



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN**

**EL NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL DE
LA PRISIÓN PREVENTIVA**

T E S I S

Que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CARLOS ÁLVAREZ CAMACHO

Asesor: Lic. Rafael Chainé López.

Santa Cruz Acatlán, Méx.

Junio de 2012.

¡Gracias, Dios!

A mis padres y hermanas, siempre.

A mi asesor, Rafael Chainé, con especial afecto.

A Jorge Villanueva, mi amigo, de todo corazón.

Para todo hay un tiempo señalado, aun un tiempo para todo asunto bajo los cielos... ¿Qué ventaja hay para el hacedor de aquello en que está trabajando duro? (Eclesiastés 3:1, 9.)

*"Debe haber otras cosas en el mundo que las ovejas no saben enseñar —pensó el chico, mientras miraba al Mercader en silencio—. Porque ellas sólo se ocupan en buscar agua y comida. Creo que no son ellas las que enseñan: soy yo el que aprendo." (Paulo Coelho. *El Alquímista*.)*

Índice

Introducción	13
Capítulo I. Nociones elementales	17
Sección 1. La pena de prisión	17
Sección 2. La prisión preventiva	28
Sección 3. Objeto de la prisión preventiva	33
Sección 4. Problemática	37
Capítulo II. Antecedentes históricos de la prisión preventiva	45
Sección 1. Oriente próximo	46
Sección 2. Grecia y Roma	52
Sección 3. Edad Media	58
Sección 4. Pueblos originarios americanos	63
Sección 5. Renacimiento	68
Sección 6. Edad Moderna	70
Capítulo III. Evolución histórica de la prisión preventiva en México	77
Sección 1. Nueva España	77
Sección 2. Siglo XIX	84
Sección 3. Siglo XX	99
Capítulo IV. El principio de presunción de inocencia	123
Sección 1. Concepto	123
Sección 2. Somerísima reseña histórica	128
Sección 3. Los compromisos del Estado mexicano con relación al principio de presunción de inocencia	133
Sección 4. El principio de presunción de inocencia en la Constitu- ción de 1917	142

Capítulo V. El nuevo marco constitucional para la prisión preventiva	155
Sección 1. Notas preliminares	155
Sección 2. El artículo 18 constitucional	164
Sección 3. El artículo 19 constitucional	169
Sección 4. La prisión preventiva y la necesidad de garantizar el debido desarrollo del proceso penal	178
Sección 5. Otras medidas cautelares	196
Conclusiones	203
Bibliografía	205

Introducción

En mis ya lejanos años de estudiante en la entonces Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, llevé un excelente curso de Derecho Penal II: sin proponérmelo — quizá mi profesor tampoco se lo propuso— aprendí los principios básicos de la teoría finalista del delito, a la par que analizábamos los *tipos penales*, según el programa de estudios. Era finales de 1993. En los días posteriores al 10 de enero de 1994, en clases, tanto el profesor como nosotros sus alumnos, leíamos sorprendidos uno a uno los artículos reformados del Código Federal de Procedimientos Penales que plasmaban fielmente las enseñanzas del excelso mentor; nosotros, los alumnos, claro está, sorprendidos por darnos cuenta que estábamos a la *vanguardia* en los conocimientos de la ciencia del derecho penal que se inclinaba por las ideas finalistas; nuestro profesor, en cambio, se preguntaba por qué no había publicado antes *su* libro.

La reforma penal de 1993-1994 se presentaba a la opinión pública como la más importante de las reformas del siglo XX. ¡Abandonaba las ideas atrasadas del causalismo y nos ponía a la altura de naciones avanzadas, como Alemania, en los ordenamientos penal y procesal! De un día para otro nos podíamos codear con las naciones democráticas que habían modificado sus leyes años antes —muchos años antes— para respetar los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Teníamos leyes de vanguardia, pero también funcionarios a quienes nada envidiarían los fiscales del Porfiriato. Y la ilusión terminó a los cinco años: En 1999 se dio paso a la *contrarreforma* del sistema penal que anunciaba —pecando de optimismo— *el fin del sistema que protegía a los delinquentes y daría un arma importantísima al Estado en su lucha contra la delincuencia*. En aquellos años ya comenzaba a hablarse de delincuencia organizada y esa arma consistía en volver al concepto del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de la añeja escuela causalista.

¿Por qué la contrarreforma? Esencialmente, aunque parezca sorprendente lo sencillo que es enunciarlo, debido a la falta de capacidad del Ministerio Público para *adaptarse* a la nueva normatividad. Ineficacia, siendo más claros. Los órganos de procuración de justicia de este país han sido el principal obstáculo para la modernización del sistema penal mexicano. Ya sea por su ineficiencia o por sus prácticas corruptas propias de los regímenes más oscuros, las buenas voluntades que han convergido en los documentos constitucionales o legales no han tenido el éxito deseado.

Es 2008 y se nos anuncia una nueva reforma que, esta sí, deberá ser la más relevante en medio siglo —por lo menos no fueron tan exagerados— y que pondrá a México a la

altura de las naciones más civilizadas al instaurar un sistema penal de corte acusatorio, adversarial y oral. ¡Los juicios orales, vamos! Se ha vendido la idea a la sociedad que con este nuevo sistema ahora sí el Estado mexicano contará con mejores armas para combatir la delincuencia, la inseguridad y la impunidad. Como si la ley se aplicara sola.

Un aspecto de suma importancia, más allá del discurso oficial, es la prisión preventiva. Siempre que escuchamos de un proceso penal nos viene a la mente la palabra “prisión”. Durante más de un siglo la prisión preventiva ha sido quizá el carácter definitorio del proceso penal mexicano, llegando un punto en que se ha abusado de tal figura. En el sistema procesal vigente hasta antes de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, los procesos penales por delitos cuya pena es privativa de libertad forzosamente inician con órdenes de aprehensión y auto de formal prisión. Así, la regla general era que las personas procesadas por estos delitos permanecerán privadas de la libertad durante el desarrollo del proceso, y solo por excepción —en los casos previstos por la ley— podrán gozar del *beneficio* de la libertad provisional.

Con la reforma aludida, en aras de respetar el principio de presunción de inocencia —el cual por cierto no estaba explícitamente reconocido por la Constitución Federal—, se ha invertido el esquema: Solo en los casos excepcionales establecidos expresamente en la ley los imputados permanecerán en prisión preventiva durante el proceso.

Sin embargo, este nuevo esquema supone retos, tan es así que la reforma constitucional en comento podrá implementarse a nivel federal en un plazo de hasta ocho años, y resulta preocupante que hasta la fecha no exista siquiera una propuesta seria, no digamos proyecto o iniciativa de reforma de la legislación procesal penal federal. Uno de tales retos que desde siempre se ha enfrentado es evitar hasta la medida de lo posible la impunidad, no sólo en el ejercicio de la función persecutoria, sino en las medidas que deban adoptarse para garantizar el debido desarrollo del proceso: he ahí la justificación teleológica de la prisión preventiva. Por naturaleza, el ser humano es renuente a afrontar las consecuencias de sus actos cuando éstos le son adversos; si bien la reforma constitucional resulta loable al respetar el principio de presunción de inocencia, supone nuevos retos en su implementación, como hemos planteado, con relación al debido desarrollo del proceso.

No olvidemos que la reforma de 1993-1994 se echó abajo por ineficacias e ineficiencias. No quisiéramos entonces ver repetida la historia por iguales circunstancias. Sin embargo, aún no podemos ser pesimistas: quedan cinco años para que la reforma se consolide. Se requiere no sólo de voluntad política, sino de todo un proceso de cambio en la percepción social respecto a sus instituciones. Pero éstas, a su vez, deben dar el primer paso y ganarse, con hechos, la confianza ciudadana.

Nuestro trabajo ha sido dividido en cinco capítulos: el primero, se ocupa de las nociones elementales que nos permita inferir la naturaleza y función de la prisión preventiva, no sólo en torno a la pena sino al proceso penal en sí. Los dos siguientes capítulos contienen una reseña histórica de esta figura. Me ha resultado sorprendente la antigüedad de la prisión preventiva, prácticamente desde los orígenes de la civilización ya se tenía noción de esta medida; en lo que

corresponde a nuestro país, analizamos con cierto detenimiento la evolución de esta figura, advirtiendo las influencias que tanto el Constituyente como el legislador ordinario han recibido de ideas externsas, no siempre con buenos resultados. En el cuarto capítulo hacemos una reseña del principio de presunción de inocencia y sus implicaciones con la prisión preventiva: cómo aquella permite acotar los alcances de ésta, en aras de respetar la dignidad humana de los imputados. Ya en el último capítulo nos ocupamos de analizar la prisión preventiva de acuerdo con el nuevo sistema penal: hemos hecho un estudio de derecho comparado entre el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, que es una propuesta seria, sistematizada y coherente para aquellas entidades federativas que estén en proceso de implementar en sus respectivos ámbitos la reforma penal, y los Códigos de Procedimientos Penales para los Estados de Oaxaca y México, lo que supusimos apropiado dado que ambas entidades federativas tienen plenamente implementado el nuevo sistema penal acusatorio, adversarial y oral. Reconozco que ha resultado frustrante no contar con algún proyecto o propuesta oficial en el ámbito federal para realizar este estudio, y nos parece preocupante —insistimos— que no lo haya cuando ha transcurrido casi la mitad del plazo con el que la Federación cuenta para la implementación del nuevo sistema penal.

Capítulo I. Nociones elementales

Sumario:

Sección 1. *La pena de prisión.* Sección 2. *La prisión preventiva.* Sección 3. *Objeto de la prisión preventiva.* Sección 4. *Problemática.*

Sección 1. La pena de prisión.

La pena de prisión consiste en la privación de la libertad personal; constituye la principal de las llamadas *sanciones corporales o contra la libertad* contempladas por los modernos códigos penales. Implica la reclusión de una persona en un establecimiento determinado, sujeto a un régimen especial. El artículo 25 del Código Penal Federal define esta pena de la siguiente forma:

Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal.¹

La redacción de este artículo es imprecisa, pues lo que en realidad se restringe son las libertades ambulatoria y de tránsito principalmente, si bien, de acuerdo con el régimen penitenciario que en cada institución se establezca, también pueden restringirse otras libertades.

Si bien la libertad corporal se refiere a la libertad física de la persona respecto a sí mismo, esta noción tiene connotaciones más bien ontológicas. Así, estrictamente, con la prisión no se restringe el movimiento corporal del ser humano, sino una consecuencia inherente a éste, es decir, la capacidad de trasladarse de un sitio a otro.

Díaz de León señala que

la prisión como pena se cumple a través de la reclusión del sentenciado, misma [que] deberá sufrirla en un establecimiento cerrado, en el cual debe permanecer el tiempo determinado por la resolución definitiva del órgano jurisdiccional. La prisión consiste en quitar el derecho fundamental de tránsito, por un determinado tiempo, a quien la sufre.²

González de la Vega define esta pena de la siguiente forma:

¹ A menos que se indique lo contrario, las citas que en este trabajo se hacen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes federales y locales, en sus textos vigentes o anteriores; de las exposiciones de motivos, dictámenes y discusiones de sus respectivos procesos de creación o reforma; así como de tratados internacionales, han sido tomados de la sección "Leyes y Tratados Internacionales" del servidor web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la dirección electrónica www.scjn.gob.mx/2010/leyes/Paginas/principal.aspx.

² Díaz de León, Marco Antonio. *Código Penal Federal Comentado*. Tomo I. 6ª ed., México, D. F., 2003, Editorial Porrúa, pp. 310, 312.

La pena de prisión, que es a la que se contrae el art. 25, que consiste en el encierro, en la privación de la libertad corporal en un establecimiento o edificio más o menos cerrado —cárcel, prisión, penitenciaría, etc.— por el tiempo de duración de la condena, y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables [...] La pena de prisión es la principal y base de nuestro sistema punitivo...³

Por su parte, Eugenio Cuello Calón encuadra la pena de prisión en lo que él denomina *penas de privación de libertad*, definiéndolas así:

Las penas de privación de libertad, como este nombre ya indica, privan al penado de su libertad recluyéndole en un establecimiento penal, y sometiéndole a un régimen especial de vida y generalmente a la obligación de trabajar.

La pena de prisión, fruto de la experiencia secular, no obstante sus graves inconvenientes es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades modernas; esta pena es hoy el eje del sistema represivo en todos los países.

Su existencia se halla justificada ante todo por ser un instrumento hasta ahora insustituible de segregación de individuos peligrosos para la sociedad, por constituir el medio más adecuado para la reforma de los delincuentes y ejercitar una adecuada intimidación sobre las masas apartando a muchos del delito realizando así una beneficiosa labor preventiva. Aun cuando en el porvenir la pena llegara a tener por completo el carácter de tratamiento educativo siempre sería sobre la base de la restricción o privación de la libertad del delincuente...⁴

Luis Marco del Pont no define la pena de prisión, limitándose a señalar que ésta se cumple “mediante encierro en un establecimiento carcelario”.⁵

Como pena *per se* la prisión es relativamente moderna.⁶ Su aparición como se la conoce en la actualidad no tuvo lugar sino hasta finales del siglo XVI. Ciertamente es que el *aprisionamiento* ha existido desde las más antiguas civilizaciones; sin embargo, la privación de la libertad tenía como objeto la custodia del acusado o reo en tanto se le juzgaba, o bien, se ejecutaba la pena impuesta. Así, la privación de la libertad era un medio o instrumento para la aplicación de otras penas, tales como la muerte, los azotes, los trabajos forzados, etcétera.

La privación de la libertad como pena tiene su razón de ser en la conceptualización de la libertad como un derecho fundamental del ser humano, porque es la autodeterminación natural del espíritu, a la luz de la conciencia y la voluntad, sobre la cual se basa la convivencia social. Luego, la libertad forma un complejo sistémico que merece protección del Estado a través del Derecho.

³ González de la Vega, Francisco. *El Código Penal Comentado*. 11ª ed., México, D. F., 1994, Editorial Porrúa, p. 66. El autor señala que al incluirse las *colonias penitenciarias* en la redacción del artículo 25 del Código Penal Federal, se abarca también la antigua pena de *relegación*, sin que, a su consideración, se haya logrado un resultado satisfactorio.

⁴ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. Tomo I, vol. segundo. 17ª Ed., Barcelona, España, 1975, Bosch Casa Editorial, p. 813. El autor español resalta que “estas penas, que hoy constituyen las bases del sistema penal de los pueblos modernos, apenas tuvieron aplicación en la antigüedad” (p. 818).

⁵ Marco del Pont, Luis. *Penología y Sistemas Carcelarios*. Tomo I. Penología. Buenos Aires, Argentina, 1982, Ediciones Depalma, p. 15.

⁶ En esto coinciden la mayoría de los autores —si no es que todos—. Vid: Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo V. México, D. F., 1997, Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 122; y Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 17ª ed., México, D. F., 1991, Editorial Porrúa, p. 773. Luis Marco del Pont señala que en la antigüedad “las penas eran corporales y en forma gradual terminaban con la pena de muerte. Fuera de ellas existían otras de tipo patrimonial, y la expulsión, el destierro, etc. Todo esto ocurría en la antigüedad y en la Edad Media. Existían cárceles de deudores para aquellos que no cumplían con sus obligaciones” (op. cit., p. 34).

Empero, en la mayoría de los pueblos y civilizaciones de la antigüedad, no existía tal concepto de libertad. Y si bien en Grecia antigua grandes pensadores como Platón⁷ y Aristóteles⁸ establecieron las bases filosóficas de la libertad, esta no pasó de ser más que un concepto ontológico, limitado al ámbito interno de las personas, sin mayor trascendencia en la sociedad o la política, en la que a los hombres se les diferenciaba entre *libres* y *esclavos* o *siervos*: la libertad era un ideal.

En la Roma antigua la libertad tenía supremo valor y los jurisconsultos sostenían que es un bien tan precioso que toda estimación que de ella se haga será insuficiente. Para Florentino la libertad es la “natural facultad de hacer lo que se quiere, con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o por la ley”.⁹ Gayo, por su parte, dice que la libertad es lo más favorable que cualquier otra cosa para la vida en sociedad y todos los romanos la consideraban como el más dulce de los bienes.¹⁰

En el Estado romano, la libertad nace donde no se tiene y brota y florece en la célula primitiva de la sociedad romana: en la familia. Si no hay libertad en ella no lo habrá tampoco en la Patria; por esto dice Séneca “¿Por qué te quejas de que la libertad está desterrada de la República, cuando tú mismo la has desterrado de tu propia casa?” y “Llamose Cicerón medio libre, y verdaderamente no le convenía tomar tan abatido apellido, pues el varón sabio no es medio libre, siempre goza de entera y sólida libertad: y siendo suelto, y gozando de su derecho, sobrepaja a los demás, no pudiendo haber quien tenga dominio en aquél que tiene imperio sobre la fortuna.”¹¹

Entre las diferentes clases de libertad en Roma, tenía prioridad la de la Patria. Según Livio, el suelo natal es el foco de la pura vida y todo el que se traslada a otra tierra se transforma y degenera, porque está privado de la libertad de su patria y, por ende, la libertad de la Patria debe ser preferida a la vida, pues ésta garantiza la libertad individual de los particulares y, si estos carecieran de aquella, ¿qué valor tendría la vida? Por ello, lo importante para un romano era ser libre, pero sin caer en libertinaje, pues ser libre era lo mismo que ser obediente, por ende, ser obediente era un oficio oneroso que a su vez era también honroso: consideraron que el ciudadano era libre precisamente cuando por su propia voluntad obedecía.

Sin embargo, estos conceptos aún permanecían en el campo meramente filosófico, pues de acuerdo con los pensadores romanos la libertad no depende del lugar sino de la voluntad del hombre. Así, se consideraba que Sócrates estaba libre hasta en la cárcel de los atenienses, porque por su propia voluntad se encontraba allí.

⁷ “La libertad es el bien máspreciado de las democracias”. Platón sintetiza la idea de libertad en su célebre cita: “La libertad está en ser dueños de la propia vida.” Vid: *La República*. Trad. de Juan B. Bergua, Madrid, España, 2003, Ediciones Ibéricas, p 345.

⁸ *La Gran Moral*. Libro Primero, capítulo XI: “Después de haber demostrado que la virtud depende de nosotros, es preciso tratar del libre albedrío y explicar lo que es el acto libre y voluntario, porque tratándose de la virtud el libre albedrío es verdaderamente esencial.” En Azcárate, Francisco de. *Obras de Aristóteles*. Tomo 2. Madrid, España, 1873, Medina y Navarro Editores, pp. 26, 27.

⁹ Justiniano. *Digesto*. Tomo I, título V. Trad. De Álvaro D’ors. Pamplona, España, 1968, Aranzadi Editores, p. 59.

¹⁰ Gayo. *Instituciones del Derecho Romano*. Trad. de Francisco Samper P. Santiago, Chile, 2000, Editorial Jurídica de Chile.

¹¹ Séneca. *De la Brevedad de la Vida. A Paulino*. Edición digital tomada de la obra original *Tratados Filosóficos*, 2 vols. Trad. de Pedro Fernández Navarrete, “Biblioteca Clásica”, tomos 67 y 70, Madrid, España, 1884, Luis Navarro Editor, página web: <http://www.e-torredababel.com/Biblioteca/Seneca/Seneca-Brevedad-Vida.htm>, publicada bajo el sello de Torre de Babel Ediciones.

Durante la Edad Media se conformó el pensamiento cristiano acerca de la libertad, sobre todo con las ideas de Agustín, obispo de Hipona, quien aplica el modelo aristotélico de la razón a los *misterios* revelados por Dios a través de los escritos sagrados judeo-cristianos. Para este doctor de la Iglesia,¹² debe distinguirse entre el libre albedrío consistente en la existencia de una posibilidad de elección, y la libertad, que consiste en la efectiva realización del bien con un objetivo de alcanzar la beatitud; siendo el libre albedrío una mera posibilidad de elección, está admitido que la acción voluntaria del hombre pueda inclinarse hacia el pecado cuanto se actúa sin la ayuda de Dios. La cuestión de la libertad, entonces, consiste en determinar de qué modo puede el hombre usar su libre albedrío para realmente ser libre, es decir, para escoger el bien. Naturalmente, ello conduce a la cuestión relativa al modo en que puede conciliarse la posibilidad de elección constituida por el libre albedrío, con la predeterminación divina. Agustín de Hipona, en definitiva, se refiere a esta cuestión como “el misterio de la libertad”, y considera que si bien Dios tiene el conocimiento previo o *presciencia* de qué elegirá el hombre, ello no determina que de todos modos sea el hombre el que elige, con lo que sus actos no son involuntarios.

Santo Tomás¹³ consideró que el hombre goza del libre albedrío como capacidad de elección, como “un poder listo para obrar”; y asimismo posee la voluntad, que necesariamente se presupone no sujeta a ninguna coacción, ni siquiera de la presciencia divina. Pero si bien estar libre de coacción es una condición de la existencia de la voluntad, no es suficiente; sino que junto a ello debe estar presente el intelecto —la inteligencia y la razón— como instrumento para el conocimiento del bien, a fin de que éste pueda constituirse en objeto de la voluntad. En consecuencia, el libre albedrío es un poder cognoscitivo. También es perceptible la clara influencia del pensamiento aristotélico. No hay libertad del hombre sin posibilidad de elección, su libre albedrío; pero de todos modos el ejercicio de la libertad no consiste meramente en el hecho de elegir, sino que consiste en elegir lo trascendente. El hombre, enfrentado a la instancia de elegir, puede caer en el error; sobre todo, si elige exclusivamente por sí mismo, sin auxiliarse con Dios. Para Santo Tomás, por tanto, el hombre dispone de una completa libertad de elección, ya que afirma “por su libre albedrío el hombre se mueve a sí mismo a obrar”.

Es en el Renacimiento cuando la libertad comienza a tener conceptualizaciones que más tarde convergerán en el concepto moderno: la libertad es la autonomía del ser humano derivada de su condición natural. En esta etapa histórica, los pensadores europeos comienzan a interesarse en los llamados “clásicos” griegos, dando paso a la corriente del pensamiento conocida como *humanismo* que, como su propio nombre lo indica, toma al ser humano como el objetivo del conocimiento al considerarlo un ser natural, lo que supone una inicial ruptura con el pensamiento cristiano medieval que conceptualizaba al ser humano como un ser-para-Dios. En retorno a los antiguos supone no sólo la recuperación o revaloración de sus obras, sino fundamentalmente el retorno al principio, a los orígenes de la vida humana desde un punto de vista cultural. Para los pensadores renacentistas volver al principio no significa volver a Dios, sino precisamente al terreno del hombre y del mundo humano, con la consecuente valoración del pensamiento filosófico pre-cristiano.

¹² Vid: San Agustín. *Obras Completas*. Vols. 3 y 6, bajo los títulos “Del libre albedrío” y “De la gracia y el libre albedrío”, respectivamente. Madrid, España, 1948, Editorial Católica.

¹³ Vid: Santo Tomás. *Summa Theologica*. Segunda sección, primera parte, cuestión 109 “De la necesidad de la gracia”, cuyo texto original es consultable en la página web <http://hjj.com.ar/sumat/b/c109.html>.

Los primeros pasos del pensamiento renacentista se observan en las artes, después en las ciencias, y es en éstas últimas donde el pensamiento cristiano choca con las ideas humanistas: hacer del hombre y la naturaleza el centro del conocimiento conlleva dar la espalda a Dios y lo que los teólogos consideran *verdades sagradas*. La sistemática oposición de la Iglesia Católica a las nuevas corrientes del pensamiento y de la investigación científica conllevó primero al cisma de la fe y posteriormente alimentó en parte las ideologías que culminan en la separación del Estado y la Iglesia. El difícil período de la Reforma protestante y la Contrarreforma católica, incluyendo a la actuación de la Inquisición y las guerras religiosas entre protestantes entre sí y contra católicos, conllevaron el desarrollo de un concepto de libertad que va más allá del fuero interno de cada persona, para afianzar cada vez más la idea de la libertad como un derecho inherente a cada ser humano por el sólo hecho de serlo y que trasciende de la persona humana como un derecho fundamental oponible incluso al soberano o al Estado mismos.

Hechos como la revolución científica, la transformación de la economía, la evolución tecnológica, el descubrimiento de nuevas tierras y nuevas culturas, entre otros, cambiaron la forma de vida de los europeos y modificaron las ideas de los intelectuales acerca del mundo en que vivían. De esa forma, hacia finales del siglo XVII comenzó un movimiento de crítica racionalista, conocido como la *Ilustración*, creado por científicos y filósofos que rechazaban los dogmas tradicionales de encontrar la verdad mediante los métodos experimentales. Tanto Galileo Galilei como Isaac Newton, en el ámbito de la física, tenían pruebas contundentes de los grandes errores que contenían las creencias y teorías antiguas.

Al igual que la revolución científica, la revolución intelectual estuvo muy relacionada con la ampliación de los conocimientos y éstos a su vez con la expansión del espacio humano. Los grandes descubrimientos geográficos, los viajes, las exploraciones, expandieron el espacio cultural de los europeos, permitiendo que estos manejaran mucho mejor sus conocimientos acerca de la Tierra y sus recursos. Pero mayor significación tuvo el encuentro con los pueblos indígenas de África y de América. La existencia de estos grupos no mencionados en la Biblia, causó un gran impacto en las mentalidades europeas y conmocionó sus ideas religiosas. Esto dio origen a la búsqueda de explicaciones que permitieran relacionar a los pueblos indígenas con grupos humanos citados en la Biblia. También se llegó a negar la naturaleza humana de los indígenas americanos y, por ende, a negárseles el derecho a la libertad.¹⁴ En el caso de las poblaciones negras africanas, se llegó a justificar su esclavizamiento con base en interpretaciones de pasajes bíblicos a conveniencia.¹⁵

¹⁴ Vid: La bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III, publicada el 2 de junio de 1537, que vino a decidir de manera definitiva la controversia instigada por fray Domingo de Betanzos en torno a la naturaleza *no* humana de los nativos americanos, basada en una supuesta “incapacidad política de los indios de la Nueva España y de su deficiencia espiritual para recibir la fe”. En esta bula se señala que “no es creíble que exista alguien que poseyendo el suficiente entendimiento para desear la fe, esté despojado de la más necesaria facultad de obtenerla, y añade el enemigo del género humano que siempre se opone a las buenas obras para que perezcan, inventó un método hasta ahora inaudito para impedir que la Palabra de Dios fuera predicada a las gentes a fin de que se salven y excitó a algunos de sus satélites, que deseando saciar su codicia, se atreven a afirmar que los Indios occidentales y meridionales y otras gentes que en estos tiempos han llegado a nuestro conocimientos —con el pretexto de que ignoran la fe católica— deben ser dirigidos a nuestra obediencia como si fueran animales y los reducen a servidumbre urgiéndolos con tantas aflicciones como las que usan con las bestias”. Con lo anterior, concluye esta bula que los indios son *verdaderos hombres* capaces no solo de recibir la fe cristiana, sino que “dichos indios, y todas las gentes que en el futuro llegasen al conocimiento de los cristianos, aunque vivan fuera de la fe cristiana, pueden usar, poseer y gozar libre y lícitamente de su libertad y del dominio de sus propiedades, que no deben ser reducidos a servidumbre y que todo lo que se hubiese hecho de otro modo es nulo y sin valor” (Sempat-Assadourian,

La nueva mentalidad del siglo XVIII abandonaba las creencias pesimistas derivadas del pecado original, para incluir la confianza de la capacidad de la naturaleza humana y en sus posibilidades de progreso. Esta nueva concepción influyó tanto en la educación como en el gobierno. El sistema represivo debía dar paso a un sistema basado en la confianza, donde el pueblo sabría regir su propio destino.

El ambiente intelectual se presentó con mayor fuerza en Francia, durante los años 1740 y 1750, cuando este país se convirtió en el centro de la cultura del “Siglo de las Luces”. El ambiente político se volvió más tolerante hacia las ideas de los intelectuales, buscando como objetivo engrandecer el Estado y hacer frente a la amenaza británica. En Francia se desarrolló un buen ambiente del pensamiento ilustrado, que se irradió a otros países de Europa y sus colonias americanas. El punto culminante de la Ilustración es la redacción y publicación —entre 1751 y 1765— de la *Encyclopédie*, obra de Denis Diderot y Jean Le Rond D’Alembert, con la colaboración de grandes filósofos como Montesquieu, Rousseau y Voltaire.

Desde la Reforma protestante hasta el último cuarto del siglo XVIII la discusión constante había sido la libertad de culto, pero dicha discusión se fue ampliando a otras libertades: la política y la personal.¹⁶

Para el ilustrado francés Jean Jacques Rousseau el ser humano es superior a los animales por su *libertad*. Así, “renunciar a la libertad es renunciar a la condición de hombre”,¹⁷ luego, la libertad esencialmente no es sólo la libertad para poseer, sino que es pensada como una exigencia para la dignidad humana, de modo que es elevada a la condición de un valor *en sí* y es irreductible a

Carlos. *Hacia la “Sublimis Deus”: Las Discordancias Entre los Dominicos Indios y el Enfrentamiento del Franciscano Padre Tastera con el Padre Betanzos*. En: *Historia Mexicana*. Vol. 47, núm. 3, México, D. F., 1998, El Colegio de México, pp. 465-536).

¹⁵ Vid: El pasaje contenido en Génesis 9:20-27. Noé se embriaga y muestra su desnudez; su hijo Cam se burla de él, mientras que sus hijos Sem y Jafet lo cubren. Al despertar Noé y enterarse de la afrenta, maldice a Cam diciendo que su descendencia servirá a la descendencia de Sem y Jafet (a menos que se indique lo contrario, las citas de las Sagradas Escrituras hechas en este trabajo provienen de la *Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras*, Nueva York, Estados Unidos de América, 1987, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania). Los colonizadores holandeses del África del Sur (*bóers*) interpretaron este pasaje, identificando a los pueblos negros con los descendientes de Cam, justificando así el sistema esclavista. Incluso, en el siglo XX, algunos grupos “cristianos” sudafricanos utilizaron este pasaje para justificar el *apartheid*.

¹⁶ La influencia de John Locke fue determinante en estos aspectos. Hacia 1667 —frente a las campañas de intolerancia religiosa en Inglaterra— afirma que los magistrados no tienen autoridad para interferir con las decisiones individuales de las personas quienes eligen sus propios caminos a la salvación eterna. Las creencias religiosas y las prácticas para el credo religioso tienen *an absolute and universal right to toleration*. Niega por tanto que la libertad de culto degenera en libertinaje y rebelión, mucho peores las consecuencias nefastas que conlleva la persecución religiosa. Y aquí comienza el segundo punto del ideario de Locke: en la fundamentación del principio de libre credo religioso como derecho *natural* del individuo, el Estado tenía como fin, únicamente, proteger los intereses civiles de los ciudadanos y no interferir en sus creencias religiosas. Entonces, según Locke y otros deístas indican que Dios creó a los individuos libres e independientes unos de otros, así que al ser éstos partes de una comunidad que se funda en lo moral y es gobernado por leyes naturales, sus actos deben ser conducidos por los dictados de la razón, las disputas deben ser resueltas bajo provisión de evidencia, argumentación y discusión, y a pesar de ser corrompidos, los individuos son capaces de vivir en paz entre ellos, gracias al consenso y el acuerdo. Así, la existencia de Dios se basa en la razón y la experiencia personal, y ya no en una verdad *revelada*; luego, la libertad del hombre ya no se basa en la búsqueda de lo bueno de acuerdo a dogmas pre-establecidos, sino en la búsqueda de los propios intereses en base a la experiencia propia. (Vid: Locke, John. *Ensayo Sobre el Entendimiento Humano*. Trad. de Edmundo O’Gorman, México, D. F., 1982, Fondo de Cultura Económica, 221 pp., y *Ensayo y Carta Sobre la Tolerancia*. Trad. de Carlos Mellizo, Madrid, España, 1999, Alianza Editorial, 128 pp.)

¹⁷ Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Trad. de Enrique de la Rosa. Buenos Aires, Argentina, 1963, Fabril Editora, p. 158.

un medio. Por ello, es la fuente de todos los derechos.¹⁸ En su teoría del *contrato social*, Rousseau proclama la soberanía popular más allá de cualquier forma de gobierno, y es la voluntad general — expresada en las leyes— la que garantiza las libertades individuales. Sin embargo, la libertad individual se ve limitada por dos factores: el derecho ajeno y el interés superior del grupo social; de esta manera, la igualdad ante la ley es la única y verdadera forma de lograr una convivencia pacífica, pues “es sólo a la ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad”, afirmando que es “ese saludable órgano de la voluntad de todos quien establece, en el derecho, la igualdad natural de los hombres”.¹⁹ Señala entonces que es la libertad la fuente originaria de todos los derechos naturales y la esencia de los hombres. William Roberto Darós sintetiza la importancia de Rousseau en la conceptualización de la libertad:

*Desde el renacimiento, y pasando por Descartes, se había puesto el acento en el valor de la intimidad y la libertad del hombre, pero éstas eran aún accidentes del hombre.*²⁰

Las ideas de la Ilustración encontraron eco en la Revolución Francesa: *l'ancien régime* dio paso a los regímenes liberales burgueses que durante el siglo XIX sentaron las bases de los modernos sistemas democráticos occidentales. El ideario revolucionario quedó plasmado en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, adoptada definitivamente el 26 de agosto de 1789, proclamando no únicamente la libertad e igualdad de los hombres (artículo 1º), sino definiendo la libertad como “poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (artículo 4º).

De ese modo, la libertad del ser humano ha pasado a ser el derecho máspreciado en los sistemas democráticos de derecho, e incluso hasta nuestros días es el ideal de la gran mayoría de los movimientos revolucionarios y de liberación.

Ahora bien, a la par del desarrollo de los ideales liberales modernos, desde el siglo XVI se fue gestando un movimiento abolicionista de la pena de muerte y otras llamadas inhumanas, como las marcas, los azotes, el destierro, etcétera. Tomás Moro señala en su *Utopía* que los delitos no deben ser castigados con la muerte, pues los delincuentes “ayudan más con el trabajo que con la muerte, y con su ejemplo constante aperciben a los otros a guardarse de semejantes culpas”.²¹ Ante ello, propone que los delitos fueran castigados con la servidumbre, pues con el lucro que ésta generara se compensaría el daño social causado al grupo social con la conducta delictiva.

Aun cuando con las ideas abolicionistas de Tomás Moro fueron desoídas, la idea de la *expiación* en el delito se trasladó entonces al ámbito normativo, ya no buscando la reconciliación del reo con la divinidad, sino ahora con la colectividad. Echada mano de esta teoría, se comenzó a aprovechar la fuerza laboral de los sentenciados, principalmente a través de las galeras, los presidios, las deportaciones y los establecimientos correccionales, con un común denominador: la

¹⁸ Mondolfo, Rodolfo. *Rousseau y la Conciencia Moderna*. Buenos Aires, Argentina, 1972, EUDEBA, p. 55.

¹⁹ Rousseau, Jean Jacques. *Discurso Sobre Economía Política*. Buenos Aires, 2003, Quadrata Editorial, p. 39.

²⁰ Darós, William Roberto. *La Libertad Individual y el Contrato Social según J. J. Rousseau*. En: *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 44, núm. doble 111-112 enero-agosto, San José, Costa Rica, 2006, Universidad de Costa Rica, p. 124.

²¹ Moro, Tomás. *Utopía*. 3ª ed., Madrid, España, 1971, Editorial Zero, p. 36.

privación de la libertad. Inglaterra fue más allá, al utilizar la deportación como una forma de colonización cuando comenzó a remitir a condenados por infracciones penales a colonias en Virginia y Maryland, en América, y posteriormente en Australia.

Beccaria, en la segunda mitad del siglo XVIII, señaló que el fin de las penas no radica en “atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido”, sino en “impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales”. Es por ello que “deberán ser escogidas aquellas penas y aquél método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”, y en torno a la pena de muerte precisó que no es útil “por el ejemplo que da a los hombres de la atrocidad”. De igual manera reconoce lo peligroso que es “dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el 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 reo” y enfatiza:

*La prisión es una pena que por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito; pero este carácter distintivo suyo no le quita otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena.*²²

Este proceso de *humanización* del sistema penal que se dio en los países europeos en los siglos XVIII y XIX llevó a la abolición de aquellas penas que ahora conocemos como inhumanas, trascendentes o infamantes, y la restricción de la aplicación de la pena de muerte a casos graves, tales como la alta traición o el homicidio calificado.

