⁶⁸ muy a pesar de los pronósticos gubernamentales, antes bien existe un incremento verdaderamente preocupante.

Alguna autoridad optimista podría argumentar que el número de reportes se mantiene constante debido a que a pesar de que los delitos están bajando, la ciudadanía está más dispuesta a denunciar los ilícitos. Sin embargo, nuevamente, la evidencia estadística contradice esa afirmación. La conocida como cifra negra -delitos no denunciados- en México es muy grande: en el país durante 2001 sólo se denunció el 34% de los ilícitos cometidos; al año siguiente este indicador decreció y sólo se reportó el 25% de los delitos que se cometieron -Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad A.C.-ICESI-.²⁶⁹

De acuerdo con estas cifras, la disposición de la ciudadanía a reportar los ilícitos va en descenso, lo que permite afirmar que la victimización o incidencia delictiva real no sólo no está decreciendo, sino que ha aumentado, por lo tanto la *prisión preventiva* no inhibe de ninguna forma la comisión de nuevas conductas reprochables.

Si como sociedad hemos duplicado el número de reclusos, sin que ello se refleje en un descenso en los indicadores delictivos, ¿qué es lo que está pasando? ¿a quiénes estamos encarcelando?, la respuesta a estas interrogantes será desarrollada con mayor detalle al analizar el siguiente mito, pero para efecto del análisis de este argumento, queda demostrado que no se ha verificado la expectativa de una política criminal –mal concebida- orientada a maximizar el número de detenciones, pues la incidencia delictiva y la percepción ciudadana de inseguridad no han disminuido, y quizás por ello el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni ha sostenido que una

²⁶⁸ Id.

²⁶⁹ Id.

alternativa a la prisión, es sin duda la no detención de la persona por los propios cuerpos de policía.²⁷⁰

Los golpes al crimen organizado, autor de los delitos de mayor impacto social como el secuestro, el homicidio y el tráfico de personas, no han permitido menguar lo suficiente las actividades de estas industrias criminales. El énfasis del sistema en las detenciones no corresponde a una labor de inteligencia policíaca ni investigación criminal, que permita impactar significativamente a los sectores criminales que mayores perjuicios provocan a la sociedad,²⁷¹ es decir se impacta con noticias espectaculares a la sociedad y no al crimen organizado.

b) ¿La prisión preventiva disminuye la inseguridad ciudadana? El clima de emergencia y excepción derivado del incremento en los indicadores delictivos y de la creciente demanda ciudadana ha radicalizado el discurso penal de un sector muy significativo de la sociedad y de las autoridades del sistema de seguridad ciudadana y justicia penal, que se ha traducido en el endurecimiento de las sanciones penales, en la creación de nuevos tipos delictivos y en señalización de conductas graves las que hace unos meses eran ilícitos menores.

La escasa cultura legal de la sociedad mexicana, aunada a la desesperación ante la alta criminalidad han provocado que una parte muy significativa de la opinión pública considere que la liberación de imputados -aunque sean procesados liberados bajo fianza-, sea vista como “impunidad” y corrupción judicial.²⁷²

²⁷⁰ Nota: el comentario citado, fue referido por el autor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, en la conferencia dictada el día 26 de julio del año 1993, en el encuentro internacional “La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, con el tema: “¿Que hacer con la pena? las alternativas a la prisión. página web: www.carlosparma.com, consultada el día 16 de junio de 2005.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Id.

En este contexto de demanda social, en los últimos dos lustros se han modificado las leyes para incrementar las sanciones y para aumentar el catálogo de delitos graves -que impide que las personas sujetas a un proceso penal, puedan permanecer en libertad durante su proceso- como se menciona, las autoridades se han impuesto como meta incrementar el número de capturas y consignaciones, el resultado evidente es que en menos de una década la población carcelaria en México se duplicó y sigue creciendo, pasando de 86 mil en 1994 a 184 mil en 2003 - en junio de 2004 el número de reclusos llegó a casi 192 mil-. Como se ha señalado, el 42.7% de los reclusos son presos sin condena, es decir, sufren de *prisión preventiva*,²⁷³ y por tanto están en espera de una resolución que les decreta esa culpabilidad o como es conocido su absolución, mientras que los operadores jurídicos velamos por que se reforme la ley con observación simplemente a los derechos y garantías que la ley en su conjunto le confiere a un gobernado.

Por tanto, el Estado ha utilizado el incremento de la población penitenciaria -los informes de todas las autoridades se jactan del incremento de capturas y encarcelamientos- como una respuesta mediática que transmita seguridad a la sociedad, recupere la credibilidad del público para las instituciones y desincentive las actividades delictivas.²⁷⁴

En este intento ha restringido el ejercicio del derecho a la manumisión del procesado y en consecuencia violado los tratados internacionales en perjuicio de sus propios gobernados, privando de su libertad a miles de personas que de conformidad con el marco legal y por la conducta que se intenta demostrar que cometieron, deberían de permanecer en libertad durante su proceso.

No obstante este esfuerzo legal y mediático, la sociedad sigue percibiendo un entorno de inseguridad. Las encuestas muestran que una proporción

²⁷³ Id.

²⁷⁴ Id.

muy significativa de los mexicanos nos sentimos vulnerables ante el crimen, que percibimos que nuestra integridad física y patrimonial se encuentran constantemente amenazadas por la delincuencia. Por ejemplo, en el Distrito Federal una encuesta trimestral de victimización que realiza desde 1995 un periódico capitalino señalaba en su aplicación de febrero de 2000, que 55 % de los entrevistados consideraba que la inseguridad pública era el principal problema de la ciudad, para febrero de 2001, 74 % de los encuestados manifestó a la inseguridad como su principal preocupación.²⁷⁵

De esta forma, queda claro que el incremento en el uso de *prisión preventiva* a costa de las garantías de libertad y del debido proceso, no tiene un impacto positivo en la percepción de inseguridad de los mexicanos, y que el Estado se equivoca en aplicar la *detención provisional* como regla general, bastará simplemente que el delito por el cual se acuse “*tenga señalada pena corporal*.”²⁷⁶

c) ¿La prisión preventiva se usa en contra de sujetos peligrosos?

Uno de los debates más intensos sobre la *prisión provisional* gira en torno a que esta medida se trata de una medida de seguridad predelictuencial y basada en sospechas y prejuicios sobre la peligrosidad, término que como analizamos se encuentra desfasado, sin embargo sigue imperando en el ánimo de la autoridad para justificar la detención de personas –aún no declaradas culpables-.

El marco legal ha propiciado que el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella hasta que no se emita un fallo judicial que le señala como responsable se restrinja sensiblemente. Como se ha señalado, este marco legal se ha modificado ante la presión social por mayor seguridad sobre las autoridades.

²⁷⁵ Nota: información obtenida en la página Web. www.justiceinitiative.org. *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*. Consultada el día 11 de junio de 2005.

²⁷⁶ Véase el numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos sobre el particular.

Lo recomendable es que en la determinación de la libertad a la persona, se establezcan *medidas procesales alternativas* a esa detención que puedan ser aplicadas racionalmente y con prudencia tanto por Ministerios Públicos y jueces ante los casos concretos.

Sin embargo, como en nuestro país el legislador suele desconfiar de los órganos encargados de procurar y administrar justicia, se les ha reducido a éstos su margen de actuación y discreción y se han establecido grandes categorías -como el catálogo de delitos graves, en los que los acusados no pueden mantener su libertad y quedan, necesariamente, confinados en *prisión preventiva*- que se aplican indiscriminadamente sin poder atender a las particularidades de los hechos en cada caso. El margen de arbitrio de los jueces se limita sólo a los delitos considerados no graves.

Así, algunos sistemas penales como el mexicano han optado por las nociones de “delitos graves” y “peligrosidad”; es decir, no sólo se es “probable responsable”, también se es “probable peligroso”.²⁷⁷ La gravedad y el peligro o amenaza social quedan como conceptos jurídicos indeterminados o cajas vacías que se llenan con la coyuntura del momento.

De esta forma, la presión social –cada vez más influyente- y la impotencia de las autoridades ante el crimen, han hecho que el legislador amplíe los supuestos legales en los que se da la “gravedad” y la “peligrosidad” como lo hemos mencionado. En ese mismo contexto de emergencia, el representante de la sociedad y el juzgador suelen avalar las restricciones a la libertad de los acusados en nombre de librar a la sociedad de la amenaza inminente de quien, únicamente en la ley, se presume inocente.

²⁷⁷ *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*, ob. Cit., p. 13.

Por ello, un argumento que se utiliza frecuentemente para justificar la elevada cantidad de personas sometidas a la *prisión preventiva*, es que en caso de que se redujera, la sociedad enfrentaría una seria amenaza, pues quedaría a merced de la posible reiteración de conductas delictivas por parte de personas probablemente responsables “probablemente peligrosos” dejadas en libertad durante su proceso. Así mismo, suele afirmarse que de no limitarse la libertad provisional, el número de fugas se incrementaría con el consiguiente riesgo para la sociedad y las víctimas.²⁷⁸ Por lo que no podemos siempre pensar en la seguridad del proceso, contra la restricción de libertad del inculpado.

Sin embargo, al analizar algunas evidencias que permiten someter a prueba el argumento de la “probable peligrosidad” salta a la vista que no todas las personas privadas de su libertad parecen ser lo peligrosas que el sistema legal y judicial asumen y que derivan en la extendida práctica de la *prisión provisional*.

Aproximadamente 15% de los procesos penales no llegan a sentencia, por lo que el imputado o probable responsable es liberado de responsabilidad. Los casos no llegan a sentencia en primer lugar porque se determina la evidente inocencia del procesado y el juez o el Ministerio Público así lo reconocen - desvanecimiento de datos, desistimiento o conclusiones no acusatorias, etc.-

De igual manera una tercera parte de los casos que no llegan a sentencia corresponden a expedientes en los que se da el perdón de la víctima en delitos de querella, menores o patrimoniales.

De las 125,759 sentencias emitidas en 2002 en el ámbito de competencia local, 14% (17,527) fueron absolutorias, algunas de ellas en casos de delitos graves como homicidio o violación.²⁷⁹ Esto es un indicador que permite fundar

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Id.

la afirmación de que un porcentaje significativo de quienes estuvieron privados de su libertad durante todo su proceso resultaron inocentes, por lo que su *prisión preventiva* fue innecesaria e injusta, sin que se les indemnice por los costos y molestias asumidas, como es el caso de República Dominicana, en donde como se observó, la acusación temeraria o ilegal, es materia de indemnización ante la absolución del enjuiciado.

De los procesados que llegaron a sentencia en 2002, aproximadamente 45%, esto es, 56 mil personas, estaba privado de su libertad, bajo *prisión provisional*. Es decir, se trata de individuos que habrían cometido delitos graves o habrían sido considerados un “peligro” para la sociedad o para la víctima, también es significativo que aproximadamente 5% de los procesados no pudieron obtener su libertad por no poder pagar la fianza.²⁸⁰

Sin embargo, al ver las sanciones impuestas por las 108,232 condenas salta a la vista que, a pesar del incremento sistemático de las penas, dos terceras partes -69,396 personas- de los condenados recibieron penas inferiores a los tres años, es decir, son condenados por delitos menores. Incluso, muchos de los sancionados con entre 3 y 5 años de prisión -18,952 personas más- pueden corresponder a delitos no considerados graves;²⁸¹ por lo que era innecesaria la *prisión provisional*.

De acuerdo con lo que hemos señalado sobre el hecho de que aproximadamente 56 mil personas sentenciadas estaban privadas de su libertad en virtud de haber cometido delitos graves, o representar un peligro, tenemos que, aun considerando que los 56 mil hubieran sido condenados -como se señaló algunos fueron absueltos- querría decir que al menos 19 mil personas privadas de su libertad, recibieron sanciones inferiores a los tres años.

²⁸⁰ Id.

²⁸¹ Id.

En muchos de estos casos, las sanciones podrían haber sido conmutadas por una sanción pecuniaria como una multa o alguna otra sanción alternativa,²⁸² lo que hace aún más aberrante e indignante el encarcelamiento por esta causa.

Tampoco el argumento del peligro de fuga es suficiente para mantener en niveles tan exorbitados a la *prisión preventiva*. Como se señaló, a una cantidad significativa de los procesados se les imputan figuras delictivas menores, por lo que pueden ser condenados a multas o penas de cárcel que puedan ser conmutadas por éstas última; así, la posibilidad de fuga es mínima en estos casos.

En delitos de mayor gravedad, se podrían aplicar *medidas procesales alternativas* distintas de la *prisión preventiva*. En México se ha hecho de la *detención provisional* la medida cautelar más utilizada, sin que se contemplen en la legislación soluciones a la prisión.

Es fundamental retomar las alternativas a la prisión contempladas en las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad -reglas de Tokio-*, e incorporar y desarrollar, en la legislación y en la infraestructura institucional, esas medidas alternativas, logrando, en contra de la inercia carcelaria, que arraiguen y tengan eficacia medidas como sanciones verbales o amonestaciones, prohibiciones de no salir de áreas determinadas sin autorización judicial, obligación de someterse a cuidados y tratamientos institucionales, arresto domiciliario, colocación de localizadores electrónicos entre otras; medidas que se abordaran en el apartado respectivo.

d) ¿La prisión preventiva garantiza la reparación del daño? No obstante la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, bajo el rubro de ***PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE***

²⁸² Véase el libro quinto, título primero del código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán, con relación a la *ejecución de sanciones*, y en donde se observarán los beneficios de liberación o preliberación a sentenciados.

CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, que analizamos oportunamente, advierte entre los supuestos de la aplicación de la prisión provisional a garantizar la posible reparación del daño a la víctima o el ofendido del delito, sin embargo vemos como, esta consecuencia jurídica del delito no se garantiza precisamente con la *detención preventiva*, pues suele implicar la pérdida de ingresos económicos para el procesado y su empobrecimiento por los costos del proceso.

En las prisiones mexicanas existe un régimen de ocio, en el que sólo 10% de la población penitenciaria puede acceder al trabajo, por lo que cesan sus fuentes de ingresos.²⁸³

Además, no es usual que se dé oportunidad a los responsables para que se repare el daño en parcialidades. En muchos casos las personas no tienen suficientes recursos para garantizar la reparación ni para pagarla, el sometimiento a *prisión preventiva* lo único que provoca es que se incremente notablemente las probabilidades de que el procesado termine por ser económicamente insolvente.

No obstante lo anterior, la ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad para el Estado de Michoacán en su numeral 86,²⁸⁴ contempla la posibilidad de que el producto del trabajo realizado en la prisión, se destinará el 30% al pago de la reparación del daño. Sin embargo se refiere a las labores de las personas ya sentenciadas, por tanto no opera en procesados sujetos a *prisión provisional*.

En lo que se refiere a los derechos de la víctima, las autoridades hacen de la pena anticipada un bálsamo para que los denunciantes y la sociedad en

²⁸³ *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*, ob. Cit., p. 17.

²⁸⁴ Véase el numeral señalado de la Ley de ejecución de sanciones privativas y restrictivas de libertad para el Estado de Michoacán, en lo referente a la distribución del producto del trabajo realizado por el sentenciado.

general sientan que se está haciendo justicia. Esta modalidad de la *prisión preventiva* como espectáculo social es un resabio de la venganza popular o privada, es la saña hacia unas víctimas propiciatorias para expiar la percepción de impunidad en el 97% de los casos que quedan sin castigo en México.²⁸⁵

Despojada de sus mitos y retórica, la *prisión preventiva* en México queda evidenciada como una práctica en expansión que ha sido utilizada irracional e indiscriminadamente y constituye un pilar de una política criminal –si así pudiera llamársele- desesperada ante el desbordamiento de la autoridad por el fenómeno delictivo y por la demanda ciudadana de seguridad.

La *prisión preventiva* ha devenido en una pena anticipada fundada en pesquisas e indicios policíacos -sino es que por sólo en sospechas- que se prolonga por meses y suele concluir en la absolución o en sanciones menores.

Suele ser infligida mayoritariamente a los sectores más marginados y vulnerables de la sociedad como estratos de bajos ingresos, discapacitados y minorías étnicas. Ante la presión social, el sistema penal mexicano y sus autoridades no están buscando quien la hizo, sino quien la pague, de ahí la necesidad imperante de buscar esas *mediadas procesales alternativas* a su aplicación y desde luego a preservar la *presunción de inocencia* en beneficio del procesado y de la sociedad misma.