Ya durante la Edad Media se había desarrollado el *presidium* como una forma de reclusión forzosa para la expiación de faltas contra la religión que no ameritaban la muerte —como la blasfemia o la hechicería—, misma que se llevaba a cabo en conventos o monasterios. Si bien inicialmente dicha figura únicamente abarcaba a los miembros de las órdenes religiosas o del clero, las autoridades seculares pronto vieron su utilidad en aquellos casos en que deseaban desembarazarse de determinadas personas sin llegar a su ejecución misma; tal es el caso de reinas viudas, reyes depuestos o ministros venidos en desgracia, que fueron reclusos en monasterios, conventos e incluso en edificaciones civiles *ex profeso*.²³ Posteriormente, el *presidium* dio paso “a las casas de hilados y los aserraderos de maderas, que se dedicaban a la custodia de los deudores remisos a quienes se obligaba a pagar mediante trabajo”.²⁴

²² Bonesana, César, Marqués de Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. No se indica el traductor. Buenos Aires, Argentina, 1993, Editorial Eliostr, pp. 79, 80, 123, 134. El Marqués de Beccaria estuvo incluso en contra de la tortura como medio de obtener la verdad, purgar la infamia, aclarar contradicciones o incluso descubrir a otros autores del delito, indicando que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza, será el que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?” (p. 88).

²³ Tal es el caso de la reina María I Estuardo de Escocia, reclusa en diversos castillos escoceses por su prima y enemiga Isabel I de Inglaterra. La ejecución de María I el 8 de febrero de 1587, originada por una serie de intrigas políticas, fue inicialmente rehusada por Isabel, quien hubiera preferido mantenerla en cautiverio, sobre todo por su temor a sentar un grave precedente de ejecuciones de monarcas consagrados (Vid: Guy, John. *María Estuardo. La Reina Mártir*. Barcelona, España, 2007, EDHASA, p. 624).

²⁴ Carrancá y Trujillo. Op. cit., p. 773.

Con la independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la Revolución Francesa en 1789, la burguesía asciende al poder político en detrimento de la autocracia y se abandona la pretensión de que los reos retribuyeran económicamente el perjuicio que habían causado, anteponiéndose la finalidad de corregirlos. Aunado a ello, tenemos la corriente codificadora como una forma de respetar las garantías de seguridad jurídica resumidas en la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, pues a diferencia de los regímenes de la antigüedad, los países inspirados en los ideales liberales sentaron sus sistemas constitucionales en una variedad de libertades humanas, empero, sobre todo, la *personal*. Ya desde la Carta Magna (*Magna Charta Libertatum*) sancionada por el rey inglés Juan I el 15 de junio de 1215, se reconoció el derecho de un *hombre libre* a no ser apresado arbitrariamente,²⁵ lo que vino a constituir el antecedente directo de las cláusulas de seguridad jurídica en los ordenamientos constitucionales modernos.²⁶

Así, el encumbramiento de la libertad personal conllevó a su restricción como una forma de control penal. Sandra Cabrera apunta:

Dos pautas demuestran la innecesidad de la pena de privativa de libertad: durante mucho tiempo hubo esclavos y siervos (Edad Media) por cuanto el control penal de los mismos le correspondía a su señor, pues entonces era comprensible que castigarlos con una pena de privación de libertad (de algún modo ya se les había privado) le privaba al señor del trabajo de sus súbditos.

Otra pauta respecto de los hombres libres en relación al control penal —al ser la venganza privada se prefería las pena que compensaran el daño económicamente (composición), o una satisfacción por medio del instinto de venganza como la muerte o castigos corporales. Es así que atendiendo a éstas pautas mencionadas sumado a la falta de organización para mantener un sistema de prisión (estructura edilicia, personal, manutención de internos) no se aplicó en mucho tiempo como pena propiamente dicha.

Al transcurrir la historia con sus vaivenes y al surgir el Estado moderno y un Derecho penal público, las necesidades hacia el control social fueron muy diferentes. Cabe aditar la realidad económica y social que se vivía —gran cantidad de desocupados, mendigos y prostitutas todo ello como consecuencia del cambio de sistema de económico— surgimiento del mercantilismo — grandes masas de inmigración del campo a las nacientes ciudades— por cuanto la delincuencia que surgía había que frenarla de alguna manera.²⁷

Durante los siglos XIX y XX diversas ciencias como la criminología (Lombroso, Ferri y Garófalo), corrientes del pensamiento como el positivismo (Comte, Durkheim), el desarrollo de

²⁵ Cláusula 39: Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino (*"Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre"*). Texto original en latín tomado de la página electrónica: <http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>.

²⁶ Los artículos 7º y 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789; la cuarta y quinta enmiendas introducidas en 1791 a la Constitución de los Estados Unidos de América; el artículo 287 de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812; los artículos 150, 151 y 152 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824; el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 así como de la vigente de 1917; el artículo 66 de la Constitución de la República Francesa de 1958; el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994; entre otras muchas, recogen este principio. Asimismo, los artículos 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el artículo 7º incisos 1 y 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos adoptada el 22 de noviembre de 1969; y los artículos 47 a 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, contienen garantías similares.

²⁷ Cabrera, Sandra. *Pena y Prisión Preventiva*. En revista *Urbe et Ius*. Año I, núm. 6, Buenos Aires, Argentina, 2005, Asociación Urbe et Ius, p. 2.

los sistemas penitenciarios (celular o filadélfico, mixto o de Auburn, progresivo o inglés, reformatorios, de clasificación o belga, establecimientos penitenciarios abiertos), y la propia evolución del derecho penal,²⁸ han llevado a la enunciación de los fines de la pena en general, entre ellas la de prisión:

1.- Prevención, que se divide en:

a) *Prevención general*, que no es más que la actuación de la pena sobre la colectividad. La pena establecida en la ley cumple una función intimidante que de cierta manera frena los impulsos delictivos de los integrantes del colectivo social.

b) *Prevención especial*. Atiende a la intimidación individual que se ejerce sobre el delincuente para que éste no vuelva a delinquir; sea realiza en el momento de ejecutar la pena impuesta en su contra, se pretende que al ejecutarse la misma se le aparte de la comisión de nuevos delitos.

2.- Readaptación. A través de esta se pretende que el delincuente, a quien se le considera un desadaptado social, sea reeducado para que pueda lograrse su reinserción en el colectivo social, con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Michel Foucault señala que

la forma general de un equipo para volver a los individuos dóciles y útiles, por un trabajo preciso sobre su cuerpo, ha diseñado la institución-prisión, antes que la ley la definiera como la pena por excelencia. Hay, en el viraje decisivo de los siglos XVIII y XIX, el paso a una penalidad de detención, es cierto; y ello era algo nuevo. Pero se trataba de hecho de la apertura de la penalidad a unos mecanismos de coerción elaborados ya en otra parte. Los “modelos” de la detención penal —Gante, Gloucester, Walnut Street— marcan los primeros puntos posibles de esta transición, más que innovaciones o puntos de partida. La prisión, pieza esencial en el arsenal punitivo, marca seguramente un momento importante en la historia de la justicia penal: su acceso a la “humanidad”. Pero también un momento importante en la historia de esos mecanismos disciplinarios que el nuevo poder de clase estaba desarrollando: aquel en que colonizan la institución judicial. En el viraje de los dos siglos, una nueva legislación define el poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre todos sus miembros, y en la que cada uno de ellos está igualmente representado; pero al hacer de la detención la pena por excelencia, esa nueva legislación introduce procedimientos de dominación característicos de un tipo particular de poder. Una justicia que se dice “igual”, un aparato judicial que se pretende “autónomo”, pero que padece las asimetrías de las sujeciones disciplinarias, tal es la conjunción de nacimiento de la prisión, “pena de las sociedades civilizadas” [...] La prisión es “natural”, como es “natural” en nuestra sociedad el uso del tiempo para medir los intercambios. Pero la evidencia de la prisión se funda también sobre su papel, supuesto o exigido, de aparato de transformar los individuos. ¿Cómo no sería la prisión inmediatamente aceptada, ya que no hace al encerrar, al corregir, al volver dócil, sino reproducir, aunque tenga que acentuarlos un poco, todos los mecanismos que se encuentran en el cuerpo social? La prisión: un cuartel un tanto estricto, una escuela sin indulgencia, un taller sombrío; pero, en el límite, nada de cualitativamente distinto. Este doble fundamento —jurídico-económico de una parte, técnico-disciplinario de otra— ha hecho aparecer la prisión como la forma más inmediata y más

²⁸ A nuestro parecer, los tratadistas *confunden* en sus respectivos estudios la historia de las prisiones, o dicho más precisamente, de los *sistemas penitenciarios*, con la historia de la pena de prisión misma; por ello, no es nuestra intención llevar a cabo un análisis de los establecimientos penitenciarios pues se apartaría del objetivo de nuestro trabajo.

*civilizada de todas las penas. Y es este doble funcionamiento el que le ha dado inmediatamente su solidez. Una cosa es clara, en efecto: la prisión no ha sido al principio una privación de libertad a la cual se le confiriera a continuación una función técnica de corrección; ha sido desde el comienzo una “detención legal” encargada de un suplemento correctivo, o también, una empresa de modificación de los individuos que la privación de libertad permite hacer funcionar en el sistema legal. En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos.*²⁹

Luego, la pena de prisión resulta no ser la pena *humanizadora* como se la ha caracterizado, pues debemos preguntarnos: ¿Puede un régimen de aislamiento y reclusión preparar para la vida en sociedad? ¿Cómo pretende incorporarse a un sujeto a la sociedad si se le condena a penas de más de veinte años o que técnicamente constituyen una cadena perpetua? ¿Cuál es el criterio para establecer que determinados individuos no tengan derecho a resocializarse?

La respuesta —o *no* respuesta— a estas interrogantes nos indica que la pena de prisión no se ha deshecho de su carácter correccionalista y vindicativo y han comenzado a aparecer los cuestionamientos a la prisión como la respuesta del sistema penal, si no cumple su objetivo resocializador: entonces es una venganza del Estado frente a quien ha cometido un delito, es un castigo con consecuencias mucho más serias de lo que se imaginó al principio.³⁰

²⁹ Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. Trad. de Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires, Argentina, 2002, Siglo XXI Editores, pp. 138, 139.

³⁰ Resulta ejemplificativa la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia núm. 2/2005-PL, en virtud de la cual se interrumpieron diversos criterios jurisprudenciales adoptados por el propio Alto Tribunal apenas en el año de 2001 respecto a la naturaleza de la llamada prisión vitalicia o cadena perpetua. En esta draconiana resolución, de la que derivaron dos tesis jurisprudenciales, se estima que “el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los miembros de una sociedad determinada, ni en que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su resocialización, ni en que sea eliminado temporal o definitivamente del núcleo social; pues todas éstas no son la finalidad de la pena, sino consecuencias potenciales de la misma, ya que aun cuando algunas de ellas pudieran ser consideradas abominables y otras deseables, si faltaran todos estos resultados o consecuencias, la pena continuaría siendo un acto inobjetable, porque su fin primario es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. En efecto, el delito ofende materialmente a un individuo, a una familia o a un número cualquiera de personas y el mal que se causa no se repara con la pena; pero el delito agravia a la sociedad al violar sus leyes y ofende a todos sus integrantes al disminuir en ellos el sentimiento de su propia seguridad y crear el peligro del mal ejemplo. Una vez cometido el delito, el peligro del ofendido normalmente deja de existir porque se convierte en un mal efectivo, pero el peligro que amenaza a todos los integrantes de la sociedad comienza entonces, es decir, el peligro consistente en que el delincuente, si permanece impune, renueve contra otros sus ofensas, y que otros, incitados por el mal ejemplo y la impunidad, lleven a cabo acciones que transgredan las leyes establecidas por la sociedad; lo que excitaría, naturalmente, el efecto social de un temor, de una desconfianza en la protección de la ley al amparo de la cual se mantiene la conciencia de libertad, seguridad y respeto al Estado de derecho. Este daño enteramente moral causa una ofensa a todos con la ofensa de uno, porque perturba la tranquilidad de todos en general. De ahí que la pena deba reparar este daño mediante el restablecimiento del orden que se ve conmovido por el desorden del delito; y este concepto de reparación con el que se expresa el mal de la pena, lleva implícitos los resultados de la resocialización del reo, del estímulo de los que no han delinuido y de la amonestación o castigo a los que lo han hecho; pero difieren del concepto puro de la enmienda, intimidación o castigo que originalmente se concibió, pues una cosa es inducir a un culpable a no delinquir más y otra muy distinta el pretender hacerlo interiormente bueno; una cosa es recordar a los integrantes de una sociedad que la ley cumple sus conminaciones y otra propagar el terror en los ánimos; una cosa es que la sociedad imponga una aflicción a quien ha transgredido las leyes, y otra que descargue en él la inconformidad social. La readaptación, la intimidación y el castigo están implícitos en la pena, pero si se pretendiera hacer de ellos un fin especial, la pena y la función punitiva cambiarían de naturaleza” (ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIII, mayo de 2005, pp. 339 y ss. (las citas de este medio de difusión, así como del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, han sido tomadas del disco óptico “Ius 2010 Jurisprudencia y Tesis Aislada”, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D. F., 2011)).

Este cambio de actitud de la Suprema Corte ante la prisión vitalicia fue señalada por el entonces ministro Genaro David Góngora Pimentel como una cesión del Alto Tribunal a las presiones de los gobiernos mexicano y estadounidense para eliminar el impedimento para acceder a las solicitudes de extradición de nacionales mexicanos a los Estados Unidos de

Rosaura Chinchilla Calderón y Éricka Linares Orozco señalan al respecto lo siguiente:

La polémica sobre la prisión como pena es casi tan añeja como su institucionalización. Desde que se asumió que el encierro podía ser la consecuencia de sentencias condenatorias, ha sido objeto de críticas de diferente índole. El encierro ha fracasado como un mecanismo de readaptación social y, más bien, ha sido instrumento de reafirmación de las conductas delictivas que castiga. Es ineficaz para prevenir el delito y atenta contra los derechos humanos de las personas por las condiciones en que se encuentran la mayoría de las cárceles, particularmente en las sociedades subdesarrolladas: hacinamiento, ausencia de atención médica, maltratos, violación de debidos procesos para sanciones administrativas, arbitrariedad y discrecionalidad en el personal administrativo, entre otras.³¹

Por ello, actualmente es opinión generalizada que la concepción del moderno derecho penal consiste no sólo en proteger los bienes jurídicos y el correcto funcionamiento del entramado social, sino también limitar el poder punitivo estatal, amén que en el caso de la pena de prisión su implementación supone una carga económica innecesaria para el Estado, siempre corto de recursos para la consecución de sus fines. Así, se ha propuesto desde diversos foros la limitación y hasta supresión de las llamadas *penas cortas de prisión* (hasta de dos años), sustituyéndolas por sanciones pecuniarias o de carácter reparatorio hacia las víctimas, reservando la pena de prisión a delitos que *verdaderamente* dañen bienes jurídicos de mayor rango. Incluso, hay quienes han pugnado por su *abolición*, no sólo por considerarla *per se* inmorales, sino porque se considera que no cumple con su pretendida función resocializadora, y hasta se le considera como un factor criminógeno más.³² Sin embargo, tomando en consideración el objetivo de nuestro trabajo, no ahondaremos más en este tema.

Sección 2. La prisión preventiva.

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”.³³

Sandra Cabrera la define como

América que la propia Corte había establecido en 2001 al haber declarado inconstitucional dicha pena (Vid: *Luz verde de la Corte a extraditar reos aunque les apliquen prisión perpetua*. Diario *La Jornada*, México, D. F., 30 de noviembre de 2005, en sitio web: <http://www.jornada.unam.mx/2005/11/30/026n1pol.php>). A pesar que los ministros que apoyaron el cambio de jurisprudencia negaron esas presiones, al cabo de dos años comenzaron las entregas de nacionales mexicanos para ser juzgados en las Cortes estadounidenses (Vid: *Extradición temporal de narcos a EU*. Diario *El Universal*, México, D. F., 20 de enero de 2007, en sitio web: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/147644.html>).

³¹ Chinchilla Calderón, Rosaura y Éricka Linares Orozco. *Penas Alternativas a la Prisión. ¿Menos Cárcel o Más Control Social?* En *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 15, núm. 21, octubre, San José Costa Rica, 2003, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 82.

³² Vid: Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *La Pena de Prisión. Propuestas para Sustituirla o Abolirla*. México, D. F. 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 16-20.

³³ Rodríguez Manzanera, Luis. *Penología*. México, D. F., 1998, Editorial Porrúa, p. 144.

*una medida cautelar, establecida con un propósito asegurativo, tendiente a comprobar una infracción hipotética, donde hay una existencia de mínimo de pruebas de culpabilidad, motivada ésta medida para tutelar el éxito del proceso...*³⁴

El connotado jurista Jesús Rodríguez y Rodríguez la conceptualiza como *detención preventiva* y señala que es

*la medida privativa, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme...*³⁵

Sin embargo, consideramos inadecuado llamarle detención preventiva, pues esta palabra proviene del verbo *detener* (del latín *detenēre*) que significa interrumpir algo, impedir que siga adelante; pararse, cesar en el movimiento o la acción.³⁶ Así, entendemos que la *detención* es la acción de privar de la libertad a una persona por la probable comisión de un delito en los casos permitidos por el orden jurídico, específicamente el artículo 16 párrafos segundo, cuarto y quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a saber: 1) En flagrancia, en cuyo caso cualquier autoridad o persona puede llevar a cabo la detención; 2) En caso urgente, por orden del Ministerio Público; y 3) Mediante la aprehensión o reaprehensión por orden exclusiva de la autoridad judicial.

Pero, la prisión preventiva constituye un acto con consecuencias que van más allá de la simple detención, pues se deriva de una *situación jurídica* concreta en la cual al imputado se le considera probable responsable en la comisión de un delito y se le ha sometido a un proceso penal. Luego, esta figura tiene su origen no en una situación fáctica de privación de libertad, sino en un mandamiento expreso que solo la autoridad judicial puede emitir, ya que debe señalarse que el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —antes y después de la reforma de 18 de junio de 2008— indica que “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas”; con ello se refuerza nuestro argumento a favor del concepto *prisión preventiva*. Rodríguez y Rodríguez, sin embargo, señala que la *detención provisional* ante autoridad judicial consta de dos etapas: la primera, una vez que el imputado ha sido puesto a disposición de la autoridad judicial, en virtud ya sea de consignación con detenido o de la ejecución de una orden de aprehensión, y hasta el momento en que se dicta el *auto de formal prisión*; y la segunda, que se prolonga durante todo el tiempo que dura la instrucción; posición que igualmente consideramos desafortunada, pues el autor se refiere únicamente a la temporalidad y no a los efectos jurídicos de la prisión preventiva.³⁷

Arturo Zavaleta la define como

una medida precautoria de índole personal que crea al individuo en el cual recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por juez competente como partícipe en la

³⁴ Cabrera. Op. cit., p. 3.

³⁵ Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos*. México, D. F., 1981, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 14.

³⁶ Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed., Madrid, España, 2001, página web: www.rae.es.

³⁷ Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., pp. 16, 17.

*comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena.*³⁸

De acuerdo con las definiciones abordadas, podemos inferir la existencia de cuatro características esenciales de la prisión preventiva, a saber:

- 1.- Se trata de una medida cautelar privativa de la libertad personal.
- 2.- Debe imponerse de manera excepcional.
- 3.- Debe imponerse únicamente por mandato de la autoridad judicial.
- 4.- Su duración no debe prolongarse más allá del dictado de la sentencia definitiva.

Hasta antes de las reformas procesales penales introducidas en varios países latinoamericanos así como en México, la prisión preventiva obedecía al criterio de *inexcarcelabilidad*, esto es, de alguna u otra forma la ley establecía que las personas procesadas por delitos de gravedad mediana y alta debían, por lo general, permanecer en un régimen de control privativo de libertad en el tiempo necesario para la culminación del proceso o al menos por algún período importante de su desarrollo.³⁹

Así, podemos observar que en el caso de México hasta antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 —aún no implementada a nivel federal y en un buen número de las entidades federativas— se sigue este criterio de *inexcarcelabilidad*: por regla general todos los imputados por delitos que ameriten pena de prisión deberán afrontar su proceso penal en prisión preventiva, y excepcionalmente, en los casos así determinados por la ley, podrán gozar de la libertad provisional en alguna de sus modalidades (bajo protesta, bajo caución, por ejemplo), de modo que en el aún vigente sistema procesal penal federal mexicano la prisión preventiva no reviste el carácter de excepcionalidad inherente a una medida cautelar, por el contrario, lo excepcional es que el imputado enfrente su proceso en libertad.

Primeramente, se advierte que el artículo 18 de la Constitución General de la República, en su redacción anterior a la reforma antes citada, señala:

*Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva...*⁴⁰

Este precepto constitucional le otorgaba a la prisión preventiva el carácter de regla general y no excepcional, pues al utilizar la palabra *habrá* (verbo auxiliar que utilizado con

³⁸ Zavaleta, Arturo. *La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria*. Buenos Aires, Argentina, 1954, Arsayu, p. 26.

³⁹ Duce J. Mauricio et. al. *La Reforma Procesal Penal en América Latina y su Impacto en el Uso de la Prisión Preventiva*. En: Riego R. Cristián y Duce J. Mauricio (directores de la investigación). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago, Chile, 2009, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 16.

⁴⁰ Este precepto se refiere a *pena corporal* y no a pena de prisión, como sí lo refiere dicho precepto después de la reforma de 18 de junio de 2008. Ello obedece a que, hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de diciembre de 2005, el artículo 14 constitucional permitía la aplicación de la pena de muerte, considerada ésta como pena corporal (Vid: Carrancá y Trujillo. Op. cit., pp. 723 y ss.).

infinitivo denota deber, conveniencia o necesidad de realizar lo expresado)⁴¹ indicaba la obligatoriedad de la adopción de la prisión preventiva en la prosecución de los procesos penales, lo que se confirma con el contenido del artículo 19 constitucional en su anterior redacción, que señala:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión...

Sobre esto último, nótese que la frase misma *formal prisión* como elemento medular del proceso —al fijar los hechos materia de éste— conllevaba como ineludible consecuencia la privación de la libertad del imputado, lo que despojaba a la prisión preventiva de su carácter de medida cautelar excepcional y la convertía en una consecuencia natural del dictado del auto de plazo constitucional; tan es así, que tratándose de delitos que no ameritan pena de prisión o, bien, ameritan pena alternativa, al auto de plazo constitucional se le denomina auto de sujeción a proceso.

Resulta curioso que el Código Federal de Procedimientos Penales no hable directamente de la prisión preventiva como una medida cautelar que deba imponerse a un imputado durante el proceso, ya que únicamente los artículos 197, 198 y 205 de dicho ordenamiento se refieren de manera explícita a esta figura, pero solo de manera accidental, pues se refieren a la prisión preventiva como centro de reclusión. Luego, solo a través de una labor silogística se pueden inferir los alcances de la prisión preventiva en el sistema procesal penal federal mexicano, a saber:

a) Los imputados por delitos graves deberán enfrentar su proceso forzosamente en prisión preventiva, de acuerdo con la concordancia de los artículos 20 apartado A fracción I, de la Constitución Federal, y 194 y 399 fracción IV del mismo código procesal, pero dichos artículos no señalan expresamente que el imputado deberá enfrentar el proceso privado de su libertad, sino únicamente que no podrá gozar de la libertad provisional bajo caución.

b) Los imputados por delitos no graves que ameriten pena de prisión deberán enfrentar su proceso forzosamente en prisión preventiva, en los casos en que el juez niegue el beneficio de la libertad provisional —a solicitud del Ministerio Público— si el imputado ha sido condenado con anterioridad por un delito grave, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del imputado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del hecho delictuoso, un riesgo para el ofendido o para la sociedad, de acuerdo con la concordancia de los artículos 20 apartado A fracción I, de la Constitución Federal, y 399 bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Este es, a nuestro parecer, el único caso en que la prisión preventiva constituye verdaderamente una *medida cautelar* sujeta a los casos de excepcionalidad debidamente demostrados.

c) Pero, incluso, aquellos imputados por delitos no graves que ameriten pena de prisión están expuestos a enfrentar su proceso en prisión preventiva cuando teniendo derecho a la libertad provisional bajo caución no cuenten con los medios económicos necesarios para otorgar

⁴¹ Real Academia Española de la Lengua. Op cit.

las garantías necesarias, lo que constituye una circunstancia discriminatoria contra las personas de escasos recursos y penaliza la pobreza.⁴²

d) Por último, en los casos de delitos no graves que ameriten pena de prisión menor a tres años —o cuatro, si se trata de personas de escasos recursos—, los imputados también enfrentarán su proceso forzosamente en prisión preventiva cuando con anterioridad hayan sido condenados por delitos dolosos, o bien, no reúnan alguno de los requisitos exigidos por las fracciones II a VI del artículo 418 del Código Federal de Procedimientos Penales para gozar del beneficio de la libertad provisional bajo protesta.

Por mandato expreso del artículo 18 de la Constitución General de la República los lugares destinados para el cumplimiento de la prisión preventiva “será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”. Ello obedece a un intento formal de respetar la *presunción de inocencia* de las personas procesadas, pues no se les podría dar un tratamiento igual que a las personas declaradas culpables por sentencia irrevocable. También atiende a un criterio que estima que las personas procesadas —muchas de ellas primodelinquentes— no se les puede exponer a “contaminarse” mezclándolos con delinquentes consumados y muchas veces reincidentes que ya han sido sentenciados y purgan largas condenas. La “separación” de los llamados *presos procesados* y *presos ejecutoriados*, sin embargo, no es del todo rigorista: la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado este mandato constitucional como una mera separación física, pero no necesariamente la diferenciación de establecimientos, es decir, pueden albergarse procesados y sentenciados en un mismo establecimiento, con la sola condición de que se encuentren separados unos de otros.⁴³ Esto conlleva en la mayoría de los casos a que en la práctica, ya sea por falta de recursos, ya sea por falta de interés de las autoridades, tanto a procesados como a sentenciados se les aplique el mismo tratamiento *institucional*, haciendo nugatoria esta garantía constitucional.

Si bien el mencionado artículo 18 constitucional no prevé la separación de hombres y mujeres en los centros destinados al cumplimiento de la prisión preventiva, la totalidad de las legislaciones federal y de las entidades federativas disponen que en los centros donde se cumpla

⁴² Carrasco Solís, Javier. *Servicios de Evaluación de Riesgos y Supervisión: Mecanismos Para el Manejo de las Medidas Cautelares*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas, p. 13.

⁴³ Vid: La ejecutoria emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, tomo I, materia constitucional, sección de precedentes relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 2183, página 1521, con el rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. DEBE REALIZARSE EN UN LUGAR SEPARADO Y BAJO UN RÉGIMEN DISTINTO DE LOS QUE SE DESTINAN Y APLICAN A LA PRISIÓN COMO PENA”, en la cual se señala: “De una interpretación teleológica e histórica del artículo 18 de la Carta Magna, deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas; la retención de los procesados tan sólo se funda en la presunción de culpabilidad en la comisión de un delito, en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que han cometido un delito; lo que produce en favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro se destina a albergar a inculpadlos y sentenciados, con tal que se conserve esa separación física; asimismo, no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delinquentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el status de delinquentes”.

la prisión preventiva deberán estar separados los hombres de las mujeres.⁴⁴ Lo anterior obedece a criterios de salubridad y de moralidad sexual, con el fin de evitar la promiscuidad, la propagación de enfermedades sexuales y evitar la violencia sexual hacia las mujeres.

Sección 3. Objeto de la prisión preventiva.

Esencialmente son dos las corrientes que abordan el objeto de la prisión preventiva: Aquella que sostiene que ésta constituye una medida de seguridad, y otra que la tiene como una medida cautelar.

Son autores franceses como Jamais, Martin y Lapeyre, quienes consideran a la prisión preventiva como una medida de seguridad, quienes señalan que “la realización de un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otros, y n algunos casos, especialmente los que se realizan a la vista de otras personas, el delito inicial puede conducir a otras perturbaciones más o menos graves”.⁴⁵

Faustin Hélie, por ejemplo, señala que la prisión preventiva es

*una medida de seguridad, porque un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otro; una garantía para la ejecución de la pena, pues aquél podría ocultarse para evitarla; y un medio de instrucción pues los interrogatorios y careos del imputado son necesarios para la investigación, que no puede permitir que desaparezcan además los rastros del crimen, que se sobornen testigos y que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices...*⁴⁶

En México, Luis Rodríguez Manzanera señala que

en nuestra opinión es una medida de seguridad ya que atiende a la peligrosidad presunta del sujeto, derivada de la gravedad del delito por el que se ha iniciado juicio.

La gravedad del delito la da la ley, imponiendo la necesidad de la prisión preventiva a delitos sancionados con determinadas penas (muerte, corporales), o con pena de prisión de determinada duración (término medio aritmético superior a cinco años, por ejemplo), o con el máximo de la pena (3 años, por ejemplo) o para pena pecuniaria superior a determinado monto (en algunos países).

*Otro argumento que nos hace considerar la prisión preventiva como medida de seguridad, es que debe aplicarse en casos de delincuentes reincidentes, habituales o profesionales. En este caso se atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, sin tomar en cuenta el hecho cometido y que se le atribuye, y dando lugar a la negación de la substitución por otras medidas de seguridad, como la libertad bajo palabra, protestatoria o bajo fianza...*⁴⁷

A nuestro parecer, esta corriente resulta incorrecta. En primer término, se debe precisar que el sistema acusatorio consagrado por la mayoría de los sistemas jurídicos de las democracias occidentales modernas no concibe el encarcelamiento del imputado sino hasta que éste

⁴⁴ El artículo 18 párrafo segundo constitucional solo dispone la separación de hombres y mujeres en las instituciones destinadas al cumplimiento de las penas.

⁴⁵ Vid: Vela Treviño, Sergio. *Miscelánea Penal*. México, D. F., Editorial Trillas, p. 45.

⁴⁶ Hélie, Faustin. *Traité de l’Instructione Criminelle*. Vol. IV., París, Francia, 1886, p. 606 (traducción nuestra).

⁴⁷ Rodríguez Manzanera. Op. cit., p. 145.

es hallado culpable mediante sentencia definitiva. Así, la definición dada por Hélie se refiere a posiciones inquisitorias, esto es, reduce al proceso al mero examen del inculpado, por lo que su captura y encarcelamiento es una operación preliminar e indispensable entre los medios de coerción para descubrir la verdad,⁴⁸ sobre todo si se toma en cuenta que la prisión preventiva podría conllevar la incomunicación so pretexto de asegurar la instrucción y evitar que el imputado se *ponga de acuerdo con sus cómplices*. Por ello era un instrumento para presionar al imputado para que este confesara; eran sistemas estructurados para facilitar este medio de prueba y de hecho en dichos sistemas procesales esta era la “reina de las pruebas”.⁴⁹

Ahora bien, las medidas de seguridad tienen su razón de ser en la *peligrosidad* del autor, en contraposición de la pena que se impone en relación a la gravedad del acto. Luego, esta clase de medidas responden a un derecho penal de autor,⁵⁰ mientras que las penas a un derecho penal de acto, lo cual supone una dualidad irreconciliable: la pena es considerada *aflictiva* y por tanto debe tener una duración determinada, mientras que la medida de seguridad no tiene tal carácter aflictivo y, por ende, su duración debe estar supeditada a la *supresión* del estado peligroso del autor. También, no debe perderse de vista que mientras la pena solo puede aplicarse a persona imputables, las medidas de seguridad puede aplicarse también a personas inimputables.⁵¹ Si bien originalmente se les consideraba como medidas de carácter policial aplicables por la autoridad administrativa, con el paso del tiempo se ha considerado que solo podrán imponerse por la autoridad judicial, reduciendo con ello el margen de discrecionalidad de la autoridad policial.⁵² Zaffaroni señala que puede tratarse de tres tipos de medidas: Pre-delictuales, que son las que se aplican a sujetos que no han delinquido para evitar que lo hagan; las medidas para inimputables, que en realidad son medidas para sujetos psíquicamente incapaces de delito; y post-delictuales, que son las que se combinan con las penas.⁵³ Como quiera que sea, a fin de cumplir con la garantía de legalidad, toda medida de seguridad deberá estar contemplada por la ley.

De acuerdo con el esbozo anterior, la prisión preventiva no puede consistir formalmente en una medida de seguridad pues, dicho sea de paso, no está considerada como tal por las codificaciones penales. Amén de lo anterior, no es verdad que esta medida tenga como finalidad suprimir el estado peligroso del imputado —lo cual reviste una forma de prevención especial—, pues con su internamiento en una institución carcelaria al imputado no se le aplicarán los tratamientos inherentes a dicha supresión, sino únicamente se le privará de la libertad por el tiempo que dure el proceso, y *no* por el tiempo necesario para reducir o suprimir dicha peligrosidad.

Cierto es, como lo hemos señalado con anterioridad, que el imputado incluso podría afrontar el proceso penal si el juez le negara el beneficio de la libertad provisional —a solicitud del Ministerio Público— si ha sido condenado con anterioridad por un delito grave, o cuando el Ministerio Público aportara elementos al juez para establecer que la libertad del imputado

⁴⁸ Vid: Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., p. 13.

⁴⁹ Duce et. al. Op. cit., p. 17.

⁵⁰ Por esta razón, diversos autores critican a las medidas de seguridad. Vid: Rodríguez Devesa, José María. *Alegato Contra las Medidas de Seguridad en Sentido Estricto*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 31, núm. 1, Madrid, España, 1978, Ministerio de Justicia, pp. 5-12.

⁵¹ Maurach, Reinhart et. al. *Derecho Penal. Parte General*. Vol. 2. Trad. de la 7ª edición alemana de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Argentina, 1995, Editorial Astrea, pp. 859-862; y Carrancá. Op. cit., pp. 713, 714.

⁵² Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal Anotado*. 18ª ed., México, D. F., 1995, Editorial Porrúa, p. 159.

⁵³ Zaffaroni. Op. cit., tomo I, pp. 91-97.

representaría, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del hecho delictuoso, un riesgo para el ofendido o para la sociedad; empero, ello no puede ser considerado tampoco una medida de seguridad atendiendo a la *peligrosidad* del imputado, pues aun en este supuesto la prisión preventiva duraría el tiempo estrictamente necesario para concluir el proceso penal, y entonces la peligrosidad del imputado constituye un presupuesto para justificar la excepcionalidad de la medida y no como un fin en sí.

En contraposición, otros autores consideran a la prisión preventiva como una medida cautelar. Primero, debemos conceptualizar las medidas cautelares:

*Calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso.*⁵⁴

Así, las medidas cautelares no tienen relación inmediata con la litis ni con la actividad procesal: no resuelve ninguna cuestión de fondo, ni sobre los actos que las partes o el órgano jurisdiccional llevan a cabo. Sin embargo, si tienen relación *mediata*, pues son un medio para asegurar el desarrollo del proceso, tanto al conservar la litis, como al asegurar la realización de ciertos actos procesales.

Sandra Cabrera señala que las medidas cautelares en materia penal “son actos de índole asegurativa y provisional, están dirigidas a dotar de efectividad al derecho y evitar que la actuación de éste se torne ilusoria”.⁵⁵ Con ello, señala que las características más sobresalientes de las mismas son:

- El uso de la fuerza pública, pero no a modo de sanción, sino a fin de llevar a cabo con éxito la actividad tendiente a comprobar una infracción hipotética y eventualmente a actuar con la sanción que corresponda.
- El propósito asegurativo respecto de la recolección de pruebas y la propia realización del proceso penal.
 - La limitación legal en su aplicación.
 - La existencia de un mínimo de pruebas de culpabilidad.
 - La aplicación exclusiva por la autoridad judicial.
 - La provisionalidad, es decir, solo pueden durar el tiempo estrictamente necesario para tutelar los fines procesales en peligro.

Es esta corriente la que nos parece correcta en su intento de definir el objeto de la prisión preventiva, pues efectivamente la privación de la libertad teleológicamente no obedece en

⁵⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Tomo V. 2ª ed., México, D. F., 2004, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 51.

⁵⁵ Cabrera. Op. cit., p. 3.

ningún caso a la *peligrosidad* o *estado personal* del imputado, sino a la necesidad de asegurar los fines del proceso, como le es propio a toda medida cautelar.⁵⁶

Así pues, la lógica sobre la que se fundamenta el objeto de la prisión preventiva es que “el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso esté en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena”.⁵⁷

Luego, a nuestra consideración, no se puede tener a la prisión preventiva como una figura jurídica con finalidad propia, sino supeditada siempre a la institución que pretende proteger: el proceso.

Con base en las anteriores reflexiones, podemos concluir que el objeto de la prisión preventiva es asegurar el adecuado desarrollo del proceso penal; queriendo decir con la palabra *desarrollo* la prosecución de todas y cada una de las etapas del proceso, así como la realización de los actos procesales, hasta su tal conclusión a través de sentencia irrevocable. Sin embargo, no en todos los casos la prisión preventiva del imputado es el medio idóneo para tal aseguramiento: así, por ejemplo, la presencia del juez durante las audiencias o en las diligencias dentro del juicio es necesaria, pero la prisión preventiva del imputado poco o nada podría hacer para asegurar tal aspecto. Entonces, *sólo en los casos en que la ausencia del imputado, su seguridad personal o su potencial proceder* pudieran constituir un impedimento para el desarrollo del proceso podrá haber lugar a la prisión preventiva.

En efecto, el sistema jurídico mexicano —al igual que muchos otros de tipo romanista continental— no contempla los llamados *juicios penales en ausencia* y es por ello que siempre será indispensable hacer comparecer ante la autoridad judicial al imputado para proseguir con el proceso penal, tan es así, que en caso de sustracción del imputado el proceso deberá suspenderse y eventualmente dicha sustracción podría conllevar la prescripción de la acción penal.

Asimismo, debemos tomar en consideración que la seguridad personal, la integridad física e incluso la vida del imputado podrían encontrarse en peligro durante el proceso, ya sea por parte de las víctimas u ofendidos, o por sus coautores o copartícipes, sobre todo tratándose de miembros de la delincuencia organizada.

De igual manera, el potencial proceder del imputado en cuanto a las evidencias, medios de prueba, víctimas u ofendidos y coautores o copartícipes, constituye el otro aspecto que justifica la procedencia de la prisión preventiva, pues son dichos aspectos constitutivos o

⁵⁶ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en diversas ejecutorias el carácter cautelar de la prisión preventiva y su finalidad u objeto; v. g., la ejecutoria publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 2000, tomo I, materia constitucional, sección de precedentes relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 2186, página 1523, con el rubro “PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR”, en donde además de recalcar que se trata de una medida cautelar señala que sus fines 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”.

⁵⁷ Duce et. al. Op. cit., p. 25.

relacionados con el proceso sobre los que el imputado podría llevar a cabo actos destructivos o intimidatorios tendientes a obstruir la acción de la justicia.

De acuerdo con cada autor los *aspectos* que abarca el objeto de la prisión preventiva varían, ya sea que los denominen *finés* u *objetivos*, pero tomando en consideración los criterios anteriores, podemos enumerar por su importancia los siguientes:⁵⁸

- a) Atendiendo a la necesidad de la presencia del imputado en juicio:
 - Asegurar el fin general inmediato del proceso que tiende a la aplicación de la ley penal en el caso de su violación.
 - Impedir la sustracción de la justicia del imputado.
 - Asegurar la presencia del imputado en el juicio.
 - Asegurar el derecho de defensa del imputado.
 - Evitar que prescriba la acción penal.
 - Asegurar la ejecución de la pena
- b) Atendiendo a la seguridad e integridad física del imputado:
 - Proteger al imputado de sus coautores o copartícipes así como de las víctimas u ofendidos.
- c) Atendiendo al potencial proceder del imputado:
 - Asegurar el éxito de la instrucción probatoria.
 - Facilitar el descubrimiento de la verdad, mediante las investigaciones, búsquedas y pesquisas que no deben verse entorpecidas por el imputado.
 - Asegurar la preservación de las evidencias.
 - Proteger a los testigos.
 - Evitar el ocultamiento o uso del producto del delito.
 - Impedir que el imputado prevenga o concierte con sus coautores o copartícipes.

Sección 4. Problemática.

Hace más de dos siglos el marqués de Beccaria advertía el punto central de la problemática que presenta la prisión preventiva: se le priva de la libertad a un imputado antes de ser declarado culpable, es decir, se aplica una pena antes de dictarse sentencia.⁵⁹

⁵⁸ Vid: Rodríguez Manzanera. Op. cit., pp. 149-153; Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., pp. 29.

⁵⁹ Vid: *Supra*, nota 22.

A partir de 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y como una forma de garantizar la libertad personal, se instituyó el principio de *presunción de inocencia* al proclamarse en el artículo 9º de dicho documento que:

Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras que no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Este principio constituye una de las cláusulas esenciales del complejo principio de seguridad jurídica en materia penal: si a nadie se le puede aplicar una pena sino por medio de una sentencia emitida por un tribunal competente y con arreglo a las leyes expedidas con anterioridad, entonces, por lógica toda persona debe ser considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad.

Esto implica que la prisión preventiva constituye una excepción a dicho principio, pero su justificación no estriba en cuanto a su naturaleza, pues la prisión es una pena *per se* y desde un punto de vista ontológico resulta injustificable que una persona sea apresada cuando no se le ha declarado culpable, sino, como lo hemos apuntado en la sección anterior, la prisión preventiva tiene su razón de ser en la necesidad de asegurar el desarrollo del proceso. Esa necesidad ha sido reconocida implícitamente desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando señala que la detención preventiva procederá “cuando se juzgue indispensable”, cuestión que resultaba, permítasenos la expresión, poco complicada a finales del siglo XVIII cuando la libertad personal era una ilusión que apenas iba haciéndose realidad.

Sin embargo, la evolución de las sociedades democráticas desde la Revolución Francesa y la consagración de las llamadas *libertades individuales* como derechos inalienables de los seres humanos, especialmente la libertad personal, desde hace ya bastantes años ha llevado a enfrentar el problema que plantea esta figura no solo desde el punto de vista de un básico sentido de justicia, sino—sobre todo— con relación al respeto irrestricto de dichas libertades que presupone uno de los principios rectores de los modernos Estados democráticos de derecho.

El enconado debate que ha suscitado la prisión preventiva ha dado lugar a dos posiciones irreconciliablemente encontradas: quienes pugnan por su permanencia y legitimación, y quienes pretenden su abolición.

Por cuanto hace a la primera posición, son dos las corrientes que pretenden legitimar la prisión preventiva: la llamada *teoría sustantivista* que reconoce más o menos expresamente que la prisión preventiva constituye una pena y trata de legitimarla como tal; y la llamada *teoría procesalista* que le desconoce el carácter de pena y únicamente pretende justificarla como una medida procesal.

Los argumentos sustantivistas exponen conceptos como “satisfacción de la opinión pública”, “la necesidad de intimidar”, la urgencia por “controlar la alarma pública”, “la disuasión”, “la ejemplaridad social” y hasta “la readaptación”. Para esta corriente se impone la

necesidad de sacrificar la presunción de inocencia en aras de la conservación del orden social.⁶⁰ Así, hay autores que han señalado que el principio de presunción de inocencia es una ficción jurídica atinente al derecho penal sustantivo; sin embargo, para el derecho procesal no existe una presunción de inocencia, sino un *estado de inocencia*, pues si una persona está sometida a un proceso penal no se le puede presumir inocente, pues de lo contrario no estaría preso. Así, en lugar de reconocerse que un inocente está preso, se dice que si alguien está preso es porque no es tan inocente.⁶¹ Alberto Binder señala que la prisión preventiva se justifica ante la prohibición de los *juicios en ausencia*: se comete un mal menor evitándose un mal mayor, es decir, que se condene en ausencia.⁶²

Sin embargo estas posiciones parten del supuesto tajante que al encausado se le dictará una sentencia condenatoria. Pero ello da lugar a la interrogante: ¿Qué sucede con los sujetos que después de meses privados de la libertad obtienen una sentencia absolutoria? Luego, resulta controvertido que la prisión preventiva pueda justificarse únicamente en la necesidad de asegurar el desarrollo del proceso, pues si uno de sus objetivos es asegurar la ejecución de la pena ¿qué se asegura si el imputado es absuelto al dictarse sentencia definitiva?

Rodríguez y Rodríguez sintetiza esta problemática de la siguiente forma:

*la detención preventiva ha sido y sigue siendo una ocasión de confrontación, un lugar de conflicto, donde entrechocan dos intereses igualmente legítimos. Por un lado, el interés del ser humano al respeto de su libertad individual y, en un sentido más amplio, de su seguridad personal, y, por el otro, el interés del Estado en la prevención del crimen y la persecución de la delincuencia.*⁶³

Si bien este autor no se refiere explícitamente a la corriente sustantivista, en clara alusión a la misma señala que la justificación de la prisión preventiva deriva de la *necesidad de*

⁶⁰ Ejemplo de lo cual lo constituye la continua serie de reformas a los códigos penales federal y de las entidades federativas aumentando la punibilidad aplicable a determinados delitos no sólo con la finalidad de endurecer dichas penas, sino con la clara intención de impedir que los imputados por tales delitos obtengan el beneficio de la libertad provisional bajo caución. Caso reciente fue la modificación a diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal —en ese entonces Nuevo Código Penal para el Distrito Federal— que tipifican el delito de robo con diversas agravantes; en la exposición de motivos de la iniciativa de reformas presentada por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal se justificaron tales modificaciones al señalarse que: “No hay prisión si el monto de lo robado no excede de \$873.00 o no se pueda determinar el valor de lo robado; (artículo 220 fracción I del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal). Sin importar el monto de lo robado, no se castiga el robo si no se cometió con violencia, no intervienen dos o más personas, sea la primera vez que se delinque y se pague el valor de lo robado; (artículo 248 del Nuevo Código Penal). Cuando el monto de lo robado no excede de \$873.00 o no se pueda determinar el valor de lo robado, aún cuando se hubiera cometido con violencia, el delincuente podrá ser enjuiciado estando en libertad; (artículos 220 fracción I y 225 del Nuevo Código Penal). Además, la magnitud de las penas previstas hace muy factible el obtener la libertad provisional, aún cuando la penalidad se incremente por presentarse agravantes...” A favor de estos cambios se argumentó en dicha iniciativa que: “Es un propósito de esta iniciativa brindar a los habitantes del Distrito Federal una mayor seguridad en sus actividades cotidianas, darles la certeza de que aquellos que cometan delitos de los más frecuentes en la actualidad, serán juzgados sin que exista el temor de que, en tanto sean sancionados puedan incurrir en la comisión de otros delitos; existe la necesidad de brindar mayor protección a los habitantes de esta ciudad, a efecto de que recobren la expectativa de seguridad que han ido perdiendo, ante la amenaza de ser víctima en cualquier momento y lugar, toda vez que quienes delinquen habitualmente disponen de múltiples facilidades para ser sometidos a un procedimiento penal gozando de cabal libertad. El derecho está animado sin duda, por la justicia, por la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los integrantes de la comunidad, el cual se ha roto en la actualidad; no existe una cabal correspondencia entre algunos de los delitos más comunes y las sanciones que les son aplicables, lo que redundará en perjuicio de la sociedad y pone en riesgo a los ofendidos...”

⁶¹ Cfr. Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. 3ª ed., Córdoba, Argentina, 1986, Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L., pp. 139-144.

⁶² Vid: Oropeza Barbosa, Ana Luisa. *Prisión Preventiva vs Presunción de Inocencia*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 9, marzo-abril, México, D. F., 2010, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 148.

⁶³ Rodríguez y Rodríguez. Op cit., p. 35.

la medida con relación a la justicia en su misión de salvaguardar el interés general. De ahí que ante la existencia de un interés superior —la tranquilidad social y la salvaguarda de los bienes jurídicos de todos los integrantes de la colectividad— deba sacrificarse un interés individual, claramente situado en un nivel jerárquico inferior. Sin embargo, esta posición resulta peligrosa pues da pie a abusos propios de los sistemas totalitarios e incluso, a decir del autor citado, “ha sido precisamente la apreciación concreta de tal criterio de necesidad por parte del legislador, y más que nada, la aplicación práctica del régimen de la detención preventiva por parte de las autoridades judiciales y policiales, lo que ha dado lugar a las más severas censuras, las más violentas críticas y a las más enérgicas protestas”.⁶⁴

Criticando esta corriente de opinión, Sergio Huacuja señala que la prisión preventiva es la medida dentro del proceso penal que menos se justifica por dos motivos: primero, porque se impone a alguien contra quien sólo existen fundadas sospechas, indicios que hacen suponer que ha cometido un delito punible con pena corporal, lo que significa, en resumen, que se aplica a un hombre todavía no declarado culpable por sentencia judicial firme; en segundo lugar, porque si de acuerdo con la ley y los tratados internacionales debe presumirse inocente al encausado hasta que no se demuestre lo contrario, no puede restringírsele su facultad de ambulatoria, lo que se traduce indudablemente en una violación flagrante del derecho fundamental individual de la libertad personal.

Continúa exponiendo Huacuja que por lo que toca al Estado se habla de que en uso de su *imperium* dicta una ley para el grupo que le está sometido, regulación que además de instituir la reclusión precautoria, fija sus condiciones y modalidades, siempre según el legítimo deber de proteger a la comunidad en sus reclamos de seguridad y justicia contra todo aquel que irrumpa el orden armónico establecido.

Así, a pesar de los puntos de censura y crítica, Huacuja señala que la prisión preventiva es una injusticia necesaria, ineludible y, por ello, *todavía* tolerable, pero —haciendo eco de las críticas en cuanto a la inmoralidad de su contenido aflictivo— es un mal que debe evitarse. Y también es coincidente en indicar que son la práctica judicial y policiaca la que ha suscitado las más enconadas censuras y denuncias al régimen carcelario precautorio, y ha sido el talón de Aquiles del enjuiciamiento penal mexicano, al grado que ya desde el siglo XIX llegó a considerarse como una plaga.⁶⁵

Sobre esta corriente y a modo de crítica, Zaffaroni señala que “el pensamiento sustantivista es el pensamiento del derecho penal autoritario, expresado claramente por Garófalo y Ferri en tiempos del positivismo y por el derecho penal fascista de Manzini”.⁶⁶

La corriente procesalista, por su parte, justifica a la prisión preventiva desde un punto de vista teleológico: el fin que persigue es lo que explica su aplicación, pues, en primer término, por su estrecha conexión con las exigencias procesales de carácter probatorio tiende a

⁶⁴ Ídem, p. 36.

⁶⁵ Huacuja Betancourt, Sergio. *La Desaparición de la Prisión Preventiva*. México, D. F., 1989, Editorial Trillas, pp. 88-99.

⁶⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios y Realidad*. En: *El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos*. México, D. F., 2000, Editorial Porrúa, p. 12.

garantizar la presencia del imputado e impedir, al mismo tiempo, que destruya o enturbie las pruebas; segundo, por el fin propio del proceso, esto es, garantizar la ejecución de la pena, equiparando a la prisión preventiva a las medidas cautelares que se adoptan en el proceso civil; y, tercero, por la finalidad de la defensa social al evitar que el imputado, encontrándose libre, cometa otros delitos o sea víctima de uno de ellos, además de aplacar la eventual ira que se pudiera desarrollar en su contra por los familiares que sufrieron el resultado del delito.

Varios autores tienen como inadmisibles a la primera justificación, atinente a la preservación del cúmulo probatorio, pues señalan que “este temor se funda en la hipótesis de que el procesado, para demostrar su inocencia, altere los hechos, lo cual presume de antemano que él es culpable”.⁶⁷

La segunda razón que los *procesalistas* arguyen a favor de la prisión preventiva, a nuestra consideración, resulta aún más injustificable, pues tiene como presupuesto que todo proceso penal culminará con sentencia condenatoria, haciendo nugatorias las garantías de defensa, debido proceso y seguridad jurídica de las personas, ya que no tendría razón de ser un proceso penal si al imputado irremediadamente se le declarará responsable de la comisión de un delito.

La tercera razón, a decir de Olga Islas de González Mariscal no tiene razón de ser, pues señala

*Basta con pensar en que un gran número de sujetos, desde el interior de la prisión preventiva, tienen bajo su control a los cómplices y dirigen la comisión de delitos; así, por ejemplo, los traficantes de drogas, los terroristas, los tratantes de blancas, etc.*⁶⁸

Criterio que puede ampliarse a la posibilidad que el imputado pudiera ser objeto de venganza por parte de las víctimas o sus familiares, pues la gran mayoría de los centros preventivos —demostrado está—,⁶⁹ si no es que todos, no pueden garantizar plenamente la integridad física o la vida de los internos.

En contrapartida, tenemos la corriente *abolicionista*, que, como su nombre lo indica, pugna por la abolición de la prisión preventiva por considerarla total y abiertamente contraria a los derechos fundamentales de todo imputado.

Esta corriente sostiene que en el estado de derecho existe un paradigma resultante de la obligación del Estado para investigar, procesar y sancionar delitos y la de destinar los

⁶⁷ Oropeza Barbosa. Op. cit., p. 157.

⁶⁸ Islas de González Mariscal, Olga. *La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana*. En: *Jus Sempe*. Núm. 5, México, D. F., 1988, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca, p. 21.

⁶⁹ Ejemplo de ello es el homicidio de Arturo Guzmán Loera alias “El Pollo”, hermano del presunto narcotraficante Joaquín Guzmán Loera alias “El Chapo”, ocurrido el 31 de diciembre de 2004 en el penal de “máxima seguridad” número 1, en ese entonces denominado “La Palma”, el segundo asesinato ocurrido en esa institución en menos de tres meses. Carlos Tornero, a la sazón titular del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social se vio forzado a reconocer que existía una infiltración de la delincuencia organizada en los cuerpos de seguridad del penal, lo que permitió la introducción del arma homicida, calificándolo como “alta traición” (Diario *El Universal*, México, D. F., 2 de enero de 2005, consultado en la dirección electrónica http://www2.eluniversal.com.mx/pls/impreso/noticia.html?id_notas=19120&tabla=primera; y Diario *La Jornada*, México, D. F., 7 de enero de 2005, en sitio web <http://www.jornada.unam.mx/2005/01/07/005n1pol.php>).

recursos humanos, materiales y financieros para tal fin, respetando siempre la amplia gama de derechos procesales del imputado. Sin embargo, cumplir con estas obligaciones resulta difícil, ya por la falta de recursos económicos, ya por la falta de voluntad política para su implementación. Así

se utiliza pues, un sistema alternativo. Este modelo muy poco tiene que ver con el Estado de Derecho. En este modelo, se responde a la demanda pública de seguridad, por medio de detener a alguien no importa si sea culpable o no, encarcelarlo durante meses o años sin juicio previo y efectivamente sin ningún derecho, siempre en condiciones por las cuales el Estado paga menos de lo mínimo necesario para mantener condiciones humanas; para, al fin, en la mayoría de los casos dejarlo con libertad, o bien absuelto, o bien condenado pero ya lo suficientemente castigado antes de juicio.

Este modelo —que constituye una triste realidad en diversos países— efectivamente evade casi la totalidad de los Derechos Humanos en materia penal. En ello no hay real debido proceso legal, ni derecho a defensa, ni mucho menos presunción de inocencia, ni respeto al principio de la legalidad...⁷⁰

Quienes pugnan por la abolición de la prisión preventiva señalan que, sociológicamente hablando, no existe distinción alguna entre ésta y la pena de prisión. Añaden, además, que los modernos sistemas constitucionales tienden a proteger la libertad personal, para lo cual se ha instituido un proceso penal de corte acusatorio, con lo que se pretende además cumplir con las garantías de legalidad y seguridad jurídica. De modo tal que la privación de la libertad, por el carácter aflictivo que conlleva para todo ser humano, no puede ser justificado bajo ninguna óptica, aún si se alegan cuestiones como seguridad pública, paz social o aseguramiento de los fines de la justicia.⁷¹

Con relación a las objeciones que sirven de base a los abolicionistas, Islas de González Mariscal las sintetiza de la siguiente manera:

a) disminuye considerablemente las posibilidades reales de la defensa; b) por sí misma es un medio de coacción para el sujeto que psicológicamente se siente en total desprotección y en situación de inferioridad frente a las autoridades; c) da lugar a una desigualdad entre los sujetos sometidos al procedimiento penal; d) genera trato despectivo y atropellante por parte del personal del reclusorio; e) estigmatiza y, como consecuencia, genera desprecio en un sector considerable de la sociedad; f) suscita juicios por parte de periodistas y, en general, de la opinión pública, que atacan la dignidad del ser humano y el buen nombre; g) da lugar a que el sujeto pierda su empleo; h) repercute en todo el desenvolvimiento de la familia del sujeto; i) es una medida injusta que introduce perturbación e inconsistencia al sistema, convirtiéndolo en un sistema de injusticia penal.⁷²

Como puede observarse claramente, son dos intereses los que se confrontan entre las opiniones de quienes defienden —en cualquiera de sus variantes— la permanencia de la prisión preventiva y de quienes pugnan por su abolición: en los primeros, los intereses generales de la

⁷⁰ Cassel, Douglas. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Detención Preventiva*. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Núm. 21, enero-junio, San José, Costa Rica, 1995, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 36, 37.

⁷¹ Vid: Carranza Lucero, Elías. *Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina y Comparación con los Países de Europa*. En: *Ciencias Penales*. Núm. 16, San José, Costa Rica, 1999, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 66; y González Vidaurri, Alicia. *Control Social en México*. México, D. F., 1998, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 137.

⁷² Islas de González Mariscal, Olga. *La Prisión Preventiva y sus Modalidades, Medios y Procedimientos para su Restricción*. En: *Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria. Memoria de la V Reunión Nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social*. Hermosillo, Sonora, 1995, Secretaría de Gobernación, p. 49.

sociedad, y en el caso de los segundos, los intereses particulares de cada individuo traducidos en los derechos fundamentales reconocidos por el orden constitucional. Aquí cabe citar lo expuesto por Huacuja quien, coincidiendo con Rodríguez y Rodríguez, se pregunta: ¿Qué tiene mayor entidad, la sociedad o el hombre? El autor señala que la respuesta no puede ser contundente toda vez que ni el ser humano es autárquico ni la sociedad es superior; sencillamente el uno es presupuesto del otro, pues si bien en el Estado los individuos encuentran su perfeccionamiento, el primero resulta inconcebible sin el otro.⁷³

La problemática planteada por ambas posiciones está lejos de resolverse, pues, como bien lo dijo Sergio García Ramírez hace más de cuarenta años

el hecho mismo de que se prive de la libertad a una persona antes de que se haya esclarecido su responsabilidad por la comisión de un delito, no ha dejado de inquietar a los juristas y de suscitar frontales embates contra la preventiva. Aquí se podría traer a colación la frase de San Agustín: “los hombres torturan para saber si se debe torturar”; o recordar que para Carrara, la preventiva era la lepra para el proceso penal. A su vez, Concepción Arenal decía: “Imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia”. Con razón Manduca afirma que “la ciencia no ha dicho la última palabra” sobre esta institución, si bien adelante reconoce que “en el estado actual de la moralidad y la cultura, la prisión preventiva no puede abolirse: la exige una suprema necesidad social.”⁷⁴

Bajo esa premisa —como lo veremos en el capítulo relativo de nuestro trabajo— los instrumentos internacionales, los organismos internacionales de protección a los derechos humanos y una buena parte de la doctrina, sin perder la esperanza de una solución definitiva a esta problemática, han pugnado por un esquema jurídico e institucional que admita la prisión preventiva en el proceso penal, pero enfatizando en el carácter excepcional de tal medida y proponiendo medidas alternativas y eficaces que, salvaguardando los derechos fundamentales de los individuos, asegure los fines del proceso penal.

⁷³ Huacuja Betancourt. Op. cit., p. 95.

⁷⁴ García Ramírez, Sergio. *El artículo 18 Constitucional*. México, D. F., 1968, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 23.

Capítulo II. Antecedentes históricos de la prisión preventiva.

Sumario:

Sección 1. *Oriente próximo*. Sección 2. *Grecia y Roma*. Sección 3. *Edad Media*.
Sección 4. *Pueblos originarios americanos*. Sección 5. *Renacimiento*. Sección 6.
Edad moderna.

Si bien hemos dicho que la prisión como pena es una institución relativamente moderna, desde las primeras civilizaciones humanas sí tuvo indudablemente un carácter preventivo. Constancio Bernaldo de Quirós resume la evolución de la prisión preventiva de la siguiente forma:

*Primero son unos brazos autoritarios que dominan, forcejeantes, al malhechor fugitivo sorprendido en flagrante delito. Después, por unas cuantas horas más, es el árbol infeliz, el pilar o el poste en que el malhechor, bien amarrado, aguarda el juicio. Por último, cuando estas escenas se repiten demasiado todos los días, es la construcción fuerte, incómoda y desnuda, en que la dilación de los procesos fuerza a que esperen semanas, meses, años enteros, los que, después de la sentencia, han de salir para que el fallo se cumpla, en forma de muerte, de mutilaciones o de azotes...*⁷⁵

O como, magistralmente, lo sintetiza Sergio García Ramírez, al decir:

*La cárcel es una vieja institución procesal, descendiente de la cautela: ad continendos, para contener, como se lee en el Digesto; o ad custodiam, para custodiar, como resolvió Cynus; o “para guardar los presos... fasta que sean juzgados”, según previnieron las Partidas; nueva organización, en cambio, entre los expedientes ejecutivos, sucedánea de los monasterios y escriturada entre los legados de la Baja Edad Media. Las casas de oración se transformaban, con la mayor formalidad, por solemne cambio de destino, en cuevas de ladrones. En los grandes textos del constitucionalismo aparece junto a otras precauciones propias del proceso: suavizar el enjuiciamiento, moderar el tormento, atenuar la prisión son en el fondo una sola empresa...*⁷⁶

Aun cuando la prisión preventiva, con algunas variantes no esenciales, ha sido una constante en la historia de todos los pueblos del mundo, hemos considerado pertinente hacer una reseña del desarrollo de dicha figura en las principales civilizaciones que directa o indirectamente incidieron en la conformación de lo que ahora conocemos como *civilización occidental*.

⁷⁵ Bernaldo de Quirós, Constancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México, D. F., 1953, Textos Universitarios, p. 41.

⁷⁶ García Ramírez, Sergio. *Justicia Penal*. México, D. F., 1982, Editorial Porrúa, p. 45.

Sección 1. Oriente próximo.

En los valles comprendidos entre los ríos Tigris y Éufrates se desarrollaron civilizaciones agrícolas que con el tiempo y gracias a las inmejorables condiciones para la agricultura fueron evolucionando hasta constituir pueblos con un alto nivel de desarrollo económico y cultural. Sumeria (hacia 3200 antes de nuestra era) se constituyó en el primer pueblo civilizado de la media luna fértil de la que se han hallado restos arqueológicos que dan cuenta de su desarrollo. Constituía una sociedad dominada por una teocracia, donde el rey-sacerdote era considerado una divinidad y quien a la vez que administraba los asuntos públicos, presidía también los asuntos religiosos. De los restos cuneiformes de los textos legales hallados por los arqueólogos tenemos que la ley penal sumeria no conocía —o por lo menos, no aplicaba— la ley del tali3n, y tampoco aplicaba las penas de muerte y otras corporales como los azotes; la mayoría de las faltas consideradas como delitos eran castigadas con multas y no existía la esclavitud por deudas, solamente se obligaba al deudor a trabajar en un estado de servidumbre únicamente por el tiempo necesario para pagar su deuda. Si bien los registros arqueológicos son pocos, se tiene noticia que la sociedad sumeria se componía de hombres libres y solo a los extranjeros se les podía esclavizar. A través de las tablillas cuneiformes halladas se conoce la amplia labor reformadora de Gudea, rey de Lagash (hacia 2144 antes de nuestra era), lo que nos permite deducir la existencia de un vasto entramado legal antes de dichas reformas. La pena de muerte se introdujo de manera muy tardía, seguramente atendiendo a las exigencias de la dinámica social en constante evolución, así como al cambio de la cosmogonía registrada en la religión sumeria: no se conocía la idea de pecado; la falta de cumplimiento de una obligación contraída era considerada como un acto de irresponsabilidad en perjuicio de quien no lo cumplía, pero el orden cósmico no era perturbado por esta inconducta.

A Sumeria le sucedió Babilonia, uno de los primeros imperios de la historia con una altísima refinación técnica y cultural, lo que conllevó también cambios en la organización estatal y religiosa, llegando incluso a la separación del Estado y la religión. Hammurabi (1792 a 1750 antes de nuestra era) consolidó el imperio, dictando disposiciones legales tendientes a mantener el orden en los extensos territorios conquistados y en la burocracia siempre creciente y proclive a la corrupción. Como sucedió con los pueblos contemporáneos, se introdujo la ley del tali3n, la cual quedó plasmada en el Código de Hammurabi, el primer cuerpo legal de la historia que nos es conocido de manera completa.

Fechaado cerca de 1753 antes de nuestra era, escrito en acadio, su prólogo y el epílogo están redactados en un lenguaje más culto y con la finalidad de glorificar al dios babilonio Marduk y, a través de él, a su rey. Éste ordenó que se pusieran copias de este código en las plazas de cada ciudad para que todo el pueblo conociera la ley y sus castigos,⁷⁷ para lo cual el cuerpo de la ley se expresa en lenguaje claro, del pueblo. Comienza con la partícula *sí* (o proposición condicional), describe la conducta delictiva y luego indica el castigo correspondiente.

⁷⁷ Vid: La nota publicada en el Diario *El Universal* el 26 de julio de 2010, bajo el título “Hallan tablilla similar al Código de Hammurabi”, en donde se informa que “un equipo de la Universidad Hebrea de Jerusalén ha descubierto en unas excavaciones en Tel Hazor (norte de Israel) el fragmento de una tablilla cuneiforme con similitudes en su contenido y el momento de su escritura con el babilónico Código de Hammurabi”. La tablilla está escrita en lengua acadia y ha sido fechada entre los siglos XVIII y XVII antes de nuestra era. Lo anterior muestra la amplia difusión que el Código de Hammurabi tuvo en el imperio babilónico y la influencia que pudo haber tenido en la legislación de los pueblos vecinos.

Debe hacerse notar la ausencia de la prisión como pena autónoma; empero, la codificación de estos pueblos nada dice acerca del aprisionamiento preventivo de las personas acusadas de la comisión de delitos. Sin embargo, existen fuentes contemporáneas que dan cuenta de la existencia de prisiones, del rigor de su régimen y su uso para fines extralegales. En la Biblia se relata la conquista del reino de Judá por los babilonios; el rey Sedequías fue capturado y llevado a Riblá, en la tierra de Hamat, en donde Nabucodonosor pronunció contra él y su casa “decisiones judiciales”. Los hijos de Sedequías fueron degollados frente a sus ojos, pero al depuesto rey judío le sacaron los ojos, le fijaron grilletes de cobre y fue puesto en “la casa de custodia hasta el día de su muerte”.⁷⁸ También, se relata el caso del desterrado rey judío Joaquín, quien fue liberado por el rey babilonio Evil-merodac, señalando el relato bíblico que éste, “en el año que llegó a ser rey, elevó la cabeza de Joaquín el rey de Judá sacándolo de la casa de detención, e incluso le quitó sus prendas de vestir de prisionero”.⁷⁹ Resulta notorio que en el registro bíblico no se mencione explícitamente que a estos dos reyes judíos —Sedequías y Joaquín— se les haya impuesto una pena de prisión, pero sí resulta patente la utilización del aprisionamiento de estos monarcas por razones extrajudiciales, sobre todo si se toma en consideración que la legislación babilónica no contemplaba el aprisionamiento como pena autónoma.

Durante cerca de tres milenios Egipto fue asiento de un imperio cuyas instituciones civiles y religiosas permanecieron con pocos cambios sustanciales. Los últimos descubrimientos arqueológicos han demostrado que lejos de ser una sociedad eminentemente esclavista, Egipto constituía una sociedad conformada de hombres libres, pudiendo ser reducidos a la esclavitud hombres libres por deudas,⁸⁰ o extranjeros prendidos en guerras.

Se cree que las leyes del antiguo Egipto pudieron haber sido al menos parcialmente codificadas. De hecho, podemos aprender del historiador griego Herodoto que en el llamado *período tardío* probablemente hubo ocho libros en los que se establecía la totalidad del ordenamiento jurídico egipcio. Desafortunadamente, no queda nada de estos documentos, debido muy probablemente a las subsecuentes ocupaciones que sufrió Egipto a partir de la conquista griega, lo que supuso largos períodos de caos, saqueos y destrucción, así como por el incendio de la biblioteca de Alejandría en el siglo I antes de nuestra era —ordenado por el general romano Julio César—; sin embargo, los monumentos funerarios constituyen importantes referentes de la práctica judicial del Egipto faraónico.⁸¹

Constituyendo una notoria excepción dentro del mundo antiguo, el encarcelamiento podía constituir una pena autónoma en el antiguo Egipto, aunque su finalidad era en realidad mucho más complicada: en algunos casos se condenaba al delincuente a sufrir prisión simple y llanamente; en la mayoría de los casos buscaba el sometimiento del reo a un régimen de trabajos forzosos, lo cual resulta lógico en una sociedad obsesionada en erigir templos y monumentos funerarios y, por ende, siempre necesitada de mano de obra. Sin embargo, la prisión también era utilizada como un medio de forzar al delincuente fugitivo a someterse a la potestad estatal, pues existen registros en donde consta que una mujer permanecía encerrada porque su

⁷⁸ Jeremías 52:9-11.

⁷⁹ Segundo Libro de los Reyes 25:27-29.

⁸⁰ Si bien, el faraón Bocchoris (718-712 antes de nuestra era) suprimió la prisión por deudas.

⁸¹ Pérez Largacha, Antonio. *Herodoto y la Arqueología Egipcia*. En: *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*. Vol. XL, Madrid, España, 2004, Asociación Española de Orientalistas, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 112, 113.

hermano cometió un delito, u otro en donde se da detallada instrucción sobre la retención de la mujer en lugar del marido hasta en tanto éste regresara a saldar una deuda.⁸²

Había otras penas para delitos leves y comunes (no pagar impuestos, pequeños hurtos, etcétera), como la pérdida del trabajo o de la categoría en el mismo, también de las propiedades y el borrado del nombre en la tumba si ya la había construido el acusado.

El castigo corporal más común eran los golpes de bastón, entre 100 a 200, y en los casos más graves se podían añadir 5 *golpes sangrantes* e incluso marcas de metal incandescente. Existían tribunales locales, generalmente constituidos por sacerdotes, que podían imponer penas ligeras como la devolución de mercancías robadas con multa por el doble de su valor. Pero las sentencias por delitos graves contra el Estado o la religión, eran dictadas por visires o en su caso, por el propio rey: mutilación (mano, lengua, nariz u orejas; no hay pruebas sobre la castración), exilio, trabajos forzados en canteras o minas y hasta la pena capital (empalamiento, ahogado en agua, quemando vivo o decapitado).

No se cuenta con registros de disposiciones legales relativas a la prisión preventiva, pero al igual que en otros pueblos contemporáneos, en Egipto solo podía enjuiciarse a una persona si existía en su contra al menos dos testigos. Como es de suponerse, la detención de una persona por delitos graves precedía a la imposición de la pena corporal.

Empero se cuenta con fuentes contemporáneas que hablan de casos de aprisionamiento. Así, tenemos el registro contenido en el libro de Génesis, capítulos 39 y 40, en la que se narra el aprisionamiento de José, hijo del patriarca Israel: siendo imputado por la esposa de su amo Potifar, “tomó su señor a José y lo metió en la cárcel, en el lugar donde estaban los presos del rey, y José se quedó allí en la cárcel”. En esa misma cárcel se encontraban presos el copero y el panadero del faraón; si bien el registro bíblico no menciona por qué cargos estaban aprisionados estos funcionarios reales, sí nos menciona que mientras el copero real fue absuelto y restituido en el cargo, el panadero fue ejecutado. El propio José fue liberado y honrado posteriormente por el Faraón debido a la interpretación que dio a sus sueños.⁸³ De este relato, puede observarse que en el antiguo Egipto existía ya una bien instrumentada prisión preventiva, pues incluso se habla de cárceles reales, seguramente destinadas para los acusados por delitos graves que afrontarían la posible ejecución o mutilación.

Los estudios de papiros hallados de diferentes períodos de la historia del antiguo Egipto evidencian la existencia desde el llamado Reino Antiguo (entre 2700 y 2250 antes de nuestra era) de instituciones que los estudiosos han traducido como “reclusorios” y que, al parecer, constituían centros de compurgación de castigos impuestos a cortesanos por el visir del faraón. Debido a las convulsiones provocadas en el primer período intermedio y al desarrollo social del Reino Medio (entre 2250 a 1800 antes de nuestra era), la presencia de los reclusorios es mucho más frecuente y de acuerdo con el contexto de los papiros conservados esta palabra puede referirse ya a lugares determinados, siendo traducido incluso como “fortaleza”. Ya en papiros de la dinastía XI se

⁸² Torallas Tovar, Sofía. *Arresto y Encarcelamiento en el Egipto Romano Tardío y Bizantino*. En: *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*, Madrid, España, 2003, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pp. 216, 217.

⁸³ Génesis 39:19, 20, 40:1-5, 20-22.

puede suponer que personas reclusos en estos lugares “eran sometidas a juicio tal y como se observa en una aserción de Henu en su inscripción del Wadi Hammamat: “yo soy uno que juzga al recluso justamente sin ser parcial con él””.⁸⁴ Desafortunadamente los papiros no arrojan información para saber si el juicio tenía lugar antes o después del ingreso al reclusorio o en otra institución.