Por último la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rindió un informe sobre la situación de los derechos humanos en México, con fecha 24 de septiembre de 1998,²⁸⁶ y en su capítulo III relativo a “*El derecho a la Libertad Personal*” inciso B denominado “*Detención o prisión preventiva*” párrafo 233, en donde se estableció lo siguiente:

²⁸⁵ *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*, ob. Cit., p. 17.

²⁸⁶ Información obtenida en la página web. www.oea.or. En relación con el informe: OEA/Ser.L/V/II.100, de fecha 24 de septiembre del año 1998. Consultada el día 11 de mayo de 2005.

233. Otra de las causas del grave hacinamiento carcelario en México, es la aplicación como regla general, de la prisión preventiva del procesado. La CIDH –Comisión Interamericana de Derechos Humanos- ha establecido que **la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a las normas de la Convención Americana, pues viola el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia**. Por ello, no resulta atentador ni protector el actual régimen jurídico constitucional (artículo 18), que restringe la prisión preventiva a los casos de delitos sancionados con pena corporal. La prisión preventiva debe restringirse a los casos particulares donde así lo aconsejen las condiciones individualizadas, junto con la amenaza fundada contra la sociedad y el orden público. En otro caso debe atenderse a la agilización de los procesos penales, al mejoramiento de las condiciones de los centros de retención y una revisión periódica de la detención.

Como se podrá apreciar del anterior informe de la Organización de Estados Americanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, confirma que nuestro país y desde luego nuestro Estado, esta aplicando la prisión preventiva del procesado como regla general, contrariando las normas de la Convención Americana ya que viola el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia a la que nos hemos referido.

5.2. Consecuencias jurídicas.

La legislación sustantiva y procesal penal mexicana y desde luego michoacana, en lo referente a la aplicación de la prisión preventiva, viola actualmente en forma flagrante el artículo 9º, inciso 3 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*; el numeral 7º, inciso 5 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, del principio de presunción de inocencia previsto en el inciso 2, artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el inciso 2, cardinal 8º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, el derecho a la libertad ambulatoria

previsto en el inciso 9, artículo 9º, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el inciso 1, ordinal 7º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, así como distintas disposiciones que prohíben privaciones de libertad arbitrarias, inciso 1, del artículo 9º, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el inciso 3 del precepto 7º, de la *Convención Americana de Derechos Humanos*; el numeral 6º, 6.1, 6.2 y 6.3, de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad -Reglas de Tokio-*; por lo que en base al derecho de libertad y de *presunción de inocencia*, las personas sometidas a proceso deben enfrentar el proceso en libertad, ya que la regla general es la libertad y no la *prisión preventiva*, como de los tratados mencionados se contienen y que fueron analizados en el capítulo tercero.²⁸⁷

México además forma en la actualidad parte de la *Organización de Estados Americanos (OEA)*, por tanto, se obligó a respetar los derechos humanos previstos en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y la *Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre*,²⁸⁸ además de que se reconoció por nuestro país la jurisdicción contenciosa de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* el 16 de diciembre del año de 1998, por lo que puede legalmente impugnarse ante este organismo las vicisitudes, en lo que se prevé en la legislación interna respecto a la libertad del inculcado durante el proceso y en lo que se convino en los tratados internacionales.

El tema fundamental que debemos plantearnos, es precisar que si bien nuestra legislación doméstica debe en casos determinados restringir los derechos de libertad de las personas, también lo es que debe hacerlo con observación a las disposiciones de índole internacional contenida en los tratados mencionados, que actualmente es derecho positivo vigente.

²⁸⁷ Véase el capítulo tercero en lo referente a los tratados internacionales que rigen la prisión preventiva y la presunción de inocencia y a los que México se encuentra adherido actualmente por mandato de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁸⁸ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., p. 292.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ha identificado expresamente el *principio pro homine* -que significa que al interpretar textos que puedan afectar derechos humanos, se tome siempre una decisión a favor de la persona- como principio de interpretación exclusiva de derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.

Constituye un lugar común en la jurisprudencia de la *Corte Interamericana de Derechos humanos* que el numeral 31 de la Convención de Viena, dispone que los tratados deben interpretarse de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin.

El objeto y fin de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, es la protección de los derechos humanos, por lo que la Corte, siempre que requiera Interpretarla debe hacerlo en el sentido de que el régimen de protección adquiriera todo su efecto útil,²⁸⁹ de tal manera que la *presunción de inocencia* es evidente en la tramitación del procedimiento, de menos en el derecho internacional.

De esta manera y de conformidad al cardinal 9º inciso 3 del *Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos*,²⁹⁰ los inculcados –en todos los países firmantes- deben, por regla general, permanecer en libertad, sólo podrán estar detenidos si no es posible garantizar su *comparecencia* en las distintas etapas del proceso o para, en su caso, ejecutar la sentencia.

La misma solución es propuesta por el inciso 5 del numeral 7º de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que establece: “*toda persona detenida o retenida... a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el*

²⁸⁹ Comentario transcrito en la obra Santiago Ottaviano y otros, *Derechos Humanos en el proceso penal* citado por Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La Prisión Preventiva en México*, ob. Cit., p. 56.

²⁹⁰ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., p. 281.

*proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantizar que aseguren su comparecencia en el juicio*²⁹¹

Por lo anterior, no queda lugar a dudas el comprender, que **el riesgo de fuga**, es sólo uno de los presupuestos válidos que se establece en los citados tratados, para privar de la libertad a las personas sujetas a procedimiento penal.

Por tanto la actual legislación procesal penal en el Estado de Michoacán, que legitima en acatamiento con la constitución federal, la imposición de la *prisión provisional* con el único requisito de que se trata de una acusación de delito que tenga señalada pena corporal, contradice en estricto sentido el contenido de los tratados mencionados, habida cuenta de que existen acusaciones de conductas punibles que aún siendo catalogadas graves, no son verdaderamente lesivas, de ahí que la *detención provisional* no sea la regla general sino una excepción importante de derecho adjetivo.

Al ser una medida excepcional, que procede exclusivamente en aquellos asuntos en que existe sospecha razonable de que el inculpado pueda evadir la acción de la justicia; los criterios de gravedad o de afectación a valores fundamentales de la sociedad, no sólo encuentra fundamento en las convenciones internacionales, sino que van en contra de la jurisprudencia de los organismos supranacionales y de los informes y observaciones generales que periódicamente se emiten.

Otra consecuencia importante que debemos tomar en cuenta, es la referente al plazo razonable de duración de la prisión provisional, ya que el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,²⁹² establece un plazo, dentro del cual debe dictarse una sentencia, el criterio esta basado en la

²⁹¹ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., p. 295.

²⁹² Véase el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su apartado “A”, en relación con los derechos de los detenidos.

gravedad de la sanción prevista por el delito imputado; de tal suerte que si dicha sanción es igual o menor a dos años de prisión, la constitución señala un límite de cuatro meses. Por otra parte y si excede de esos dos años la pena de prisión, el límite es de un año, salvo que el inculcado solicite un plazo mayor para su defensa.

Desde el punto de vista de los tratados internacionales, se emplea la frase *plazo razonable*, tal como aparece en el inciso 3 del numeral 9º y el artículo 14 inciso 3, letra C del *Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos*.²⁹³ de igual forma en la *Convención Americana de Derechos Humanos* también se refiere a dicha expresión en el ordinal 8º inciso 5 y en el inciso 1 del precepto 8º.²⁹⁴

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, ha explicado que las autoridades deben actuar con una especial diligencia en la tramitación del proceso, de manera que el plazo de detención no deje de ser razonable.²⁹⁵

De lo anterior pareciera ser que la legislación mexicana y michoacana son más garantes que la legislación internacional al citar el plazo que debe durar la prisión preventiva, sin embargo lo irrisorio resulta al contemplar la propia constitución en el mismo artículo 20-A, al citar que: “*en ningún caso podrá prolongarse... por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso*” por lo que como citamos en el apartado anterior existen un sin numero de personas esperando se dicte la sentencia respectiva, por lo que tal disposición sin duda vulnera el principio de *presunción de inocencia*, al permitir textualmente que un procesado pueda estar sujeto a *prisión preventiva* hasta el máximo que la ley establezca para el delito materia del proceso, lo que se traduce en la aberración legal de que cualquier procesado en nuestro país y Estado, pueda permanecer privado de su libertad sin sentencia hasta por el máximo del delito que se le este atribuyendo, lo que equivale a

²⁹³ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., pp. 280-282.

²⁹⁴ Ob. Cit., p. 294.

²⁹⁵ Nota: información obtenida en la página Web. www.onu.org. Consultada el día 12 de junio del año 2005.

compurgar una pena sin haber sido sentenciado, y desde luego sin tomar en cuenta un posible concurso de delitos.²⁹⁶

Por lo que es indudable que existe una contradicción a todas luces, entre la legislación federal y local con los tratados internacionales que están regidos por los numerales 15, 76 fracción I, 89 fracción X, 104, 117 fracción I y 133.²⁹⁷ Dichos preceptos aluden tanto a las facultades de los poderes de la Unión para la aprobación de dichos tratados, así como a la vigencia y su aplicación. Haciendo la aclaración de que sólo el poder ejecutivo, tiene personalidad jurídica internacional,²⁹⁸ es decir, sólo a través de dicho poder es susceptible de obligarse jurídicamente a la nación.

Quizás el más polémico de los ordinales mencionados, es sin duda el 133, ya que consta de dos partes, la primera establece el concepto de ley Suprema de toda la nación, integrada esta por la constitución, las leyes federales y los tratados internacionales. La segunda parte ordena a los jueces de las entidades federativas a observar la ley suprema a pesar de las disposiciones en contra de sus constituciones o leyes domésticas.

Por lo que es evidente que los pactos internacionales al formar parte de nuestro derecho, es legislación positiva y por ello deben aplicarse por las legislaciones penales en el ámbito federal y local; de tal suerte que la *prisión provisional* puede imponerse pero solamente bajo las condiciones y requisitos mencionados, sin embargo en la actualidad la consecuencia jurídica más drástica de esta figura de derecho procesal, es la detención por la naturaleza del delito, para el

²⁹⁶ Véase los artículos 14 en relación con el 62 y 64 del código sustantivo vigente en el Estado de Michoacán, y en referencia al concurso de delitos y las posibles penas aplicables, lo que se traduce en que una persona puede estar detenida válidamente hasta por el término de 40 años de prisión.

²⁹⁷ Véase los artículos citados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que contiene relación directa o indirecta con la vigencia de los tratados internacionales en nuestro país.

²⁹⁸ WALSS Aureoles, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano*, p.109.

aseguramiento del proceso y una posible reparación del daño, menospreciando las disposiciones de derecho supranacional ya mencionadas.

Por lo tanto, se debe partir de la primacía de la libertad individual frente al derecho a la seguridad colectiva.²⁹⁹ Como el imputado no es responsable del retraso en el funcionamiento de la procuración y administración de justicia, no le corresponde el deber estatal de administrar una justicia pronta y expedita, no puede partirse de la atribución de un mayor valor a los derechos colectivos en juego que al individual de libertad.

Por lo que atendiendo al derecho positivo internacional, y a pesar de que la *prisión provisional* sólo podrá justificarse en la necesidad social –riesgo de fuga, posible comisión de otro delito, riesgo de alteración o destrucción de pruebas– ello no constituye un fundamento jurídico suficiente, si luego no se añaden límites precisos para evitar los abusos del *ius puniendi*.

Todo atentado contra la libertad lo es también contra la seguridad. Por ello, “no es posible, en un Estado de derecho, proteger la seguridad de las personas a consta de la libertad sin que padezca la seguridad misma”.³⁰⁰

Lo importante es la búsqueda del equilibrio entre la protección de la libertad y la seguridad, de un lado, la concesión de facultades para garantizar ambas, de otro, y la protección frente a la arbitrariedad en la utilización de facultades conferidas a los cuerpos policíacos.

Como la *prisión provisional* esta situada en el dilema del deber estatal de perseguir eficazmente el delito, y el deber de asegurar el ámbito de la libertad personal, por lo que es el propio Estado quien esta obligado a conseguir ambas

²⁹⁹ SANGUINÉ, Odone, *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, p. 35.

³⁰⁰ Ob. Cit., p. 36.

metas en disputa, y ello sólo es posible, a través de la justa ponderación por el juez de los valores en conflicto, optando por el principio que resulta más atendible al caso concreto.

La vía más racional y realista parece consistir en el mantenimiento del instituto de la *prisión provisional*,³⁰¹ pero con *mediadas procesales alternativas* y con una regulación tajante que evite su utilización a ultranza, enmarcándola en los límites de los derechos fundamentales ya expresados.

5.3. Medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán.

No debemos olvidar que la *prisión preventiva*, no pretende cumplir funciones de retribución o de prevención general, ya que se aplica a personas que aún no han sido declaradas culpables.

En aras a una política criminal más adecuada a las necesidades sociales y estatales –en donde se respeten los convenios internacionales-, y por tratarse de una propuesta propositiva; en el presente apartado nos permitiremos proponer algunas *medidas procesales alternativas* a la imposición de la *prisión provisional* como Institución de secuestro³⁰² en cualquier delito; ya que si bien es cierto que el autor tratado en innumerables ocasiones en el presente como lo es Luigi Ferrajoli, propone un procedimiento penal sin *detención preventiva*, de menos en nuestro Estado de Michoacán, resultaría legal y menos gravoso para las personas cuyos bienes jurídicos deben ser tutelados por éste y no pisoteados, establecer pues *algunas alternativas* que den vigencia a los tratados internacionales.

³⁰¹ Idem., p. 37.

³⁰² FOUCAULT, Michel, ob. Cit., p. 162.

Resulta por demás lógico, que la privación de la libertad provisional no resolvería el problema en todos los casos, ya que es tanto como pretender curar todas las enfermedades con una misma medicina, por lo que se hace necesario proponer diferentes *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*:

a) La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en custodia de otra persona –familiar-, sin vigilancia alguna –de carácter policial- o con la que el tribunal disponga; con el propósito de que no pierda sus fuentes de trabajo, relaciones familiares, sociales, no se disocialice, mucho menos sea condenado antes de juicio justo. Esto es, no como una medida de apremio, sino como una medida de seguridad distinta a la de prisión; la cual no deberá durar por más de 30 treinta días, en tanto se realice el procedimiento. Medida que quizás incluso resulte más favorable en delitos lesivos; es entonces una privación de la libertad, que se realizará en un lugar distinto al destinado en el cumplimiento de la pena privativa de libertad.³⁰³

b) El arresto de fin de semana, esta institución constituye actualmente una de las novedades más importantes del sistema penal español,³⁰⁴ cuya naturaleza jurídica puede ser considerada de privación de la libertad, ya que el mismo se deberá agotar en un centro de reclusión, no en un centro de readaptación social; sobre el particular en España, incluso se les denomina depósitos Municipales,³⁰⁵ es en consecuencia un sustitutivo a las llamadas penas cortas privativas de libertad, que sería de gran utilidad por la ineficacia de los lugares de reinserción y readaptación social actualmente, mismo que tendría una duración hasta por 36 treinta y seis horas de duración en cada fin de semana y evitaría –al derecho de castigar- la imposición de la pena sin condena anticipada.

³⁰³ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 226.

³⁰⁴ GRACIA Martín, Luis y otro, ob. Cit., p. 64.