Si bien de acuerdo con el contexto de los escritos conservados se observa que los reclusorios fueron evolucionando como lugares de extinción de penas —algunas de las cuales incluso eran meramente privativas de la libertad— y convirtiéndose en lugares de trabajo en los que se desarrollaban ciertas actividades económicas, sobre todo textiles, o trabajos forzados, como los *picapedreros* de la isla Elefantina. Empero, en algunas ocasiones esta institución aparece como instrumento de coacción y coerción sobre la población cuando, obedeciendo a su nombre, ejercía función de recluir y aprisionar con fines de disuasión y presión, práctica arraigada durante el Reino Nuevo (entre 1550 y 1070 antes de nuestra era).

El carácter coactivo del reclusorio dio lugar con frecuencia a su consecuencia más natural: la presencia de fugitivos que huían de él. Un ejemplo de esto es un pasaje de las *Admoniciones de Ipuur*, texto literario del Reino Medio que describe los desórdenes del primer periodo intermedio; entre otros se cita el siguiente:

*He aquí que las leyes del reclusorio han sido desterradas y por ello la gente camina por las calles contraviniéndolas.*⁸⁵

Los reclusorios parecen haber estado organizados siguiendo un orden jerárquico. Sobre estas instituciones debió estar el “gran reclusorio”; esta institución aparece citada en diversos documentos y cargos administrativos del Reino Medio, del segundo periodo intermedio y del Reino Nuevo. En el texto conocido como *Tareas del Visir*, se indica que ante las infracciones los funcionarios serían apuntados en la lista de criminales que está en el gran reclusorio, lo que indica que este organismo pudo haber funcionado como una oficina y archivo restringido, adscrito a la oficina central del visir.⁸⁶

Sin embargo, durante el Reino Nuevo las citas del reclusorio se hace progresivamente menos frecuente y más que a una institución se refiere a “fortaleza”. Algunas evidencias demuestran que el “calabozo” desempeñó una función similar a partir de finales del Reino Medio, y debido a la intensa actividad bélica egipcia supuso la presencia de un gran número de prisioneros de guerra que pudieron haber sido reclusos en los calabozos, aunque los textos hallados indican que más que centros de castigo eran “lugares de reclusión o concentración de las poblaciones libias para que pudieran ser controladas y para que asimilaran la cultura y lengua egipcias”.⁸⁷

De acuerdo con la reseña anterior, puede inferirse que mientras que el funcionamiento de los centros de reclusión en el antiguo Egipto está bien documentada, “la cárcel

⁸⁴ Diego Espinel, Andrés. *Cárceles y Reclusorios en el Antiguo Egipto*. En: *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*. Op. cit., p. 7.

⁸⁵ *Papiro Leiden 344*, VI, 9, 10. En VI, 12, incluso se dice que *el hnrt* [reclusorio] *grande está saturado*. Vid: Castañeda Reyes, José Carlos. *En Torno a los Aportes del Egipto Antiguo a la Cultura Occidental*. En: *Estudios de Asia y África*. Vol. XXXII enero abril, núm. 1, México, D. F., 1997, El Colegio de México, pp. 99-103.

⁸⁶ Diego Espinel. Op. cit., pp. 9, 10.

⁸⁷ Ídem, p. 14.

como lugar de paso, esto es, como antesala de un juicio o una sentencia, está poco documentada”.⁸⁸ Este último tipo de prisión, que los estudiosos han identificado como *mazmorras* o *calabozos*, no parece haber tenido, por su carácter provisional, instituciones propias.

El pueblo hebreo proveniente de Egipto despojó a los pueblos cananeos de la franja costera ubicada entre la península del Sinaí, el Líbano, el río Jordán y el mar Mediterráneo. De acuerdo con los registros arqueológicos la infiltración hebrea en esta región —que pudo haber sido más complicada de lo que narra la Biblia— tuvo lugar entre los siglos XIV a XI antes de nuestra era y hacia el año 1020 antes de nuestra era se fundó el reino de Israel con Saúl como monarca. Si bien el reino de Israel fue conquistado por Asiria hacia 720 antes de nuestra era, el reino de Judá —escindido del primero en 922 antes de nuestra era— con ciertos períodos de dominación babilonia, persa y griega, perduró hasta el año 63 antes de nuestra era en que fue anexado al imperio Romano, y hacia el año 135 de nuestra era, durante la llamada tercera guerra judeo-romana Jerusalén fue arrasada, para evitar el retorno de los judíos se construyó una ciudad romana, *Ælia Capitolina*, y se aposentó una guarnición en el lugar donde se había levantado el templo. Para completar la humillación, se llamó desde entonces a la región provincia de *Palæstina*, nombre latino para *Filistea*, eligiendo el nombre de los filisteos a quienes Roma identificó como enemigos naturales de los judíos. La mayoría de la población judía fue asesinada, esclavizada o exiliada y la religión judía prohibida, con lo que el centro de la vida religiosa judía pasó a Babilonia, lugar en donde floreció una amplia actividad interpretativa de los textos sagrados de la religión judía.⁸⁹

Debido a la ferviente religiosidad del pueblo hebreo, sus creencias y tradiciones fueron celosamente conservadas durante la diáspora y los períodos de exilio, perdurando hasta la actualidad, enriquecidas además con la labor interpretativa rabínica. Gracias a ello, en los textos sagrados judíos conocidos como *la Torá* se detalla la historia de este pueblo y sus instituciones. De esa forma, hasta el día de hoy tenemos conocimiento de las leyes que regían ese pueblo y que incluso constituyen la base de la moralidad cristiana occidental.

Las leyes dadas por Dios a Moisés establecían una severa moralidad religiosa y sexual, estableciendo la pena de muerte para la blasfemia, la fornicación, el adulterio, la violación o la trata de esclavos hebreos, la multa para la mayoría de los robos o el estupro, así como una serie de penas basadas en la llamada *ley del talión*, que podrían incluir azotes, mutilaciones o resarcimientos económicos.⁹⁰

No existe disposición alguna en la ley mosaica que impusiera como castigo la privación de la libertad o prisión. Sin embargo, resulta interesante que el libro de Levítico capítulo 24, versículos 11 a 14, contenga el siguiente pasaje:

Y el hijo de la mujer israelita empezó a blasfemar el Nombre y a invocar el mal contra él. De modo que lo llevaron donde Moisés. A propósito, el nombre de su madre era Selomit, hija de

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 24, 25.

⁸⁹ Vid: Hermann, Siegfried. *Historia de Israel en la Época del Antiguo Testamento*, 2ª edición, Salamanca, España, 1996, Ediciones Sígueme, 556 pp.

⁹⁰ Véase: Levítico 24:15,16, Deuteronomio 22:21, 22, 25, y 24:7, Levítico 6:2, 4, Deuteronomio 22:28, 29, Levítico 14:17-21, respectivamente.

Dibrí, de la tribu de Dan. Entonces lo pusieron en custodia hasta que se les hiciera una declaración precisa confirme al dicho de Jehová.

Y Jehová procedió a hablar a Moisés, y dijo: “Saca fuera del campamento al que invocó el mal; y todos los que lo oyeron tienen que poner sus manos sobre la cabeza de él, y la asamblea entera tiene que lapidarlo”.

De este pasaje se observa que el encarcelamiento fue con el objeto de aclarar qué se debía hacer con el blasfemo “ya que no sabían si estaba sujeto a la pena de muerte o no”.⁹¹ De acuerdo con Mariano Gómez Aranda la palabra hebrea usada por dicho pasaje, así como en el contenido en Números 15:32-34,⁹² no se refiere a ningún lugar en concreto, sino a “un estado provocado como consecuencia de desobedecer la ley de Dios”, como sí sucede en la palabra hebrea utilizada en Génesis 39:20 cuando se refiere a la prisión de José y que literalmente significa “ser redondo” o “redondez”, refiriéndose a un “sistema de fortificación con forma redonda, es decir, una fortaleza”.⁹³ A propósito de lo anterior, la *Septuaginta* —traducción directa del hebreo al griego de las Santas Escrituras cuya redacción concluyó hacia el 200 antes de nuestra era— traduce este pasaje con la palabra *fortaleza*.

El régimen carcelario hebreo poco pudo diferenciarse del utilizado por los filisteos. Jueces 16:21 nos dice que los filisteos se apoderaron de Sansón “y le perforaron y sacaron los ojos y lo bajaron a Gaza y lo sujetaron con dos grilletes de cobre, y vino a ser molendero en la casa de encierro”. Esdrás 7:21-26 da cuenta de la restauración del reino de Judá permitida por el rey persa Artajerjes, ordenándole que “en cuanto a todo el que no se haga hacedor de la ley de tu Dios y la ley del rey, que prestamente se ejecute el juicio en él, ya sea para muerte o para exilio, o para multa de dinero o para prisión”. Si bien *aparentemente* con esta sentencia se podría inferir que la prisión se instituyó como pena autónoma, la palabra hebrea traducida como *prisión* literalmente significa “ataduras” o “cuerdas” y es la raíz del verbo “atar”, de modo que se trata de una trasnominación para designar el lugar donde están atados los prisioneros, por lo que la palabra *prisión* de este pasaje más bien se refiere al lugar donde los prisioneros están atados y, eventualmente, sometidos a trabajos forzados o tormentos.⁹⁴ Ahora bien, del pasaje contenido en el Primer Libro de los Reyes capítulo 22, similar al contenido en el Segundo Libro de las Crónicas capítulo 18 —en el que se narra que el rey Ajab de Israel consultó al profeta Miqueas sobre la pertinencia de ir a la guerra junto con el reino de Judá en contra de los sirios, profetizando Miqueas que Ajab perecería en esa conflagración—, se demuestra que los israelitas tenían cárceles en las ciudades, en las que metían a los presos y les tenían la comida racionada. Los prisioneros eran entregados a las autoridades de las ciudades y un alto responsable de la corte real era el encargado de esta institución. La actitud del rey Ajab respecto del profeta Miqueas demuestra que cualquiera que provocara la cólera del rey podía terminar aprisionado sin juicio previo y, peor aún, sin recibir sentencia alguna: un modo de coerción política. Dos ejemplos de lo anterior lo constituyen el profeta Jeremías que, habiendo disgustado al rey

⁹¹ *El Pentateuco*, con el comentario del rabí Shelomó Itzjakí (Rashí), Levítico (Vayikrá), traducción, elucidación y comentario de Aryeh Coffman, México, 2002, Editorial Jerusalem de México, pp. 435-437.

⁹² “Mientras los hijos de Israel continuaban en el desierto, hallaron una vez a un hombre que andaba recogiendo pedazos de leña en día de sábado. Entonces los que lo hallaron recogiendo pedazos de leña fueron y lo llevaron a Moisés y Aarón y a la entera asamblea. De modo que lo pusieron en custodia, porque no se había declarado precisamente que debería hacersele”.

⁹³ Gómez Aranda, Mariano. *La Cárcel en el Antiguo Testamento*. En *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*. Op. cit., pp. 42, 43, 51, 52.

⁹⁴ Ídem, pp. 44, 45.

Sedequías, fue puesto en la *casa de los grilletes* y, posteriormente, en la *casa de la Guardia*,⁹⁵ hasta el día en que Jerusalén cayó en poder de Babilonia (Jeremías 37:13-18, 38:28); así como el caso de Juan el bautista quien, habiendo censurado el adulterio del rey Herodes con su cuñada Herodías, fue atado y puesto en prisión y, posteriormente a petición de Salomé —hijastra del rey—, fue ejecutado sin juicio previo (Mateo 14:1-12; Lucas 3:19, 20).

Sección 2. Grecia y Roma.

Los antiguos griegos sobresalen por la filosofía, no por el derecho. No podemos hablar de *Grecia antigua*, pues los pueblos helenos —hasta las conquistas de Alejandro Magno— no constituían un Estado, sino se agrupaban en una diversidad de ciudades-estado, las *polis* de las que tanto se ha nutrido la teoría política.

No es extraño que frecuentemente estuviesen enfrentadas en pos de una hegemonía sobre las demás. Así se explica que cada polis griega fuese un mundo muchas veces ajeno al resto, contribuyendo a dificultar el desarrollo de un sistema legal que fuese común. No existía una *ley griega*, en todo caso había normas propias de cada polis como lo demuestra la inscripción del siglo V antes de nuestra era que indica cómo las polis de Caleo y Eantea, de la región de Lócride, en la Grecia central, acordaron aplicar una misma ley para aquellos casos de detención injusta que se presentaran. Estas ciudades, separadas diez kilómetros, acordaron que los ciudadanos de cada una de ellas, que residieran en la otra por un tiempo superior a un mes y cometiesen un delito, fuesen juzgados precisamente por el procedimiento legal del Estado huésped, con lo que una misma ley servía para un perímetro jurisdiccional de, al menos, diez kilómetros.⁹⁶

Atenas puede ser un ejemplo a seguir en el estudio del derecho griego, ya que esta ciudad-Estado dispuso de un estrecho control jurisdiccional sobre los extranjeros que fuesen demandados, al tener que verse allí los procesos que iniciaran contra ellos. Consecuencia de esa concentración jurisdiccional en la metrópolis fue que aquellas ciudades-Estado dependientes de Atenas, perdieron la potestad, por ejemplo, de infligir la pena de muerte.

Las penas entre los antiguos griegos eran sumamente severas, especialmente en Esparta. Siendo ciudades guerreras siempre buscando la expansión, las sociedades de las polis recibían por lo general una rigurosa formación militar, en la cual se incluía la enseñanza de preceptos religiosos y filosóficos firmes. Empero, el derecho penal de los antiguos griegos se basaba, sobre todo, en el concepto del honor y de la ciudadanía: ser ciudadano conllevaba muchos privilegios, por

⁹⁵ Los relatos indican que las cárceles se encontraban, por lo general, en los *palacios* o en las guarniciones militares, y tenían dos *niveles*, por decirlo así: uno conocido como *el patio de vigilancia*, donde los presos menos peligrosos estaban vigilados y gozaban de mayor libertad, y *la cisterna*, un pozo profundo, con alguna cavidad interior, lleno de lodo y sin agua, dónde metían a los presos que se consideraban más peligrosos o a los que en ese medio insalubre se les inducía a la muerte (Gómez Aranda. Op. cit. p. 53; véase: Jeremías 38:6).

⁹⁶ Alonso y Royano, Félix. *El Derecho Griego*. En: *Espacio, Tiempo y Forma*. Serie II, Historia Antigua, tomo 9, Madrid, España, 1996, Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 115, 116.

lo que la pena de destierro era una de las más temidas, pues no había nada peor para un griego que ser un apátrida.⁹⁷

Hacia 621 antes de nuestra era, frente a los reclamos populares ante la arbitrariedad de los jueces, el legislador Dracón recopiló las leyes orales, poniéndolas por escrito. El código era muy severo y rígido, al grado que algunos decían que “parecía escrito con sangre”, porque casi todos los delitos eran castigados con la muerte. A Dracón lo sucedieron otros personajes — Solón, Clístenes, Pericles— que prodigaron a Atenas de esplendor. En la llamada *Época de Oro*, muchos filósofos dieron forma al pensamiento antiguo, cuya influencia se siente hasta nuestros días, como Platón y Aristóteles, quienes “penetraron hasta el fin científico de la pena, anticipándose a la moderna Penología; así Platón sentó que si el delito es una enfermedad, la pena es “una medicina del alma”, y Aristóteles que “el dolor infligido por la pena debe ser tal que sea contrario a su grado máximo a la voluptuosidad deseada”, con lo que se anticipó al correccionalismo”.⁹⁸

El sistema judicial ateniense era complejo: los jueces formaban un tribunal colegiado y así el *Themostelai* estaba compuesto primitivamente por seis arcontes encargados de la redacción, y después de la custodia de las leyes. Otro tipo de tribunal era el *Hoi Tettarakonta* compuesto por jueces itinerantes que recorrían los demos áticos para juzgar los pleitos, en cuya sentencia se condenaba a una sanción pecuniaria superior a diez dracmas. Las partes en litigio también podían llegar a acuerdos o convenios económicos estableciendo la suma con que quedaba zanjado el asunto.⁹⁹

Los juicios eran públicos y una empalizada separaba a jueces, litigantes y funcionarios, de los asistentes al proceso. Para ejercitar sus acciones ante la justicia los demandantes disponían de plazos tasados cuya preclusión impedía el futuro ejercicio de la acción. Los oradores, o lo que hoy denominamos defensa de las partes, disponían de un tiempo también tasado por la medida contenida en un reloj de agua o *clepsidra*, y que no podían superar en cada intervención. Los jueces escuchaban sin interrumpir a los oradores y los testimonios que presentaban. En principio fueron orales y ya en tiempos de Demóstenes los testimonios eran documentos escritos y podían ir acompañados de un juramento. También en el periodo probatorio cabían los testimonios orales o escritos, los documentos que se quisiesen acompañar y otro tipo de evidencias, incluso los indicios. Por ejemplo, los documentos que constituían un gravamen sobre un bien inmueble se depositaban por quien los tenía, en manos de un tercero con lo que era un modo de recurrir a su publicidad, para aquellos casos en que la ley no obligaba. También se recurría a la colocación de *horoi* o mojones con inscripciones alrededor del inmueble. Aquella sentencia que no se cumplía voluntariamente podía ser de inmediato ejecutada.¹⁰⁰

Para el ejercicio de cualquier tipo de acción ante los tribunales se necesitaba tener 18 años cumplidos. En cuanto a la causa pública, el demandante o acusador que no obtuviese 1/5 de los votos del tribunal era condenado a una multa y a la *atimía* o privación de sus derechos como ciudadano.

⁹⁷ Maldonado de Lizalde, Eugenia. *El Derecho Penal en Sófocles y Esquilo*. México, D. F., 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 2, 3.

⁹⁸ Carrancá y Trujillo. Op. cit., pp. 96, 97.

⁹⁹ Alonso y Royano. Op. cit., p. 117.

¹⁰⁰ Ídem, pp. 118, 119.

Sin embargo, de las leyes griegas antiguas que han perdurado hasta nuestros días nada se dice de la forma y condiciones en las que un *ciudadano* podía ser apresado. No obstante, dada la dureza de las penas aplicables —muerte, azotes, reducción a la esclavitud, mutilación, destierro— no cabe duda que el aprisionamiento era una medida necesaria en la sustanciación de los juicios. Así, dado el carácter militarista de las polis griegas, también puede inferirse que la custodia de las personas aprisionadas era a cargo del Ejército.

Por lo que respecta a la historia de Roma, ocupa un lugar propio dentro de la historia del mundo antiguo, mostrándose como la cultura más unitaria de toda la historia. Sin embargo, no existe uniformidad entre los diversos antiguos en cuanto al desarrollo de la historia de Roma, empero, basándonos en distintos autores romanos (Cicerón, tertuliano, Floro y Lactancio) podemos decir que los períodos de la historia romana comprende:¹⁰¹ a) El período monárquico, entre el 753 al 509 antes de nuestra era; b) El período de la República primitiva, entre el 509 al 212 antes de nuestra era; c) El período de la República tardía, entre el 212 al 63 antes de nuestra era; y d) El Imperio, entre el 63 antes de nuestra era al 476 de nuestra era. En esta última etapa, Roma logra la plenitud de su sistema jurídico que constituirá la base de la cultura jurídica occidental, cuyas instituciones han permanecido en su mayoría hasta nuestros días. En contrapartida, se profundizan los males sociales y políticos: las diferencias sociales, la corrupción inherente a la administración de un vasto territorio y las primeras muestras de una intolerancia religiosa que se verá aún más enfatizada durante la Edad Media en la que diversos Estados reclaman la legitimidad de la dignidad imperial.

Ni todo el espacio de este trabajo resultaría suficiente para desarrollar los conceptos básicos del derecho romano, cuya evolución a lo largo de casi mil años logró una perfección tal que ha sido el cimiento del derecho occidental hasta nuestros días. Así, limitándonos al objetivo planteado para este capítulo, nos referiremos —muy someramente— a la evolución que la institución romana de la prisión tuvo a lo largo de la historia romana y sus connotaciones más sobresalientes.

Según la tradición, Numa Pompilio, segundo rey legendario de Roma, dotó a Roma de disposiciones jurídicas escritas, llamadas *leges regiae*. Posteriormente, tras la caída de la monarquía, se aplicó el derecho consuetudinario como patrimonio de los patricios, fundamentalmente del Colegio de los Pontífices, quienes las interpretaban según su conveniencia en contraposición de los intereses de la creciente clase plebeya. Según el historiador Tito Livio, después del establecimiento de la República, hacia el 450 antes de nuestra era, los plebeyos exigieron un cuerpo de leyes escritas a efectos de asegurar la igualdad para todos. Es así que se designó a diez notables patricios que se encargarían de elaborar tales leyes, dando como resultado la llamada *Ley de las Doce Tablas*, cuerpo legal que perduró hasta la aparición del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano I.

En la *Tabla I* de este cuerpo legal pueden observarse ya disposiciones detalladas acerca de la forma en que se desarrollarán los juicios, instituyéndose desde entonces la prisión preventiva, al prescribirse que si alguien es llamado a juicio y no comparece “el que lo llama puede

¹⁰¹ Santos Yanguas, Narciso. *La Concepción de la Historia de Roma como Sucesión de Edades en los Historiadores Latinos*. En: *Cuadernos de Filología Clásica*. Núm. 17, Madrid, España, 1981, Universidad Complutense de Madrid, pp. 173, 174, 177-179.

detenerlo, previa convocación de testigos que presencien el acto” y si aún así se resistiese el llamado a comparecer “podía llevarse por la fuerza”; reconoce, sin embargo, el derecho a la libertad bajo caución al prescribir que “si hubiese alguno que saliese fiador por el llamado a juicio, el fiador debía ser rico, si el llamado a juicio lo era también, y si éste fuese proletario, de cualquier clase o condición”. Esta ley no distinguía de juicios civiles y penales, por lo que la prisión preventiva podía aplicarse a cualquier tipo de litigio.¹⁰²

Bajo las Doce Tablas la función principal de la cárcel era proporcionar un lugar para mantener a los presos del Estado pendientes de ejecución, y para las personas en espera de juicio. Los ricos podían cumplir su aprisionamiento bajo arresto domiciliario en la casa de su fiador. La prisión como tal carecía de carácter de pena, excepción hecha de los deudores, en el que si no pagaban y nadie respondía por ellos, “el acreedor puede hacerlo poner en la cárcel amarrado con collar o con grillos que no pesen más de quince libras”.¹⁰³

Con la expansión territorial romana durante la República aparecieron una serie de instituciones con la finalidad de administrar los vastos territorios conquistados, organizar los órganos de gobierno locales e impartir justicia. La prisión preventiva se extendió al sistema penal militar, como medio disciplinario excepcional, como al derecho penal público, en el que ocupaba el primer lugar en el sistema de coerción en contra de los particulares, cuyo depositario del *imperium* dentro de la ciudad era el magistrado, quien al emitir órdenes para desplegar su actividad oficial requería de la coerción. El uso de esta forma coactiva implicaba la insubordinación y la desobediencia, que también enfrentaban otras magistraturas a las que se les dotó de coacción, como por ejemplo al tribuno del pueblo. El arresto y la cárcel podían imponerlos estos funcionarios a los casos de deudas entre particulares, multas o deudas fiscales.¹⁰⁴

Durante la República la prisión tampoco tuvo el carácter de pena. El arresto era discrecional del magistrado, esto es, las leyes no establecían los casos en los que se debía encarcelar al imputado, por ello el aprisionamiento quedaba al arbitrio de la autoridad y podía ser indefinido, pero los registros escritos demuestran que en su mayoría era una medida transitoria y provisional. En la administración de justicia penal, también se empleaba como medio asegurativo para poder continuar el proceso y para ejecutar las sentencias. Los magistrados también solían ordenar el arresto privado en casas particulares, generalmente en sus propias casas, con ciertas modalidades, para las personas con mejor condición económica, en atención a las malas condiciones de capacidad o las de inseguridad en la cárcel pública.

Los magistrados gozaban de los medios coercitivos para incoar y sustanciar los juicios penales, a saber: a) La citación personal (*vocatio*); b) La comparecencia forzosa, para ello se empleaba la captura (*prehensio*); c) La búsqueda o requisita (*requisitio*); d) El arresto y el auto en el

¹⁰² Antequera, José María. *Historia de la Legislación Romana*. 3ª ed., Madrid España, 1874, P. Infante editor, pp. 273, 274.

¹⁰³ Ídem, p. 276.

¹⁰⁴ Uribe Benítez, Óscar. *La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio y Oral de México*. México, D. F., 2007, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, p. 13.

que se constituye fianza (*paredes vades*); e) La citación no personal, realizada por edictos; y f) La incoación y sustanciación del juicio en ausencia.¹⁰⁵

En el procedimiento por *quæstiones*, los pretores carecían del derecho de arrestar de manera provisional. Pero a partir de la ley *Julia de vi*, los ciudadanos estaban libres, por lo que en ningún caso era necesario constituir fianza.

El derecho en Roma era para los ciudadanos.¹⁰⁶ Es bien sabido que el derecho de ciudadanía romano se basaba en el *ius sanguinii*, es decir, sólo eran ciudadanos romanos los hijos o descendientes de ciudadanos romanos, aunque la ciudadanía podía adquirirse por otros medios, por ejemplo, las gracias concedidas por el Senado o el Emperador a extranjeros. Roma, por lo general, respetó los sistemas jurídicos de los pueblos sojuzgados salvo en lo atinente a cuestiones estatales o fiscales, pero en ningún caso le era permitido a los tribunales locales la imposición de la pena de muerte, que era potestad únicamente de las autoridades romanas.

En el caso de los delitos cometidos por esclavos no ameritaba la incoación de juicio alguno, pues sus amos gozaban del derecho de disposición de sus vidas, el cual, sin embargo, fue limitándose, pero en ningún caso se llegó a castigar severamente su abuso. Si un esclavo era acusado por un delito cometido en contra de otro ciudadano libre podía ponerse en custodia, salvo que su amo constituyera fianza a su favor. Tratándose de extranjeros que cometían delitos contra el Estado, eran sujetos del derecho penal militar.

En el Imperio las instituciones romanas tuvieron pocos cambios, excepto que los magistrados recuperaron la potestad de encarcelar a los imputados y se recurrió de nueva cuenta al derecho a la libertad provisional bajo caución.¹⁰⁷

No obstante, debido a la vastedad de los territorios conquistados, durante el Imperio el Ejército constituyó la piedra angular del sistema punitivo romano. La gran mayoría de los pueblos avasallados carecían de la ciudadanía romana y, debido a las constantes sublevaciones, el aparato militar sirvió como medio para mantener la llamada *pax romana*.¹⁰⁸ Debido a la falta de instrumentos para garantizar la seguridad jurídica a favor de los pueblos sojuzgados, los gobernantes romanos casi siempre abusaban de su poder, encarcelando a quienes consideraban enemigos de Roma, o a sus enemigos personales.

En la Roma imperial, a la prisión se le siguió considerando únicamente como una forma de custodiar a los hombres que habían de ser juzgados, pero el encarcelamiento de las personas como una forma específica de castigo estaba expresamente prohibida. Podemos leer en el Digesto, capítulo XLIX, título XIX, sección 8, párrafo 9, lo siguiente:

¹⁰⁵ Ídem, pp. 13, 14.

¹⁰⁶ El ciudadano lo es mientras pertenezca a una ciudad, por ende, el desterrado pierde esa calidad. Vid: Maggio, Luis Aníbal. "*Civis Romanum Sum*". *Acerca de la Ciudadanía*. Ponencia presentada en el XII Encuentro Nacional de profesores de Derecho Romano de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina, 2005, Universidad de Moron, pp. 1-4.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰⁸ Perea Yébenes, Sabino. *El Soldado Romano, la Ley Militar y Las Cárceles "In Castris"*. En: *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*. Op. cit., pp. 115-152.

*Suelen los Presidentes condenar á ser retenidos en la cárcel, ó á tenerlos reclusos con grillos; pero no deben hacer esto; porque están prohibidas tales penas, pues la cárcel debe ser tenida para custodiar á los hombres, no para castigarlos.*¹⁰⁹

Durante la historia romana las penas fueron evolucionando inclinándose hacia la ejemplaridad. Los castigos, además de ser retributivos —incluyendo en algunos casos la ley del talión—, tenían como finalidad disuadir a la población de la comisión de ilícitos, especialmente en aquellos casos de los delitos contra el Estado. El régimen de las prisiones estaba a cargo generalmente del Ejército, situadas en las fortificaciones o cuarteles militares. Las había también en las ciudades y en las etapas tardías del Imperio incluso había cárceles privadas.¹¹⁰ Eran lugares con condiciones infrahumanas, en donde a los presos se les sometía a condiciones terribles: encadenados de pies y manos, sometidos a torturas, inanición y toda clase de maltratos. El derecho romano carecía de instrumentos jurídicos para garantizar la integridad física de las personas y la muerte de un preso pocas veces era investigada y sancionada.¹¹¹

En un sistema social tan piramidal y con un sentido tan acentuado de la dignidad estamental, el sistema judicial era profundamente corrupto, tanto desde los parámetros modernos como al juicio de sus innumerables víctimas. Guiada por criterios de estatus, la administración de justicia aplicaba a un mismo delito procedimientos y sanciones diversas, según el rango del culpable: tortura, castigos físicos y ejecuciones degradantes (crucifixión, fieras, hogueras) para los humildes; respecto a la integridad física, sanciones menores y, en su caso, ejecuciones más dignas para los ciudadanos y estratos altos (exilio, suicidio, decapitación). Las cárceles en las que un acusado podía pasar largas temporadas en espera de juicio, tenían grados diversos de habitabilidad, distinguiéndose en particular aquellas en que los presos estaban encadenados de las que no utilizaban tales medidas y les daban un caso más digno; incluso, lo hemos dicho, podía llegarse al arresto domiciliario, privilegio del que gozaban las clases que, no por su estatus social sino por su capacidad económica, podían cubrir las fianzas o podían corromper al magistrado.¹¹²

Como ejemplo, tenemos al apóstol Pablo, ciudadano romano cuyo verdadero nombre era Saulo de Tarso. En el año 58 de nuestra era fue aprisionado debido a los alborotos que su obra evangelizadora provocó entre los judíos de Jerusalén. Llevado ante el procurador Marco Antonio Félix, éste postergó su juicio permitiéndole gozar de la libertad debido a su condición de ciudadano romano, pero esperando recibir un soborno para no proseguir con la causa. Al cabo de dos años Porcio Festo sustituyó a Félix como procurador, y buscando congraciarse con los judíos puso a San Pablo en prisión e inició el juicio relativo; sin embargo, el apóstol apeló al César en base a su derecho de ciudadanía romana, por lo que fue conducido a Roma en donde permaneció preso en una casa alquilada, en la que gozó de relativa libertad e, incluso, recibía constantes visitas, siendo liberado en el año 63. Sin embargo, al sobrevenir la persecución cristiana en el año 64 tras el incendio de Roma

¹⁰⁹ Justiniano. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Tomo III: Digesto, sexta y séptima partes, traducción y compilación de Ildefonso García del Corral, Barcelona, España, 1897, Jaime Molinas Editor, p. 790. Sin embargo, el *Digesto* no es sino la compilación de los antiguos ordenamientos romanos, sentencias y criterios de grandes juristas. Por lo que esta regla no puede atribuírsele a Justiniano, sino que su origen puede remontarse a los tiempos del Principado (siglo I antes de nuestra era).

¹¹⁰ Fernández Ubiña, José. *El Imperio Romano como Sistema de Dominación*. En: *Polis: Revista de Ideas y Formas Políticas de Antigüedad Clásica*. Núm. 18, Alcalá de Henares, España, 2006, Universidad de Alcalá de Henares, pp. 99, 100.

¹¹¹ Arce, Javier. *Cárcel y Torturas en Roma*. En: *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*. Op. cit., pp. 95-100.

¹¹² Fernández Ubiña. Op. cit., pp. 86, 97.

bajo Nerón, San Pablo fue hecho preso de nueva cuenta; no se tiene noticia de qué clase de cargos se le hacían, pero en esos días, bajo Nerón, se requería muy poca cosa para condenar a un cristiano a muerte, mayormente si se trataba de uno de los más prominentes. Bastaba acusarle de propagar una religión no reconocida por el Estado (*religio nova et illicita*) para que la sentencia de muerte cayese despiadadamente. En sus epístolas dio cuenta del tratamiento de *malhechor* que sufrió en prisión, quizá sometido a trabajos forzosos o condiciones inhumanas. Finalmente fue decapitado en el año 67, sin que se tenga registro fidedigno de la causa precisa de su ejecución; se piensa que ésta fue su carácter de *prominente cristiano*.¹¹³ Lo peor, sin embargo, para las clases bajas no fueron estas segregaciones jurídicas, sino la ausencia de un ministerio fiscal al servicio del Estado, por lo que gravísimos crímenes quedaban impunes. En consecuencia, en la práctica, la justicia romana no se concebía ni se aplicaba como un derecho del ciudadano, sino como un privilegio del poder.

Sección 3. Edad Media.

La expresión Edad Media, que tan familiar nos resulta, es uno de los típicos conceptos que bajo una aparente claridad y simplicidad se presenta caracterizada por contradictorios paradigmas. Son variados los puntos de vista en cuanto a su inicio y terminación; desde luego, no podemos hablar de cronologías determinadas, sino que se debe echar mano de acontecimientos o procesos históricos que ayuden a configurar esta etapa de la historia de Occidente. Así, una buena parte de los estudiosos señalan el año 476 con la caída del Imperio Romano de Occidente como el punto de inicio de la Edad Media, siendo el año 1453 su culminación, con la caída de Constantinopla en poder de los turcos y la consiguiente desaparición del Imperio Bizantino, sucesor del Imperio Romano de Oriente. Con la caída del orden político imperial romano, el caos se apodera de la llamada cristiandad, que había sido adoptada como religión oficial del Estado. Es una época de profundas transformaciones políticas (la unidad imperial es sucedida por un sinnúmero de reyes y jefes bárbaros mal civilizados), económicas (casi desaparecen el comercio, la moneda y las transacciones mobiliarias, por la inseguridad esencial de las vías de comunicación), culturales (pues la enseñanza oficial es del todo inexistente), sociales (el estatus de "cives" o ciudadano romano desaparece y es más o menos reemplazado por el de súbdito del rey o miembro de una tribu o clan bárbaro), militares (la infantería romana es suplantada por la caballería pesada germana que será la base de la caballería medieval), etcétera. En medio de tan variadas mutaciones sociales, un aspecto de la vida humana permanece firme como la roca a la que azota la tempestad sin causar daño: la Iglesia de Roma.

La sociedad medieval es una sociedad oficialmente cristiana. De hecho el vocablo *Europa* no es usado ni siquiera como expresión geográfica. A la *cristiandad* se ingresa mediante un sacramento religioso: el bautismo. Por ello, quien no ha sido partícipe del mismo no pertenece a la sociedad y no se le puede aplicar el estatuto jurídico político de los *cristianos*.¹¹⁴ Es el origen de la separación de cristianos, judíos y musulmanes. El modelo según el cual se organiza la sociedad es el inspirado por Agustín de Hipona, quien en su obra "La Ciudad de Dios" cristianiza el

¹¹³ Ídem, p. 82. Vid: Hechos de los Apóstoles capítulos 21 a 28; Filipenses 2:24; Filemón 22; Segunda Carta Timoteo 1:16, 4:16, 17; y Fernández Ubiña, José y Mar Marcos. *Libertad e Intolerancia Religiosa en el Imperio Romano*. Madrid, España, 2007, Universidad Complutense de Madrid, pp. 27-60.

¹¹⁴ Varela Suanzes, Joaquín. *Política y Derecho en la Edad Media*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17, Madrid, España, 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 338.

modelo platónico del Estado Ideal: la sociedad está compuesta por tres órdenes: los que guerrean (señores nobles y soldados), los que oran o rezan (eclesiásticos) y los que laboran (trabajadores libres, artesanos y siervos). También, las ideas antiguas plasmadas en la *Política* de Aristóteles servirá de base a la construcción escolástica de Tomás de Aquino en *La Ciudad de Dios*, obra que “contribuyó de forma decisiva a proporcionar a la doctrina medieval sus rasgos específicamente cristianos, a la vez que a difundir no pocas ideas grecorromanas”.¹¹⁵

A la caída de Roma el orden social se desploma y esto no es sino un reflejo de la carcoma que devoraba a la llamada civilización antigua desde hacía siglos. En el orden político ocurre otro tanto, pues la unidad jurídico-política alcanzada por Roma se disuelve y da lugar a la aparición de un sinnúmero de pequeñas unidades políticas que pretenden transformarse en entidades autárquicas o autosuficientes y que se ven constantemente envueltas en conflictos entre sí. Son los feudos, verdadero microcosmos social, en cuyo interior se reproducen las dimensiones que antiguamente se desarrollaban con libertad en todo el Imperio. El feudo es un fenómeno principalmente jurídico que envuelve dos dimensiones contradictorias; por una parte el carácter cristiano de la sociedad, dado por el modelo agustino y por otra el aspecto bárbarico de los caudillos que centran su autoridad en las costumbres ancestrales de los germanos y que gobiernan basados en el arbitrio las más de las veces.

Junto con el orden feudal se desarrolla una doble estructura de poder *universal*. Por una parte el Papado se considera la cabeza de la *Universitas christiana*. Los sucesores del Pescador reinan en el centro de Italia sobre los territorios de Roma y sus alrededores. Pero mucho más importante que su poder territorial será su poder espiritual. Desde la silla pontificia los papas reinan sobre las conciencias de los reyes, los nobles y los simples hombres libres de toda Europa. Desde Gregorio Magno (590-604) y León III hasta la Reforma en el siglo XVI los Papas serán los conductores de la cristiandad y los verdaderos protagonistas de un orden social que tenía como centro a Dios. Las relaciones con Bizancio, las Cruzadas, la difusión del Evangelio por todo el orbe y otros grandes logros culturales y políticos tienen al Papado como el motor de impulsión directa.

En la teocracia medieval el Papa aparece como el sucesor y vicario de Jesucristo en la tierra, con poder temporal y espiritual pleno. Sin embargo es esta espada temporal la que dará origen a la otra gran institución medieval: el Imperio. En la doctrina medieval, el Emperador es quien recibe del Papa la espada temporal y en ejercicio de este poder debe extender el dominio cristiano por todo el mundo, hasta que a la segunda venida del Salvador entregase las llaves de todo el orbe a Jesucristo. Este imperio se considera en todo como el legítimo sucesor del antiguo Imperio Romano caído en 476.

No debe pensarse en que la existencia de los llamados poderes universales permitiese la organización de un orden político perfecto, cuya cúspide ocuparan el Emperador y el Papa en total armonía con el resto de la pirámide feudal, desde reyes hasta simples vasallos. La realidad fue mucho más compleja. Ciertamente se presentaron innumerables conflictos entre el Emperador y sus vasallos. Muchas veces estos (individual o colectivamente) controlaron el destino del César germánico. Lo mismo ocurrió en las relaciones entre el Papa y los reyes; fueron frecuentes

¹¹⁵ Ídem, pp. 338, 339.

las alianzas entre éstos y el Papa para hacer frente a otras organizadas por el Emperador y viceversa. El sistema se convertía así, en una inestable estrategia de ligas y coaliciones en permanente evolución y permitía al mismo tiempo el ascenso y la caída de poderosos y débiles.¹¹⁶

Bizancio, continuación del Imperio Romano de Oriente, fue la depositaria de las antiguas instituciones romanas, las cuales variaron muy poco en poco más de mil años de existencia del Imperio Bizantino. Así, Pérez Martín señala

*En el Bizancio heredero del Imperio romano de Oriente sobreviven muchas de las instituciones del entramado administrativo que caracteriza un estado poderoso como el romano y, por esta razón, existe una prolongación natural hacia Bizancio de debates que afectan tanto a la función de la cárcel en época romana como a uno entre tantos prejuicios sobre la sociedad tradoantigua, habitualmente caracterizada por una violencia congénita y una mayor represión de ésta por parte del Estado. Por lo que respecta a la función de la cárcel, podemos decir [...] que en Bizancio no sufrió grandes cambios respecto a su predecesora romana...*¹¹⁷

En Constantinopla —nombre oficial de la ciudad de Bizancio a partir de 330 de nuestra era con su refundación por Constantino I *el Grande*— a fin de dotar a la ciudad de instituciones que la equipararan a la calidad imperial de la ciudad de Roma, se crea el puesto de *præfectus urbi* o eparco, delegado del poder del Emperador que tenía jurisdicción en las provincias cercanas a la polis y era considerado el juez supremo en todos los asuntos que afectaban a Constantinopla, de los que solo debía responder ante el Emperador. Debido al crecimiento de la ciudad, las funciones del eparco se delegaron, a su vez, en una serie de subordinados, entre ellos el *præfectus vigiliam* cuya función era la vigilancia nocturna y el cuerpo de bomberos. Este puesto fue transformado en 535 a *prætor plebis* que dependía directamente del Emperador; estos funcionarios tenían a su cargo la administración de la cárcel de Constantinopla y generalmente estaban en contubernio con los delincuentes apresados, desatendiendo sus obligaciones represoras: se sabe que en el siglo XII un tal *Juan Lagos*, responsable de la cárcel del pretorio, organizó una red criminal con los presos que estaban a su cargo, liberándolos por la noche para que robaran casa y se repartía después el botín con ellos.¹¹⁸

Las instituciones del *ius punendi* romano se mantuvieron durante el Imperio Bizantino, por lo que la prisión mantuvo su carácter eminentemente preventivo. El Digesto —obra compilada por orden de Justiniano I hacia el año 533— contiene diversas opiniones de juristas romanos clásicos, entre los que se tiene la de Cynus, quien sentenció: “*carcer introductus est non ad pœnam, sed ad custodiam*”,¹¹⁹ repitiendo la fórmula de Ulpiano: “*carceres enim ad continendo homines, non ad puniendos haberi debent*”.¹²⁰

¹¹⁶ Ibídem, pp. 341-343.

¹¹⁷ Pérez Martín, Inmaculada. *Cárcel y Reclusión en Bizancio*. En: *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*. Op. cit., p. 225.

¹¹⁸ Ídem, p. 230. Compárese con la nota publicada el 2 de agosto de 2010 en el periódico “El Heraldo del Saltillo”, en el que se informa que la directora del Centro de Readaptación Social de Saltillo, Coahuila, fue arraigada debido a que junto con sus colaboradores permitían salir del penal a un grupo de presos vinculados con el crimen organizado, para que pudieran cumplir venganzas contra integrantes de bandas rivales y hacer ejecuciones con las armas de cargo del personal del Cereso.

¹¹⁹ García Ramírez, Sergio. *El Artículo 18 Constitucional: Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores*. México, D. F., 1967, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 24, 25.

¹²⁰ “La cárcel debe ser tenida para custodiar a los hombres, no para castigarlos”. *Digesto*, Libro XLVIII, Título XIX, Sección 8, Parágrafo 9. En el Digesto se habla de *pœna quæ adimat libertatem*, pero se especifica que son penas de esta naturaleza

La reclusión preventiva quedaba a discreción del juzgador. El *Digesto* (XLVII, III, 1) señala que

*En cuanto a la custodia de los reos suele estimar el Procónsul, si la persona haya de ser recluida en la cárcel, o haya de ser entregada a los militares, o encomendada a fiadores, o aun a ella misma. Mas esto suele hacerlo atendiendo a la calidad del delito que se imputa, o a la honorabilidad, o a las muy grandes facultades o a la inocencia de la persona, o a la dignidad del que es acusado.*¹²¹

Se reconocía el derecho a la libertad bajo caución, a menos que el delito fuera tan grave “que no deba ser encomendado ni a fiadores, ni a militares, sino a sufrir esta misma pena de cárcel antes del suplicio”, constituyendo así un claro ejemplo de la excepcionalidad de esta medida. Si el acusado confesaba el delito, era puesto en custodia hasta emitirse sentencia, con ello, se aseguraba el cumplimiento de la pena. Empero la corrupción y el tráfico de poder también permanecieron, dando como resultado las mismas prácticas viciadas de la sociedad romana: la prisión era utilizada con criterios clasistas y el más poderoso muchas veces la libraba a través de sobornos. Para combatir estas prácticas, se disponían sanciones al carcelero que consintiera “que el preso estuviera sin grillete, o que se introdujera arma o veneno en la cárcel”, al procónsul que dejara en libertad sin causa al preso, y a los militares que “hubieren perdido los presos” (*Digesto*, XLVIII, III, 4, 5, 8, 10 y 12).¹²² Una nota distintiva de las cárceles bizantinas es que —al igual que en otras latitudes europeas— eran utilizadas no solamente para albergar a delincuentes comunes o enemigos políticos, sino ahora también a enemigos religiosos; tal es el caso del papa Martín que en el año 654 permaneció 93 días recluido en la prisión de Prandiara, encarcelado por no aceptar el monotelismo que como doctrina unitaria pretendía imponer el emperador Heraclio a la ecúmene cristiana.¹²³

Con un vasto territorio difícil *per se* de administrar, constantes convulsiones internas y numerosas incursiones de pueblos bárbaros y turcos, el Imperio Bizantino no pudo disociar las instituciones civiles del poder militar, siendo común que las prisiones estuvieran situadas en las fortificaciones y administradas por los militares. Se sabe que la cárcel solía estar situada en la residencia del gobernador de la provincia, el *pretorio*, donde se encontraban igualmente los juzgados, las oficinas del fisco, el depósito del dinero de los impuestos y la guardia imperial o provincial. Las prisiones invariablemente eran lugares insalubres, oscuros, húmedos y con nula sanidad. No pocas veces los presos morían en circunstancias poco claras y eran comunes los casos en que a los considerados enemigos del régimen se les sometía a trabajos forzosos o regímenes inhumanos, como la tortura, que a la postre les provocaban la muerte. Este último hecho era incluso reconocido por la ley: “*Nec ea quidem pœna damnari quem oportet, ut verberibus necetur, vel virgis interimatur, nec tormentis, quamvis plerique, dum torquentur, deficere solent*”.¹²⁴

las que condena, por ejemplo, al trabajo en las minas. La privación de la libertad era inherente al trabajo en las minas, tan es así, que *las minas no son muchas en número; y ciertamente que algunas provincias las tienen, y otras no las tienen; pero las que no las tienen remiten a los penados a las provincias que tienen minas* (*Digesto*, Libro XLVIII, Título XIX, Sección 9, parágrafo 4) (Justiniano. Op. cit., p. 789).

¹²¹ Ídem, p. 727.

¹²² *Ibidem*, pp. 728-730.

¹²³ Pérez Martín. Op. cit. 236, 237.

¹²⁴ “Pero ciertamente nadie debe ser condenado a la pena de ser muerto a azotes, o de ser matado a palos, ni en el tormento, aunque los más suelen fallecer mientras son atormentados” (*Digesto*, Libro XLVIII, Título XIX, Sección 8, parágrafo 3). Justiniano. Op. cit., p. 789.

Los monasterios, por su parte, eran lugares de reclusión más benigna, reservados a altos cargos eclesiásticos o a miembros de la familia imperial —en especial femeninos— a los que se prefería hacer inofensivos o minimizar sus influencias alejándolos de la corte. Estos lugares no eran solamente de reclusión de personajes importantes; eran el único lugar donde se encarcelaba a las mujeres de las que era impensable que se hacieran junto a los hombres en las prisiones públicas. Los servicios penitenciarios eran, pues, una faceta más del papel oficial de la Iglesia en la asistencia pública, una tarea en la que había asumido progresivamente funciones que antes correspondían a la administración imperial.¹²⁵

Refirámonos ahora a España, fuente directa de nuestra tradición jurídica. El uso de la prisión en los reinos hispánicos medievales —León, Castilla, Aragón— no difirió del que le fue dado en otras latitudes europeas durante esta etapa de la historia, sino que fue utilizado como lugar de custodia de acusados en tanto eran juzgados. El *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* es el primer ordenamiento jurídico conocido en lo que hoy es España. Dado probablemente en el año 654 por el rey visigodo Recesvinto, redactado en latín tardío, fue traducido al castellano en 1241 por órdenes del rey Fernando III, conociéndoseles desde ese entonces como *Fuero Juzgo*. Basado en aproximadamente 500 leyes visigóticas e influenciado por el derecho romano y canónico, se aplicó como derecho local —en calidad de *fuero municipal*— en los dominios conquistados por Castilla. El ordenamiento de Alcalá de 1348 le otorgó preeminencia sobre las *Siete Partidas* y se siguió aplicando hasta bien entrado el siglo XIX en España y sus colonias. Los Libros VI, VII y VIII de este ordenamiento tratan sobre el derecho penal, estableciéndose un detallado catálogo de delitos y penas, así como las reglas básicas del procedimiento penal. Éste se presenta en dos variantes: uno de corte acusatorio, como regla general; y otro inquisitivo para ciertos delitos graves, aunque escasamente detallado.

El proceso acusatorio comenzaba “por querrela presentada por el acusador, personalmente o por medio de representante. Una vez iniciado, no se admitía el desistimiento ni la avenencia entre las partes. El juez, tras una investigación para averiguar la certeza de la comisión del delito, ordenaba la prisión del acusado”.¹²⁶

En efecto, el Libro VII, Título I, Sección V, del *Fuero Juzgo* dispone:

V. Si el que no es culpado es acusado.

*Si algun omne es acusado de furto, ó que dió yerbas, ó venino á beber, ó dotras cosas tales, el aquel acusa vaya antes sennor, ó antel juez de la tierra, que lo pesquira, é sepa el fecho; é pues que lo sopier, mandelo prender...*¹²⁷

La naturaleza de la prisión, poco detallada en el *Fuero Juzgo*, fue precisada en las *Siete Partidas*, legislación redactada durante el reinado del Alfonso X *el Sabio* de Castilla (1252–1284). En la Partida Séptima, Título XXXI, Ley 4, se definen las penas que los jueces habrán de aplicar, cuatro consideradas mayores y tres menores: muerte o mutilación, encadenamiento y sometimiento a trabajos forzados de por vida, destierro y encadenamiento perpetuo en prisión; destierro por cierto

¹²⁵ Pérez Martín. Op. cit., pp. 239, 240.

¹²⁶ Paz Alonso, María. *El Proceso Penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, España, 1982, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 9.

¹²⁷ Real Academia de la Lengua. *Fuero Juzgo*. Madrid, España, 1815, Ibarra Impresor, p. 120.

tiempo, prohibición para desempeñar un oficio o profesión y azotes, respectivamente.¹²⁸ Sin embargo, este dispositivo hace distinción de la prisión al señalar que la prisión “no la deben dar a hombre libre, sino a siervo”. Tanto el Fuero Juzgo como las Siete Partidas, así como sucesivas disposiciones castellanas, establecían sanciones diversas para un solo hecho distinguiendo entre hombres libres y siervos, como un intento de aterrorizar a los hombres, fruto de la unión entre la idea de delito y la de pecado, y de la réplica o venganza del soberano contra el que se ha rebelado contra sus leyes y el orden feudal establecido.¹²⁹ Sin embargo, dicha disposición reafirma el carácter preventivo de la prisión, al señalar que “la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados”. La fianza no era admitida para los delitos que ameritaban la muerte o la mutilación, reafirmandose su carácter cautelar. Las cárceles privadas, sin embargo, fueron proscritas, y se imponía a los juzgadores la obligación de visitar periódicamente los establecimientos carcelarios para verificar el estado físico de los presos (Libro VII, Título 29, Leyes 1 y 15).¹³⁰

En lo referente al régimen eclesiástico, el derecho penal canónico se ocupaba de los delitos cometidos por los miembros del clero. En los monasterios se dividían ciertas partes por medio de una lápida para recluir a los condenados, a los que se suministraba sólo pan y legumbres. El abate del Monasterio San Martino del Campi en el siglo XII, hizo construir la primer cárcel subterránea que se denominó *vade in pace* (vete en paz) pues en se ingresaba a ella por un túnel y el condenado era considerado como muerto. Durante la Edad Media las cárceles más importantes de Italia fueron las de Pisa, Monza, Florencia, Milán y Venecia. Pertenecían a las comunidades y ciudades; su vigilancia e inspección era confiada a guardias especiales primero y luego esta función se delegó a instituciones de beneficencia. Si bien el papa Lucio III en el siglo XII, a través de la bula *Ad abolendam*, creó la Inquisición, y en el reino de Aragón existió un tribunal pontificio, dada su finalidad —combatir la herejía albigense en el sur de Francia— con el tiempo su importancia se fue diluyendo y a mediados del siglo XIV era una institución olvidada. En Castilla no hubo nunca tribunal de la Inquisición Pontificia; los encargados de vigilar y castigar los delitos de fe eran los diferentes obispados, por medio de la Inquisición episcopal. Sin embargo, durante la Edad Media en Castilla se prestó poca atención a las herejías.

Sección 4. Pueblos originarios americanos.

El conocimiento actual del derecho de los pueblos originarios americanos es muy difuso. Carrancá y Rivas reconoce que lo que se ha llamado *derecho indiano* ha sido objeto de muy pocas investigaciones. A diferencia de las cuestiones relativas a la administración pública —especialmente en lo referente a los tributos—, existen pocas referencias de las instituciones jurídicas *indianas*, las cuales fundamentalmente provienen del testimonio de los conquistadores españoles.

¹²⁸ Alfonso X *el Sabio*. *Las Siete Partidas*. Buenos Aires, Argentina, 2010, Asociación Pensamiento Penal, pp. 157, 158.

¹²⁹ Sánchez Rubio, Javier. *Entre Aseguratio, Coercio y Executio. Prisión Preventiva y Control Judicial de las Cárceles a Finales del Antiguo Régimen*. En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. Núm. 16, Madrid, España, 2000, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 74, 75.

¹³⁰ Ídem, pp. 64, 69.

El derecho *precolombino* esencialmente era consuetudinario; se basaba en una serie de tradiciones ancestrales, generalmente fundadas en creencias religiosas y una férrea moral. Ante la falta de codificación del derecho de estos pueblos, no podemos saber a ciencia cierta cuál era la estructura y el funcionamiento de sus instituciones jurídicas; además, a la llegada de los españoles, dos eran los pueblos que constituían verdaderos estados organizados: los mexicas y los incas; hacía tiempo que las culturas llamadas ancestrales habían desaparecido, como los olmecas y los teotihuacanos; mientras que los mayas hacía tiempo se habían disgregado. Tomando en cuenta lo anterior, este apartado únicamente se referirá a los dos primeros pueblos.

El pueblo mexica logró una organización político-militar en un lapso de tiempo relativamente corto: desde 1325 hasta 1430 con la derrota de Azcapotzalco por la triple alianza conformada por Tenochtitlán, Texcoco y Tacuba, el pueblo mexica tuvo un período de asimilación y enriquecimiento de su cultura jurídica con el contacto y sometimiento de los pueblos nahuas vecinos. Así, al momento de asumir la hegemonía en la cuenca de México, Tenochtitlán contaba ya con una serie de instituciones que, a la postre, le permitirían alcanzar el esplendor con el que se encontraron los invasores españoles, constituyendo una sociedad altamente jerarquizada y organizada.

Algunos autores consideran que el derecho penal mexica estuvo codificado.¹³¹ Lo cierto es que algunos códigos precortesianos que han perdurado hasta nuestros días dan cuenta de las penas que sufrían los transgresores del orden social o religioso; sin embargo, no se cuenta con referencia alguna que indique que, más allá de la intención narrativa de dichos códigos, éstos tuvieran el carácter de texto legal —por así decirlo— de observancia obligatoria. El derecho penal azteca era un derecho consuetudinario, estableciendo un sistema para la reprobación de los delitos mediante penas crueles y desiguales, dirigido principalmente contra el robo, la incontinencia, la embriaguez y la traición a la patria y que sancionaba con penas como el destierro, la esclavitud y la muerte, pero con poca o nula atención a causas excluyentes y aminorantes de culpabilidad, aunque sí distinguía entre delitos intencionales y de culpa.¹³²

En la organización política mexica tenemos en primer lugar al *Tlatoani*, señor supremo que era elegido por un consejo de ancianos y jueces y cuyo cargo no era hereditario, alejándose así de la figura del monarca que los relatores españoles le infundieron. El *Código Florentino* dice acerca del perfil de la persona que sería elegida:

*Daban su voto de elección a los pipiltin o nobles respetados, a los hijos de los tlatoque o señores, a los maduros, que no amaban en exceso sus cabezas, sus pechos, que no conocieran el pulque, que no fueran borrachos, que no fueran aceptadores de personas, que fueran restauradores, cuerdos, bien entendidos, sabios, de buena y recta educación y formación, de buen hablar, de buen oír, que estimaran a la gente, que poseyeran rostro y corazón.*¹³³

Una vez elegido el Tlatoani

¹³¹ Díaz Lombardo, Francisco. *Notas para el Estudio del Derecho Penal Azteca*. En: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Núm. 17, mayo-agosto, México, D. F., 1953, Instituto de Derecho Comparado de México, p. 57.

¹³² Ídem, pp. 57, 58.

¹³³ *Código Florentino*. Libro VIII, capítulo XVIII. Citado en: León Portilla, Miguel. *De Teotihuacán a los Aztecas. Fuentes e Interpretaciones Históricas*. 2ª ed., México, D. F., 1983, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 267.

*se hacía también la elección de cuatro grandes dignatarios que debía desempeñar funciones muy importantes [...] Otro era el Huitznahuatlailótlac que, con el Ticociahuácatl, habían de desempeñar cargos propios de jueces principales...*¹³⁴

Estos jueces principales funcionaban como tribunales de primera instancia en Tenochtitlán así como jueces en causas seguidas contra la nobleza. También, funcionaban como tribunal de apelación para los jueces provinciales. En ambos casos, sus fallos eran inatacables. Habían también jueces de primera instancia que “conocían de las controversias del pueblo; a ellos debían pertenecer jueces provinciales, para lo cual cada provincia enviaba dos miembros, con objeto de que hubiera elementos suficientes interiorizados en su derecho”. Estos tribunales resolvían colegiadamente en salas de tres o cuatro miembros. Eran vigilados por miembros del tribunal real, quienes cada diez o doce días realizaban visitas de inspección, así como para la resolución de las causas más difíciles. Cada ochenta días se reunían en la capital todos los jueces del imperio mexicana que, bajo la presidencia del Tlatoani, decidían las causas por delitos graves, generalmente relativos a la alta traición.¹³⁵ Fray Juan de Torquemada señala acerca del funcionamiento de los jueces ordinarios o de primera instancia

*Estos jueces oían de ordinario, en especial de causas criminales, todos los días a mañana y tarde. Los cuales, para haber de asistir en el lugar de su judicatura y audiencia, estaban aderezados de diferentes y mejores mantas, que eran sus vestidos, que en sus casas y otros actos usaban; a la manera que los cónsules romanos, para salir en público y asistir en cosas de la república, usaban de las túnicas o vestiduras que llamaban togas. Asistían en sus salas, que las había en la casa del rey, particulares, como en nuestra España las que usan los consejos, y en ellas había ministros y porteros, que no sólo daban aviso de los que venían a negociar, pero estorbaban que sin licencia y mandato expreso de los de la audiencia y senado, ninguno entrase. Oían estos jueces las causas, que ante ellos pasaban con grande autoridad y mesura, sin alboroto ni precipitación; condición muy necesaria para jueces, porque del arrebatamiento y cólera repentina en el juzgado, además de ser acto de poco aliento y liviandad, es agravio de la justicia que es partida e igual a las partes...*¹³⁶

Además, en los lugares de mercado, como Tlatelolco, funcionaban tribunales *ad hoc* que resolvían todas las cuestiones civiles o penales que resultaban de la actividad comercial. En su *Segunda Carta de Relación*, Hernán Cortés dio detallada cuenta del funcionamiento de los jueces en el mercado de Tlatelolco, al señalar:

*Hay en esta gran plaza una gran casa modo de audiencia, donde están siempre sentadas diez o doce personas que son jueces y libran todos los casos y cosas que en el dicho mercado acaecen, y mandan castigar a los delincuentes. Hay en la dicha plaza otras personas que andan continuo entre la gente, mirando lo que se vende y las medidas con que miden lo que venden; y se ha visto quebrar alguna que estaba falsa...*¹³⁷

Como lo hemos mencionado, las penas establecidas para los delitos eran crueles. A decir de Kohler y Cervantes, “el sistema penal era casi draconiano: las penas principales eran las de muerte y la de esclavitud. La capital era la más variada: desde el descuartizamiento y la

¹³⁴ Ídem, p. 268.

¹³⁵ Kohler, Joseph y Javier de Cervantes y Anaya. *El Derecho de los Aztecas. Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico*. México, D. F., 2002, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pp. 150-153.

¹³⁶ Fray Juan de Torquemada. *Monarquía Indiana*. Reproducción de la edición de Madrid, 1723, introducción por Miguel León Portilla, vol. II, México, 1969, Editorial Porrúa, pp. 352.

¹³⁷ Cortés, Hernán. *Cartas y Documentos*. México, D. F., 1963, Editorial Porrúa, p. 75.

cremación en vida, hasta la decapitación y el estrangulamiento, el machacamiento de la cabeza con piedras, el empalamiento, el asaetamiento. No era raro que la pena de muerte fuera acompañada de la confiscación, como sucedía en los casos de alta traición y peculado. Los bienes se aplicaban a favor del Tlatoani. También la esclavitud era acompañada de la confiscación. La demolición de la casa acompañaba algunas veces a la de muerte, por motivos religiosos”. Existía además la pena de “reclusión en cárcel estrecha”, cuyo régimen más bien era inducir a la muerte del reo. Cuando una pena no estaba claramente determinada, al juez le era permitido aplicarla por analogía.¹³⁸ Los mexicas aprisionaban por la comisión de delitos así como por deudas de carácter civil. Para los inculpados y condenados a muerte había cárceles, de muy miserable condición, nula sanidad y pésima alimentación. Torquemada nos las describe así:

Tenían cárceles ásperas y crueles, señaladamente donde metían los delinquentes por causas criminales y los presos en guerra para haber de ser muertos. Esta cárcel era una casa oscura y de muy poca claridad. En ella hacían una jaula o jaulas de maderos gruesos; y a la puerta de la casa, que de ordinario era pequeña, a la manera de las puertas de los palomares, había maderos y tablones gruesos, con que las cerraban por de fuera, a los cuales arrimaban muchas piedras muy grandes; y juntamente había guardas o carceleros que cuidaban con grande vigilancia de su prisión, y de que no hicieran fuga. Y como las cárceles eran crueles, así los presos, que en ellas estaban, en poco tiempo se paraban flacos y amarillos, y ayudaba mucho a esto ser la comida que les daban poca y no muy sazónada; por lo cual parecía que ya, desde la cárcel, comenzaban a padecer la muerte que después les daban. Tenían estas cárceles dos nombres, el uno era Teylpiloyan, que quiere decir: lugar de presos o atados; y Quauhcalco, lugar de enjaulados. En los cuales dos lugares había diferentes presos, porque los condenados a muerte estaban en las jaulas; y los que por cosas civiles, en el llamado Teylpiloyan...¹³⁹

Difícil sobremanera resulta la investigación del derecho penal incaico. El pueblo incaico¹⁴⁰ ocupó un amplio territorio en la zona occidental del subcontinente sudamericano, abarcando un territorio de cerca de dos millones de kilómetros cuadrados —conocido como *Tahuantinsuyu*—, que comprendía llanuras costeras, altiplanos montañosos y desiertos. Si bien los incas alcanzaron un alto grado de desarrollo cultural, no conocieron la escritura, por lo cual no existen fuentes originarias acerca de sus instituciones jurídicas. Algunos historiadores dicen que eran los “quipúes” los instrumentos con los que este sistema de control y contabilidad se realizaba, pero tienen reparos en dar opiniones muy precisas sobre las características de un sistema judicial, que, sin embargo, según los testimonios, existía y funcionaba.

Casi todas las leyes que rigieron en el imperio incaico eran de carácter penal, aunque se encontraban confundidas con la moral y religión; fueron hechas para ser cumplidas y ejecutadas fielmente pese a la represión severa de cualquier infracción delictiva, incluyendo en esta su normativa jurídico-penal, figuras delictivas que legislaron conductas como la sodomía y la ociosidad. La sanción era rigurosa por más que el delito fuese leve, porque castigaba el haber quebrantado la palabra del Inca que la respetaban como la de Dios. Las culpas eran perseguidas de oficio, fue eliminada la venganza privada porque los incas se encontraban sometidos a la jurisdicción central, el perdón del ofendido tuvo poca significación teniendo presente la situación del autor de un delito, se reconocieron las agravantes y los casos reincidentes en los delitos de hurto, embriaguez y mentiras repetidas. Se aplicó el homicidio por adulterio pero se castigaba levemente al que mataba a

¹³⁸ Kohler. Op. cit., pp. 117-120.

¹³⁹ Fray Juan de Torquemada. Op. cit., pp. 352, 353.

¹⁴⁰ *Inca* es el término con el que se le conoce a los gobernantes del pueblo *incaico*.

su mujer si ésta fuese adúltera, se tomaron en cuenta circunstancias en el acto de la comisión delictual, el encubrimiento también era penado en los casos de responsabilidad como la violación de una esposa del Sol: el culpable era descuartizado y arrastrado; igualmente sufrían quienes se levantaban contra el poder real. La ley no se aplicaba del mismo modo a un hombre común que a un orejón o a un amauta, la nobleza disfrutaba la pena de muerte por decapitación considerada ésta “más honrosa que otras formas de ejecución”.

Una de las principales características de los procesos de administración de justicia en el Tahuantinsuyo era la rapidez. Las otras eran que la acusación se hacía de oficio o sea la hacían las autoridades; que la pena era tasada o sea que estaba previamente establecida y que había jerarquías en la aplicación de las leyes, de acuerdo a la naturaleza del delito y a la persona que había delinquido. La administración de justicia era un proceso que no tenía costo y no existían los abogados. Por el contrario, si alguien intercedía por un acusado, lejos de escuchar su pedido, se le aplicaba la misma pena que a su defendido. Los decuriones, como llamaba Garcilaso¹⁴¹ a quienes tenían a su cargo a un grupo de diez familias, eran la escala más baja de la autoridad y actuaban a la vez como jueces y como fiscales en el caso de delitos. Tenían que actuar de oficio, pues si las personas a su cargo cometían un delito y no eran sancionadas el castigo recaía sobre ellos. Y recibían doble pena, primero por no haber hecho bien su oficio y segundo por haber callado un delito ajeno. En caso de duda, los decuriones podían apelar a la autoridad superior.

Las leyes eran absolutas y el juez no podía arbitrar sobre la pena, porque se consideraba que “podría nacer grandísima confusión” si eso ocurría, ya que el pago o los ruegos, podrían hacer venales a los jueces. También se consideraba que si alguien podía arbitrar sobre la aplicación de una pena, eso disminuiría la majestad del Inca y sus consejeros, que eran quienes habían dictado las leyes. Los testigos eran admitidos en los juicios y ellos, antes de dar su testimonio prestaban juramento por el Inca y por sus dioses y eran severamente castigados si incurrían en perjurio. Había inspectores que comprobaban la correcta administración de justicia y “lo hacían muy bien, sin sobornos, porque quien daba o recibía algo era muy castigado por el Inca”, según afirma el legista español Vaca de Castro en una de sus crónicas. En la aplicación de las sentencias se daba mucha importancia a la condición social de los reos.¹⁴² Así, para castigar los delitos más graves, aquellos que merecían la pena de muerte, mientras quienes formaban parte del pueblo eran condenados a la hoguera o al despeñamiento, castigo que se llevaba a cabo en actos públicos, los miembros de la nobleza eran decapitados en un acto privado.

La defensa del orden público, como el monopolio de los caminos; el manejo de las estadísticas que hacían los *quipucamayoc*; la estricta seguridad militar y un extremo rigor penal para cualquier intento de rebelión o subversión fueron normas o leyes de gran ayuda para el gobierno del imperio incaico. Cabe hablar de normas jurídicas en el incanato, aunque dado que éstas se mezclaban con elementos de tipo consuetudinario, religioso, moral, económico y de jerarquías y que la autoridad del inca era absoluta, no debe sobreestimarse el contenido del llamado derecho incaico.

¹⁴¹ Garcilaso de la Vega, Inca. *Historia General del Perú*. Córdoba, España, 1613, viuda de Andrés Barrera editora, p. 367.

¹⁴² Hernández Astete, Francisco. *Las Panacas y el Poder en el Tahuantinsuyo*. En: *Bulletin de l'Institute Français d'Études Andines*. Núm. 37, París, Francia, 2008, Institute Français d'Études Andines, pp. 30, 31.

Por ello puede deducirse que la *prisión preventiva* tuvo un uso casi inexistente en la sociedad incaica, y la privación de la libertad como pena *per se* no era conocida, dada la rapidez de los procesos judiciales, si bien a los acusados se les mantenía en cautiverio por el tiempo que durara su proceso, seguramente en las fortalezas que por todo el imperio incaico existían, por ejemplo, la ciudadela de Machu Picchu.¹⁴³

Sección 5. Renacimiento.

El *Renacimiento* fue un amplio movimiento cultural que se produjo en Europa Occidental durante los siglos XV y XVI. Al igual que sucede con la llamada Edad Media, no puede determinarse, para fines históricos, fechas precisas entre las cuales haya tenido lugar este movimiento. Sin embargo, sí se puede delimitar este proceso cultura a partir de hechos históricos determinados, a saber: los descubrimientos geográficos —viajes españoles y portugueses a las Indias—, avances tecnológicos —invención de la imprenta—, conflictos religiosos —Reforma protestante y Contrarreforma Católica—, así como la corriente del pensamiento llamado *Humanismo* que supuso la revaloración del ser humano como objeto del conocimiento, en contraposición de la visión teocentrista del universo. El Renacimiento conllevó al descubrimiento de los clásicos griegos y romanos, a la revaloración de los filósofos como Platón y Aristóteles, así como a la emulación de las artes grecorromanas, especialmente la pintura, la escultura y la arquitectura. Tuvo como focos de desarrollo en Italia, Francia y España —dentro del ámbito de influencia de la Iglesia Católica— y Alemania e Inglaterra dentro del movimiento reformista protestante.

Como hemos dicho, el Humanismo fue la corriente filosófica que enmarcó el movimiento renacentista. Por cuanto hace a las ideas políticas, podríamos decir que esta corriente constituyó la transición entre la visión teocentrista de la sociedad —lo que motivó encarnizados debates filosóficos, así como sangrientos conflictos religiosos— y la concepción moderna del Estado y el ser humano. Es por ello que el renacentismo supone la introducción de ideas que, a la postre, significarían la evolución de las sociedades a los modernos Estados laicos y democráticos de derecho. En lo que ve a las instituciones jurídicas, el Renacimiento significó la continuación de las heredadas de la Edad Media, pero enriquecidas con la revaloración de los autores romanos. Como consecuencia, la cárcel seguía siendo entendida como una medida cautelar. Por ejemplo, en los estatutos italianos de la época aparece la máxima de Ulpiano la cárcel no es para castigo, sino para guardar a los hombres. Lo mismo sucedió en España, en tanto que las *Leyes de Toro* mantuvieron la aplicación de la mayor parte del *corpus* legal castellano, entre ellas las Siete Partidas y el *Ordenamiento de Alcalá*, que expresamente señalaban que la prisión tenía carácter eminentemente cautelar.¹⁴⁴

Sin embargo, durante el Renacimiento el aprisionamiento comenzó a evolucionar, incipientemente, hacia su carácter de pena, avalada por circunstancias tales como la crisis del modo de vida feudal y el detrimento de la economía agrícola, la crítica a la pena de muerte por cruel y por poco intimidatoria, la expansión de los núcleos urbanos, así como la aparición del

¹⁴³ Menacho Chiok, Pedro. *Historia del Derecho Peruano por Épocas*. Lima, Perú, 2007, Gestipolis, publicación en línea en el sitio web <http://www.gestipolis.com/canales8/eco/derecho-peruano-y-su-historia-por-epocas.htm#mas-autor>.

¹⁴⁴ García Valdés, Carlos. *Estudios Sobre Derecho Penitenciario*. Madrid España, 1982, Editorial Tecnos, p. 30.

incipiente capitalismo preindustrial. De esa suerte, aparecen casas de asilo para mendigos y prostitutas, cuyo primer ejemplo lo tenemos en Inglaterra en (1552), fueron pronto imitadas en Alemania (1558) y Holanda (1595). Poco a poco todos los Estados europeos fueron adaptando la prisión como pena, aunque todavía subsistieran como castigos corrientes los corporales (azotes, galeras, muerte), los pecuniarios y el destierro con frecuencia a las recién descubiertas colonias americanas.