³⁰⁵ Ob. Cit., p. 65.

c) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará regularmente al tribunal, sobre el comportamiento y consecuencia de la posible conducta atribuida; de esta forma no se disocializaría y en consecuencia se eximiría de prisión, además de que podría ser ayudado por alguna institución al efecto, por posibles problemas conductuales, ya que si en la prisión no existe tratamiento alguno que funcione sobre la reinserción o readaptación social, probablemente una Institución adecuada y calificada, podría suplir este factor en pro de la persona misma.

d) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe. Si contempláramos el sentido del código de enjuiciamiento penal dominicano, entenderemos mejor que la *prisión provisional* como el último recurso sobre el que pudiera disponer el Estado, pero solamente si no se cumpliera con otras medidas de seguridades menos lesivas a la libertad de la persona, por lo que si se utiliza esta medida propuesta, no como consecuente al otorgamiento de libertad caucional, sino como medida independiente, que resultaría menos lesiva al presunto inocente.

e) El confinamiento, entendido como la medida que “consistente en la obligación de residir en determinado lugar por un tiempo fijo, sin poder salir de él,”³⁰⁶ sino solamente con autorización expresa de la autoridad jurisdiccional; esta figura podría ser de gran utilidad, sobre todo para prescindir de la pena sin condena, bajo la premisa de que deberá residir en lugar determinado –su propio medio de convivencia- con el objeto de que no se disocialice, ni sea gravoso, el tiempo en que se sigue el procedimiento penal. De esta manera y bajo el supuesto de obtener una sentencia absolutoria, quizás en poco lesionaría su dignidad como fuente de la política criminal de un Estado Social y democrático de derecho. En su defecto que el lugar lo designará el tribunal, tendiente a evitar en la medida de lo posible perjuicios

³⁰⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 600.

a los inculpatos; de establecer el pago de indemnización ante el proceso injusto o indebido, se pensaría la consecuencia de acordar el confinamiento en un lugar distinto al de desenvolvimiento de la persona acusada.

f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares. Como se observa pueden ser bastantes las *medidas procesales alternativas*, que se pueden tomar en cuenta antes de acudir a la *prisión provisional*; esta medida respondería a todos aquellos que se pronuncian por que los autores de posibles delitos, no tomen represalia contra alguno de los posibles ofendidos, agraviados o testigos; aunque este aspecto en nuestra legislación -en parte- se encuentra actualmente contemplado. Por tanto si tomamos en cuenta que para muchos es indispensable el debido cumplimiento del procedimiento penal, aún a consta de la inobservancia de los derechos mínimos de los inculpatos, el discurso sobre la posible represalia sale sobrando.

g) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, ligada con la propuesta anterior, se puede informar al acusado, el impedimento de que no se comunique con personas afectas a la causa, bajo el supuesto de lo que algunos llaman imparcialidad de las pruebas; por tanto, serviría como una medida más de aseguramiento del debido proceso, pero desde luego, sin privar de la libertad personal al propio acusado. La política criminal moderna debe de buscar esas alternativas y plasmarlas en las legislaciones secundarias; lo que significa pues que si la evolución de las concepciones teóricas sobre ésta concepción ha conducido a una situación en la que pueda formularse, con algunos matices, un juicio globalmente positivo, no sucede lo mismo con la política criminal real, que se manifiesta en la legislación positiva.³⁰⁷

³⁰⁷ Nota: a decir de este destacado catedrático Español Jesús María Silva Sánchez, en su obra *Política Criminal en el cambio de siglo en su foja, 36,* en efecto la política criminal actual o como éste la llama real, no se adecua a las nuevas concepciones de la política criminal, en tanto que mientras las nuevas tendencias, son a despenalizar las conductas y crear alternativas a la pena de prisión, en contrapartida cada vez existe un endurecimiento estas directrices, que lo lamentable es que se traduce en vulnerabilidad de los derechos mínimos de los acusados.

h) El abandono inmediato del domicilio; si se trata de agresiones – conductas típicas, antijurídicas y culpables- de tipo sexuales a menores o mujeres con carácter de familiar, cuando la víctima conviva con el imputado; la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio. Y con ello procurar –como medida que prescinde de la *prisión provisional*- se garantice la no agresión, hasta en tanto se establezca culpabilidad, que en todo caso viene a completar todo el proceso que habrá de culminar con el castigo³⁰⁸ -antes ello no es posible validamente-, y en consecuencia se determine la medida necesaria para la resocialización y luego readaptación social. Esto es que por propia naturaleza este tipo de ilícitos requeriría *medidas procesales inmediatas* a favor de la víctima u ofendido del delito; pero como se lee puede prescindirse de momento de la imposición de la pena anticipada.

i) La prestación de una caución adecuada o conforme a las posibilidades económicas, entendiendo la multa como una pena pecuniaria consistente en el pago al Estado de una cantidad de dinero,³⁰⁹ la caución económica sería de distinta naturaleza, habida cuenta de que se trataría de una seguridad personal de que se cumpliría lo ordenado, pactado, concertado o prometido³¹⁰ -con la autoridad competente-, esta propuesta atendiendo a criterios de política criminal, tiene un doble sentido, por una parte como medida alterna a la *prisión preventiva* y por la otra, que su monto atendiera, no al delito, sino a las posibilidades económicas de la persona para erogarla, -ya que esta dicho- no es declarado culpable y por tanto no tiene que anticipar la multa ni el pago de lo que aún no se le ha condenado.

j) La suspensión en el ejercicio del cargo o encomienda, bajo esta premisa podemos decir, que cuando se le atribuye un delito a una persona, por la naturaleza del trabajo desempeñado, se podría optar por suspenderlo o separarlo del ejercicio del cargo o la encomienda, mientras se sigue el procedimiento penal, en el

³⁰⁸ BUSTOS Ramírez, Juan J. y otro, ob. Cit., p. 312.

³⁰⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, ob. Cit., p. 2162.

³¹⁰ PALOMAR de Miguel, Juan, ob. Cit., p. 237.

entendido de que de resultar absuelto, sería reincorporado a su labor empresarial o pública, adjuntando el pago del salario que le correspondería por la suspensión provisional.

k) El monitoreo electrónico, la colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; sería por medio de la tecnología lo que produciría una forma avanzada de localización e identificación de las personas que son sujeto de una imputación criminal, de tal suerte que en delitos patrimoniales, si no fuera suficiente para garantizar el daño lo que el inculcado pudiera acreditar en económica, bien puede ser utilizado un brazalete o un chip –con contenido informático- ambos con métodos avanzados de localización satelital, cuyo costo aunque apareciera gravosa, a mediano plazo, representaría una excelente opción al Estado, y en consecuencia le ahorraría considerablemente los costos de la manutención a los detenidos y al mismo y a los propios gobernados –mediante el pago de impuestos- que necesariamente tenemos que cubrir.

Pues bien y con las presentes *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en Michoacán*, se pretende dar una respuesta a un reclamo social y justificado a este mal, del cual que el Estado ha abusado en perjuicio de los más elementales derechos del hombre y en contravención con los tratados internacionales que los contemplan -habida cuenta de que se ha utilizado al derecho penal y a la *prisión provisional* como medio de control social temerario, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de ésta y distintas sanciones para el caso de que las conductas se realicen-;³¹¹ de aplicarse estas opciones al proceso, se estaría cumpliendo –solamente citando este tema- con las directrices de política criminal, en aras de un mejor Estado social y democrático de derecho, en donde como se estableció, se respeten las garantías individuales y los derechos humanos de las

³¹¹ MIR Puig, Santiago, ob. Cit., p. 47.

personas que finalmente son el motivo –bien común y bien público-³¹² de la existencia del derecho penal y no su suplicio. Cito las palabras claves de este momento cultural: *garantismo* o *derecho penal mínimo*.³¹³

Recopilamos las palabras expresados por Goldsmidt que refiere: **“el proceso penal de una nación, es le termómetro de los elementos democráticos o autoritarios de su constitución”**.³¹⁴

5.4. Excepción de medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán. Con el objeto de puntualizar en nuestro tema, creemos necesario establecer las excepciones a la regla, con respecto a la implementación de las *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, en donde por la escasez de la cultura jurídica, es necesario exentar de dichas medias algunas de los conductas a nuestro criterio verdaderamente lesivas a la sociedad y desde luego impregnadas de dolo –aspectos que fueron tratados en el capítulo primero del presente trabajo-.

Una vez que se ha advertido, que la *prisión provisional* solamente estará sustentada por el principio de necesidad, podemos establecer tal tesitura en determinadas acusaciones específicas, es decir solamente se aplicará –*sin medidas procesales alternativas*- “en todos aquellos casos en los que es indispensable la actuación de los poderes públicos para realizar un fin considerado como esencial por el grupo social.”³¹⁵

“El *principio jurídico de necesidad* apareció como un derecho general del derecho público de todas las épocas y de todos los regímenes políticos, que ha

³¹² PORRÚA Pérez, Francisco, ob. Cit., p. 277.

³¹³ SILVA Sánchez, Jesús María, ob. Cit., p. 35.

³¹⁴ Cita textual contenida en el texto del autor Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La Prisión Preventiva en México*, ob. Cit., p. 20.

³¹⁵ SANGUINÉ, Odone, ob. Cit., p. 58.

existido siempre desde tiempos inmemorables bajo la formula *salus populi suprema lex*, y que permitió a los poderes públicos el desempeño de su función”.³¹⁶

Esto significa que tal principio justifica la adopción de los poderes públicos de aquellas medidas que permiten la realización de uno de sus fines esenciales de la comunidad frente a cualquier tipo de circunstancias fácticas que lo hagan peligrar.

De esta manera podríamos citar el contenido del numeral 7º fracción 2, de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, que a la letra dice: “*nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*”³¹⁷ De lo anterior podemos establecer que esa privación de la libertad deberá ser en base al principio de legalidad y en forma dogmática.

De hecho no bastará que la medida y el motivo que la justifique estén previstos en la ley sino que resulte imprescindible que *objetivamente se justifique*, para obtener el cumplimiento de los fines la justifiquen la *prisión provisional*.

La estructura interna del principio de necesidad esta determinado por la siguiente dicotomía:

1. “*El componente fáctico*: es decir la situación de hecho que pone en peligro o amenaza potencialmente la realización del fin esencial encomendado a los poderes públicos y que puede verse condicionada por las circunstancias fácticas moduladas por factores temporales y por factores cualitativos relativos a la mayor o

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ SANCHEZ Bringas, Enrique, ob. Cit., p. 295.

menor gravedad de los acontecimientos”.³¹⁸ De tal suerte que los hechos pueden variar y en consecuencia las medidas de privación de la libertad también.

2. “*El componente jurídico*: es decir el elemento finalista o teológico, que esta integrado por los fines perseguidos, que son considerados esenciales para la comunidad y cuya realización justificará eventualmente el recurso a los poderes de necesidad.”³¹⁹ Lo que podríamos traducir en que dicho principio tiene esa finalidad intrínseca, que es la necesidad de actuación en posibilidades legales.

En síntesis, la aplicación del principio de necesidad a la *prisión preventiva* en un sistema democrático, conlleva al cumplimiento de, por lo menos, dos exigencias constitucionales: a) su excepcionalidad, conforme a la cual, nunca puede convertirse en regla general como sucede en nuestro derecho positivo y que ya analizamos, sino que ha de adoptarse exclusivamente cuando se cumplan escrupulosamente los fines que constitucionalmente la justifican; y, b) para la adopción y mantenimiento de la medida es indispensable la exigencia de una imputación verdaderamente grave que haga en consecuencia racionalmente presumir el *peligro de fuga*.

Por tanto nos permitimos señalar a nuestro criterio los casos –delitos– en los que en forma excepcional se aplicará la *prisión provisional* sin mediar las *medidas procesales alternativas* a las que nos hemos referido en líneas anteriores –y en las conductas típicas más comunes del código penal en el Estado de Michoacán–:

1) Homicidio, artículos: 108, 264, 265, 267 en relación con el 279.

2) Secuestro, artículo: 228.

3) Violación, artículo: 240.

³¹⁸ SANGUINÉ, Odone, ob. Cit., p. 59.

³¹⁹ Idem.

- 4) Parricidio y filicidio, artículos: 283 y 283 Bis.
- 5) Terrorismo, artículo: 158.
- 6) Tráfico de personas, artículo: 229 Bis.
- 7) Lesiones, artículo: 270, fracciones IV y V.
- 8) Robo, artículo: 303, fracciones I, IV, VII, VIII y X.
- 9) Asalto, artículos: 237 y 238.

Del catálogo de delitos contenidos en la parte especial del código penal para el Estado de Michoacán, de 88 ilícitos contemplados, consideramos que si se exceptuara el 10% para la aplicación de la *prisión provisional*, sería desde luego un gran avance, ya que de los 88 tipos penales, 33 son considerados como graves y en consecuencia no procede ni siquiera la libertad caucional.

5.5. Justificación de reformas.

Con el objeto de justificar la inclusión de *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva en el Estado de Michoacán*, a continuación estableceremos las posibles reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en consecuencia al código de procedimientos penales de Michoacán.

Como se ha referido en renglones anteriores, el numeral 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cita entre otras cuestiones que: “*sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva*”, contenido desafortunado y desproporcionado por incluir la aplicación de la *prisión preventiva* en todo delito; es decir, al legislador poco le importó –sin criterios de política criminal- la observación necesaria de los textos internacionales que se

encuentran signados en términos de los numerales 15, 76 fracción I, 89 fracción X, 104, 117 fracción I y 133 del cuerpo de leyes último invocado.

Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
–justificación de reforma–:

“En toda acusación penal, procederá excepcionalmente la prisión preventiva, en los términos y condiciones establecidas en las leyes secundarias. El sitio de esta será destinado...”

El contenido propuesto, sin duda pretende establecer la excepcionalidad de la *prisión provisional*, y en consecuencia remitiría a las leyes penales de los Estados, los términos y condiciones para su aplicación, de tal suerte que como se pretenden *medidas procesales alternativas* en nuestro Estado, será la legislación secundaria y adjetiva la que contemple su objetividad.

Lo anterior también obliga a modificar el contenido del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los derechos del inculcado y que sería:

Artículo 20 apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrá las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el agente del Ministerio Público o el juez deberá otorgarle la libertad provisional, aplicando las medidas de

seguridad que el caso amerite, salvo las excepciones contenidas en las legislaciones secundarias. La prisión provisional sólo se aplicará cuando sea necesariamente objetiva, como último recurso y en un plazo razonable.

El contenido de la fracción I del artículo 20 apartado “A” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, advierte la aplicación de las medidas de seguridad –*medidas procesales alternativas*- que en cada caso en particular sean necesarias –a criterio del juzgador-, tomando en cuenta las excepciones que las legislaciones procesales penales determinen operables.

Por otra parte refiere la aplicación de la *prisión preventiva* como último recurso y tomando en cuenta el plazo razonable a que se refieren los tratados internacionales sobre el particular.

De lo anterior se debe entonces establecer la propuesta de reforma, al código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán, respecto a la aplicación de las *medidas procesales alternativas a la prisión preventiva* y los casos de excepción de tales providencias.

Del código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán
-justificación de reforma-

Artículo 28 Bis. Prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar, que tiene como fin primordial evitar el riesgo de fuga del inculpado, el entorpecimiento de la investigación preliminar y la reiteración delictiva, y se considera impuesta desde la detención en investigación del delito, hasta sentencia definitiva.

Previamente a la imposición de la prisión preventiva, se deberá optar a petición del inculpado o de su defensor, a la aplicación de las siguientes medidas procesales alternativas:

I. La detención domiciliaria.

II. El arresto de fin de semana.

III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada.

IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

V. El confinamiento.

VI. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

VII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas.

VIII. El abandono inmediato del domicilio.

IX. La prestación de una garantía adecuada o conforme a las posibilidades económicas.

X. La suspensión en el ejercicio del cargo o encomienda.

XI. El monitoreo electrónico.

Con la presente justificación de reforma como se observa, se incluye la adición del artículo 28 Bis al código adjetivo de la materia, con el propósito de definir la prisión provisional, su inicio y conclusión, y desde luego, incluir la factibilidad del otorgamiento de una medida procesal alternativa, según se acredite tener derecho y a petición del indiciado o su defensor.

Artículo 29. Presentación del indiciado ante el Representante Social. Cuando el indiciado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido el día, hora y lugar de la detención...

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

III. Se le harán saber los derechos....

IV. Se le hará saber el derecho que tiene a obtener las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva que señala este código.

V. Cuando el detenido fuere un indígena...

VI. En todo caso, se mantendrán separados...

Con la presente incorporación de la fracción cuarta al numeral señalado, se establece en forma categórica el derecho que le asiste de no ser detenido previamente y optar por la aplicación de las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, cuyo otorgamiento o negación puede ser revisado puntualmente por el órgano jurisdiccional una vez que sea consignado el expediente respectivo.