Utilizadas al principio como lugar de reclusión para los acusados en espera de juicio, pronto admitieron estas cárceles a delincuentes menores y reclamados por deudas. Reflejo de esta situación de depósito es la arquitectura de dichas cárceles: así la cárcel Mamertina era un depósito de aguas, las torres de las ciudades, las cámaras bajas de los tribunales de justicia o los sótanos de las casas consistoriales.¹⁴⁵ Con el hundimiento del feudalismo y la subsiguiente desorganización social inundaron la Europa de los siglos XIV y XV de hordas de mendigos, indigentes y prostitutas que vagaban por ciudades y campos, entregándose con frecuencia al robo, al saqueo e incluso al asesinato. La superación del feudalismo y la llegada del mercantilismo, exigieron nuevos planteamientos en el mercado de trabajo, que tuvo su eco en la configuración de los presidios existentes y en la orientación de su funcionamiento.¹⁴⁶

Antes de la Revolución Francesa, la vigilancia de la ejecución venía atribuida al juez, y será con la revolución se produzca un abandono de funciones a favor de la administración, en pro del principio de la división de poderes.¹⁴⁷ El encarcelamiento de estos grupos marginados, fue prescrito por leyes, como las *Poor Laws* isabelinas en Inglaterra, por las que funcionarios públicos de Londres destinaron en 1557 un palacio abandonado al establecimiento de una casa de trabajo donde aquellos quedaron confinados. Tal fue el origen de la famosa *House of Correction of Bridewell* en Londres, nombre que todavía utilizan muchas instituciones británicas de este tipo. Pronto siguieron el ejemplo de Londres otras ciudades inglesas y continentales que abrieron casas de trabajo para recluir a los acusados de delitos menores, estas no actuaron positivamente en la readaptación del sujeto, ya que el trabajo desarrollado en ellas no tendía a su función transformadora. El objetivo de corrección al que se describe en el título de las mismas está muy lejos de alcanzarse y entiende que las mismas se hallaban a medio camino entre el medio penitenciario y las actividades asistenciales o benéficas; así, los problemas de tipo económico impedirán su total desarrollo siendo sustituidas por las casas de trabajo.¹⁴⁸

Paralelamente en 1596, aparece en Ámsterdam las *Rasphuis* (prisiones para hombres donde se encargaban de raspar madera) y las *Sphinuis* donde se encargaban de labores de hilandería para mujeres). En 1600 se completarán ambas instituciones con una tercera destinada a jóvenes rebeldes entregados para su reforma por los propios familiares.¹⁴⁹ De esta forma aunque no de manera predeterminada se ocupaba a los reclusos en una actividad productiva que pudo haber

¹⁴⁵ García Valdés, Carlos. *Derecho Penitenciario. (Escritos: 1982-1989)*. Madrid, España, 1989, Ministerio de Justicia del Reino de España, p. 27.

¹⁴⁶ Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Madrid, España, 2000, Editorial Colex, pp. 180, 181.

¹⁴⁷ Luzón Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 13ª ed., Madrid, España, 1995, Editorial Dyckinson, p. 302.

¹⁴⁸ Almeda Samaranch, Elisabet. *Corregir y Castigar. El Ayer y Hoy de las Cárceles de Mujeres*. Barcelona, España, 2002, Bellaterra, p. 83; y Téllez Aguilera, Abel. *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones. Derecho y Realidad*. Madrid España, 1998, Esdisofer, p. 41.

¹⁴⁹ Fernández García, Julio. *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid, España, 2001, Editorial Colex, p. 111.

sido útil como un intento para reeducarlos, pero que tal como se planteó no actuaba positivamente en la conformación psico-social del sujeto recluso.

En los siglos XVI y XVII la situación se agrava cuando como consecuencia de los movimientos migratorios hacia las ciudades y la aparición de bolsas de población marginal y ociosa que a menudo planteaba problemas de orden público. Como respuesta, surgieron iniciativas de internamiento masivo por razones de orden público, que algunos han visto como precursora de la pena de privación de libertad.¹⁵⁰ Durante el siglo XVII regía el absolutismo monárquico, dándose en consecuencia, una organización política que se caracterizaba por el despotismo y la arbitrariedad. La organización del sistema penal era reflejo de esa situación política, a grado tal que, a criterio de Mezger, presentaba el cuadro “más repugnante que conoce la historia de la humanidad”. Los caracteres del sistema penal de esa época, eran los siguientes:

- Las penas se caracterizaban por su enorme crueldad: torturas, mutilaciones y pena de muerte agravada por crueles suplicios.
- La prueba más utilizada era la confesión, la cual generalmente se obtenía mediante la tortura.
- Existía gran desproporción entre el delito y la pena que le correspondía.
- Se permitía la aplicación analógica de la ley penal.
- El procesado carecía de una debida defensa en juicio.

Las cárceles carecían de higiene. La arbitrariedad en el orden político desencadenó la reacción y surgieron nuevas ideas que, basadas en el derecho natural y la razón, combatieron la arbitrariedad y el despotismo.

Contraria a la corriente humanista, y como respuesta a la Reforma protestante, se fortaleció el Tribunal del Santo Oficio. Confiada la persecución de la herejía a la orden de los dominicos en el siglo XIII, en 1482 se instituyó oficialmente en los reinos españoles por bula del papa Sixto IV, bajo la dirección de fray Tomás de Torquemada. Tocante al régimen de prisión de la Inquisición—asentada en todos los dominios de la Corona española—, el Tribunal del Santo Oficio decretaba por diferentes motivos la privación de la libertad, entre ellos, una de carácter cautelar en tanto se tramitaba el sumario inquisitorial, pero pudiéndose decretar incluso la prisión perpetua como pena aplicable a los reconciliados.¹⁵¹

Sección 6. Edad Moderna.

Durante los siglos XVII y XVIII se sentaron las bases para el moderno derecho penal. Debido a la labor de los filósofos renacentistas, proseguida por filósofos como Suárez, Hobbes, Descartes, Pascal, Spinoza, etcétera, se consolidó un pensamiento liberal, que proclamaba al ser

¹⁵⁰ Tamarit Sumalla Josep-Marie et. al. *Derecho Penitenciario*. Barcelona, España, 2004, Planeta UOC, pp. 18, 19.

¹⁵¹ Piña y Palacios, Javier y Graciela Rocío Magaña. *La cárcel del Tribunal del Santo Oficio y su Régimen*. En: Soberanes Fernández, José Luis (coordinador). *Memoria del II Congreso de Historia de Derecho Mexicano*. México, D. F., 1980, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 341.

humano el centro del universo, a la ley natural la base del orden social —frente a la ley divina o revelación pregonada por la Iglesia— y a las libertades humanas como la base del progreso económico y cultural. Si bien durante el Renacimiento comenzó una revolución de las ideas, con el movimiento conocido como la *Ilustración* se inició un período turbulento de revoluciones políticas que abrogaron *l'ancien régime* y dieron paso a los modernos Estados democrático-burgueses. En ese contexto, en el plano del derecho penal y del derecho procesal penal se pasó de la discusión de las ideas a la acción para la implementación de las mismas en los sistemas jurídicos.

Así, en Inglaterra —que desde 1215 había reconocido como derecho fundamental el no ser apresado arbitrariamente—,¹⁵² en 1628 el Parlamento inglés obligó al rey Carlos I a firmar la *Petición de Derechos*, en la cual se señalaba que “nadie sea citado a juicio ni obligado a prestar juramento, ni requerido a realizar servicios, ni detenido, inquietado o molestado con motivo de dichas exacciones o de la negativa a pagarlas; que ningún hombre libre sea detenido o encarcelado de la manera antes indicada”. En 1639 el Parlamento impuso al rey Guillermo de Orange y a la reina María el llamado *Bill of Rights*, que entre otras cosas, prohibía la exigencia de fianzas e imposición de multas excesivas, la prohibición de penas crueles y desusadas, así como la prohibición de la suspensión o dispensa de leyes y los juicios por comisión.¹⁵³

Después de la restauración de la Corona inglesa, en 1679 el Parlamento inglés expidió el *Act of Habeas Corpus*, que dice:

Si una persona es arrestada y detenida en tiempo de receso por cualquier delito tendrá derecho por sí, o por otro en representación suya para dirigirse al lord canceller o cualquier otro juez o magistrado, los cuales, vistas las copias de los autos de prisión o previo el juramento de haber sido denegadas dichas copias, precediendo una petición por escrito de la persona detenida o de cualquiera otra en su lugar, confirmada por dos testigos presentes en el acto de entregarla, tiene la obligación de expedir un hábeas corpus que será remitido al lord canceller, juez o barón de los respectivos tribunales; y una vez presentado el writ; el funcionario o la persona a quien éste comisione presentará nuevamente el preso ante el lord canceller, los demás jueces o el designado por el susodicho writ; dando a conocer las causas de la prisión o detención, cumplidas estas disposiciones, en dos días el lord canceller o cualquier otro juez pondrá en libertad al preso, recibiendo en garantía la suma que los jueces consideren conveniente, en atención a la calidad del preso o a la naturaleza del delito.

Esta legislación marcó el inicio de los mecanismos jurídicos para la protección de las garantías de seguridad jurídica y libertad personal de los gobernados.¹⁵⁴ Como lo hemos mencionado en el capítulo I, sección 1 de este trabajo, en los siglos XVII y XVIII las libertades humanas, y la libertad personal de manera preponderante, fueron considerados derechos fundamentales e irrenunciables del hombre en los naciotes sistemas democráticos; de esa forma, la prisión preventiva comenzó a ser objeto de controversia y a ser limitada en las legislaciones procesales. De esa forma, “la costumbre, como práctica social reiterada y constante, fue suministrando los hechos que la prudente interpretación de los tribunales ingleses, a través del decurso de los años, convirtió en normas de derecho, integrando así el common law”.¹⁵⁵ Aunado a las garantías que el sistema inglés prodigó a sus ciudadanos, tenemos la corriente humanizadora de las

¹⁵² Vid: supra, cap. I, sección 1.

¹⁵³ Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 23ª ed., México, D. F., 1991, Editorial Porrúa, pp. 86-88.

¹⁵⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 31ª ed., México, D. F., Editorial Porrúa, pp. 63-67.

¹⁵⁵ Burgoa Orihuela. *Las Garantías Individuales*. Op. cit., p. 89.

prisiones que cerró el círculo en torno a la problemática de la prisión preventiva: los hombres no deberían ir a prisión antes de juicio sino en los casos expresamente señalados en la ley, pero en todo caso, su estadía en los establecimientos carcelarios debería ser respetando su dignidad humana.

La realidad de las cárceles inglesas en el siglo XVIII no difería mucho de las *cavernas* denunciadas por Beccaria: la insalubridad y la falta absoluta de control convertían a los presos en víctimas fáciles de las epidemias o el homicidio. Entre quienes contribuyeron a denunciar la situación destaca John Howard, un ilustrado preocupado por la salubridad de los edificios comunitarios como cárceles y cuarteles. El pensamiento de Howard estaba muy influido por su religiosidad (pertenecía a la iglesia Congregacionista), de manera que concebía su labor filantrópica como un servicio a Dios. En la prisión de Bedfordshire, observó que los carceleros no eran ni siquiera empleados públicos, sino que cobraban de los presos por darles sustento; cuando un preso no podía pagar esa cantidad no obtenía la libertad aunque su condena hubiese finalizado. Howard consiguió que la Cámara de los Comunes aprobase un proyecto para abolir dicho pago (1774, *Gaol Act*). Como consecuencia de lo que había visto en Bedford, comenzó una labor sistemática de visitas a prisiones de Inglaterra y de diversos países europeos, entre ellos España. De entre todos los penales que visitó, el que más favorablemente le impresionó fue la *Maison de Force*, en Gante (Bélgica).¹⁵⁶ Como fruto de sus trabajos, publicó en 1777 *The State of Prisons in England and Wales, with an Account of some Foreign Prisons*. El impacto de su obra fue grande, por las penosas condiciones que relata. Plasmó su idea de reforma penitenciaria en el borrador de la *Penitentiary Act*, que fue presentado en 1779 a la Cámara de los Comunes. La necesidad de la reforma se convertía en un asunto urgente, al desaparecer la posibilidad de enviar penados a las colonias americanas.¹⁵⁷

Otro gran reformador inglés de finales del siglo XVIII fue el filósofo Jeremy Bentham. Si Howard fue un hombre eminentemente práctico, que pasó gran parte de su vida viajando por prisiones, hospitales y cuarteles, Bentham representa la corriente reflexiva y más teórica. No es este el lugar para extenderse sobre su extensa obra filosófica. Su contribución a la arquitectura penitenciaria es el *Panopticon*, un modelo ideal de casa de inspección, aplicable a instituciones como cárceles, hospitales, manicomios y escuelas. Fue escrito en 1787 como una serie de cartas y publicado en 1791, con un *post scriptum* que detalla más la estructura por medio de algunos bocetos. Bentham no era arquitecto, sino abogado, pero ya en el prefacio de su obra nos descubre los beneficios que pueden obtenerse con una arquitectura inteligente.¹⁵⁸ La idea del Panopticon la elaboró durante una estancia en Rusia, donde su hermano servía como ingeniero en el ejército del zar y estaba encargado del diseño de una factoría para el príncipe Potemkin. Esta factoría iba a servir para que los siervos del príncipe se acostumbrasen al modo de producción industrial occidental y exigiría una constante vigilancia sobre ellos. El edificio no llegó nunca a construirse, pero Bentham llegó a la conclusión de que existían características comunes a cierto tipo de establecimientos en los que sus habitantes deben estar bajo supervisión continuada. En obras posteriores como *The Rationale of Punishment*, Bentham abandona la idea de absoluta incomunicación. Las celdas deberían alojar a tres o cuatro presos, porque las relaciones sociales

¹⁵⁶ García Melero, José Enrique. *El Panóptico de Bentham en los Proyectos de la Academia (1814-1844)*. En: *Espacio, Tiempo y Forma*. Serie VII, Historia del Arte, tomo 13, Madrid, España, 2000, Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, p. 304.

¹⁵⁷ Reviriego, Fernando y Faustino Gudín Rodríguez-Magariños. *Derechos de los Reclusos*. Madrid, España, 2008, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 13-16.

¹⁵⁸ Ídem, p. 16-19.

contribuyen a la reeducación del preso. Dos siglos antes de que se describiese el síndrome de privación sensorial, Bentham llegaba a la conclusión de que la soledad y la incomunicación conducen a la locura.¹⁵⁹ Bentham también estaba muy preocupado por la salud de los internos y los guardianes. Para evitar infecciones previó la existencia de letrinas individuales, con un sistema de evacuación de aguas fecales hacia el exterior, y una calefacción estilo hipocausto, que permitía caldear todo el edificio. Todas las celdas dispondrían de agua corriente. En cuanto a la seguridad, Bentham considera que su Panopticon supone una mejora sustancial puesto que con el sentimiento de vigilancia permanente, los riesgos de intento de fuga o motín se reducen al mínimo, y así pueden ahorrarse los costes de construir muros excesivamente gruesos y aprovechar al máximo el trabajo de los vigilantes. Estos, a su vez, están sometidos al principio de inspección de sus superiores, de manera que no descuidan su tarea. Incluso todos ellos pueden ser vigilados por la sociedad, porque el edificio estaría abierto a las visitas que desearan comprobar su funcionamiento.¹⁶⁰

Los abusos de la justicia fueron objeto de crítica de algunos de los ilustrados más brillantes como Montesquieu o Voltaire,¹⁶¹ pero fue la obra del italiano Cesare Beccaria¹⁶², *De los Delitos y las Penas* (1764), la que marca un hito revolucionario en la filosofía del derecho penal. Su pensamiento no era completamente original y algunos de sus contemporáneos le achacaron haberse apoderado de ideas ajenas. Lo que sí resultó innovador fue la forma sistemática, clara y resumida en la que redactó su tratado, que estableció los fundamentos de la ciencia penal moderna. Las conclusiones más notables de su tratado son:

- Legalidad de las penas: los castigos deben estar recogidos en la ley y no quedar al arbitrio de los jueces.
- Justicia pública: las acusaciones, testigos y vista deben ser hechos a la vista de la sociedad.
- Eliminación de la tortura.
- Igualdad ante la ley (25 años antes de la promulgación de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano).
- La gravedad de un delito es función del daño que causa a la sociedad, no de su consideración moral.
 - Las penas no son más eficaces por ser más crueles.
 - La pena debe servir para disuadir a futuros delincuentes.
 - La pena de muerte es injusta e ineficaz, y debe suprimirse.
 - Es preferible evitar que penar.

Tras la Revolución Francesa y con la instalación del Imperio Francés, Napoleón Bonaparte promulgó el *Code d'instruction criminelle* en 1808. Tomando en consideración la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que postulaba la presunción de inocencia, una preocupación de Bonaparte era la detención arbitraria o el encarcelamiento excesivo; el Emperador de los Franceses tenía en cuenta que para preservar las libertades personales, especialmente cuando los casos aún no llegaban a las Cortes, se debía prohibir el abuso de la

¹⁵⁹ García Melero. Op. cit., pp. 294, 295, 328.

¹⁶⁰ Ídem, p. 307.

¹⁶¹ Reviriego y Gudín. Op. cit., pp. 17, 18.

¹⁶² Vid: supra, capítulo I, sección 1.

detención arbitraria contra el ciudadano común.¹⁶³ Ante todo, el Código de Instrucción Criminal de 1808 era un código institucional que reorganizó notablemente las prisiones, un aspecto de la reforma que a menudo era pasada por alto, así como ciertos tribunales de derecho. La reforma de la prisión fue considerada a partir de los principios mismos del *Consulado* (1799-1804) y un texto a partir de 1801 creó *maisons centrales interdépartementales* que fueron diseñados, entre otras cosas, para custodiar prisioneros como para compurgar las penas. Al mismo tiempo, un decreto publicado por Chaptal que fuera derogado el año siguiente, reorganizó el régimen de los prisioneros: la alimentación fue mejorada con un aumento de raciones diarias y las condiciones de vida fueron mejoradas, incluyendo la instalación de calefacción en algunas celdas.¹⁶⁴

Asimismo se incentivó a los prisioneros a trabajar para ganar algún ingreso que también contribuiría a un mejor nivel de vida. Un decreto emitido por Montalivet el 20 de octubre de 1810 estuvo destinado a la creación de prisiones. El decreto hizo provisiones para la instalación de las prisiones cerca de los tribunales. El decreto también planificó la creación de palacios de justicia. Se estableció la división entre procesados y condenados. Estos establecimientos fueron colocados bajo el control directo de *préfets*, quien era responsable de su funcionamiento correcto, su higiene y su seguridad. Para este fin, también requirieron que los *préfets* visitaran los sitios al menos una vez al año. El *préfet* era también responsable de proveer el personal de los establecimientos. El Código 1808 también orientó la organización de estos centros de cárcel por *départements*, que conduciría a su mejor dirección. La supervisión de los detenidos era cuidadosa para asegurar que la detención no fuera arbitraria; los encarcelamientos requirieron un expreso de *mandat del juge d'instruction* o del presidente del *cour d'assise*. También requirieron que el *juge d'instruction* visitara al acusado cada mes y se esperaba lo mismo del presidente del *cour d'assise* en cada sesión de tribunal. La responsabilidad de gastos y el presupuesto de la prisión fue transferida a los ayuntamientos. Esta racionalización del proceso de encarcelamiento tuvo la finalidad de convertir los establecimientos carcelarios en verdaderas *casas de trabajo*, instalaciones en las cuales se esperaba que los detenidos trabajaran. El crimen así fue puesto para trabajar en nombre de la industria; sin embargo, aún a finales del Imperio Napoleónico estas medidas resultaron en un fracaso y las prisiones no dejaron de ser simples centros de detención o prisiones de Estado.¹⁶⁵

En España, la legislación castellana —recopilada por las *Leyes de Toro* de 1505, la *Nueva Recopilación* de 1567 y la *Novísima Recopilación* de 1806— mantuvo el estatus de la prisión preventiva. Sin embargo, en 1882 España se situó prácticamente a la vanguardia de Europa con la aprobación de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* —aún vigente— un texto legal muy meditado que establece un sistema de justicia penal lógico e integrado. En su exposición de motivos, acerca de la prisión preventiva, esta ley señala:¹⁶⁶

Sin desconocer que la Constitución de 1812, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 y otras disposiciones posteriores mejoraron considerablemente el

¹⁶³ Rodríguez, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. 2ª ed., México, D. F., 1900, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento (edición facsimilar del original, México, D. F., 2003, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), p. 133.

¹⁶⁴ Ídem, p. 134.

¹⁶⁵ Íbidem, p. 137.

¹⁶⁶ Las citas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se hacen de la dirección electrónica del *Boletín Oficial del Estado* del Reino de España, en el sitio web: http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/leyes_procesales/ley_enjuiciamiento_criminal.pdf.

procedimiento criminal, sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados; y aún podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían no ha mucho terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de la vejaciones sufridas en tan dilatado período, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día que por mal querencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo...

Toda vez que progresivamente el derecho penal español abandonó las penas inhumanas e infamantes —Códigos de 1822, 1848, 1859 y 1870—, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se encarga de la prisión preventiva de manera detallada, a saber:

- Solo podría ser decretada por la autoridad judicial durante el proceso (artículo 502).
- Establece requisitos para su procedencia: comprobación de un hecho que *presente los caracteres del delito*; que el delito tenga señalada una pena corporal mayor a la prisión correccional; o menos a ésta, cuando el juez la considere necesaria “atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado”; que esté acreditada la probable responsabilidad. También procederá cuando acreditados el delito y la probable responsabilidad, el imputado no comparezca a la citación del tribunal (artículos 503 y 504).
 - El auto de prisión debía constar por escrito; sin él no podría recibirse a ningún preso en las cárceles (artículo 505).
 - Permitía la incomunicación no mayor a cinco días “para evacuar las citas hechas en las indagatorias relativas al delito que haya dado lugar al procedimiento” (artículo 506); si las diligencias debieran hacerse fuera del lugar de residencia del tribunal, esta podría extenderse indefinidamente hasta en tanto se desahogaran dichas diligencias (artículo 507).
 - Debían adoptarse medidas para no perjudicar al preso, especialmente en su reputación; se procura la separación de los presos por sexo, edad y antecedentes; se permitía a los presos “procurarse a sus expensas las comodidades y ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y con el régimen de la cárcel, siempre que no comprometan su seguridad o la reserva del sumario” (artículos 520-522).
 - Los jueces estaban obligados a visitar a los presos para conocer sus necesidades o peticiones, y debía ordenar toda medida tendiente a corregir todo abuso (artículo 526).
 - Establecía la libertad provisional bajo caución (artículos 528-543).

A modo de corolario: el uso de la prisión como forma de actuación del poder público 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 de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica.

En el proceso inquisitivo la prisión provisional fue, como bien se sabe, el modo normal de operar: un mal 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”.¹⁶⁷

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 formal de la tortura y la prisión provisional. Ese paso hizo, sin duda, mucho más tolerable la existencia de la prisión provisional, ya como instrumento de un proceso penal formalmente sin tortura, pero 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. 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. En cualquier caso, lo cierto es que la abolición de la tortura hizo más precaria la justificación de la privación preventiva de libertad dentro del proceso. Podría decirse que vino a restar legitimidad a la misma, de ahí la necesidad de buscar para ella nuevos fundamentos.

¹⁶⁷ Foucault, Michel. Op. cit., pp. 33-35.

Capítulo III. Evolución histórica de la prisión preventiva en México

Sumario:

Sección 1. *Nueva España*. Sección 2. *Siglo XIX*. Sección 3. *Siglo XX*.

Sección 1. Nueva España.

La caída de Tenochtitlán el 13 de agosto de 1521 significó el principio de la dominación española en México por tres siglos. Si bien este hecho marcó el inicio de la Colonia, lo cierto es que durante los tres siglos de su duración los conquistadores llevaron a cabo un proceso paulatino de conquista de nuevos territorios y el sometimiento de los habitantes originarios, lo cual no siempre fue fácil. Así, los españoles trajeron consigo no sólo la religión cristiana, sino también las instituciones jurídicas castellanas, las cuales tuvieron que ser amoldadas a este proceso de conquista, no siempre con el éxito deseado. Y es que los conquistadores —amparados en la bula *Inter Coetera* emitida por el papa Alejandro VI y el *Tratado de Tordesillas*— de pronto se vieron frente a un territorio vasto, una población indígena que pronto sería mermada por las enfermedades traídas por los españoles o actos deliberados de exterminio, y el reto que significaba la *evangelización* y sometimiento de los nuevos territorios. Con el fin de establecer y afianzar la autoridad real en lo que a la postre se conocería como la Nueva España, el primer organismo que tuvo entre sus funciones la impartición de justicia fue el *Consejo Real y Supremo de las Indias*, creado en 1519 para conocer los asuntos americanos, como sección especial del *Consejo de Castilla*, y que, desde 1524, fue independiente y tuvo el mismo nivel jerárquico que otros consejos de la Corona. Estaba constituido por funcionarios nombrados por el rey, y sus funciones eran legislativas, administrativas, judiciales y militares. Además, como comité legislador, el Consejo de Indias preparaba las cédulas reales o normas dictadas por el rey, opinaba acerca de los proyectos legales, hacía un registro de esas disposiciones y su reglamentación a través de los autos acordados. Perduró hasta 1717, año en que entró en funcionamiento la *Secretaría del Despacho de Indias*.¹⁶⁸

En España, en la época del absolutismo, el único órgano productor de derecho era la Corona; de suerte que en la Nueva España la potestad legislativa originaria competía a los virreyes, audiencias, gobernadores y cabildos, y solamente tenía eficacia provisional en tanto el monarca confirmaba, modificaba o revocaba las normas dictadas por dichas autoridades, por lo que

¹⁶⁸ Cid Sebastián, Elia. *Antecedentes del Juicio de Amparo. De la Real Audiencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. En: Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Historia de la Justicia en México. Siglos XIX y XX*. Tomo I. México, 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 92, 93.

la impartición de justicia era lenta y, en múltiples ocasiones, más allá de aplicar los ordenamientos jurídicos que regían la vida de la sociedad novohispana, las resoluciones no estaban apegadas a derecho, pues tenían matices políticos que velaban mayormente por los intereses de la Corona que por sus súbditos. A lo largo de la época colonial, la administración de justicia en la Nueva España estuvo a cargo de la *Real Audiencia*, que normalmente no conocía de las causas en primera instancia y estaba supeditada jurisdiccionalmente al Consejo Real y Supremo de Indias.¹⁶⁹ Conviene mencionar que, según las *Partidas*, la *Novísima Recopilación*, la *Recopilación de Indias* y cédulas reales posteriores, la suprema jurisdicción correspondía al rey, y los funcionarios del orden administrativos se consideraban delegados o agentes de la Corona.

La *Real Audiencia y Chancillería de México* se erigió el 29 de noviembre de 1527 y empezó a funcionar en 1528, incluso antes de la llegada del primer virrey a México en 1535. Tenía, inicialmente, funciones administrativas, gubernamentales y judiciales, y estaba integrada por un Presidente —que a la postre lo fue el virrey en turno—, ocho oidores letrados que debían haber estudiado en alguna facultad de leyes, cuatro alcaldes del crimen, dos fiscales —uno de lo civil y otro de lo criminal—, un alguacil mayor, un teniente de Gran Canciller y el demás personal que fuera requerido.¹⁷⁰ Otros órganos de impartición de justicia en la época colonial se encontraban en los distritos o jurisdicciones de justicia, había alcaldes mayores o corregidores, como jueces y autoridades distritales; inferiores a éstas, localmente, en ciudades españolas, villas y pueblos de indios estaban los cabildos. Las decisiones adoptadas por las autoridades locales podían rechazarse apelando a las autoridades distritales y las de éstas podían apelarse ante las autoridades centrales novohispanas, es decir, ante el virrey y la Real Audiencia —primeramente la de México, posteriormente también la de Guadalajara—, cuyas decisiones, a su vez, eran apelables en última instancia ante el Consejo de Indias residente en la península. Con esta jerarquía y control jurisdiccional es evidente la centralización y monopolio efectivo del poder desde la península.¹⁷¹

Al lado de las autoridades mencionadas y de igual o mayor importancia, deben considerarse las eclesiásticas, que ejercían un poder efectivo y se atrevían a enfrentarse con las autoridades centrales y distritales; a menudo eran auxiliares del rey y del Consejo de Indias para controlar los actos de otras autoridades, principalmente velando por sus intereses, tanto espirituales como patrimoniales, y por la lealtad a la Corona, erigida en Europa como *defensora de la fe* ante la Reforma protestante.

¹⁶⁹ *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Libro Segundo, Título Segundo, Ley II. Madrid, España, 1973, Instituto de Cultura Hispánica (edición facsimilar de la publicada en 1681 por Julián de Paredes): “Es nuestra merced y voluntad, que el dicho Consejo tenga jurisdicción suprema de todas nuestras Indias Occidentales, descubiertas, y que se descubrieren, y de los negocios, que de ellas resultaren y dependieren, y para la buena gobernación y administración de justicia pueda ordenar y hazer con consulta nuestras las Leyes, Pragmáticas, Ordenanças y Provisiones generales y particulares, que por tiempo para el bien de aquellas Provincias convinieren. Y asimismo, ver y examinar, para que Nos las aprobemos y mandemos guardar qualesquier Ordenanças, Constituciones y otros Estatutos que hizieren los Prelados, Capítulos, Cabildos y Conventos de las Religiones, y nuestros Virreyes, Audiencias, Concejos y otras Comunidades de las Indias, en las cuales, y en todos los demás Reynos y Señoríos en las cosas y negocios de Indias, y dependientes de ellas, el dicho nuestro Consejo sea obedecido y acatado, así como lo son el Consejo de Castilla, y los otros nuestros Consejos en lo que les pertenece, y que sus Provisiones y Mandamientos sean en todo y por todo cumplidos y obedecidos en todas partes, y en estos Reynos, y en aquellos, y por todas y qualquier personas”. Si bien la *Recopilación de las Leyes de Indias* fue sancionada como *corpus* legal por el rey Carlos II el 18 de mayo de 1680, ésta no es sino una compilación de las leyes promulgadas por los soberanos españoles para regular las nuevas tierras conquistadas, iniciando con las *Leyes de Burgos* promulgadas por el rey Fernando el Católico de Aragón el 27 de enero de 1512.

¹⁷⁰ *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Libro Segundo, Título Quince, Ley III.

¹⁷¹ Cid Sebastián. Op. cit., p. 94.

Dentro de las funciones judiciales la Real Audiencia, las más importantes fueron: sustituir al virrey en su ausencia; formar comisiones para supervisar obras o servicios públicos; vigilar la administración y controlar las cuentas de los oficiales reales; emitir autos tratados en real acuerdo de los asuntos más importantes del gobierno de la Nueva España y promulgar y difundir las disposiciones reales.¹⁷² Como el máximo tribunal de justicia, la Real Audiencia de México, en materia ordinaria, conocía de los asuntos civiles, criminales y administrativos en tres salas: dos llamadas de justicia, que conocieron de los recursos de apelación en causas civiles y administrativas, y una Sala del Crimen, que funcionó para las causas penales. Dado el gran volumen de litigios, se creó la Real Audiencia de Guadalajara en 1548.¹⁷³ Sin embargo, las potestades jurisdiccionales antes mencionadas se limitaban a los núcleos de población urbanos y sus dependencias; así, quedaba el problema de la impartición de justicia en los vastísimos territorios rurales, despoblados o con relación a los caminos, fundamentalmente por no contarse con los recursos necesarios para esa dura y difícil tarea. En la España de la Edad Media los ciudadanos de cada municipio y conjunto de ellos se reunieron y organizaron para mantener el orden público, la seguridad de los pobladores y la defensa frente a grupos de salteadores de caminos. Para esa época, los reyes castellanos no estuvieron en posibilidad de ofrecer protección de manera general, así que las hermandades locales les sirvieron de apoyo, especialmente en Toledo, Talavera, Ciudad Real, las montañas cantábricas y las provincias vascongadas. Pronto adquirieron fuerza y poder, actuaban independientemente y hacia finales del siglo XIV ejercieron influencia especialmente en el norte de España.¹⁷⁴ Durante el siglo XV los reyes españoles se dieron cuenta de que empezaban a interferir con su poder, por lo que en 1476 los Reyes Católicos —a petición de los representantes de la ciudad de Burgos— decidieron unificarlas en una sola organización, la *Santa Hermandad*, y dotarla de ordenanzas y leyes. La más importante de ellas determinó los delitos que debía perseguir, los que se daban en despoblados, es decir, “el lugar descercado de 30 vecinos o menos” y, desde luego, se trató de robos, hurtos, salteamiento de caminos, incendio en viñas, mieses o colmenares.¹⁷⁵

En la Nueva España de la primera mitad del siglo XVI la Corona dependió de las autoridades e instancias locales y centrales para mantener el orden público y controlar la delincuencia, específicamente a través de la Sala del Crimen de las Reales Audiencias de México y Guadalajara. Los alcaldes ordinarios de los Ayuntamientos habían recibido encargo por cédula real de 7 de diciembre de 1543 de conocer los casos que en España eran de la competencia de la Santa Hermandad, pero poco es lo que realizaron en cuanto a la vigilancia de caminos y despoblados. La evolución social en este siglo en la Nueva España trajo consigo una creciente conducta antisocial: en las ciudades las situaciones de pobreza y diversificación de la estructura demográfica incrementaron la presencia de los “vagamundos”, como se les llamaba entonces, y los robos y asaltos se volvieron más frecuentes. En las haciendas, caminos rurales y despoblados se escenificaron los asaltos armados perpetrados por los indígenas rebeldes, los chichimecas, en las zonas centrales y de otros grupos en los territorios septentrionales, pero sin faltar los cometidos por forajidos de otras capas étnicas. Para febrero de 1609 el virrey Luis de Velasco dio a conocer a la metrópoli las gestiones que se habían

¹⁷² *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Libro Segundo, Título Quince *in fine*.

¹⁷³ Cid Sebastián. Op. cit., p. 96. Vid: *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Libro Segundo, Título Quince, Ley VII.

¹⁷⁴ Beneyto Pérez, Juan. *La Política Jurisdiccional y de Orden Público de los Reyes Católicos*. En: *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 77, Madrid, España, 1954, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 95, 96.

¹⁷⁵ Rodríguez-Sala Gomezgil, María Luisa. *La Santa Hermandad y sus Personajes Durante los Siglos XVI y XVII Novohispanos*. México, 2002, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 2.

llevado a cabo para solucionar estos males, considerando que el mejor sistema sería “introducir un tribunal de hermandad que corra y siga delincuentes y como cosa nueva”.¹⁷⁶

El 30 de marzo de 1609 se institucionalizó el real acuerdo del virrey, presidente y oidores de la Real Audiencia de México: con ello quedó fundada la Santa Hermandad en la Nueva España. En el mismo acto acordaron que el virrey nombrase dos provinciales de dicha hermandad, uno con residencia en la ciudad de México, y otra en la ciudad de Puebla de los Ángeles. El 17 de mayo de 1637 el rey Felipe IV confirmó estos actos, instrumentando las disposiciones legales para su funcionamiento.¹⁷⁷ Aún así, la situación de la seguridad de caminos y poblaciones no mejoró sustancialmente durante el siglo XVII, debido principalmente a que los provinciales de la Hermandad no dispusieron de salario fijo, tuvieron que sostener personalmente a los hombres de sus cuadrillas, nunca gozaron de independencia jurisdiccional por estar sometidos a la autoridad de la Sala del Crimen de la Real Audiencia.¹⁷⁸ Algunos virreyes proveyeron acciones para fortalecer a la Santa Hermandad en la Nueva España, brindarles a sus provinciales mayores apoyos y, al mismo tiempo, designar personajes más decididos en sus acciones contra la criminalidad. El rey había dado ya un apoyo previo a través de la real cédula de 21 de diciembre de 1715 en la cual confirió al virrey y a sus sucesores amplias facultades para controlar la seguridad pública y establecer una cierta independencia de la Santa Hermandad frente a la Sala del Crimen de la Real Audiencia. Esta medida real sirvió como base de la creación del *Tribunal de la Acordada* y así, por decreto de 5 de noviembre de 1719, se convocó a tres oidores y a uno de los alcaldes de la Sala del Crimen a una reunión del Real Acuerdo —de ahí el nombre de ese tribunal— que se efectuó el 9 de noviembre. En ella se expuso la situación y se pidió a sus miembros acordaran la exención a los provinciales de reportar sus sentencias a la Sala del Crimen y con ello dejarles en libertad de ejecutar las penas corporales, especialmente la de muerte.¹⁷⁹ Con diversos decretos y cédulas reales, la autoridad de este tribunal se afianzó, cuya seña particular era su forma de proceder sumaria “porque la prontitud del castigo conduce mucho al escarmiento”.¹⁸⁰

En lo tocante al orden jurídico, ya en 1530 el emperador Carlos I había dispuesto que en las tierras conquistadas se aplicaran las leyes de Castilla. Sin embargo, debido a la complejidad que representaba el proceso de conquista, la incipiente y muchas veces inexistente organización política y judicial, a través de los años los soberanos españoles emitieron una serie de leyes, pragmáticas, cédulas reales y decretos para la organización de los reinos del Nuevo Mundo, las cuales fueron compiladas en 1681 en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. En dicha legislación se estableció el orden de preferencia de la aplicación de la legislación: en las leyes I y II, Título Primero, Libro Segundo, se dice:

Ley primera. Que se guarden las leyes de esta recopilación en la forma y casos que se refieren. Haviendo considerado quanto importa, que las leyes dadas para el buen gobierno de nuestras Indias, Islas y Tierrafirme de el Mar Océano, Norte y Sur, que en diferentes Cédulas, Provisiones,

¹⁷⁶ Ídem, pp. 1, 3.

¹⁷⁷ *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Libro Quinto, Título Cuarto *in fine*.