Artículo 232. Datos para el acta de declaración preparatoria.

En el acta relativa a la declaración preparatoria se hará constar:

I.- Nombre y apellidos del indiciado, apodos si los tuviera, el lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio y ocupación, oficio o profesión....

Además se hará del conocimiento del indiciado:

a) En qué consiste la denuncia o querrela...

b) El derecho que tiene a defenderse...

c) El derecho a la libertad caucional... ³²⁰

³²⁰ Véase el contenido del artículo citado, en lo referente a los derechos que le asisten a los detenidos al momento de levantar el acta de declaración preparatoria.

c) El derecho a las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, si éstas proceden conforme a la ley.

Desde este primer momento –de su detención- como se observa, se deberá hacer del conocimiento del indiciado, el derecho que le asiste –y no beneficio- de no estar privado de su libertad personal, sin que previamente se le puedan aplicar dichas medidas procesales, ya que esta dicho, aún no se declara su culpabilidad.

LIBRO TERCERO

Medios de impugnación

TITULO PRIMERO

Reglas generales

Artículo 454. Apelación sin efectos suspensivos...

I...

II...

III...

IV...

V. Los autos en que se decrete, prorrogue o niegue, el otorgamiento de las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución...

En este apartado, se contempla -dentro del capítulo de *medios de impugnación*-, la posibilidad de poderse inconformar legalmente, tanto el Ministerio Público como el acusado o su defensor, del otorgamiento o negación de las *medidas procesales alternativas a la detención provisional*, y desde luego sin efectos suspensivos.

TITULO PRIMERO

Incidentes de libertad

CAPÍTULO I

Libertad provisional bajo caución.

Libertad provisional del inculpado.

Artículo 493. Derecho a la libertad provisional bajo caución.

“Derecho a la libertad provisional del inculpado”

“Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o dentro del proceso, a ser puesto en libertad provisional inmediatamente que lo solicite, previa valoración y aplicación de las medidas procesales alternativas, previstas en el presente código; siempre y cuando justifique mediante los medios, instrumentos u objetos de prueba idóneos, tener derecho a las mismas.

El auto que decrete, prorrogue o niegue la aplicación de las medidas procesales alternativas a la detención provisional, será notificado en forma inmediata a las partes, el cual podrá ser recurrible en los términos del presente código.

Las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, otorgadas o restringidas por el Ministerio Público, podrán ser modificadas o concedidas por el juez de los autos, cuando así se justifique en el sumario.”

Con la presente propuesta se clarifica aún más el derecho que al inculpado le asiste de enfrentar en libertad el procedimiento penal; requisitándole en primer término, a que justifique –con los medios legales– el tener derecho al otorgamiento o aplicación (de una u otra) de las *medidas procesales alternativas a la detención provisional*, y en segundo orden, se establece la posibilidad legal de inconformarse las partes con dicho otorgamiento o negación, lo que también significa sin dudas el poder acudir a los medios de impugnación o al juicio de amparo en los términos que marca la ley.

Para la obtención de la libertad provisional bajo caución se observará:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño....

No procede conceder la libertad provisional del inculpado en los siguientes delitos: homicidio, artículos: 108, 264, 265, 267 en relación con el 279; secuestro, artículo 228; violación, artículo 240; parricidio y filicidio, artículos 283 y 283 Bis; trafico de personas, artículo 229 Bis; Lesiones, artículo 270 fracciones IV y V; y, robo, artículo: 303, fracciones I, IV, VII, VIII y X; terrorismo, artículo 158; y asalto: artículos 237 y 238, todos del código penal vigente.

En todos los demás delitos se aplicarán las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, por lo que ésta sólo se impondrá cuando objetivamente sea necesaria y en los términos de este código.

La prisión preventiva será aplicada únicamente:

I. Para asegurar la presencia del inculpado, siempre y cuando se presuma racionalmente el peligro de evasión de la acción de la justicia –peligro de fuga-.

Para argumentar la existencia de este presupuesto se atenderá a la naturaleza del hecho, a la situación familiar, laboral y económica de éste.

II. Para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas necesarias al proceso.

Para argumentar la existencia de este supuesto se atenderá a la capacidad del inculpado para acceder por sí o por tercera persona a los medios, instrumentos u objeto de prueba, o para influir a sus intereses sobre coinculpados, testigos, terceros, la víctima o el ofendido, que puedan aportar información relevante al sumario.

III. Cuando existan motivos bastantes para fundar el hecho de que el inculpado pueda cometer otros hechos delictuosos.

La prisión preventiva durará el tiempo estrictamente necesario para alcanzar los fines debidos del proceso y en tanto subsistan los motivos que justifiquen la aplicación. Por lo que al desaparecer tales circunstancias se optará por otra medida procesal alternativa.

En ningún caso la prisión preventiva podrá exceder del plazo a que se refiere el artículo 20 apartado “A” fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde luego y como se mencionó en el apartado anterior, existe la excepción del otorgamiento de dichas *medidas procesales alternativas*, cuando se trate de conductas verdaderamente lesivas como en los ilícitos mencionados.

La propuesta anunciada entonces, pretende la aplicación y observación de los tratados internacionales en el derecho positivo mexicano; velando por la aplicación de la *prisión provisional* de manera excepcional, como último recurso – riesgo de fuga- y en un plazo racional indispensable en su duración, con lo que se pretende cumplir con el principio de *presunción de inocencia*; pero además la condicionante de que se trate de conductas dolosas.

5.6. Necesidad de garantizar la presunción de inocencia.

Este principio básico de derecho internacional, así acogido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como lo hemos manifestado en capítulos anteriores tiene una doble dimensión; por un lado, es regla probatoria o

regla de juicio y, de otro, regla de tratamiento del imputado en el seguimiento del proceso.

No obstante y como lo hemos referido a lo largo del presente trabajo, hoy aparecen estrechamente ínter implicadas en el concepto, en su habitual versión constitucional y en el tratamiento doctrinal, y, en rigor, no es posible concebirlas separando a una de la otra. En decir, el imputado debe ser tratado como si fuera inocente –que si bien nuestra constitución no lo cita textualmente (aunque si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del país), los tratados internacionales a los que nuestro país esta adherido y que expusimos con anterioridad si lo estipulan- es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia, es decir no existe lo que minimamente debe declararse probado a medias en un procesamiento y plenamente en una sentencia,³²¹y además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia con las consecuencias que tal privación de la libertad en forma provisional trae consigo, por lo que atendiendo a criterios de política criminal, se trata de enmarcar a ésta en el contexto del concepto de persona, su dignidad y sus derechos fundamentales.³²²

Es por lo que Ferrajoli ha conceptuado a la *presunción de inocencia* como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad.³²³

Recordando los postulados de Beccaria, Montesquieu y Rosseau, este principio fue arropado en tratados internacionales en pro de la dignidad del ser humano, coincidimos arduamente en que por ningún motivo habrá de considerarse a una persona con la denominación de reo hasta en tanto se acredite su culpabilidad en sentencia firme, incluso pensaríamos en ir más haya, ni siquiera se le puede

³²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal –parte general-*, ob. Cit., p. 357.

³²² SILVA Sánchez Jesús María, ob. Cit., pp. 20-21.

³²³ FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit. p. 549.

llamar como reo, y menos aún puede ser sujeto de sanciones anticipadas como lo es la pérdida de derechos políticos que con el auto de formal prisión le restringen a un acusado se trate del delito que se trate, anticipación de pago de multa y de reparación del daño; es decir y como lo hemos mencionado en líneas anteriores, la *presunción de inocencia* debe ser la máxima en el inicio y seguimiento de la secuela procesal penal al tenor de lo estipulado por la misma *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, que fue aprobada – como se mencionó- por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* en el año de 1948 inicialmente al tenor de: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.*”

Disposición que más tarde fue reiterada en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1966 y por último fue nuevamente recordada en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en el año de 1969, y que citó: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*”.³²⁴

Tratados internacionales a los que nuestro país está adherido en términos de la propia constitución federal, y que tal pareciera ser completamente lo contrario –toda persona se presume culpable, hasta en tanto se demuestre lo contrario- dado que incluso nuestra carta magna en ninguna de las garantías individuales cita tal principio de *presunción de inocencia* sino que solamente se asemeja; no obstante y en la propuesta de reforma en materia penal enviada al Congreso de la Unión por el Presidente de la República Mexicana, en fecha 29 de

³²⁴ Información obtenida de la página Web: <http://www.oas.org>, Convención Americana sobre Derechos Humanos, consultada el día 26 de mayo de 2005.

marzo del año 2004 dos mil cuatro, entre otras proposiciones, destacan la de incluir textualmente dicho principio, sin embargo hasta el día de hoy no se ha aprobado.³²⁵

No obstante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en la tesis ya comentada y con los bemoles señalados.

Lo anterior hace pensar que: "si se presume la inocencia del imputado, ¿por qué se procede contra él?". ¿No sería mejor llevar a cabo el proceso sin la detención de menos en la mayoría de los delitos y una vez demostrada la culpabilidad del sujeto en su comisión?, entonces si utilizar ante la exigencia del juez

³²⁵ En dicha propuesta se cita textualmente -en la exposición de motivos que-: *"Ahora bien la piedra angular de todo proceso penal acusatorio es el reconocimiento y respeto de una de los derechos humanos de mayor trascendencia, el derecho a la presunción de inocencia,, previsto en los artículos 8.2 y 14.2, respectivamente, de los instrumentos internacionales que con anterioridad fueron a ludidos, ya que toda persona imputada de delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia, mientras no se compruebe legalmente su culpabilidad en un juicio seguido con todas las garantías y formalidades previstas en la ley.*

Aunado al reclamo popular para reconocer expresamente la presunción de inocencia, también debe enfatizarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, son parte del orden jurídico nacional, toda vez que fueron suscritos, aprobados y ratificados por México, en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que es obligación del Estado mexicano velar y respetar en todo momento el derecho fundamental en comento.

No obstante lo anterior, a nadie escapa la percepción de la sociedad y de la comunidad internacional, en el sentido de que en nuestro país aún no se observa a cabalidad la presunción de inocencia, ya que los inculpados son presentados por las autoridades, por los medios de comunicación y por la opinión pública en general, como responsables de los hechos delictivos que el Ministerio Público y las víctimas u ofendidos del delito les imputan.

Lo anterior puede ser porque, aunque siempre se ha dicho que una persona es inocente hasta que se le pruebe lo contrario, ninguna norma de derecho interno y menos a nivel constitución preveía este postulado aceptado por México en los citados instrumentos internacionales que el país ha suscrito, por lo que resultaba simplemente ilusoria esa presunción de inocencia y, considerando, que los tratados internacionales generalmente tienen un carácter heteroaplicativo, se requiere plasmar en las normas internas las prescripciones internacionales. De ahí la importancia de esta propuesta, ya que al plasmarse como garantía individual, todas las legislaciones federales y locales deberán adoptar dicho principio, obteniendo como resultado un sistema de justicia penal realmente garantista y democrático.

En ese orden de ideas, el Ejecutivo Federal a mi cargo propone a esa soberanía reformar la fracción I del artículo 20, apartado A), de la Constitución Federal, a efecto de contemplar expresamente la presunción de inocencia, en aras de precisar la obligación de todas las autoridades de respetar el derecho humano en comento..." como de la propia exposición de motivos se contiene, se evidencia precisamente esa necesidad de respetar el principio de la presunción de inocencia en nuestro derecho positivo, y en cierta manera tal apreciación del Ejecutivo Federal, justifica parte de la propuesta que en el presente trabajo se plantea; ya que si bien es cierto, no ha sido aprobado la misma, también lo es, que si existe la preocupación sobre el particular; aunque no puede dicha propuesta estar aislada de posibles reformas sobre la adopción de dichos tratados en el tema de la prisión preventiva, de tal suerte que si se opta por elevar a rango constitucional dicho principio, no menos importante es aceptar las condicionantes a la aplicación de la detención provisional, sólo así se estará cumpliendo con ese derecho a la libertad personal, antes de la declaratoria de culpabilidad.

y en forma ejecutiva; siendo ésta última la reprochabilidad de un hacer o un omitir jurídicamente desaprobado,³²⁶ lo que en la acusación simple y llana no existe.

Conforme la lectura de los procesalistas que con sensibilidad se han ocupado de la *prisión preventiva*, permite advertir, el malestar por su injusta imposición a la que nos hemos referido en capítulos anteriores.

Tal apreciación se hace más patente en los últimos años, dado que la mayoría de los autores por lo regular de origen Italiano como Luigi Ferrojoli, reconoce con sinceridad que incluso un intento como el suyo de buscar la compatibilidad de la *prisión preventiva* con la *presunción de inocencia* haciendo pagar a ésta el menor precio posible, es siempre insatisfactorio frente a una interpretación rigurosa, “la culpa y no la inocencia debe ser demostrada;”³²⁷ como sentido de política criminal orientada a pretensiones de un Estado social y democrático de derecho, es inconcebible que para muchos países que en el como el nuestro siga representando un medio efectivo –y además legitimado- la figura jurídica de la pena sin condena como regla general.

De aplicarse verdaderamente el derecho a los casos concretos y de tener efectivos sistemas de resocialización y después readaptación social se entendería un poco el fin de la pena, pero desde luego no se justificaría –*en detención preventiva*-, ya que esta dicho, en esta etapa del procedimiento aún no se comprueba el hecho atribuido al sujeto,³²⁸ por tanto no se justifica dicha institución, ya que por lo argumentado resulta verdaderamente gravosa para la persona, familia, sociedad y el propio Estado, lo que se traduce en que lejos de comprender que el derecho penal es parte de éste para poder cumplir con su finalidad como lo es el bien común de los hombres que forman su población,³²⁹ se ha abusado de la *prisión*

³²⁶ MAURACH, Reinhart, ob. Cit., p. 582.

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi, ob. Cit., p. 549.

³²⁸ BUSTOS Ramírez, Juan. J., y otro, ob. Cit., p. 311.

³²⁹ PORRÚA Pérez, Francisco, ob. Cit., p. 275.

provisional en perjuicio de los implicados en delitos, tal y como se ha venido citando en el presente trabajo.

Pareciera ser que los poderes del Estado –particular el ejecutivo federal- comienzan a sensibilizarse (como ya lo citamos) y a comprender el verdadero sentido de la *presunción de inocencia* y ha enviado además un proyecto de reforma a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con fecha 23 de mayo del año 2005, en la que entre otros puntos destacan por ejemplo:

En el mismo sentido, el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, realizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, ha recomendado respetuosamente a nuestro país elevar a rango constitucional el principio de presunción de inocencia, de tal modo que esta garantía básica permee toda la actividad administrativa, legislativa, y jurisdiccional del Estado”...

De esta manera, pudiera afirmarse que la disposición constitucional en comento aparece como una pena anticipada.

Ahora bien, no es óbice que a la par del reconocimiento del principio de presunción de inocencia, la realidad exija, cuando las circunstancias del delito lo ameritan, que se dicten medidas precautorias como son la prisión preventiva.

En ese tenor, los mismos principios de derecho internacional reconocen que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos no son absolutos ya que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En tal virtud, en un sistema jurídico donde impera la presunción de inocencia, no es incongruente suspender ciertos derechos de los ciudadanos, cuando, por ejemplo, constitucional y legalmente ha procedido la prisión preventiva como una medida cautelar decretada para garantizar que el proceso penal se pueda llevar a cabo o que las víctimas de un delito, o incluso la sociedad en su conjunto, estén protegidas. Es en este contexto que se inscribe la presente iniciativa.

En efecto, el proyecto que se somete a consideración de esa Soberanía propone reformar la fracción II del artículo 38 para que a todos aquellos ciudadanos en contra de quienes se sigue un proceso penal por delito que merezca pena corporal, pero que les sea otorgada la libertad provisional, no se les suspendan sus derechos y prerrogativas, hasta en tanto no exista una sentencia condenatoria.

De conformidad con nuestra legislación vigente, la determinación de la prisión preventiva o la libertad procesal no queda al arbitrio judicial, ya que el órgano jurisdiccional debe sujetarse a criterios claramente establecidos en la ley, mismos que han sido reconocidos en la gran mayoría de los países democráticos.

Así, se ha reconocido que la prisión preventiva debe ser una medida excepcional, proporcional, necesaria y fundamentada en hechos concretos, con el objetivo general de asegurar la presencia del inculpado, el normal desarrollo del proceso y la seguridad de la víctima o del ofendido o, incluso de la tranquilidad social.

En este orden de ideas, el marco jurídico vigente prevé la prisión preventiva en circunstancias tales como:

- *El peligro de fuga del inculpado;*
- *Peligro de la obstaculización del proceso por el inculpado; o*
- *La gravedad de las circunstancias de la comisión del delito, peligro para la víctima, testigos o la sociedad, o la reincidencia.*

Por otra parte, es indudable que la prisión preventiva, per se, conlleva material y físicamente restricciones -aún temporales- a las garantías del individuo y, por tanto, a sus derechos y prerrogativas como ciudadano, sin que ello deba tildarse de incongruente o contrario a los derechos fundamentales, ya que como se señaló, el orden constitucional y legal deben buscar el equilibrio y tutelar intereses y derechos que, analizados sólo desde la óptica de una de las partes, podrían resultar contradictorios.³³⁰

Lo anterior, denota evidentemente la necesidad de contemplar pero más que nada, respetar ese principio de *presunción de inocencia*, así recomendado por los organismos internacionales como se ha referido con toda puntualidad y en consecuencia la *detención provisional* deberá atender a los presupuestos materiales ahí señalados.

Por desfortuna, esa iniciativa sólo prevé la reforma a la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

³³⁰ Dicha iniciativa de reforma, fue turnada a la Comisión de Puntos Constitucionales en el mes de mayo de 2005.

I...

II.- *Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión y siempre que no se haya otorgado la libertad provisional bajo caución.*

IV....

Ante lo anterior consideramos que dicha medida más que ser parte de una política criminal en pro de los derechos de los procesados, atendió a razones de índole político y en consecuencia queda limitada.

Por todo lo expuesto, es evidente que existe la necesidad apremiante de velar por los derechos de libertad de toda persona acusada penalmente, ya que no se le puede considerar culpable antes del juicio de reproche, antes bien debe ser considerado presunto inocente, con las excepciones ya apuntadas.

“Siendo la *prisión preventiva* una medida excepcional y la libertad la general, ella nunca pudiera tener un plazo indeterminado de duración, sólo de este modo se pudiera evitar que se convierta en una pena anticipada”.³³¹ De tal forma que se hace necesario pugnar por su inaplicación a ultranza en toda acusación punible en la medida de preservar esa *presunción de inocencia*.

Como se pudo apreciar en la exposición del presente trabajo de investigación, la *detención provisional* en la doctrina, representa una medida cautelar, sin embargo en la praxis, es una anticipación a una posible sentencia condenatoria –pena sin condena-, que se aplica en todo delito que tenga señalada pena corporal; por lo que alejado el derecho mexicano –y desde luego michoacano- de los tratados internacionales es la regla general, sin embargo puede ser como en otras legislaciones procesales, una excepción; por ello y al advertir que no resuelve

³³¹ Ensayo signado por Juan Bustos Ramírez, en la revista “las penas” Homenaje al profesor Isidro de Benedetti, en Argentina en el año de 1997.

el problema de la inseguridad, ni mucho menos garantiza la reparación del daño, se hace necesario proponer *medidas procesales alternativas* a la misma, buscando un derecho que se constriña al contenido de los tratados internacionales y vele en consecuencia, por la presunción de inocencia de toda persona acusada de una conducta de acción o de omisión, típica, antijurídica y culpable; apelando a un derecho más garantista, pero sobre todo más humano.

Con la exposición de conclusiones que a continuación citaremos, representan la consumación de lo narrado en los capítulos tratados, incluyendo en nuestro trabajo además, tres anexos relacionados con el tema como son: gráficas en donde se contienen las estadísticas de la *detención preventiva* en nuestro país; Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas, sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio); y, el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Preventiva en España.

CONCLUSIONES

1. Se desprende de la investigación en el presente trabajo, que nuestro país ha signado diferentes tratados internacionales en términos del numeral 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que en los mismos se contienen derechos y principios inherentes a toda persona sujeta a enjuiciamiento penal, y por tanto al ser derecho positivo, deben ser observado por los órganos del mismo Estado; sin embargo, y del contenido de las disposiciones constitucionales y procesales penales, se advierte que no son cumplidos tales dispositivos, violentándose en forma flagrante los derechos ahí contenidos.

2. Consecuencia de lo anterior, existen instituciones en el enjuiciamiento punitivo mexicano, como lo es la *detención preventiva*, que en la actualidad se contempla como regla de aplicación general –en delitos que tengan señalada pena corporal- atentando de manera flagrante contra los principios de derecho internacional como lo es la *presunción de inocencia*, y en los cuales dicha figura legal debe ser una medida excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines del proceso.

3. En ese sentido, la detención de una persona debe preceder a la declaración de culpabilidad en sentencia firme, sólo así se justifican los fines de prevención –general y especial- y de resocialización rectores del sistema penitenciario en México; por lo que la *prisión preventiva*, se convierte en una pena anticipada, que es aplicada a ultranza en nuestra legislación penal, y que lejos de ser una medida cautelar se ha convertido en una herramienta de represión contra las personas que por diferentes motivos son sujetas de reproche penal.

4. En la actualidad y de conformidad a los estudios estadísticos que se presentaron en el cuerpo del presente trabajo, se observa como la detención provisional en nuestro país, es indebida, exorbitada, injusta y costosa; ya que por una parte incumple con los principios de derecho internacional, existe un promedio muy elevado de personas en espera de sentencia, se aplica contra presuntos inocentes y los costos al Estado –y desde luego a la población- son verdaderamente elevados; aunado a que las prisiones no contienen ingredientes eficientes de resocialización, ya no de readaptación social; y por si ello fuera poco, dicha institución, no reduce la incidencia delictiva, no disminuye la inseguridad ciudadana, ni mucho menos garantiza la reparación del daño como se observó puntualmente.

5. Como se observó en el capítulo segundo, la *prisión provisional*, ha sido desde la Constitución de Cádiz de 1812 hasta la vigente de 1917, mal concebida y en consecuencia utilizada a mansalva por los órganos del Estado, so pretexto del debido proceso y en cierta forma aseguramiento de la reparación del daño –según jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-, desnaturalizándose en consecuencia su verdadero sentido; por ende la misma habrá de ser estrictamente necesaria cuando las circunstancias de cada caso en particular así lo amerite, de cualquier otro modo, es injustificada y desde luego arbitraria su aplicación.

6. Así entonces podemos validamente establecer, que la *prisión preventiva*, no cumple con la finalidad que se pretende en la secuela procesal –concediéndole crédito al criterio de la Corte-, sino que ha sido –desde hace mucho tiempo- una arma poderosa del *ius puniendi*, de vulneración de los derechos mínimos de las personas que son acusadas por conductas típicas, antijurídicas y culpables, y que más que medida de seguridad, refleja la incapacidad de los órganos del Estado para asegurar el debido proceso, incumpliendo con los tratados internacionales a los que nos hemos referido y en particular con el principio de *presunción de inocencia*; ya que la persona no puede estar detenida antes de que sea declarada su culpabilidad.

7. La arbitrariedad mencionada, nos motivó a proponer diferentes *medidas procesales alternativas a la prisión provisional en el Estado de Michoacán* en la mayoría de los delitos; es decir, se propone una reforma a los artículos 18 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a diferentes numerales de los códigos domésticos penales, para evitar en lo posible, la vulneración de derechos de libertad de las personas, con medidas excepcionales de aplicación debidamente reglamentadas, sólo así se estará cumpliendo con los fines de seguridad y de libertad jurídicas.

8. Sin embargo y como excepción a la observación de la libertad personal, se propuso además –en mérito al principio de necesidad- la aplicación de la detención preventiva, en conductas verdaderamente lesivas, cuyo ataque al bien jurídico es de sumo valor al Estado y a la sociedad, y que reflejó la disminución al 90% de los tipos penales a los cuales actualmente se aplica dicha figura legal.

9. Nos resultó además verdaderamente satisfactorio poder realizar un breve estudio de derecho comparado respecto a la institución mencionada *prisión preventiva* con las legislaciones de la República Dominicana, España y Alemania, países que cumplen con políticas garantistas en el derecho penal –por lo menos mejores que las nuestras-; es decir, República Dominicana contempla a la *pena sin condena* como último recurso a las medidas de seguridad, la limita además por edad avanzada –70 años-, mujeres –embarazadas o en etapa de lactancia-, y en personas que por circunstancia de salud, es inhumano que estén detenidas en centros de reclusión o readaptación social -quizás este país ya entendió lo lesiva que resulta la pena privativa de libertad y su poca funcionalidad-, y por tanto prevé otras alternativas a esta medida antigarantista; pero quizás llama más la atención la obligatoriedad del Estado de reparar los daños ocasionados a quien estuvo en *prisión preventiva* y es absuelto en sentencia –que como lo cito a con toda oportunidad a lo largo de esta investigación- ha sido un reclamo en nuestro país y en muchas otras partes del mundo, sin embargo este país ya lo adopta –en hora buena-

y España, que desde luego por su cercanía con Alemania, establece condicionantes a esta figura penal mucho más adecuadas que nuestro país, y de éste último país entre los primeros del mundo en materia penal, que decir.

10. Siendo el derecho penal el termómetro de la democracia de cualquier nación, se hacen necesarias disposiciones de orden público, que velen por un verdadero Estado garantista de derecho, ya que si existen disposiciones arbitrarias, aún y cuando las resoluciones se hagan con estricto apego a derecho, no dejarán de ser también arbitrarias; de ahí la urgencia de velar por procedimientos menos agresivos a la persona, pero sobre todo más humanos.

PROPUESTA

Bajo el contexto contemplado en el acápite denominado *justificación de reformas*, se plantea la siguiente propuesta tanto a disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como al código penal y de procedimientos penales para el Estado de Michoacán, y en donde se contemple el acatamiento a las disposiciones de los tratados internacionales en el tema que nos ocupa, como a continuación se enuncian:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 18.

“Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...”

“En toda acusación penal, procederá excepcionalmente la prisión preventiva, en los términos y condiciones establecidas en las leyes secundarias. El sitio de esta será destinado...” (propuesta)

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 baja caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio...”

***“I. Inmediatamente que lo solicite, el agente del Ministerio Público o el juez deberá otorgarle la libertad provisional, aplicando las medidas de seguridad que el caso amerite, salvo las excepciones contenidas en las legislaciones secundarias. La prisión preventiva sólo se aplicará cuando sea necesariamente objetiva, como último recurso y en un plazo razonable.”
(propuesta)***

Del código de procedimientos penales para el Estado de Michoacán::

Artículo 28 Bis. Prisión preventiva. La prisión preventiva es una medida cautelar, que tiene como fin primordial evitar el riesgo de fuga del inculcado, el entorpecimiento de la investigación preliminar y la reiteración delictiva, y se considera impuesta desde la detención en investigación del delito, hasta sentencia definitiva.

Previamente a la imposición de la prisión preventiva, se deberá optar a petición del inculcado o de su defensor, a la aplicación de las siguientes medidas procesales alternativas:

I. La detención domiciliaria.

II. El arresto de fin de semana.

III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada.

IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

V. El confinamiento.

VI. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

VII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas.

VIII. El abandono inmediato del domicilio.

IX. La prestación de una garantía adecuada o conforme a las posibilidades económicas.

X. La suspensión en el ejercicio del cargo o encomienda.

XI. El monitoreo electrónico. (propuesta)

Artículo 29. Presentación del indiciado ante el Representante Social. Cuando el indiciado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I. Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido el día, hora y lugar de la detención...

II. Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

III. Se le harán saber los derechos....

IV. Se le hará saber el derecho que tiene a obtener las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva que señala este código. (propuesta)

V. Cuando el detenido fuere un indígena...

VI. En todo caso, se mantendrán separados...

Artículo 232. Datos para el acta de declaración preparatoria.

“En el acta relativa a la declaración preparatoria se hará constar:

I.- Nombre y apellidos del indiciado, apodos si los tuviera, el lugar de nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso el grupo étnico indígena al que pertenece, idioma, residencia o domicilio y ocupación, oficio o profesión....

Además se hará del conocimiento del indiciado:

a) *En qué consiste la denuncia o querella....*

b) *El derecho que tiene a defenderse...*

c) *El derecho a la libertad caucional...*

c) *El derecho a las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, si éstas proceden conforme a la ley. (propuesta)*

LIBRO TERCERO

Medios de impugnación

TITULO PRIMERO

Reglas generales

Artículo 454. Apelación sin efectos suspensivos...

I...

II...

III...

IV...

V. *Los autos en que se decrete, prorrogue o niegue el otorgamiento de las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución... (propuesta)*

TITULO PRIMERO

Incidentes de libertad

CAPÍTULO I

“Libertad provisional bajo caución”.

“Libertad provisional del inculpado.” (propuesta)

Artículo 493. “Derecho a la libertad provisional bajo caución”

“Derecho a la libertad provisional del inculpado” (propuesta)

“Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o dentro del proceso a ser puesto en libertad provisional inmediatamente que lo solicite, previa valoración y aplicación de las medidas procesales alternativas, previstas en el código sustantivo de la materia; siempre y cuando justifique mediante los medios, instrumentos u objetos de prueba idóneos, tener derecho a las mismas.

El auto que decrete, prorrogue o niegue la aplicación de las medidas procesales alternativas a la detención provisional, será notificado en forma inmediata a las partes, el cual podrá ser recurrible en los términos del presente código.

Las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, otorgadas o restringidas por el Ministerio Público, podrán ser modificadas o concedidas por el juez de los autos, cuando así se justifique en el sumario.”
(propuesta)

“Para la obtención de la libertad provisional bajo caución se observará:” (propuesta)

“I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño....”

“No procede la libertad provisional bajo caución en los delitos graves previstos en los siguientes artículos del Código Penal; 57, homicidio...”

“No procede conceder la libertad del inculpado en los siguientes delitos: Homicidio, artículos: 108, 264, 265, 267 en relación con el 279; secuestro, artículo 228; violación, artículo 240; parricidio y filicidio, artículos 283 y 283 Bis; trafico de personas, artículo 229 Bis; Lesiones, artículo 270

fracciones IV y V; y, robo, artículo: 303, fracciones I, IV, VII, VIII y X; terrorismo, artículo 158; y asalto: artículos 237 y 238, todos del código penal vigente.

En todos los demás delitos se aplicarán las medidas procesales alternativas a la prisión preventiva, por lo que ésta sólo se impondrá cuando objetivamente sea necesaria y en los términos de este código.

La prisión preventiva será aplicada únicamente:

I. Para asegurar la presencia del inculcado, siempre y cuando se presuma racionalmente el peligro de evasión de la acción de la justicia –peligro de fuga-.

Para argumentar la existencia de este supuesto se atenderá a la naturaleza del hecho, a la situación familiar, laboral y económica de éste.

II. Para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las pruebas necesarias al proceso.

Para argumentar la existencia de este supuesto se atenderá a la capacidad del inculcado para acceder por sí o por tercera persona a los medios, instrumentos u objeto de prueba, o para influir a sus intereses sobre coinculcados, testigos, terceros, la víctima o el ofendido, que puedan aportar información relevante al sumario.

III. Cuando existan motivos bastantes para fundar el hecho de que el inculcado pueda cometer otros hechos delictuosos.

La prisión preventiva durará el tiempo estrictamente necesario para alcanzar los fines del proceso y en tanto subsistan los motivos que justifiquen la aplicación; por lo que al desaparecer tales circunstancias, se optará por otra medida procesal alternativa.