¹⁷⁸ Rodríguez-Sala Gomezgil, María Luisa. *Los Jueces Provinciales del Tribunal de la Acordada, Partícipes de la Tranquilidad Social Novohispana (1719-1812)*. México, 2002, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 2.

¹⁷⁹ Ídem, pp. 3, 4.

¹⁸⁰ Bazán Alarcón, Alicia. *El Tribunal Real de la Acordada y la Delincuencia en la Nueva España*. En: *Historia Mexicana*. Vol. XIII, núm. 3, enero-marzo. México, D. F., 1964, El Colegio de México, p. 336.

Instrucciones y Cartas se han despachado, se juntassen y reduxessen á este cuerpo y forma de derecho, y que sean guardadas, cumplidas y executadas. Ordenamos y mandamos, que todas las leyes en él contenidas se guarden, cumplan y executen como leyes nuestras, según y en la forma dada en la ley, que vá puesta al principio de esta Recopilación, y que solas estas tengan fuerza de ley y pragmática sanción, en lo que decidieren y determinaren; y si conviene que se hagan algunas demás de las contenidas en este libro, los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores y Alcaldes mayores nos den aviso y informen por el Consejo de Indias, con los motivos y razones, que para esto se les ofrecieren, se tome la resolución que más convenga, y se añadan por Cuaderno á parte. Y mandamos, q no se haga novedad en las Ordenanças y leyes municipales de cada Ciudad, y las que estuvieren hechas por cualquier Comunidades y Universidades, y las Ordenanças para el bien y utilidad de los Indios, hechas, ó confirmadas por nuestros Virreyes, ó Audiencias Reales para el buen gobierno, que no sean contrarias á las de este libro, las quales han de quedar en el vigor y observancia, que tuvieren, siendo confirmadas por las Audiencias, entre tanto que vistas por el Consejo de Indias, las aprueba, ó revoca, y en lo que no estuviere decidido por las leyes de esta Recopilación, para las decisiones de las causas y su determinación, se guarden las leyes de la Recopilación, y Partidas de estos Reynos de Castilla, conforme a la ley siguiente.

Ley ii. Que se guarden las leyes de Castilla en lo que no estuviere decidido por las de las Indias. Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se deve proveer por las leyes de esta Recopilación, o por Cédulas, Provisiones, ó Ordenanças dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reyno de castilla, conforme a la de Toro, assi en quanto á la substancia, resolución y decision de los casos, negocios y pleytos, como á la forma y orden de substanciar.

Así, en los asuntos seguidos en la Nueva España, las leyes de Indias tenían aplicación preferente, mientras que la legislación castellana lo era de forma supletoria. Sin embargo, en lo tocante a las causas penales, en realidad la legislación castellana —específicamente en lo relativo a las *Leyes de Toro*, primero, y después con la *Nueva* y la *Novísima Recopilaciones*— era de aplicación sustancial, mientras que la Recopilación de las Leyes de Indias se limitaban a establecer casos especiales de delitos y penas: las leyes II, III y VIII, Título Ocho, Libro Séptimo, estipulaban que los justicias de las Indias debían perseguir, de manera especial, los delitos de blasfemia, falso testimonio y adulterio, se castigaran “conforme a las leyes de Castilla”, mientras que la ley V establecía el doble de las penas pecuniarias establecidas por las leyes de Castilla para los amancebados. El resto de las leyes contenidas en dicho título (leyes VI a XXVIII), establecía la forma de aplicar y ejecutar las penas en los nuevos territorios, especialmente las penas de destierro y galeras, atendiendo a la situación geográfica de cada reino.

La *Recopilación* no establecía normas procesales para los casos de aprisionamiento preventivo, por lo cual las leyes de Castilla regían dicho procedimiento.¹⁸¹ Pero sí establecía que “en todas las Ciudades, Villas, y Lugares de las Indias, se hagan Carceles para custodia, y guarda de los delinquentes, y otros, que devan estar presos, sin costa de nuestra real hazienda, y donde no tuvieren efectos, hagan fe de condenaciones aplicadas á gastos de justicia, y si no las huviere, de penas de Camara, con que de gastos de justicia, sean reintegradas las penas de Camara” (ley primera, título seis, libro séptimo),¹⁸² así como que las mujeres debían permanecer separadas de los hombres (ley II), provisión que por cierto no se contenía en las *Leyes de Toro*. De igual manera, establecía la obligación de los carceleros de mantener la cárcel limpia y con medidas sanitarias (ley

¹⁸¹ Vid supra, capítulo II, secciones 3 y 5 en lo tocante a España.

¹⁸² Las penas de cámara consistían, esencialmente, en las penas accesorias, generalmente pecuniarias, que se aplicaban a favor de la Hacienda Real, incluyendo también la aplicación a favor de ésta del patrimonio de los difuntos *ab intestato*.

VIII); prohibía maltratar a los presos (ley IX), recibir dádivas (ley X), convivir con los presos (ley XII), permitir juegos ni venta de bebidas alcohólicas (ley XIII); especialmente, prohibía la extensión de la prisión por costas y derechos de los pobres (leyes XVI y XVII).

Beatriz Bernal señala que la legislación novohispana demuestra

la minuciosidad con que se reguló la materia relativa a la aprehensión y custodia de los presos, y permiten observar ciertas constantes en ella: la preocupación de hacer expedita la justicia, que se completa con una amplia legislación relativa a las visitas de cárcel; la discriminación en el tratamiento de los presos atendiendo a su sexo, linaje, status económico, etcétera; y la regularidad en las penas impuestas a los Alcaldes, carceleros y demás custodios en caso de evasión y huida, tanto individual como colectiva, de los sometidos a su custodia, estableciendo su responsabilidad, según el grado de culpabilidad del custodio.

*Se observa también una línea continua de minuciosas regulaciones que pasan de las fuentes romanas a las castellanas (principalmente a las Partidas) e indianas, lo que me permite aseverar que fueron pocos (solo matices) los cambios legislativos que se produjeron en la materia...*¹⁸³

Sin embargo, la situación de las prisiones en la Nueva España no tuvo nada que envidiarles a sus contemporáneas europeas. A fines de la época colonial había tres cárceles en la ciudad de México: una para detenidos, conocida por *La Diputación*, otra para los presos adultos — encausados o sentenciados— llamada *Prisión de Corte*, y la *cárcel de la Acordada*. Los jóvenes menores de edad eran enviados a cumplir sus condenas al *Hospicio de Pobres*. A pesar de que estos establecimientos contaban con instalaciones separadas para hombres y mujeres, era usual que éstas fueran enviadas a la Casa de Recogidas de Santa María Magdalena. En cada uno de los ocho cuarteles mayores en que estaba dividida la ciudad había un lugar donde eran llevados los aprehendidos por delitos menores como vagancia y ebriedad; allí mismo se les imponía el castigo correspondiente o eran enviados a la Diputación para ser sentenciados.¹⁸⁴

Sobre el régimen prevaleciente en las diversas prisiones novohispanas existen varios testimonios. Por citar un ejemplo, José Joaquín Fernández de Lizardi, en su obra *El Periquillo Sarmiento* nos dice acerca de la cárcel de Corte:

Amaneció por fin; se tocó la diana; se levantaron los soldados echando votos, como acostumbran, y cuando llegó la hora de dar el parte, lo despacharon al mayor de plaza, y a mí amarrado como un cohete entre los soldados para la cárcel de corte.

En efecto a poco rato oí que comenzó uno a gritar: Ese nuevo, ese nuevo para arriba. Advirtiéronme los compañeros que a mí me llamaban, y el presidente, que era un hombretón gordo con un chirrión amarrado en la cintura, me llevó arriba y me metió en una sala larga, donde en una mesita estaba el alcalde, quien me preguntó cómo me llamaba, de dónde era y quién me habla traído preso. Yo, por no manchar mi generación, dije que me llamaba Sancho Pérez, que era natural de Ixtlahuaca, y que me habían traído unos soldados del principal.

Apuntaron todo esto en un libro y me despacharon. Luego que bajé me cobró el presidente dos y medio y no sé cuánto de patente. Yo, que ignoraba aquel idioma, le dije que no quería asentarme en ninguna cofradía en aquella casa, y así, que no necesitaba de patente. El cómitre maldito, que pensó que me burlaba de él, me dio un bofetón que me hizo escupir sangre, diciéndome:

¹⁸³ Bernal Gómez, Beatriz. *Dos Aspectos de la Legislación Carcelaria Novohispana*. En: *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho México*. México, D. F., 1981, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 146.

¹⁸⁴ Lozano Armendares, Teresa. *Recinto de Maldades y Lamentos: La Cárcel de la Acordada*. En: *Estudios de Historia Novohispana*. Núm. 13, enero. México, D. F., 1993, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 159.

“So tal —y me lo encajó—, nadie se mofa de mí, ni los hombres, contímás un mocoso. La patente se le pide, y si no quieres pagarla harás la limpieza, so cucharero”.

Diciendo esto se fue y me dejó, pero me dejó en un mar de aflicciones.

Había en aquel patio un millón de presos. Unos blancos, otros prietos; unos medio vestidos, otros decentes; unos empelotados, otros enredados en sus pichas; pero todos pálidos y pintada su tristeza y su desesperación en los colores de sus caras.

*Nadie me consolaba, y todo el interés que manifestaron por saber la causa de mi arresto fue una simple curiosidad. Pero para que se vea que en el peor lugar del mundo hay hombres buenos, atended...*¹⁸⁵

La prisión más temida era la de La Acordada. Ubicada en lo que hoy es el centro de la ciudad de México, se decía que tenía “patios tan estrechos que parodiaban los antros inquisitoriales; dormitorios tan oscuros y húmedos, que podrían haberse tomado por calabozos del feudalismo; pisos tan bajos que podrían haberse llamado subterráneos; una fuente pequeña, escasa de agua, y tan baja, que muchas veces sus derrames se mezclaban con sus aguas; albañales sin corriente, que a la menos lluvia inundaban todos los departamentos inferiores”.¹⁸⁶ A las malas condiciones higiénicas y de salubridad y malos tratos imperantes en las cárceles novohispanas, se sumaba la corrupción, tanto como el juego y el tráfico de bebidas embriagantes, así como por los tratos discriminatorios y abiertos actos de ilegales, tales como los describe Lozano:

*Asimismo, las autoridades de la prisión escogían a ciertos reos para ejercer algunos cargos; a estos presos, conocidos como presidentes, se les encargaba de mantener el orden garrote en mano y, así, extorsionaban a los presos de diferentes maneras. Autorizados por los empleados superiores, y quizá de acuerdo con ellos, alquilaban en las noches inmundas frazadas para que se abrigaran los presos recién llegados; después de haber recibido el precio del alquiler, a media noche, o en la madrugada, iban a despojarlos de las frazadas con el objeto de explotar su necesidad, exigiéndoles nuevo alquiler o bien alquilándolas a otros. Los presidentes obligaban asimismo a los presos a asear la fuente, introduciéndose en ella desnudos, o comprar su benevolencia con dinero, en cuyo caso quedaban exentos de ese servicio.*¹⁸⁷

En general, como otros muchos aspectos de la administración de las Indias, la correspondiente a la administración de justicia arrastró vicios que no se lograron eliminar durante toda la dominación española en estos territorios. En un ambiente favorable para su persistencia — lejos de la autoridad central en Madrid—, muchos de ellos se resistieron tenazmente a desaparecer hasta el punto de hacerse su presencia consustancial con la administración de justicia misma.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Fernández de Lizardi, José Joaquín. *El Periquillo Sarmiento*. 30ª ed., México, D. F., 2007, Editorial Porrúa, pp. 183, 184.

¹⁸⁶ Mc Lachlan, Colin. *La justicia Criminal del Siglo XVIII en México. Un Estudio sobre el Tribunal de la Acordada*. México, D. F., 1976, Secretaría de Educación Pública, p. 127.

¹⁸⁷ Lozano Armendares. Op. cit., p. 151. Cfr. con García Cubas, Antonio. *El Libro de mis Recuerdos; Narraciones Históricas, Anecdóticas y de Costumbres Mexicanas Anteriores al Actual Estado Social*. México, D. F., 1904, García Cubas editor, p. 307. Con relación a estas prácticas —especialmente en lo relativo a lo que ahora llamamos *fajina*—, las mismas prevalecen hasta nuestros días, vid: la nota publicada en el Diario *Esto* el 12 de noviembre de 2007, intitulado “Reina la corrupción en las cárceles del DF”. Consultado en la página web <http://www.oem.com.mx/esto/notas/n487121.htm>.

¹⁸⁸ García Marín, José María. *Quiebras en la Administración de Justicia Novohispana del Siglo XVIII*. En *Historia, Instituciones, Documentos*. Núm. 25, Sevilla, España, 1998, Departamento de Historia Medieval y Ciencias y Técnicas Historiográficas de la Universidad de Sevilla, pp. 249, 250.

Sección 2. Siglo XIX.

Las convulsiones políticas de la primera mitad del siglo XIX en México se vieron reflejadas en el enorme atraso de las instituciones de procuración y administración de justicia, así como en la legislación sustantiva y adjetiva penal. García Ramírez anota:

Alcanzada la independencia, México no pudo ocuparse de las leyes penales y de la justicia que éstas prevenían. La nueva república estaba demasiado atareada en las luchas internas y en la construcción del edificio político. Toda la pasión de los nuevos ciudadanos se destinó a fraguar leyes constitucionales, sin perjuicio de que éstas tuvieran corta vigencia y aplicación limitada. El gobierno emergente, que quiso heredar el Real patronato Indiano ejercido por la Corona, indudablemente heredó las prisiones que desocuparon los juzgadores y los adversarios de aquélla; esa sí fue una herencia recibida sin beneficio de inventario; no figuró en ella la prisión del Santo oficio, expulsada por los vientos liberales desde Cádiz. La Acordada, sin embargo, perseveró hasta bien entrado el siglo XIX. En una visita, la marquesa Calderón de la Barca advirtió que “ahí se apiñaban en informe mezcolanza centenares de presos, sin que se les tomen en cuenta la naturaleza particular de sus delitos: el salteador de medianoche con el ratero que hurta pañuelos; el famoso bandido con el reo político; el deudor con el monedero falso...”¹⁸⁹

La *Constitución Política de la Monarquía Española*, adoptada por las Cortes de Cádiz el 18 de marzo de 1812 estableció las bases de un detallado sistema de justicia criminal: Disponía que los procesos fueran formados con brevedad y sin vicios a fin de que los delitos sean prontamente castigados (artículo 286).¹⁹⁰ Estableció la garantía de seguridad jurídica en materia penal al disponer que “ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión” (artículo 287), empero, reconoció la detención en flagrante delito (artículo 292). Definió el auto de bien preso (artículo 293) y otorgó el derecho de la libertad bajo fianza en cualquier estado de la causa para el caso de delitos que no ameritaran pena corporal (artículo 296). Estableció la publicidad del proceso una vez recibida la declaración del imputado (artículos 300, 301 y 302); prohibió los tormentos, la confiscación de bienes y cuantas penas trascendentales (artículos 303, 304 y 305). Igualmente, imponía la obligación a los jueces para visitar regularmente a los presos, so pena de ser acusados de detención arbitraria (artículos 298 y 299). Por cuanto a los lugares de detención, dicha Constitución estableció:

Artículo 297. Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar á los presos: así el alcaide tendrá á estos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos.

A través de sendas leyes aprobadas el 9 de octubre de 1812, se extendió el beneficio de visitas carcelarias a los presos del fuero militar y se expidió el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia. El 22 de febrero de 1813 se abolió la Inquisición.¹⁹¹

¹⁸⁹ García Ramírez, Sergio. *El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 95, mayo-agosto. México, D. F., 1999, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 364.

¹⁹⁰ Dublán, Manuel y José María Lozano (compiladores). *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Extendidas desde la Independencia de la República*. Tomo I. México, D. F., 1876, Imprenta del Comercio, pp. 372, 373.

¹⁹¹ Ídem, tomo I, pp. 388-395, 399.

El 4 de mayo de 1814, el rey español Fernando VII declaró nula la Constitución de Cádiz así como todas las leyes promulgadas por las Cortes gaditanas, por lo que las disposiciones constitucionales y legales anotadas no tuvieron efectiva aplicación en la Nueva España. Si bien Fernando VII juró la Constitución de Cádiz el 8 de marzo de 1820, restaurando el orden constitucional y legal que años antes había anulado, dicho orden tampoco tuvo restauración efectiva en la Nueva España, que para ese año estaba cercana a consumir su independencia.

Si bien no tuvo vigencia efectiva, el *Decreto Constitucional para la América Mexicana*, promulgada en Apatzingán el 24 de octubre de 1814, es el único documento constitucional histórico mexicano que prevé expresamente el *principio de presunción de inocencia*, al disponer en su artículo 30 que “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”.¹⁹²

La *Constitución Federal de los Estados-Unidos Mexicanos* sancionada el 4 de octubre de 1824, nada señaló sobre la organización del sistema carcelario federal, limitándose a señalar que “nadie podrá ser detenido sin que haya prueba semi-plena, o indicio de que es delincuente”, y que la detención por indicios no duraría más de sesenta horas (artículos 150 y 151).¹⁹³ Sin embargo, el gobierno de la naciente República no ignoró el posible aprovechamiento de los delincuentes para atenciones apremiantes; en este sentido, acogió la tradición colonial de los presidios. En su mensaje al Congreso el 23 de mayo de 1826, el presidente Guadalupe Victoria señaló que “se ha hecho iniciativa para que los reos que se sentencien a presidio por los tribunales de los Estados, sean destinados a las fortificaciones y trabajos que exige nuestra defensa para las costas y fronteras”.¹⁹⁴

Recogiendo lo preceptuado por la IV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, el artículo 2º fracciones I y II de la *Primera Ley Constitucional* de 29 de diciembre 1836, disponía que son derechos de los mexicanos:

I. No poder ser preso sino por mandamiento de juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según ley. Exceptúase el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, y cualquiera puede aprehenderle, presentándole desde luego a su juez o a otra autoridad pública.

*II. No poder ser detenido más de tres días por autoridad ninguna política, ni ser entregado al fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni por ésta más de diez días, sin proveer el auto motivado de prisión...*¹⁹⁵

Las *Leyes Constitucionales* de 1836 —sustento de la llamada república centralista— nada decían acerca de la organización del sistema penitenciario, empero, el artículo 7º fracción XI de la Sexta de dichas leyes, señalaba que tocaba a los gobernadores de los Departamentos “excitar a los tribunales y jueces para la más pronta y recta administración de justicia”.¹⁹⁶

¹⁹² *Ibidem*, tomo I, p. 435. Véase: Rodríguez y Rodríguez. Op. cit., p. 27.

¹⁹³ *Dublán*. Op. cit., tomo I, p. 735.

¹⁹⁴ *Los Presidentes de México ante la Nación*. Tomo I. 2ª ed., México, 1985, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, p. 57.

¹⁹⁵ *Dublán*. Op. cit., tomo III, p. 231.

¹⁹⁶ *Ibidem*, tomo III, p. 254.

Las *Bases de Organización Política de la República Mexicana*, emitidas el 12 de junio de 1843, reprodujeron en su artículo 9º fracciones V, VI y VII, las garantías de seguridad jurídica en materia penal prescritas por las fracciones I y II del artículo 2º de la Primera Ley Constitucional de 1836. Pero dichas Bases introdujeron la obligación de las Asambleas departamentales de “crear y reglamentar establecimientos de beneficencia, corrección o seguridad” (artículo 134 fracción VIII), siendo ésta la primera disposición constitucional mexicana en ocuparse del sistema carcelario.¹⁹⁷

Restaurada la República Federal, el *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana* dado el 15 de mayo de 1856, además de reiterar las garantías de seguridad jurídica en materia penal (artículos 40 a 45), mucho avanzó en la organización del sistema penitenciario e innovó en el sistema de clasificación y humanización —por lo menos en la ley— de los establecimientos carcelarios, al disponer:

Art. 49. Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que á ninguno se le obligue á la comunicacion con los demas presos ó detenidos; y ni á unos ni á otros podrá sujetarse á tratamiento alguno que importe una pena. Las leyes fijarán los trabajos útiles que puede obligarse á los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y la policía de las prisiones.

Art. 51. El término de la detencion para los efectos que expresa el art. 44 y con escepcion de lo prevenido en el 45, se comenzará á contar desde la hora en que el juez mismo haga la aprehension del reo, ó desde la en que lo reciba, si otra persona la hiciere. El reo será declarado bien preso en la cárcel del lugar de la residencia del juez competente que conozca de la causa. Declarado bien preso, podrá el juez, de oficio ó á peticion de la autoridad política, trasladarlo cuando la cárcel no sea segura, á la mas inmediata que lo sea, quedando el preso sujeto en todo caso á las expresivas órdenes de su juez.

También, este documento constitucional sostuvo la corriente humanitaria que recibió de otras normas y reiteró el propósito —sólo propósito durante el siglo XIX— de contar con un sistema penitenciario, al prescribir:

Art. 55. Quedan prohibidos los azotes, la marca, la mutilacion, la infamia trascendental y la confiscacion de bienes. Se establecerá á la mayor brevedad el régimen penitenciario.

El mismo Estatuto Provisional atribuyó a los gobernadores facultades relacionadas: la fracción XI del artículo 117 les encomendó “crear y reglamentar establecimientos de beneficencia, corrección o seguridad”, y la fracción XXX —igual que lo establecía la legislación penal española— ordenó a aquellos funcionarios “destinar a los vagos, viciosos y sin oficio, por todo el tiempo necesario a su corrección, a los establecimientos destinados a ese objeto, o a los obrajes o haciendas de labor que les reciban voluntariamente, quedando al arbitrio del destinado, escoger entre el campo o el obraje”.¹⁹⁸

Así, el constitucionalismo mexicano antes de 1857 no careció de previsiones sobre la privación preventiva de la libertad. Puede observarse que de 1824 a 1856, de no tenerse ninguna disposición, las normativas constitucionales se fueron enfocando a la prisión preventiva con mayor detenimiento, y especialmente en cuanto al régimen penitenciario; si bien es cierto, durante

¹⁹⁷ Ítem, tomo IV, pp. 429, 442.

¹⁹⁸ *Ibidem*, tomo VIII, México, D. F., 1877, pp. 172-174, 180, 181.

esos años las convulsiones internas no permitieron contar con los recursos económicos ni la atención política para su efectiva institucionalización, no podemos ignorar que al menos en los establecimientos carcelarios ya establecidos —heredados de la Colonia— estas normas debieron tener cierto impacto. García Ramírez señala:

*Es verdad que en la República convulsa jamás desmayaron las aspiraciones humanitarias de los espíritus más avanzados; la necesidad de aliviar la suerte de los presos, como lo propone la dignidad humana, siguió a nuestros legisladores en el curso de aquella centuria de formación nacional. Los estudiosos estaban al tanto del desarrollo que este asunto tenía en Europa y sobre todo en los Estados Unidos de América, país que se presentaba como modelo del penitenciarismo humanitario [...] Sin embargo, acaso lo era o lo parecía para los pueblos que apenas abandonaban la tradición represora de la monarquía absoluta o el desorden y la promiscuidad de las viejas prisiones en que se hacinaban individuos de toda naturaleza, sanos y enfermos, adultos y menores, delincuentes y deudores...*¹⁹⁹

A pesar de lo convulso de la historia patria a los largo de la primera mitad del siglo XIX, en el plano legislativo hubo ordenamientos referentes al procedimiento penal y que reflejaron la preocupación del legislador ordinario por mejorar la administración de justicia y las condiciones de los presos. Con relación al Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia dado por las Cortes españolas el 9 de octubre de 1812, por decreto de 4 de septiembre de 1824 el Congreso Federal determinó la remisión de los autos a la superioridad para la sustanciación de los recursos;²⁰⁰ el 16 de mayo de 1831 se expidió ley para la remisión de autos a la superioridad para la sustanciación del recurso procedente contra la denegación de la suplicación;²⁰¹ y el 18 de marzo de 1840 se expidió la llamada *Ley Sobre Denegada Apelación*.²⁰²

Una vez instaurada la república centralista, el 23 de mayo de 1837 se decretó el *Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común*, que en su artículo 140 derogó las leyes de 4 de septiembre de 1824 y 16 de mayo de 1831, y en su numeral 145 determinó que para la sustanciación y determinación de los juicios criminales se deberían aplicar las leyes que regían a la Nación antes de la Constitución de 1824 en tanto no se opusieran a las Siete Leyes Constitucionales y al propio *Arreglo*, de forma tal que siguió aplicándose el “antiguo sistema de enjuiciamiento criminal heredado de las leyes españolas, de manera que el procedimiento siguió siendo escrito y secreto, con el juez único de derecho, que fundaba su decisión en las Leyes de Partida, en las diversas Recopilaciones, debiendo proceder de oficio, por acusación de parte o denuncia para incoar todo procedimiento”.²⁰³ Sin embargo, esta ley supuso avances legislativos en la instrumentación del proceso penal, especialmente en lo relativo a la aprehensión del inculcado (artículos 126 y 129).²⁰⁴ Asimismo, se expidieron disposiciones sobre el régimen

¹⁹⁹ García Ramírez. Op. cit., pp. 370, 371.

²⁰⁰ Dublán. Op. cit., tomo I, p. 715.

²⁰¹ Ídem, tomo II, p. 327.

²⁰² Ibídem, tomo III, pp. 707-709.

²⁰³ Rodríguez. Op. cit., pp. 200, 201.

²⁰⁴ Dublán. Op. cit., tomo III, pp. 404-406. Esta ley dejó de tener observancia una vez que a partir del 22 de agosto de 1846 se declaró vigente de nueva cuenta la Constitución Federal de 1824 y, con el decreto de 2 de septiembre siguiente, se restituyó a la Suprema Corte de Justicia en sus funciones de acuerdo con dicho código fundamental. Sin embargo, bajo el régimen centralista impuesto por Antonio López de Santa Anna, el 16 de diciembre de 1853 se expidió la *Ley para el arreglo de la administración de justicia*, que reflejaba ya el deseo de las autoridades para emprender una labor codificadora, al señalar en la denominación del capítulo II del título segundo *las facultades de los jueces de partido en lo civil y criminal, y de la manera de proceder en todas las instancias, mientras se expide el código de procedimientos*, y que

penitenciario que reflejan la influencia que sobre el legislador tuvo la corriente utilitarista de la pena imperante en aquella época. Así, resulta importante destacar la *Ley Sobre Reformas de las Cárceles*, expedida el 27 de enero de 1840 que disponía:

Art. 1. Las cárceles se dispondrán de manera que haya los departamentos necesarios para incomunicados, detenidos y sentenciados, y en general para que todos se ocupen en algún arte u oficio, que á la vez les produzca lo necesario para subsistir, y que inspirándose en el amor al trabajo, los aleje de la ociosidad y los vicios. Al efecto, el gobierno hará que se formen desde luego los diseños y presupuestos correspondientes, y los pasará al congreso para su exámen y aprobación.

*2. En los Departamentos que carezcan de fondos para disponer sus cárceles conforme al artículo precedente, las juntas departamentales propondrán, dentro de dos meses, contados desde la publicación de este decreto, los arbitrios que estimen bastantes para llenar el objeto...*²⁰⁵

Seguramente bajo el amparo de esta ley, en el año de 1840 —a iniciativa de Mariano Otero— se erigió una *casa de corrección* en la ciudad de Guadalajara, Jalisco.²⁰⁶

Por orden del Ministerio de Justicia, el 2 de octubre de 1843 se expidió el *Reglamento para la Cárcel de La Acordada* de la ciudad de México, que estableció un régimen de trabajo forzoso para los presos de acuerdo con sus aptitudes, así como la exención de dicha obligación para quienes tuvieran profesiones que no sean “de trabajo de manos” así como a cualquier otro que se le exceptuara, quienes deberían pagar por dicha exención la cantidad de dos reales diarios. Los presos trabajadores recibirían tratos humanitarios y alimentación, así como repartición del fondo económico formado con el fruto de su trabajo, pero la institución no tenía obligación de *mantener* a los presos exceptuados de trabajo. Para instrumentar este reglamento, se celebró un convenio entre el Supremo Gobierno de la República y José Sánchez Feijóo y Pedro Tello de Meneses con el objeto de establecer talleres de oficios y artes en la referida cárcel, personas que se obligaron a hacer las erogaciones necesarias para establecer los talleres apropiados en dicha cárcel.²⁰⁷

Restablecido el régimen federalista, el 7 de octubre de 1848 el Congreso Federal expidió un decreto ordenando que en el Distrito y Territorios Federales se construyeran *penitenciarías*. El artículo 1º de dicho decreto diferenció las instalaciones para detención y prisión de los acusados, para corrección de jóvenes delincuentes, para la reclusión de sentenciados, y para el albergue de liberados. En su artículo 2º este decreto prohibía la reunión bajo cualquier circunstancia de las diferentes clases de personas detenidas, el artículo 3º estableció las formas de financiamiento para el establecimiento de este sistema penitenciario, mientras que el numeral 8º declaraba propiedad del Distrito Federal —y no nacional— de las penitenciarías construidas en éste.²⁰⁸ También se instituyó la *Junta de Cárceles*, a la que por decreto de 9 de enero de 1850 se le asignó la cantidad de dos mil cien pesos anuales para el sostenimiento de una casa de corrección.²⁰⁹ El mismo 7 de

en sus artículos 146 y 149 reproducía literalmente las disposiciones de los artículos 126 y 129 del *Arreglo* del 23 de mayo de 1837. (ídem, tomo V, pp. 155-158; tomo VI, p. 826, 831).

²⁰⁵ Ídem, tomo III, p. 675.

²⁰⁶ González Navarro, Moisés. *El Porfiriato, La Vida Social*. En: Cosío Villegas, Daniel (coordinador). *Historia Moderna de México*. 2ª ed., México, D. F., 1970. Editorial Hermes, p. 446.

²⁰⁷ Dublán. Op. cit., tomo IV, pp. 614-617.

²⁰⁸ Ídem, tomo V, p. 659.

²⁰⁹ Ibídem, tomo V, pp. 480, 481.

octubre de 1848, por iniciativa de Mariano Otero, a la sazón Ministro de Relaciones Exteriores, el Ejecutivo Federal expidió una convocatoria sobre las condiciones para la construcción de una penitenciaría en el Distrito Federal, en el que se establecieron detalladamente los requerimientos de la construcción de dicho edificio, disponiéndose expresamente que habría de construirse “según las reglas adoptadas en el sistema de Filadelfia y de manera que los presos vivan y trabajen en sus celdas sin reunirse jamás en ningún punto”; incluso, se requería que al lado de la puerta principal debían colocarse las estatuas de Howard y de Bentham.²¹⁰ Otero —convencido detractor de la pena de *obras públicas*— desde el despacho de Relaciones Exteriores esbozó un sistema penitenciario que, desafortunadamente, no pudo concretarse, basado principalmente en el establecimiento de *casas de corrección* con la concurrencia de particulares y con un esquema financiero autosustentable basado en el trabajo y la enseñanza de artes y oficios.²¹¹

Bajo la dictadura de Antonio López de Santa Anna, el 23 de junio de 1853, se estableció una inspección general de prisiones en el Distrito Federal, a cuyo cargo exclusivo estarían “la disciplina, policía de las prisiones, y todo lo relativo al régimen interior de ellas, con total independencia de la autoridad judicial y del cuerpo municipal, pero sí sujeto al supremo gobierno por medio” del gobierno del Distrito Federal (artículo 3º), medida que fue, sin embargo, derogada por decreto de 21 de septiembre de 1855.²¹²

A pesar de los esfuerzos plasmados en los ordenamientos constitucionales y legales antes reseñados, las disposiciones comunes de la época virreinal se siguieron aplicando en el procedimiento penal mexicano hasta bien entrado el siglo XIX, invocándose sin distingo las disposiciones penales y procesales de la Novísima Recopilación (publicada en 1805) y de la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, junto con la *Real Ordenanza de Intendentes* que databa de 1786 —orientada exclusivamente al Virreinato de la Nueva España—, las Siete Partidas e incluso del Fuero Juzgo y las Leyes de Toro, lo cual constituía un anacronismo, pues estas disposiciones en materia penal fueron superadas en España por el *Código Penal* de 1822.²¹³

El Congreso constituyente de 1856-1857 se ocupó de los asuntos más delicados en la relación entre el hombre y el poder político, y un poco menos de los relativos a la relación entre los individuos. Así, se ocuparía más de los aspectos sustantivos y adjetivos penales; los constituyentes liberales no sólo tenían en mente las doctrinas filosóficas con más hondo compromiso humanitario que sugerían racionalidad y benevolencia, sino tenían a la vista la difícil situación de un país atravesado por guerras civiles, mal administrado y peor gobernado, en cuyos campos y calles abundaban los delincuentes, y este otro panorama sugería rigor y cautela. En los artículos 13, 14, 15, 16, 17 y 19 de la *Constitución Política de la República Mexicana* adoptada el 5 de febrero de 1857²¹⁴ se reiteraron las garantías individuales de seguridad jurídica en materia penal que ya habían sido reconocidas por los documentos constitucionales de 1824, 1836 y 1843, pero además —recogiendo

²¹⁰ *Ibidem*, tomo V, pp. 483, 484.

²¹¹ Burgoa, Orihuela. Ignacio. *Semblanza de Don Mariano Otero, Insigne Jurista y Político Mexicano*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Núms. 154-156. México, D. F., 1987, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 441-443.

²¹² Dublán. Op. cit., tomo VI, México, D. F., 1877, pp. 563, 564; tomo VII, p. 563.

²¹³ Speckman Guerra, Elisa. *Crimen y Castigo. Legislación Penal, Interpretaciones de la Criminalidad y Administración de Justicia (ciudad de México, 1872-1910)*. México, D. F., 2007, El Colegio de México y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 23.

²¹⁴ Dublán. Op. cit., tomo VIII, pp. 386, 387.

disposiciones comunes plasmadas ya desde 1837 en el Arreglo Provisional de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común— en el artículo 18 se disponía expresamente:

18. Solo habrá lugar á prision por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningun caso podrá prolongarse la prision ó detencion por falta de pago de honorarios, ó de cualquiera otra ministracion de dinero.

Así, congruente con los vientos liberales y humanistas que informaban el derecho penal de esa época, la prisión preventiva se construyó a los delitos que ameritaban la imposición de penas corporales (muerte, prisión, relegación, etcétera), complementándose con lo dispuesto por el artículo 17, en el sentido de que nadie podría ser apresado por deudas de carácter puramente civil. Sin embargo, esta disposición constitucional contenía una contradicción, que ya se podía apreciar en el artículo 296 de la Constitución de Cádiz y que también fue constante en la legislación secundaria, pues cuando apareciera que al acusado no se le *podía imponer pena corporal* se le pondría en libertad bajo de fianza; de esa forma, surge la duda: ¿qué sucedía si el acusado no podía cubrir la fianza? ¿Permanecería en prisión preventiva? Esto demuestra la reticencia del Constituyente de 1856-1857 para abandonar los abusos de la prisión preventiva y nos muestra que, al parecer, aún no se definía bien a bien lo que en la actualidad conocemos como el sistema de *penas alternativas* para efectos procesales. Esta contradicción, en los hechos, contribuyó a atestar las prisiones y a que se cometieran infinidad de abusos en la administración de justicia.

Un tema candente en esa etapa de la historia nacional lo constituía la pena de muerte: si bien era uniforme el criterio abolicionista, la necesidad de imponer el orden de un país desgarrado por guerras intestinas, obligó a mantenerla —con muchos abusos, legales y judiciales—, reconociendo el Constituyente la ausencia de un sistema penitenciario confiable como una razón sustancial para ello. De esa forma, el artículo 23 de la Constitución de 1857 preceptuó que “para la abolición de la pena de muerte queda á cargo del poder administrativo el establecer, á la mayor brevedad, el régimen penitenciario”.²¹⁵

Es en estos años en que, siguiendo los postulados de la escuela clásica o liberal del derecho penal —congruente con los preceptos esenciales del liberalismo político—, legisladores de diversos países europeos y latinoamericanos promulgaron códigos penales y procesales —además de civiles y comerciales— que, a diferencia de las recopilaciones legislativas del antiguo régimen, constituyeron cuerpos unitarios promulgados en un mismo momento y en un mismo acto legislativo, de contenido homogéneo y que de forma lógica, sistemática y articulada regulaban materias específicas del derecho. Con ello se logró extender al plano legal los postulados generales del liberalismo plasmados en los documentos constitucionales, por una parte como una forma de refrendar e instrumentar las garantías reconocidas para todos los individuos, y por otra parte siguiendo la premisa de que las leyes secundarias no podían contravenir los principios de la Carta Magna.

Elisa Speckman Guerra anota que

²¹⁵ Vid: García Ramírez. Op. cit., pp. 373-375.