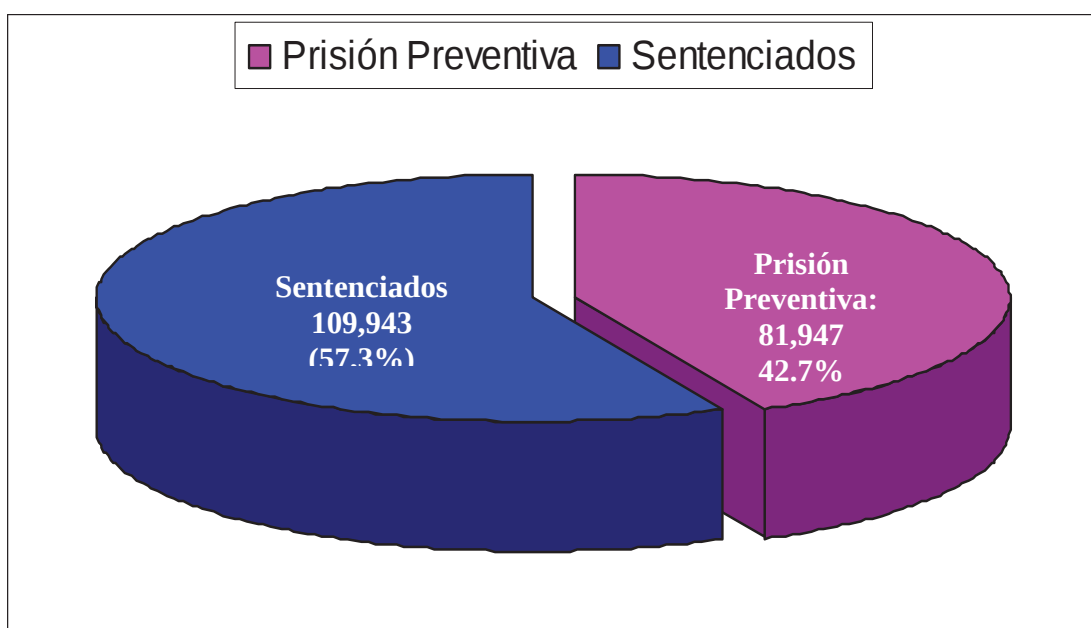
En ningún caso la prisión preventiva podrá exceder del plazo a que se refiere el artículo 20 apartado “A” fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” (propuesta)

ANEXO 1

GRAFICAS ESTADISTICAS SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO.

Gráfica 1.

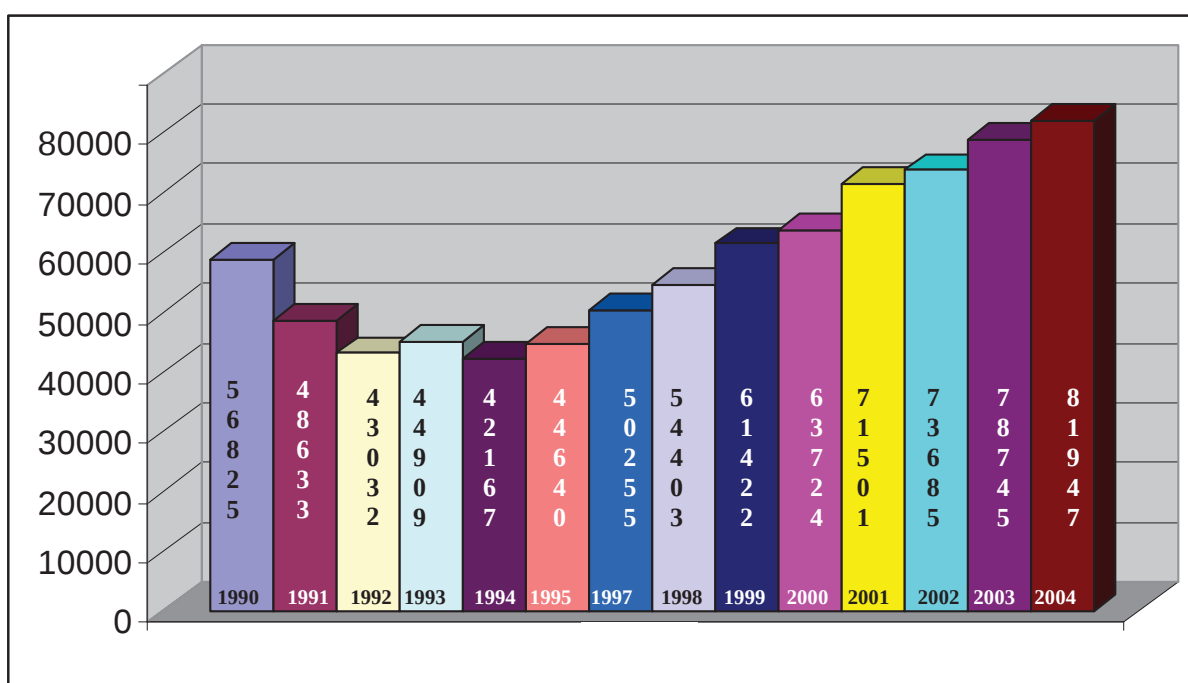
**Muestra la situación jurídica de la población carcelaria en México
(año 2004)**



Como se observa, en México, la prisión preventiva se utiliza en forma excesiva y exorbitada, ya que del 100% de personas detenidas, el 42.7% están sujetas a detención provisional.

Gráfica 2.

**Muestra el número de detenidos sin sentencia en México.
(año 2004)**

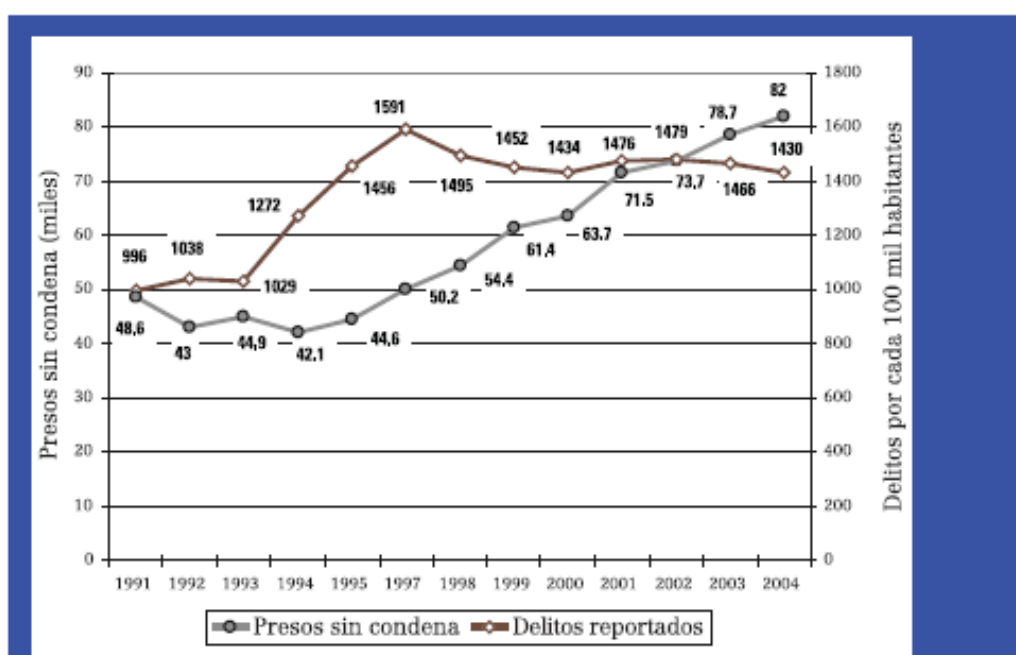


**En diez años, el sistema de justicia penal, ha duplicado
prácticamente el número de personas que padecen
la prisión preventiva.**

No obstante la inseguridad pública se mantiene.

Gráfica 3.

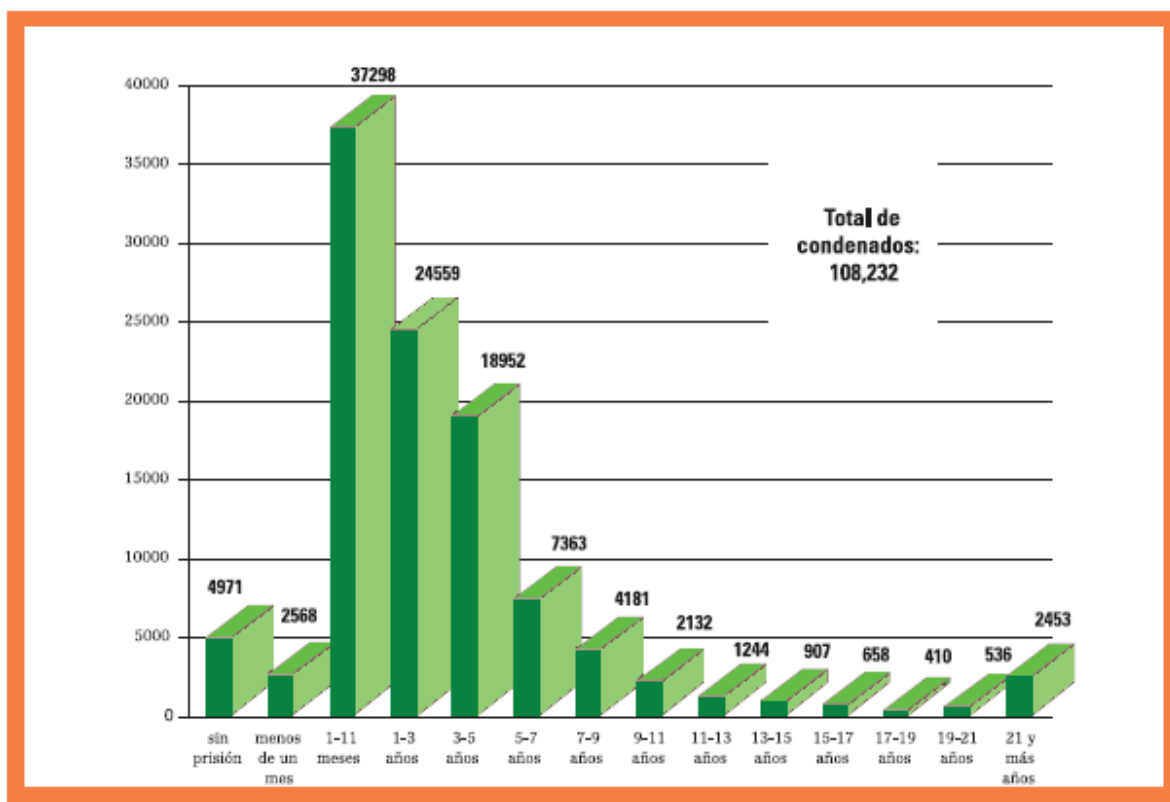
Muestra las personas detenidas sin sentencia y los delitos denunciados.



Aún y cuando el número de personas sujetas a prisión preventiva en nuestro país crece constantemente, la delincuencia se mantiene igual.

Gráfica 4.

**Muestra la distribución de las sentencias condenatorias impuestas.
(año 2002)**



La prisión provisional se aplica indiscriminadamente aún en el caso de ilícitos menores. 19,000 personas fueron encarceladas innecesariamente por esta causa en el año de 2002 (competencia local en toda la República Mexicana)³³²

³³² Nota: las muestras de las gráficas aquí contenidas, fueran recopiladas del ensayo citado con el título: *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*, y de donde se obtiene que la información ahí contenida, fue proporcionada por la Secretaría de Seguridad Pública y Servicios a la Justicia de nuestro país, graficas 1, 2 y 3; mientras que la información contenida en la gráfica marcada con el número 4, fue recopilada de los Cuadernos Estadísticas Judiciales en Materia Penal No. 11, INEGI año 2003.

ANEXO 2

REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD (REGLAS DE TOKIO)

**Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110
de 14 de diciembre de 1990.**

I. PRINCIPIOS GENERALES.

1. Objetivos fundamentales.

- 1.1. Las presentes reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardar mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.
- 1.2. Las reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en el régimen aplicable a los delincuentes, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.
- 1.3. Las reglas se aplicarán teniendo en cuenta las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de su sistema de justicia penal.
- 1.4. Al aplicar estas reglas, los Estados miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito.
- 1.5. Los estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

2. Alcance de las medidas no privativas de la libertad.

- 2.1. Las disposiciones pertinentes de estas reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de estas reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechoso o de que hayan sido acusados o condenados.
- 2.2. Las presentes reglas se aplicarán sin discriminación alguna por razón de raza, color sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias.
- 2.3. A fin de prever una mayor flexibilidad compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión del sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles debe estar determinado de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas.
- 2.4. Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad, y su aplicación se evaluará sistemáticamente.
- 2.5. se considera la posibilidad de ocuparse de los delincuentes en la comunidad, evitando recurrir a procedimientos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardas y las normas jurídicas.
- 2.6. las medidas no privativas de la libertad se utilizarán de acuerdo con el principio de mínima intervención
- 2.7. El recurso a medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento a favor de la despenalización y destipificación de delitos, en el lugar de interferir con los esfuerzos en esa dirección o demorarlos.

3. Salvaguardias jurídicas.

- 3.1. La introducción, definición y aplicación de medidas no privativas de la libertad estará prevista en la ley.
- 3.2. La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.
- 3.3. La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento con la garantía de su entera responsabilidad y solamente de conformidad con la ley.
- 3.4. Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al delincuente, aplicadas antes o en lugar del procedimiento del juicio, requerirán su consentimiento.

- 3.5. Las decisiones sobre la imposición de medidas no privativas de la libertad estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, a petición del delincuente.
- 3.6. El delincuente está facultado a presentar pedidos o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente sobre cuestiones que afecten sus derechos individuales en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.
- 3.7. Se preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidas.
- 3.8. Las medidas no privativas de la libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica sobre el delincuente, ni ningún riesgo indebido de daños físicos o mentales.
- 3.9. la dignidad del delincuente sometido a medidas privativas de la libertad, será protegida en todo momento.
- 3.10. Durante la aplicación de las medidas no privativas de libertad, los derechos del delincuente no se limitarán más de lo permitido por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida.
- 3.11. Durante la aplicación de las medidas no privativas de la libertad se respetará el derecho del delincuente a la intimidad, así como el de su familia.
- 3.12. El expediente personal del delincuente se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Solo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas.

4. Cláusula de salvaguardia

- 4.1. Nada de lo dispuesto en las presentes reglas será interpretado de modo que excluya la aplicación de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, el conjunto de principios para protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ni de ningún otro instrumento o norma sobre derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional que guarden relación con el régimen aplicable al delincuente y con la protección de sus derechos humanos fundamentales.

II. FASE ANTERIOR AL JUICIO.

5. disposiciones Previas al juicio.

- 5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, el ministerio público u otros organismos que se ocupen de casos penales, deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar delante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formularán una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer medidas adecuadas no privativas de la libertad, según proceda.

6. Prisión preventiva como último recurso.

- 6.1. En el procedimiento penal solo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso, teniendo debidamente en cuenta la investigación del supuesto delito y la protección de la sociedad y de la víctima.
- 6.2. Las medidas sustitutivas de la prisión preventiva se aplicarán lo antes posible. La duración de la prisión preventiva no será superior a lo necesario para el logro de los objetivos indicados en la regla 5.1 y se aplicará con humanidad y respeto por la dignidad del ser humano.
- 6.3 El delincuente tendrá derecho a apelar ante una autoridad judicial u otra autoridad independiente y competente en los casos en que se imponga prisión preventiva.

III. FASE DEL JUICIO Y SENTENCIA.

7. Informes de investigación social.

- 7.1. Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse de un informe preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado. El informe contendrá información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente a la modalidad de conducta delictiva del individuo y a los delitos actuales. También debe contener información y recomendaciones que sean pertinentes al procedimiento de fijación de condenas. Deberá ceñirse a los hechos, ser objetivo e imparcial, y toda apreciación personal tendrá que formularse claramente como tal.

8. Imposiciones de sanciones.

- 8.1. La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar una decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuanto corresponda.
- 8.2. Las autoridades sancionadoras podrán disponer del caso de los modos siguientes:
 - a) Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia;
 - b) Liberación condicional;
 - c) Penas privativas de derechos o inhabilitaciones;
 - d) Sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculadas por días;
 - e) Incautación o confiscación;
 - f) Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
 - g) Suspensión de la sentencia o condena diferida;
 - h) Régimen de prueba y vigilancia judicial;
 - i) Imposición de servicios a la comunidad.
 - j) Obligación de acudir regularmente a un centro determinado;
 - k) Arresto domiciliario;
 - l) Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento;
 - m) Alguna combinación de las sanciones precedentes.

IV. FASE POSTERIOR A LA SENTENCIA.

9. *Medidas posteriores a la sentencia.*

- 9.1. Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia a fin de evitar el internamiento y prestar asistencia a los delincuentes para su pronta reinserción social.
- 9.2. Podrán aplicarse medidas posteriores a la sentencia como las siguientes:
 - a) Permisos y centros de transición;
 - b) Liberación con fines laborales o educativos;
 - c) Distintas formas de libertad condicional;
 - d) La remisión;
 - e) El indulto.
- 9.3. La decisión con respecto a las medidas posteriores a la sentencia, excepto en el caso del indulto, se someterá a la revisión de una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente, si lo solicita el delincuente.
- 9.4. Se considerarán cuanto antes las posibilidades de liberación de un establecimiento asignación a un programa no privativo de la libertad.

V. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.

10. *Régimen de vigilancia*

- 10.1. El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia.
- 10.2. Si la medida no privativa de la libertad entra a un régimen de vigilancia, la vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones concretas que haya prescrito la ley.
- 10.3. En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se establecerá cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso en particular con el propósito de ayudar al delincuente a reflexionar sobre su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario.
- 10.4. Se brindará a los demás delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social.

11. *Duración.*

- 11.1. La duración de las medidas no privativas de la libertad no superará el plazo establecido por la autoridad competente de conformidad con la ley.
- 11.2. Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente hay respondido positivamente a ella.

12. *Obligaciones.*

- 12.1 Cuando la autoridad competente decida las obligaciones que deberá cumplir el delincuente, habrá de tener en cuenta las necesidades de la sociedad y las necesidades y los derechos del delincuente de la víctima.
- 12.1. Las obligaciones que ha de cumplir serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de

reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.

- 12.3. Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos.
- 12.2. La autoridad competente podrá modificar las obligaciones impuestas de conformidad con lo previsto en la legislación y según el progreso realizado por el delincuente.

13. *Proceso de tratamiento.*

- 13.1. En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda se establecerán diversos sistemas por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales, y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para responder a sus necesidades de manera más eficaz.
- 13.2. El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica.
- 13.3. Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender los antecedentes, la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que le llevaron a la comisión del delito.
- 13.4. La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.
- 13.5. El número de casos asignados se mantendrá, en lo posible, dentro de límites compatibles con la aplicación eficaz de los programas de tratamiento.
- 13.6. La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.

14. *Disciplina e incumplimiento de las obligaciones.*

- 14.1. El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de las medidas no privativas de la libertad.
- 14.2. La modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad corresponderá a la autoridad competente; procederá a ello solamente después de haber examinado cuidadosamente los hechos alegados por el funcionario supervisor y por el delincuente.

- 14.3. El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.
- 14.4. En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas.
- 14.5. en caso de que el delincuente incumpla las obligaciones impuestas, la ley determinará a quién corresponde dictar la orden de detenerlo o de mantenerlo bajo supervisión.
- 14.6. En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, el delincuente podrá recurrir ante una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente.

VI. PERSONAL.

15. Contratación.

- 15.1. En la contratación del personal no se hará ninguna discriminación por razón de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otra circunstancia. Los criterios de la contratación del personal tendrán en cuenta las políticas nacionales de antidiscriminación activa y reflejarán la diversidad de los delincuentes que haya que supervisar.
- 15.2. Las personas designadas para aplicar las medidas no privativas de la libertad deberán ser personas, aptas para su función y, cuando sea posible, tener formación profesional y experiencia práctica adecuadas. Estas calificaciones se especificarán claramente.
- 15.3. Para conseguir y contratar personal profesional calificado, se harán nombramientos con categoría de funcionario público, sueldos adecuados y prestaciones sociales que estén en consonancia con la naturaleza del trabajo y se ofrecerán amplias oportunidades de progreso profesional y ascenso.

16. Capacidad personal.

- 16.1. El objetivo de la capacitación será explicar claramente al personal sus funciones en lo que atañe a la rehabilitación del delincuente, la garantía de los derechos de los delincuentes y la protección de la sociedad. Mediante la capacitación, el personal también deberá comprender la necesidad de cooperar y coordinar las actividades con los organismos interesados.
- 16.2. Antes de entrar en funciones, el personal recibirá capacitación que comprenda información sobre el carácter de las medidas no privativas de la libertad, los

objetivos de la supervisión y las distintas modalidades de aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

- 16.3. Después de la entrada en funciones el personal mantendrá y mejorará sus conocimientos y aptitudes profesionales asistiendo a cursos de capacitación durante el servicio y a cursos de actualización. Se proporcionará instalaciones adecuadas a ese efecto.

VII. VOLUNTARIOS Y OTROS RECURSOS COMUNITARIOS.

17. Participación.

- 17.1. La participación de la sociedad debe alentarse, pues constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad. Deberá complementar los esfuerzos de la administración de la justicia penal.
- 17.2. La participación de la sociedad será considerada como una oportunidad que se brinda a los miembros de la comunidad para contribuir a la protección de ésta.

18. Comprensión y cooperación de la sociedad.

- 18.1. Debe alentarse a los organismos públicos, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad.
- 18.2. Se organizarán regularmente conferencias, seminarios, simposios y otras actividades para agudizar la conciencia de la necesidad de la participación de la sociedad en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.
- 18.3. Se utilizarán todos los medios de comunicación para favorecer el nacimiento de una actitud constructiva en la comunidad, que de lugar a actividades que propicien la aplicación más amplia del régimen no privativo de la libertad y la reinserción social de los delincuentes.
- 18.4. Se hará todo lo posible para informar a la sociedad las medidas no privativas de la libertad.

19. Voluntarios.

- 19.1. Los voluntarios se les seleccionarán cuidadosamente y se contratarán en función de las aptitudes y del interés que demuestren en su labor. Se les impartirá una capacitación adecuada para el desempeño de las funciones específicas que les hayan sido encomendadas, y contarán con el apoyo y asesoramiento de la autoridad competente a la que tendrán oportunidad de consultar.

- 19.2. Los voluntarios alentarán a los delincuentes y a sus familias a establecer vínculos significativos y contactos más amplios con la comunidad, brindándoles asesoramiento y otras formas adecuadas de asistencia acorde con sus capacidades y las necesidades del delincuente.
- 19.3. Los voluntarios estarán asegurados contra accidentes, lesiones y daños a terceros en el ejercicio de sus funciones. Se les reembolsarán los gastos autorizados que hayan efectuado durante su trabajo. Gozarán del reconocimiento público por los servicios que presten en pro del bienestar de la comunidad.

VIII. INVESTIGACIÓN, PLANIFICACIÓN, FORMULACIÓN Y EVALUACIÓN DE POLÍTICAS.

20. Investigación y planificación.

- 20.1. Como un aspecto esencial del proceso de planificación, se hará lo posible para que las entidades tanto públicas como privadas colaboren en la organización y el fomento de la investigación sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de la libertad.
- 20.2. Se investigarán regularmente los problemas que enfrentan los destinatarios de las medidas, los profesionales, la comunidad y los órganos normativos.
- 20.3. Dentro del sistema de justicia penal se crearán mecanismos de investigación e información para reunir y analizar datos y estadísticas sobre la aplicación a los delincuentes de un régimen no privativo de libertad.

21. Formulación de políticas y elaboración de programas.

- 21.1. Se planificarán y aplicarán sistemáticamente programas de medidas no privativas de la libertad como parte integrante del sistema de justicia penal en el marco del proceso nacional de desarrollo.
- 21.2. Se efectuarán evaluaciones periódicas con miras a lograr una aplicación más eficaz de las medidas no privativas de la libertad.
- 21.3. Se realizarán estudios periódicos para evaluar los objetivos, el funcionamiento y la eficacia de las medidas no privativas de la libertad.

22. Vínculos con organismos y actividades pertinentes

- 22.1. Se crearán a diversos niveles mecanismos apropiados para facilitar el establecimiento de vínculos entre los servicios encargados de las medidas no privativas de la libertad otras ramas del sistema de justicia penal, y los

organismos de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en esferas como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y los medios de comunicación.

23. *Cooperación internacional.*

- 23.1. Se hará lo posible por promover la cooperación científica entre los países en la esfera del régimen sin internamiento. Deberán reforzarse la investigación, la capacitación, la asistencia técnica y el intercambio de información entre los Estados miembros sobre medidas no privativas de la libertad, a través de los institutos regionales e interregionales de las Naciones Unidas, en estrecha colaboración con la Subdivisión de Prevención del delito y Justicia Penal de la Secretaría de las Naciones Unidas.
- 23.2. Deberán fomentarse los estudios comparados y la armonización de las disposiciones legislativas para ampliar la gama de opciones sin intercambio y facilitar su aplicación a través de las fronteras nacionales, de conformidad con el tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.³³³

³³³ Información obtenida de la página Web. www.onu.org consultada el día 12 de mayo de 2005.

ANEXO 3

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL DE ESPAÑA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

I

La presente ley orgánica tiene por objeto reformar la regulación de la prisión provisional. Se trata de una institución que ha sido objeto de varias modificaciones desde la aprobación de la Constitución. Así, se operaron reformas de mayor o menor calado de la prisión provisional por la Ley 16/1980, de 22 de abril, la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril, la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre y, en fin, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo. Pese a estas sucesivas reformas, la prisión provisional está necesitada de una nueva modificación, que no ha de esperar a la reforma global de nuestro enjuiciamiento criminal.

Entre los objetivos del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia se encuentra el de abordar “la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. La consecución de este objetivo resulta acuciante, porque la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido imponiendo requisitos –con el tiempo cada vez mas claros y exigentes- para que la institución de la prisión provisional sea respetuosa con el contenido esencial del derecho a la libertad, tal y como viene consagrado en el artículo 17 de la Constitución, y del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la misma. Como ha señalado el alto tribunal desde una de sus primeras sentencias, la prisión provisional se sitúa “... entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro...” (STC 41/1982).

Sobre la prisión provisional existe al día de hoy –en efecto- un cuerpo de jurisprudencia constitucional que nuestros tribunales han de aplicar cotidianamente y que en algunos aspectos no encuentra su debido reflejo en la regulación legal de la institución. La mejor prueba de la urgencia con que debe ser acometida la labor de adecuar la ley procesal penal a los postulados del Tribunal Constitucional en este tema es que el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia 47/2000, elevó

autocuestión de inconstitucionalidad sobre los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II

El Tribunal Constitucional, de forma paulatina pero unívoca, ha ido estableciendo una serie de características que la prisión provisional ha de cumplir en todo caso para adecuarse a los postulados de nuestra Constitución. De entre ellas, las que imponen mayores exigencias y obligan a esta reforma parcial de la institución son su excepcionalidad y, sobre todo, su proporcionalidad.

La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea.

Importantes también son las exigencias que la legislación impone el llamado principio de proporcionalidad. Este principio reclama que las normas legales restrictivas de derechos fundamentales –y, en lo que ahora importa, la prisión provisional, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia- deban tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que esta institución comporta sea proporcionada a los fines que con ella pretende alcanzar.

En primer término, la proporcionalidad –que constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública- exige adecuación de la prisión provisional a determinados fines. Esto significa que no toda finalidad justifica la privación de libertad del imputado o acusado durante un proceso penal, sino, que esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos: éstos no son otros, según el Tribunal Constitucional, que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva (STC 47/2000).

En segundo término, la proporcionalidad exige no sólo que la medida sea adecuada al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo, sino que el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida (proporcionalidad en sentido estricto).

Esta ley Orgánica pretende dar respuesta a esa necesidad imperiosa de adecuar nuestra ley procesal penal las exigencias constitucionales que se acaban de exponer.

III

Esta reforma lleva a cabo un cambio notable en la regulación de los presupuestos para la adopción de la prisión provisional. En primer lugar, se establece un límite mínimo para acordar la prisión provisional de un sujeto: así, la prisión provisional está excluida si el máximo de la pena prevista para el hecho imputado no supera los dos años de prisión, salvo en aquellos casos excepcionales que prevé la ley.

En segundo lugar, el artículo 503 establece con precisión cuáles son los fines legítimos que justifican la prisión provisional. Ésta ha de conjurar en cada caso concreto de estos riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que el imputado oculte, altere o destruye pruebas; o que el imputado cometa nuevos hechos delictivos. En esta último caso, el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia de la presunción de inocencia, esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto. La ley contribuye a objetivar este requisito, incrementando así las garantías procesales del imputado.

También se acomete una profunda reforma a la regulación de la duración de la prisión provisional. Se empieza por enunciar el principio, derivado de la excepcionalidad antes apuntada y de lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Constitución, de que la prisión provisional no puede tener una duración indefinida, sino que únicamente podrá mantenerse mientras subsistan los fines constitucionalmente legítimos que la justifican en un caso concreto. Partiendo de dicha premisa, el artículo 504 regula los diversos supuestos de duración máxima y su cómputo, teniendo de nuevo en cuenta la exigencia de proporcionalidad. Dicho llanamente un sujeto no puede permanecer indefinidamente privado de la libertad sin haber sido declarada su culpabilidad, a un cuando subsistan los riesgos que el artículo 503 establece. De este modo, como ha sucedido hasta ahora, los plazos máximos de duración de la privación provisional imponen, si quiera sea de manera indirecta o mediata una carga a la Administración de Justicia Penal para actuar sin dilaciones indebidas. En este sentido, la Ley da respuesta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibida por nuestro Tribunal Constitucional, en torno al derecho de toda persona detenida preventivamente a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento, garantizado en el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la protecciones de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

IV

A demás de las fundamentales cuestiones de los presupuestos y la duración de la prisión provisional, que son sin duda las más necesitadas de reforma a la luz de la Jurisprudencia Constitucional, esta Ley Orgánica incide también en otros aspectos importantes de esta Institución.

En lo que respecta al procedimiento, se mantiene la regla, introducida en la reforma operada por la ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo de que la prisión provisional solo podrá ser acordada a instancia del Ministerio Fiscal o de una parte acusadora. Así mismo, se mantiene la regla de que la medida solo puede acordarse tras la celebración de una audiencia en la que el juez o tribunal haya oído las celebraciones de las partes y haya tenido en cuenta, en su caso, las pruebas aportadas. En relación con esto el artículo 505 ciertas mejoras técnicas dan respuesta a problemas concretos que se habían planteado en la práctica.

En lo que respecta a la resolución por lo que se acuerda la prisión provisional, se incide en la necesidad de su motivación, de acuerdo con las exigencias constitucionales. Se presta particular atención al supuesto en el que la privación de libertad se acuerde en casos de que el sumario se hubiere declarado secreto: el artículo 506 trata de dar una solución que alcance la concordancia práctica entre el derecho del imputado a conocer los motivos por los que se le priva la libertad y la necesidad del estado de investigar eficazmente los hechos aparentemente delictivos.

En lo que respecta a los recursos frente a las resoluciones sobre prisión o libertad provisionales, el artículo 507 trata de simplificar y acelerar su tramitación, a disponer que en todo caso la apelación se sustancie por los causes del artículo 766, esto es, a través de las normas del recurso de apelación del procedimiento abreviado. A demás, en dicho artículo se pretende dejar claro que cuando, declarada secreta la instrucción, el imputado no ha tenido conocimiento íntegro del auto de prisión hasta que se levantó dicho secreto, puede recurrir tanto el auto que le fue inicialmente notificado como, posteriormente, el auto íntegro.

En lo que respecta a las modalidades de la prisión provisional, se mantiene, de un lado, la tradición prisión atenuada y, de otro lado, se reforma notablemente la prisión incomunicada. Así, se establecen con precisión los presupuestos, duración y contenido de la incomunicación, modernizando una regulación claramente arcaica y obsoleta.

TEXTO NORMATIVO

ARTÍCULO PRIMERO.

Se da nueva redacción a los siguientes artículos del capítulo III del título VI del libro II de la Ley de enjuiciamiento criminal:

ARTÍCULO 502.

1. Podrá decretar la prisión provisional el Juez o Magistrado instructor, el Juez que forma las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.

2. La prisión provisional solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas al derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.

3. La gravedad de la pena, por sí sola, no podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo de imputado, puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la justicia.

ARTÍCULO 503.

I. La prisión provisional será decretada únicamente cuando concurran los siguientes requisitos:

1º. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presentan caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados o que pudieran serlo, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2ª del capítulo II del título III del Libro I del código Penal.

2º. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3º. Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia de imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como de la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede

incoar el procedimiento para que el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar la prisión provisional cuando el sujeto no hubiere comparecido en los dos años inmediatamente anteriores, sin motivo justificado, al llamamiento en calidad de imputado realizado por cualquier juzgado o tribunal en la misma o en otra causa penal por delito, o hubiere sido declarado rebelde en un procedimiento penal. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal Iro de este apartado.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de pruebas relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente en el ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo, o para actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esto sea algunas de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal.

2. También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo el requisito establecido en el ordinal segundo del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Para valorar la este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando concurra los requisitos siguientes:

- a) que el hecho delictivo imputado sea doloso;
- b) que el máximo de la pena prevista para en delitos sea igual o superior a dos años de prisión. Este límite no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado o demás datos o circunstancias que aporte la policía Judicial o resulte de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado bien actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

ARÍCULO 504.

1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en el párrafo a) del ordinal 3ro del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito fuere menos grave, o de dos

años si el delito fuere grave. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito fuere grave o de hasta seis meses si el delito fuere menos grave.

Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en la letra b) del ordinal 3ro del apartado 1 del artículo anterior, su duración no podrá excederse de seis meses.

No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el Juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

4.- la concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que ésta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal.

5.- para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa.

Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufriera dilaciones por causas no imputables a la administración de Justicia.

ARTÍCULO 505.

1. Cuando el detenido fuere puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza.

En los supuestos del procedimiento regulado en el Título III del Libro IV de esta ley, ese trámite se sustanciará con arreglo a lo establecido en el artículo 78, salvo que la audiencia se hubiera celebrado con anterioridad.

2. La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, el Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.

3. En dicha audiencia, si el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora solicitare que se decrete la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza, podrán quienes concurrieren realizar alegaciones y proponer los medios

de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas indicadas en el apartado anterior.

4. El juez o Tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes la instare, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido.

5. Si por cualquier razón la audiencia no pudiere celebrarse, el Juez o Tribunal podrá acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del artículo 503, o la libertad provisional con fianza. No obstante, dentro de las siguientes setenta y dos horas, el Juez o Tribunal convocará una nueva audiencia, adoptando las medidas a que hubiere lugar por falta de celebración de la primera audiencia.

6. Cuando el detenido fuere puesto a disposición de de Juez distinto al Juez o Tribunal que conociere o hubiere conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último ene. Plazo de setenta y dos horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el Juez o Tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda.

ARTÍCULO 506.

1. Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del imputado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considerará necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

2. Si el sumario hubiere sido declarado secreto, el Juez deberá notificar el auto de prisión al imputado, pero podrá declarar secretos y, por tanto, omitirlos de la copia que sea notificada al imputado, aquellos extremos cuyo conocimiento por parte de éste pudiere perjudicar el éxito de las investigaciones declaradas secretas. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al imputado.

3. Los autos relativos ala situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

ARTÍCULO 507.

1. Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación, en los términos previstos en el artículo 766, que gozará de tramitación preferente.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al imputado, éste también podrá recurrir el auto íntegro cuando le sea notificado, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

ARTÍCULO 508.

El juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la prisión provisional del imputado por su arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El arresto domiciliario se acordará con la vigilancia que resulte necesaria. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga del domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

ARTÍCULO 509.

1. El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

2. La incomunicación de los detenidos o presos durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendientes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis o se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

No obstante, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aún después de haber sido puesto en comunicación, siempre que la causa ofreciere méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

ARTÍCULO 510.

1. El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación.

2. Se permitirá al preso contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de Juez o Tribunal no frustren los fines de la incomunicación.

3. El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.

ARTÍCULO 511.

1. Para llevar a efecto el auto de prisión se expedirán dos mandamientos: uno a la Policía Judicial o Agente Judicial, en su caso, que haya de ejecutarlo, y en otro al Director del establecimiento que deba recibir el preso.

En el mandamiento se consignarán los datos personales que consten del imputado, el delito que dé lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella.

2. Los directores de los establecimientos no recibirán a ninguna persona en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.

3. Una vez dictado auto por el que se acuerde la libertad del preso, inmediatamente se expedirá mandamiento al Director del establecimiento.

ARTÍCULO SEGUNDO.

Se da nueva redacción a los artículos de la ley de enjuiciamiento Criminal que a continuación se relacionan:

1. El artículo 529 queda redactado en la forma siguiente:

“Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado, el Juez o Tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar el libertad provisional.

En el mismo auto, si el juez o tribunal decretara la fianza, fijará la calidad y cantidad de la que hubiere de prestar.

Este auto se notificará al imputado, al ministerio fiscal y a las demás partes personadas y será recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 507”.

2. Los párrafos tercero y cuarto del artículo 539 de la ley de enjuiciamiento criminal quedan redactados de la forma siguiente:

“Para acordar la prisión o la libertad provisional de quienes tuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del ministerio fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a la que se refiere el artículo 505.

No obstante, si ajuicio del juez o tribunal concurrieran los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las setenta y dos horas siguientes, a la indicada comparecencia”

ARTÍCULO TERCERO.

Se da nueva redacción al último párrafo del artículo 544 bis:

“En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, este convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 de esta ley para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación d su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia en el incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.

Las decisiones que sobre la situación personal del imputado se adopten con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por ella aún tratándose de procesos incoados con anterioridad a su vigencia.

En particular, alzado, en su caso, el secreto del sumario deberá notificarse al imputado el contenido del auto de prisión en los términos y a los efectos previstos en esta ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

Queda derogado del artículo 504 bis 2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICIÓN FINAL.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE³³⁴.

³³⁴ Información obtenida en la página web juecesdemocracia.es/pdf/legislación/anteProylec.pdf., consultada el día 11 de julio de 2005.

FUENTES DE INFORMACIÓN

a) Bibliográficas.

- Barrita López Fernando A. *Prisión preventiva y ciencias penales*. México: Porrúa, 1992. pags. 220.
- Beccaria. *Tratado de los delitos y de las penas*. 14ª ed, facsimilar. México: Porrúa, 2004. pags. 408.
- Briseño Sierra Humberto. *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*. México: Trillas, 1998. pags. 493.
- Bustos Ramírez Juan J.; Hormazábal Malaré Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. España. Trotta, 1999. pags. 431.
- Calderón Cerezo, Ángel; Choclán Montalvo José Antonio. *Derecho penal –parte general-* 2ª ed. España: Bosch. 2001. pags. 838.
- Cárdenas Rioseco, Raul F. *La presunción de inocencia*. México: Porrúa, 2003. pags. 159.
- Cárdenas Rioseco, Raul F. *La prisión preventiva en México*. México: Porrúa, 2004. pags. 252.
- Castellanos Tena Fernando. *Lineamientos elementales de derecho penal*. México: Porrúa, 1999. pags. 363.
- Cerda Lugo Jesús. *Política criminal, Política criminológica o Política contra el crimen*. México: Universidad Tecnológica de Sinaloa, 2000. pags. 222.
- Colín Sánchez Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 15ª ed. México: Porrúa, 1995. pags. 876.
- Conde Pumpido Ferreiro; et al. *Código penal comentado*. España: Bosch. 2004. pags. 1855.
- Cuenca Dardon Carlos E. *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano*. México: Cárdenas, 1998. pags. 418.
- Díaz Aranda Enrique. *Dolo*. 3ª ed. México: Porrúa, 2001. pags. 270.

- Díaz de León Marco Antonio. *Código Penal Federal -comentado-*. México: Porrúa, 1997. pags. 749.
- Fernández García Julio. *Manual de derecho penitenciario*. España: Colex, 2002. pags. 532.
- Ferrojoli Luigi. *Derecho y Razón*. 6ª ed. España: Trotta, 2004. pags. 911.
- Foucault Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 2000. pags. 315.
- García Ramírez Sergio. *Manual de prisiones*. 2ª ed. México: Porrúa, 1980. pags. 664.
- Gimbernat Ordeig Enrique. *Delito de omisión*. México: INACIPE, 2003. pags. 434.
- Gracia Martín Luis; Baldova Pasamar Miguel Ángel; Alastuey Dobón M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. España: Tirant lo blanch, 1998. pags. 452.
- H. Cámara de Diputados LV Legislatura. *Derechos del Pueblo Mexicano*. 3ª ed. México: Librero, 1996. pags. 1119.
- Heinrich Jescheck Hans. *Tratado de Derecho Penal –parte general-*. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada, España: Comares, 1988. pags. 913.
- Ibarra Serrano Francisco Javier. *Derecho Constitucional*. México: U.M.S.N.H., 2003. pags. 119.
- Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. *Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos –comentada-*. México: Porrúa, 1997. pags. 1525.
- Kelsen Hans. *La Teoría Pura del Derecho*. 2ª ed. México: Nacional, 1983. pags. 431.
- Lesch Heniko H. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Téllez. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. Colombia: Xeros, 1995. pags.115.
- Luviano González Rafael. *El procedimiento y el proceso penal*. México: Michoacanas, 2004. pags. 474.
- Malo Camacho Gustavo. *Historia de las cárceles en México*. México: INACIPE, 1979. pags. 534.

- Márquez Piñero Rafael. *Derecho Penal –Parte General-*. 4ª ed. México: Trillas, 1998. pags. 455.
- Martínez Garnelo Jesús. *La Investigación Ministerial Previa*. México: OGS, 1996. pags. 775.
- Maurach Reinhart, *Derecho Penal –parte general-*. Trad. Heinz Zipf. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1994. pags. 1023.
- Medina Peñalosa Sergio J. *Teoría del Delito*. 2ª ed. México: Ángel, 2001. pags. 349.
- Mir Puig Santiago. *Derecho Penal Parte general*. 6ª ed. España: Reppertor, 2002. pags. 761.
- Molina Blázquez Ma. Concepción. *La aplicación de la pena*. España: Bosh, 1996. pags. 345.
- Montañez Pardo Miguel ángel. *La presunción de inocencia, análisis doctrinal y jurisprudencia*. España: Aranzadi, 1987. pags. 564.
- Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del delito*. 2ª ed. Colombia: Temis, 2004. pags. 190.
- Orellana Wiarco Octavio. *Teoría del delito*. México: Porrúa, 2001. pags. 217.
- Ovalle Favela José. *Teoría General del Proceso*. 4ª ed. México: Harla, 1996. pags. 351.
- Pavarini Máximo; Melossi Dario. Trad. Xavier Massini. *Cárcel y fábrica los orígenes del sistema penitenciario*. 4ª ed. México: Siglo XXI, 2003. pags. 237.
- Porrúa Pérez Francisco. *Teoría del Estado*. 10ª ed. México: Porrúa, 1977. pags. 525.
- Rivera Silva Manuel. *El Procedimiento penal*. 24ª ed. México: Porrúa, 1996. pags. 393.
- Rodríguez Manzanera Luis. *La crisis penitenciaria y los sustitutos de la prisión*. 2ª ed. México: Porrúa, 1999. pags. 432.
- Rodríguez Manzanera Luis. *Penología*. 2ª ed. México: Porrúa, 2000. pags. 300.
- Roxín Claus. Trad. Gabriela Córdoba. *Derecho Procesal Penal*. 25ª ed. Argentina: Del Puerto, 2003. pags. 576.

- Roxín Claus. Trad. Francisco Muñoz Conde. *Política criminal y sistema de derecho penal*. 2ª ed. Argentina: Hammurabi, 2000. pags. 123.
- Sanguiné Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. España: Tirant lo blanch, 2003. pags. 743.
- Sánchez Benítez Roberto. *Posmodernidad, hermenéutica y educación*. México. U.M.S.N.H., 2003. pags. 203.
- Sánchez Bringas Enrique. *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*. México: Porrúa, 2001. pags. 779.
- Sandoval Delgado Emiliano; Gómez Pérez Maria Ángela. *Individualización jurídica de la Pena*. México: Ángel, 2003. pags. 123.
- Silva Sánchez Jesús Maria. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. España: J.M.Bosch, 1992. pags. 217.
- Silva Sánchez Jesús María. *Política Criminal en el cambio del siglo*. México: ABZ, 2002. pags. 106.
- Terradillos Basoco Juan. *La Culpabilidad*. México: INDEPAC, 2002. pags. 129.
- Vela Treviño Sergio. *Culpabilidad e inculpabilidad*, 2ª ed. México: Trillas, 1990. pags. 405.
- Walss Aureoles Rodolfo. *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano*. México: Porrúa, 2001. pags. 166.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. *Derecho Penal -parte general-*. México: Porrúa, 2001. pags. 1017.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. 4ª reimp. México: Cárdenas, 1998. pags. 857.
- Zaffaroni Eugenio Raúl. *Teoría del delito*- Argentina: Sociedad Anónima, editora, comercial, industrial y financiera, 1973. pags. 519.
- Zamora Jiménez Arturo. *Cuerpo del Delito y Tipo Penal*. México: Ángel, 2000. pags. 191.

b) Legislativas.

1. Nacionales

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo.
- Código Penal del Estado de Michoacán.
- Código de Procedimientos Penales del Estado de Michoacán.
- Ley de Ejecución de Sanciones Restrictivas y Privativas de Libertad del Estado de Michoacán.

2. Extranjeras.

- *Constitución Española*. España: Goñi, 1982.
- *Ley de Enjuiciamiento Criminal de España*.
- *Código Procesal Penal Alemán (StPO)*. Traducido por: Ortiz de Noriega Juan; Larios Sánchez Cristina; Peg Ros Juan Carlos. España: Marcial Pons, 2000.
- *Código de procedimientos penales de República Dominicana*.
<http://www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm>.

c) Cibernéticas.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (En Línea). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 16 de mayo de 2005. Disponible a: <<http://www.oea.or./>>
- Convención Americana sobre Derechos Humanas. (En Línea). *Declaración sobre inocencia de las personas*, 26 de mayo de 2005. Disponible a: <<http://www.oas.org./>>

- Fundación Institucional y Justicia. (En Línea): *Código Procesal Penal de la República Dominicana*, 14 de junio de 2005. Disponible a: <<http://www.finjus.net/>>
- Instituto Latinoamericano de la Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) 1999-2000. (En Línea): *La Población Carcelaria*, 12 de mayo de 2005. Disponible a : <<http://www.ecoportal.net/>>
- Jueces por la Democracia. (En Línea). *Anteproyecto de ley orgánica de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional en España*. España, 15 de junio de 2005. Disponible a:<<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/legislación/anteProylec.pdf/>>
- Organización de las Naciones Unidas. (En Línea): *Informes de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Consultada en los meses de mayo, junio y julio de 2005. Disponible a: <<http://www.onu.org/>>
- Projusticia. (En Línea).*Los Mitos de la Prisión Preventiva*, 11 de junio de 2005. Disponible a: <<http://www.justiceinitiative.org/>>

d) Diccionarios.

- Díaz de León Marco Antonio. *Diccionario de derecho procesal penal*. México: Porrúa, 1997. pags. 2669.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Porrúa, 1993. pags. 3272.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. México: Porrúa, 2002. pags. 1035.
- Juicio de Amparo. *Diccionarios jurídicos temáticos*. T. 7. México: Oxford, 2000. pags. 314.
- Larousse. *Diccionario Enciclopédico*. México: Larousse, 2001. pags. 1792.
- Palomar De Miguel Juan. *Diccionario para juristas*. México: Mayo, 1981. pags. 1439.

e) Hemerográficas.

- Revista de Ciencias Penales. *Iter Criminis*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales. Número 2, 1993.

- Revista Estudios Jurídicos. México: Universidad Intercontinental, 2002.
- Revista Mexicana de Justicia. México: Procuraduría General de la República, 1982.
- Revista de la Asociación de Ciencias Penales. Costa Rica, Número 8, 1999.

f) Audiovisuales.

- Congreso Internacional: La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo. *¿Que hacer con la pena? las alternativas a la prisión*. Eugenio Raúl Zaffaroni México, 26 de julio del año 1993.
- Conferencia. *Teoría del Delito*. Eugenio Raúl Zaffaroni. Morelia, Michoacán, México: Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, 19 de noviembre del año 2002.