*En las décadas que siguieron a la promulgación de la Independencia, diversos juristas mexicanos clamaron porque México se sumara a este proceso y se elaboraran códigos modernos en la forma y en el contenido, que sustituyeron las leyes vigentes que presentaban un carácter mixto, pues algunos databan de la etapa virreinal y eran características del derecho del Antiguo Régimen, mientras que otras habían sido promulgadas por los gobiernos republicanos y respondían a los postulados de la escuela liberal del derecho penal. Es decir, a pesar de que las constituciones políticas del siglo XIX tomaron las propuestas esenciales del liberalismo (elección de representantes, división de poderes, representación parlamentaria, garantías individuales, humanización de las penas), no se había emprendido la reforma de la legislación penal. Por ejemplo, a mediados de siglo seguían castigándose delitos contra la fe —como la blasfemia y la herejía— y subsistían fueron y tribunales especiales; sin embargo, ya se había prohibido el uso del tormento en los procesos judiciales y la responsabilidad penal se extinguía con la muerte del delincuente, asimismo, la cárcel era el lugar privilegiado de castigo y se habían eliminado penas como la confiscación de bienes, los castigos infamantes o la mutilación...*²¹⁶

Durante la Guerra de Reforma (1857-1861) y la intervención francesa que impuso el Segundo Imperio (1862-1865), Benito Juárez estableció las bases de la separación de la Iglesia y el Estado, dando los primeros pasos legislativos para un nuevo ordenamiento penal: ya el 22 de noviembre de 1855, siendo ministro de Justicia del presidente Ignacio Comonfort, se expidió la *Ley sobre administración de justicia y orgánica de los tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios*, instituyendo el Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales (artículos 23 a 29 y 33 a 40) —si bien, su funcionamiento se suspendió temporalmente por decreto de 24 de enero de 1862—,²¹⁷ coartó los derechos de militares y eclesiásticos, como suprimir los tribunales especiales que tenían ambos organismos (artículo 42);²¹⁸ siendo presidente de la República, Juárez expidió la ley del 25 de enero de 1862 que declaraba reo de muerte a quienes favorecieran a los invasores franceses.²¹⁹ El 20 de enero de 1869 el Congreso decretó la *Ley de Jurados Militares* y el 15 de julio de ese mismo año se expidió la *Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal*, adoptando el sistema sajón de los juicios criminales en los cuales “los jurados se limitarán a declarar si el procesado es ó no culpable del hecho que se le imputa; y los jueces de lo criminal, en caso afirmativo aplicarán la pena que designe la ley” (artículo 2º),²²⁰ sistema que no arraigó ni funcionó debido a la falta de recursos materiales y humanos para su implementación, así como por la convulsa situación de la capital del país. El 4 de diciembre de ese año se introdujo el sistema de la libertad bajo caución garantizada por el artículo 18 de la Constitución de 1857 para los delitos que ameritaban pena no corporal.²²¹

Merece la atención la labor legislativa de Maximiliano de Habsburgo durante el *Segundo Imperio*. Consciente el Emperador de la anarquía legislativa imperante en México, el 10 de abril de 1865 se expidió el *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano*, en el que además de reconocer las garantías de seguridad jurídica en materia penal que ya habían sido plasmadas en otros documentos constitucionales, se disponía:

Artículo 66.

²¹⁶ Speckman Guerra. Op. cit., pp. 28, 29.

²¹⁷ Dublán. Op. Cit., tomo IX, México, D. F., 1878, p. 367.

²¹⁸ Ídem, tomo VII, pp. 593-606.

²¹⁹ Íbidem, tomo IX, pp. 367-371.

²²⁰ Ítem, tomo X, pp. 658-665.

²²¹ Ledesma, José de Jesús. *Panorama del Derecho Mexicano en el Siglo XIX*. En: *Jurídica*. Núm. 13, tomo II, México, D. F., 1981, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, p. 645.

Las cárceles se organizarán de modo que solo sirvan para asegurar á los reos, sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de la prisión.

Artículo 67.

En las cárceles habrá siempre separacion entre los formalmente presos y los simplemente detenidos.

Asimismo, se declaró aplicable el Código Penal francés elaborado a principios del siglo XIX por instrucciones de Napoleón I, por lo que se procedió a su traducción; otro tanto se hizo con el Código de Justicia Militar francés que quedó traducido en 1865.²²²

Volviendo a Juárez, ya en 1862 había ordenado la creación de una comisión en la que participaron Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Antonio Martínez de Castro, Carlos María Saavedra y Manuel María Zamacona, a fin de redactar el proyecto de un Código Penal;²²³ una vez restaurada la República, 1867 se le encomendó a Antonio Martínez de Castro la continuación de esos trabajos, integrando una comisión redactora junto con José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel María Zamacona. Después de tres años de trabajo, el 7 de diciembre de 1871 el Congreso federal decretó el *Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, entrando en vigor el 1º de abril de 1872, dando comienzo así a una dualidad de fueros en la legislación penal federal que duraría hasta 1999.²²⁴

El 4 de febrero de 1871 el presidente Juárez también nombró una comisión para formar un proyecto de código de procedimientos en materia criminal, tomando como base el código penal, para lo cual el Congreso de la Unión, por ley de 7 de diciembre de ese mismo año, le autorizó para “ponerlo en vigor”;²²⁵ dicha comisión, compuesta por Manuel Dublán, Manuel Ortiz de Montellano, Luis Méndez, José Linares, Manuel Siliceo y Pablo Macedo, presentó su proyecto a la Secretaría de Justicia el 18 de diciembre de 1872, siendo ya Presidente Sebastián Lerdo de Tejada, durante cuyo mandato el proceso de observaciones y críticas a dicho proyecto se estancó. La crítica principal versaba sobre el funcionamiento de los jurados pues “la opinión pública urgía porque se reformara” dicha institución “cuando no pedía su abolición” a consecuencia de “algunos escandalosos veredictos y otros abusos lamentables”. Incluso, el propio Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal “instaba oficialmente porque se iniciara ante el Legislador la pronta reforma del jurado”.²²⁶ Debido a ello, el Congreso de la Unión, por decreto de 1º de junio de 1880, renovó al Ejecutivo Federal la autorización para expedir dicha codificación, evitando con ello el proceso legislativo correspondiente.²²⁷ Así, a instancias de Manuel Dublán y Pablo Macedo el proyecto fue concluido y el 15 de septiembre de 1880 el presidente de la República Porfirio Díaz promulgó el *Código de Procedimientos Penales* que, según su preámbulo, debía observarse en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California a partir del 1º de noviembre de ese año.²²⁸ El capítulo XII del Título II del Libro Primero de esta codificación marcaba cuidadosamente los casos en que procedía la

²²² Ídem, p. 644. Vid: García Ramírez. Op. cit., p. 370.

²²³ Ledesma. Op. cit., pp. 643, 644.

²²⁴ Speckman Guerra. Op. cit., p. 30. Vid: Dublán, Manuel y José María Lozano. Op. Cit., tomo XI, México, D. F., 1879, pp. 597-718.

²²⁵ Dublán. Op. cit., tomo XI, p. 719

²²⁶ Rodríguez. Op. cit., pp. 209, 210.

²²⁷ Ídem, pp. 207, 211.

²²⁸ Dublán. Op. cit., tomo XV, México, D. F., 1886, p. 3.

privación de la libertad de un imputado —fuera de los casos de la imposición de pena corporal por sentencia irrevocable— en sus artículos 244 y 245, en los siguientes términos:

Art. 244- Fuera del caso de pena impuesta por sentencia irrevocable, la libertad de las personas puede restringirse con el carácter de aprehensión, con el de detención y con el de prisión preventiva; pero es necesario que se verifique en los términos que señala la ley y por los funcionarios y agentes á quienes expresamente concede esta facultad.

*Art.- 245 Nadie podrá ser aprehendido sino por la autoridad competente ó en virtud de orden escrita que ella dictare.*²²⁹

Por cuanto a la prisión preventiva, este cuerpo legal disponía:

Art. 254.- Solo pueden decretar la prisión preventiva el Tribunal superior, los jueces de lo criminal, los correccionales, los menores y los de paz.

Art. 255.- La prisión formal ó preventiva solo podrá decretarse cuando medien los requisitos siguientes:

- I. Que esté comprobada la existencia de un hecho ilícito que merezca penal corporal;*
- II. Que al detenido se le haya tomado declaración preparatoria, é impuesto de la causa de su prisión y de quién es su acusador, si lo hubiere:*
- III. Que contra el inculpado haya datos suficientes, á juicio del juez, para suponerlo responsable del hecho.*²³⁰

La detención podía darse en flagrante delito o por cumplimiento de una orden de aprehensión —la cual podía expedir no solo a autoridad judicial, sino también el Ministerio Público, y una serie de autoridades políticas y administrativas— (artículos 246 y 247); no podía durar más de tres días y conllevaba la incomunicación por ese lapso, la cual podría ser interrumpida o ampliada por mandato judicial (artículos 251 y 252) y dentro del cual debía oírse al detenido en preparatoria (artículo 159). Sin embargo, se procedería a la simple *citación* del inculpado si se traba de delitos que no ameritaran pena corporal o ésta no sobrepasara de los tres meses de *arresto mayor* y el inculpado gozara de buenos antecedentes (artículo 249).²³¹ Reglamentó la *libertad provisional*, que debía otorgarse en cualquier estado del proceso en que apareciese que el delito no ameritaba penal corporal o ésta no sobrepasara de los tres meses de *arresto mayor* y el inculpado cumpliera con una serie de requisitos (artículo 259); así como la *libertad bajo caución*, procedente cuando la pena aplicable no sobrepasase los cinco años de prisión (artículo 260). Ambas libertades podían solicitarse en cualquier estado del proceso una vez recibida la declaración preparatoria en la vía incidental y previa audiencia del Ministerio Público (artículo 264).²³²

Sobre estos aspectos, Ricardo Rodríguez apuntaba:

Mediante el sistema que ahora se adopta, todo el que asegure el resultado del juicio, no permanecerá en la cárcel durante la substanciación del proceso; al menos si su delito no merece una pena de más de cinco años; limitación que se ha creído conveniente hasta que la experiencia indique si puede adoptarse una regla más amplia. Sobre este asunto es notable el razonamiento

²²⁹ Ídem, p. 26.

²³⁰ Íbidem, p. 27.

²³¹ Ítem, pp. 18, 26, 27.

²³² Ídem, pp. 27, 28.

*del Sr. Martínez de Castro en su Exposición de motivos del Código penal (pág. 3, lib. 1ª, Reglas generales), donde recomienda que, al establecer los procedimientos del orden penal, se den, para conceder la libertad bajo caución, reglas más justas y equitativas que concilien el interés de la sociedad con la libertad de los hombres, como se ha hecho en Inglaterra, en Bélgica y en los Estados Unidos...*²³³

Así, consciente del precario estado de las prisiones, el legislador procuró en el código procesal de 1880 restringir lo menos posible la libertad de los justiciables, acogiendo con ello las ideas liberales de esa época, que pugnaban por el respeto irrestricto de la libertad humana en el proceso penal. Resulta importante resaltar que el legislador trataba de adaptar la experiencia lograda en otros países a la realidad nacional procediendo “con sumo cuidado y diligencia, a la luz de la experiencia adquirida, más bien que fiándose en doctrinas alucinadoras, o en la servil imitación de otros países”, a fin de no cometer los errores en la instauración de los jurados hacía once años.²³⁴ Sin embargo, las bondades que el código procesal penal de 1880 aparentemente presentaba, en los hechos no supuso sino serios problemas para la administración de justicia, observándose “en la práctica algunos inconvenientes más ó menos graves que reclamaban una reforma inmediata; pero en donde significó más imperiosamente esta necesidad, fue en los preceptos relativos al juicio por Jurados” habida cuenta que la organización del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal “no prestaba las suficientes garantías de acierto para llenar la función reservada”, llegando a “veredictos escandalosos que llamaron fuertemente la atención pública”.²³⁵ De esa forma, el 3 de junio de 1891 el Congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo de la Unión para reformar el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sustancialmente en lo relativo a los jurados, formándose una comisión compuesta por Rafael Rebollar, F. G. Puente y P. Miranda, de cuyo proyecto emanó la *Ley de Jurados en materia criminal para el Distrito Federal*, promulgado por el general Díaz el 24 de junio de 1891.²³⁶

En uso de las facultades otorgadas por el referido decreto de 3 de junio de 1891, también se formó una comisión para redactar un nuevo Código de Procedimientos Penales, compuesta por las mismas personas que proyectaron la Ley de Jurados de 1891, junto con el entonces Ministro de Justicia y Agustín Borges, a la sazón magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.²³⁷ En palabras de Ricardo Rodríguez “no fue solamente la materia relacionada con el juicio por jurados la única en que la reforma se impuso, la necesidad de ella se extendió á la instrucción y á otros preceptos, en los que la práctica vino á indicarla”, por lo que las reformas introducidas “se refieren más directamente á la instrucción que al juicio, porque en materia de jurados se insertó la ley de 24 de Junio de 1891” y por ello “dichas reformas no han afectado el sistema procesal adoptado anteriormente, puesto que mantienen, como es natural, la publicidad y la oralidad del juicio con el jurado, siguiendo el sistema mixto establecido en la legislación de los pueblos más cultos de Europa y de América”.²³⁸ En consecuencia, la facultad de ordenar la aprehensión continuó siendo potestad de diversas autoridades del orden judicial, del Ministerio Público, y una serie de autoridades políticas y administrativas (artículos 223 y 224), empero, el numeral 222 exigió que el mandamiento de aprehensión fuera expedido por escrito y fundado y

²³³ Rodríguez. Op. cit., p. 213.

²³⁴ Ídem, pp. 215, 216.

²³⁵ Íbidem, p. 223.

²³⁶ Dublán. Op. cit., tomo XXI, México, D. F., 1898, Imprenta de Eduardo Dublán, pp. 137, 494-513.

²³⁷ Ledesma. Op. cit., pp. 644, 645.

²³⁸ Rodríguez. Op. cit., pp. 251, 252.

motivando la causa legal del procedimiento; la detención *in fraganti* o del prófugo por cualquier persona continuó (artículo 224), así como la consecuente *incomunicación* del detenido, aunque el artículo 229 limitó a diez días por cada ocasión el tiempo máximo que podría durar la ordenada por autoridad judicial. La prisión preventiva sufrió pocas modificaciones: El artículo 232 retiró la facultad de decretarla al Tribunal Superior, limitándola a los jueces del ramo penal, al que funcionara como juez de instrucción en los jurados de responsabilidad y a los menores de paz; mientras que el numeral 233 exigió los mismos requisitos para el dictado del auto de formal prisión, pero sustituyó el dictado de auto de formal prisión por un *auto cabeza de proceso* en los casos en los que se hubiere concedido previamente al inculpado el beneficio de la libertad provisional bajo caución, siendo éste el antecedente legal inmediato del *auto de sujeción a proceso*. Este último precepto también introdujo la *ficha signalética* al establecer que “tan luego como se haya dictado el auto de prisión preventiva contra alguna persona, se procederá, para asegurar su identidad, á retratarla y á tomar sus medidas antropométricas conforme al procedimiento de Bertillón, cuando quede establecido este servicio”.²³⁹

En uso de las facultades que el Congreso de la Unión le concedió por decreto de 24 de mayo de 1906, prorrogado por diverso de 13 de diciembre de 1907, el presidente Porfirio Díaz expidió el *Código Federal de Procedimientos Penales* el 16 de diciembre de 1908, el cual regulaba el ejercicio de la llamada *policía judicial de la Federación* y en la que estaban integrados cónsules del servicio exterior mexicano, capitanes de navíos, autoridades judiciales y administrativas del fuero común, empleados de aduanas y magistrados y jueces federales, pero estableció, además, la figura del Ministerio Público Federal.²⁴⁰ Consecuente con ello, en esa misma fecha el Dictador emitió la *Ley de Organización del Ministerio Público Federal y Reglamentación de sus Funciones*, instituyendo a la Procuraduría General de la República —dependiente de la Secretaría de Justicia— como “encargada de auxiliar la administración de justicia; de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de la competencia de los tribunales federales”, entre otras funciones.²⁴¹

Ambos ordenamientos vinieron a organizar adecuadamente la procuración y administración de justicia penal en el fuero federal: El código procesal abrogó para siempre las añejísimas y complicadas leyes procesales heredadas de la Colonia, mientras que la ley orgánica del Ministerio Público Federal inició la tendencia de despojar al Poder Judicial de funciones investigadoras. Por cuanto hace a la privación de la libertad de los inculcados, este ordenamiento procesal penal federal continuó reconociéndose la detención *in fraganti* sin necesidad de orden alguna (artículo 129), pero tuvo un gran avance al limitar la detención y la prisión preventiva de un inculpado únicamente cuando se tratase de delitos que merecieran *pena corporal* (artículos 130 y 142), ordenando la *libertad absoluta* del inculpado “si apareciere que, por el delito que se persigue, no puede imponerse pena corporal” (artículo 347 fracción III). Estableció la *libertad bajo protesta* cuando se hubiesen desvanecido los datos con los que se hubiere dictado la prisión preventiva (artículo 349), cuando se tratase de delitos que ameritasen hasta cinco meses de arresto mayor (artículo 352 fracción I), o cuando habiéndose cumplido la sentencia impuesta en primera instancia,

²³⁹ Dublán, Adolfo y Adalberto A. Esteva. *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Expedidas desde la Independencia de la República (Continuación de la Ordenada por los Lics. Manuel Dublán y José María Lozano)*. Tomo XXVIII, México, D. F., 1899, Imprenta de Eduardo Dublán, pp. 139-141.

²⁴⁰ Secretaría de Justicia. *Colección Legislativa Completa de la República Mexicana con todas las disposiciones expedidas para la Federación, el Distrito y los Territorios Federales (Continuación de la Legislación Mexicana de Dublán y Lozano)*. Tomo XL primera parte, México, D. F., 1910, Tipografía Viuda de Francisco Díaz de León Sucesores, p. 541.

²⁴¹ Ídem, pp. 528-536.

quedara pendiente de resolverse el recurso de apelación (artículo 353). La libertad provisional bajo caución se instituyó para todos aquellos delitos cuya pena máxima no excediera de cinco años de prisión (artículo 355). En la exposición de motivos de este código se reconoció la carencia “en general del Gobierno de la Unión de cárceles propias”, lo que sirvió de argumento para permitir a éste hacer uso de los establecimientos carcelarios de las entidades federativas (artículo 135), práctica que se llevó a cabo hasta la década de 1990 y que constituyó y constituye aún un grave problema para los sistemas carcelarios estatales y del Distrito Federal.²⁴²

Entre los autores de la época se reconocía ya que “la detención preventiva es una pena real para el inculcado, pero al mismo tiempo es una medida necesaria, una garantía indispensable que reclama la instrucción, y en su caso, para la ejecución de la pena; garantía que la sociedad exige como un derecho de interés general, cual es la represión de los delitos”. Sin embargo, la necesidad de la prisión preventiva se justificaba en atención a que era “indispensable que el juez tenga bajo sus órdenes ó á su disposición, al individuo que se presume culpable, porque con el interrogatorio que le hará sufrir, con la confrontación, se obtendrán los medios más seguros y apropiados para el resultado de la información previa”, lo que constituían resquicios del viejo sistema inquisitorial que arrojaba al inculcado la carga de la prueba de su inocencia. Sin embargo, la prohibición de maltratamientos en prisión garantizada por el artículo 19 de la Constitución de 1857, la cuantificación de la detención en el cumplimiento de la pena de prisión impuesta por sentencia condenatoria y el juicio de amparo contra actos arbitrarios cometidos por autoridades carcelarias, se consideraban *paliativos* de los inconvenientes que conllevaba la prisión preventiva.²⁴³ No obstante, los teóricos de la época ignoraban que la inmensa mayoría del pueblo mexicano —sumido en la miseria y el analfabetismo, sometido a un régimen político autoritario y nugatorio de las garantías constitucionales— de hecho no tenía acceso a dichos beneficios y la prisión era un instrumento del poder para servir a los intereses de la oligarquía dominante y reprimir las inconformidades populares.²⁴⁴

Estos ordenamientos jurídicos y el resto de las leyes del ramo —a decir de Elisa Speckman— respondieron a las premisas del liberalismo político decimonónico: la división de poderes, la independencia del poder judicial a partir de la elección de magistrados y jueces, la igualdad jurídica y la defensa de las garantías individuales, en este caso de los procesados y los condenados. Además, reflejaba las ideas de la escuela clásica o liberal del derecho penal: la concepción del crimen como un atentado contra la sociedad en su conjunto, el libre albedrío o la idea de que el individuo tiene la posibilidad, la libertad y la capacidad para decidir sus acciones, la responsabilidad penal como condición del castigo, la sanción basada en el delito sin consideración de

²⁴² *Ibidem*, pp. 541-617.

²⁴³ Rodríguez. *Op. cit.*, pp. 352, 353.

²⁴⁴ Sobre este aspecto, John Kenneth Turner apunta en su ensayo *México Bárbaro* lo siguiente: “Para imponer su autoridad al pueblo que le es contrario, el Gral. Díaz se ha visto en la necesidad, no sólo de premiar a los poderosos del país y tratar al extranjero con liberalidad y facilidades, sino de privar al pueblo de sus libertades hasta dejarlo desnudo. Le arrebató los poderes, derechos y garantías, y la facultad de exigir la devolución de todo ello” (20ª ed., México, D. F., 2009, Editorial Porrúa (Sepan Cuántos), p. 111).

las características o la personalidad del delincuente, la creencia en la capacidad de enmienda de los criminales, y la defensa de un castigo humanitario y en proporción al delito cometido.²⁴⁵

Sentadas las bases constitucionales y legislativas necesarias, los gobiernos federal y locales durante la *paz porfiriana* por fin pudieron darse a la tarea de implementar y organizar el tan ansiado sistema penitenciario. Ya el 27 de octubre de 1868 el Congreso de la Unión dirigió una circular a la Secretaría de Estado y del Despacho de Gobernación, en la que disponía lo siguiente:

1º El Secretario de Estado y del despacho de Gobernación determinará en el espacio de un mes el plazo y los fondos que necesita el gobierno de la Unión para establecer en el Distrito federal y en el territorio de la Baja California, el régimen penitenciario, oyendo previamente los informes de los peritos que nombrará al efecto.

*2º El mismo secretario dirigirá á los gobernadores de los Estados una circular para que en el espacio que tenga á bien fijarles y oyendo previamente á sus legislaturas, determinen el tiempo en que podrán establecer en sus respectivos Estados el régimen penitenciario.*²⁴⁶

Así, en 1877 el Dictador anunció que pronto se establecería el sistema penitenciario; consecuentemente, varios Estados pusieron manos a la obra, abriéndose prisiones en Salamanca, Mérida, Saltillo, Chihuahua y San Luis Potosí. En 1878 el general Díaz anunció al Congreso de la Unión que un representante mexicano participaría en el Congreso Penitenciario de Estocolmo, Suecia. En Puebla, incluso, al inaugurarse el 5 de mayo de 1891 la penitenciaría de la capital estatal, se promulgó el decreto que abolía en dicha entidad la pena de muerte, atento al espíritu del artículo 23 de la Carta Magna.²⁴⁷ Asimismo, el 13 de diciembre de 1897 el general Díaz emitió un decreto que establecía las bases para el sistema penitenciario del Distrito Federal, para lo cual se establecerían cárceles en cada una de las cabeceras municipales foráneas del Distrito Federal; una cárcel municipal en la ciudad de Tlalpan; una cárcel ordinaria y otra general, una penitenciaría y una casa de corrección para menores en la ciudad de México, definiéndose el destino de cada uno de esos establecimientos.²⁴⁸ El 11 de septiembre de 1900 el propio general Díaz expidió el *Reglamento General de los Establecimientos Penales del Distrito Federal*, en el que, además de prever los mismos establecimientos que el decreto de 13 de diciembre de 1897, estableció los regímenes interior, de trabajo, de instrucción y de disciplina de dichos establecimientos; asimismo, dispuso un detallado sistema de archivo y estadística criminal, así como de clasificación de detenidos, encausados y reos. De igual manera, implementó el sistema de identificación antropométrica ordenada por el Código de Procedimientos Penales. Se señaló como fecha para su inicio de vigencia “el día en que se inaugure la Penitenciaría de México”,²⁴⁹ dando como resultado la instalación de la *Penitenciaría de Lecumberri*, que llegó a sustituir a la *cárcel de Belén* como institución para el cumplimiento de las penas, que había sido erigida en 1862 para sustituir a la antigua Cárcel de la Acordada.²⁵⁰ El 20 de mayo de 1908

²⁴⁵ Speckman Guerra. *El Derecho Penal en el Porfiriato: Un Acercamiento a la Legislación los Discursos y las Prácticas*. En: García Ramírez, Sergio y Leticia A. Vargas Casillas (coordinadores). *Proyectos Legislativos y Otros Temas Penales*. México, D. F., 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 202.

²⁴⁶ Dublán. Op. cit., tomo X, p. 441.

²⁴⁷ García Ramírez. Op. cit., pp. 375, 376.

²⁴⁸ Dublán, Adolfo y Adalberto A. Esteva. Op. cit., tomo XXVII, México, D. F., 1898, pp. 409, 410.

²⁴⁹ Verdugo, Agustín. *Colección Legislativa Completa de la República Mexicana con todas la Disposiciones Expedidas para la Federación, Distrito Federal y Territorios (Continuación de la Legislación Mexicana de Dublán y Lozano)*. Tomo XXXII, México, D. F., 1904, Talleres Tipográficos de Arturo y Alfredo G. Cubas, pp. 602-659.

²⁵⁰ Artículo *Arquitectura Penitenciaria*, publicado por la Dirección General de Reclusorios de la Secretaría de Gobierno del Distrito Federal, en la página web <http://www.reclusorios.df.gob.mx/descargas/arquitecturapenitenciaria.pdf>.

se publicó el decreto de la *Ley de Establecimientos Penales del Distrito Federal* emitida por el Congreso de la Unión, que siguió la misma traza del decreto anterior.²⁵¹

La Penitenciaría de Lecumberri —debe su nombre al arquitecto que la proyectó— se inauguró el 29 de septiembre de 1900. Constituyó el *modelo* del sistema penitenciario pugnado por los penalistas porfiristas y funcionó hasta 1976. El gobernador del Distrito Federal, Rafael Rebollar, dijo el día de su inauguración que ese reclusorio se sujeta “al sistema penitenciario, reconocido como mejor por la mayor parte de los sabios en todos los congresos internacionales; al sistema conocido en Irlanda y ensayado con éxito por el capitán Croffton”.²⁵²

El 20 de junio de 1908 se publicó el decreto de adiciones al Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, sobre delitos del fuero común, y para toda la República, sobre delitos contra la Federación, emitido por el Congreso de la Unión, en cuyo artículo 1º estableció la pena de *relegación* “la cual se hará efectiva en colonias penales establecidas en islas ó en lugares que sean de difícil comunicación con el resto del país”, y que comenzó a regir el día primero de agosto del mismo año.²⁵³ A fin de implementar la aplicación de dicha pena, el general Díaz expidió el 25 de junio de 1908 las disposiciones provisionales para el establecimiento de la *Colonia Penal de las Islas Mariás*.²⁵⁴

Sin embargo, la realidad distaba mucho de cumplir con los fines propuestos en la legislación carcelaria del porfiriato. John Kenneth Turner escribió acerca de la cárcel de Belén:

Durante mis dos viajes a México, en 1908 y 1909, hice esfuerzos desesperados para que se me permitiera visitar la cárcel de Belén. Vi al gobernador del Distrito Federal; vi al embajador norteamericano; traté de entrar con un médico de la prisión, pero nunca pude pasar más allá de la puerta.

A través de ella observé el patio central, donde se hallaban cientos de seres humanos convertidos en bestias por el trato que recibían; eran hombres andrajosos, sucios, hambrientos, verdaderos desechos humanos...; una visión que parecía calculada para provocar una sonora carcajada ante las solemnes declaraciones de ciertos individuos en el sentido de que México tiene un Gobierno civilizado [...]

Belén es un asqueroso y viejo convento que se convirtió en prisión sólo para amontonar a varios miles de personas entre sus muros. No es suficientemente grande para alojar con alguna holgura a 500 presos; pero con frecuencia hay allí más de cinco mil, a quienes dan una ración diaria de galletas y frijoles, insuficiente para mantener viva a una persona varias semanas. La insuficiencia de estas raciones es tan de sobra conocida por los funcionarios de la prisión, que se ha creado un sistema regular de comidas llevadas desde fuera. Todos los días, los amigos y parientes de los prisioneros les llevan a éstos canastas con alimentos para que puedan vivir hasta el término de su encierro. Desde luego, esto constituye un terrible sacrificio para los pobres; pero el sistema cumple sus fines, excepto en el caso de cientos de infortunados que no tienen amigos afuera y que se mueren de hambre sin que nadie mueva un dedo para ayudarlos [...]

Según me dijo un viejo director de prisiones, que sirvió muchos años en Puebla, por lo menos el 20% de los prisioneros de Belén contraen la tuberculosis, salen de ahí con esta enfermedad el 75% de los hombres que entran, si es que logran salir con vida.

²⁵¹ Secretaría de Justicia. Op. cit., tomo XL primera parte, pp. 427-431.

²⁵² “Alocución pronunciada en la ceremonia inaugural por el señor gobernador del Distrito Federal, lic. D. Rafael Rebollar, al hacer entrega de la Penitenciaría de México al Ejecutivo de la Unión”. *Boletín del Archivo General de la Nación*. Tercera serie, tomo V, núm. 4 octubre-diciembre, y tomo VI, núm. 1, enero-marzo, México, D. F., 1981, 1982, imprenta del Archivo General de la Nación.

²⁵³ Secretaría de Justicia. Op. cit., tomo XL primera parte, pp. 497, 498.

²⁵⁴ Ídem, pp. 425 y ss.

*En Belén se emplean torturas, como las que se usaban en la Edad Media, para obtener confesiones [...] Con frecuencia, los prisioneros declaran ante el juez que han sido torturados para hacerlos confesar; pero no se abre ninguna investigación del hecho. Han ocurrido casos de hombres inocentes que han confesado haber cometido un asesinato para librarse de la tortura de los pulgares o de la sed...*²⁵⁵

Sobre la organización del sistema penitenciario durante el Porfiriato, García Ramírez advierte:

*Por supuesto, una cosa fueron los discursos —y las obras materiales— del porfiriato, y otra la realidad del sistema represivo en ese tiempo. No sólo se fueron poblando los grandes reclusorios construidos bajo la consigna de modernizar el régimen penitenciario, sino se utilizó profusamente el instrumental paralelo, sin miramientos técnicos; me refiero a San Juan de Ulúa, la llamada “cárcel particular” de don Porfirio, así como la transportación a Valle Nacional y Quintana Roo, e incluso el traslado a la colonia penal de Islas Mariás, cuya adquisición anunció al Congreso el presidente Porfirio Díaz. Por cierto, la idea de enviar a los sentenciados a las islas mexicanas había atraído a los analistas del problema desde muchos años antes...*²⁵⁶

Sección 3. Siglo XX.

El siglo XX mexicano arrancó el 20 de noviembre de 1910 con el inicio de la revolución social cuyos ideales quedarían plasmados en la Constitución de 5 de febrero de 1917. Mientras que la Revolución de Ayutla —que dio origen a la Constitución de 1857— fue un movimiento político de corte liberal, el de 1910 fue un movimiento eminentemente social. Así, los ideales revolucionarios plasmados en el texto original de la Constitución de 1917 se enfocaron sobre todo a aspectos sociales, tales como la educación, la cuestión agraria y el trabajo, consagrados en sus artículos 3º, 27 y 123.²⁵⁷ Después de la caída del presidente Madero la lucha revolucionaria, convertida en una serie de guerras civiles, de una u otra forma no tuvo otro fin sino dismantelar el orden heredado del Porfiriato.²⁵⁸ El movimiento armado incidió, obviamente, en el funcionamiento

²⁵⁵ Turner. Op. cit., pp. 123-125. El autor señala, por el contrario, que la Penitenciaría de Lecumberri “es una institución moderna, construida decentemente y con servicio de agua y drenaje. Los presos son pocos y están relativamente bien alimentados. Los visitantes son siempre bien recibidos en la Penitenciaría, puesto que ésta fue hecha sobre todo para exhibirse. Cuando se oiga a un viajero alabar el sistema carcelario de México, debe tenerse por cierto que sólo lo llevaron a visitar la Penitenciaría del Distrito Federal...; y que no conoce Belén”. Respecto a San Juan de Ulúa, Turner indica que a pesar que oficialmente era una prisión militar, en los hechos era una prisión política utilizada para suprimir a los oponentes políticos del Dictador: “Desde que entraron tras de aquellos muros grises ennegrecidos, sólo se ha vuelto a saber de muy pocos de tales hombres y mujeres. Se ignora si aún viven; si han sido fusilados detrás de las murallas; si han muerto de enfermedad o de hambre; o si todavía están allí y arrastran una miserable existencia esperando, contra toda esperanza, que un Gobierno más liberal llegue al poder y los ponga en libertad. Nunca se ha sabido de ellos, porque a ningún prisionero político de San Juan de Ulúa le está permitido comunicarse ni con sus amigos ni con nadie del mundo exterior. Cruzan el puerto en un pequeño bote, desaparecen dentro de los muros grises y eso es todo. Sus amigos nunca saben cómo la pasan, ni cuándo mueren, ni de qué” (ídem, pp. 123, 126).

²⁵⁶ García Ramírez. Op. cit., p. 377. Sobre las *deportaciones* a Valle Nacional y Quintana Roo, véase el detallado relato hecho por John Kenneth Turner (Op. cit., pp. 1-22, 49-84).

²⁵⁷ Córdova, Arnaldo. *La Ideología de la Revolución Mexicana*. México, D. F., 1973 (15ª reimpresión, 1989), Ediciones Era, pp. 26-28.

²⁵⁸ Ídem, pp. 21, 22.

de algunas instituciones, entorpeciendo o suspendiéndolo, llegando incluso al caso en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue clausurada.²⁵⁹

Si bien la Revolución Mexicana fue un crisol de ideologías diversas cuyas particulares concepciones de “sociedad” incluso chocaron violentamente, en este trabajo hemos de referirnos al proyecto y obra del *constitucionalismo* encabezado por Venustiano Carranza. A decir de Arnaldo Córdova “la concepción carrancista de los problemas sociales nunca dejó de ser individualista, liberal”, por lo que Carranza “pensaba que el Estado era indispensable para el desarrollo de la sociedad individualista; en el fondo, no concebía que se diese otro tipo de desarrollo social, a riesgo de que se cayera en un atraso o en un retroceso irremediable; por tanto, la única relación política que admitía era la clásica relación individuo-Estado, un nexo en que lo político entrañaba la sujeción total del hombre al Estado y que tenía como finalidad exclusiva garantizar un poder tal, que por su magnitud fuese, a su vez, capaz de garantizar el desarrollo del individuo en todos los órdenes de la vida”.²⁶⁰

Así, al levantarse en armas en contra del usurpador Huerta, Carranza plasmó en el *Plan de Guadalupe* el ideario de su lucha, reducido a un solo fin: el restablecimiento de la Constitución de 1857; de ese modo, las primeras intenciones de Carranza consistieron en reformar la Carta Magna en aquellos puntos en que el Estado quedaba instituido y regulado, por lo que, en todo caso, no le era ajena la tesis porfirista de que la dictadura era resultado de las limitaciones constitucionales al Ejecutivo, en un país atrasado como el nuestro, donde el papel de este poder es fundamental.²⁶¹ Así que su propósito era construir un régimen presidencial fuerte que estuviera en capacidad de movilizar a la Nación para conducirla hacia su modernización acelerada.²⁶² Sin embargo, con el paso del tiempo el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista debió moderar su discurso liberal y avocarse a otras causas sociales, a fin de no verse rebasado por los idearios villista y zapatista; uno de los reclamos sociales que hubo de tomar en cuenta fue la justicia, de modo que el 3 de octubre de 1914, en un informe rendido a la *Soberana Convención Revolucionaria*, Carranza hizo saber un programa de reformas sociales, entre las cuales se incluía “que los municipios, en negociaciones de más de quinientos habitantes, expropien terrenos para escuelas, mercados y casas de justicia”.²⁶³

²⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920)*. Tomo I. México, D. F., 1995, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 23-25.

²⁶⁰ Córdova. Op. cit., pp. 194, 195.

²⁶¹ Vid: Rabasa, Emilio. *La Constitución y la Dictadura*. México, D. F., 1999, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. El autor señala. “La ley del 57, en desacuerdo con el espíritu y condiciones orgánicas de la Nación, no podía normar el gobierno, porque el gobierno resultado de las necesidades del presidente y no de los mandamientos teóricos incapaces de obrar por sugestión o por conquista sobre las fuerzas reales de los hechos. Así, la situación política en que ha vivido la Nación, divorciada por completo de la ley, ha sido y seguirá siendo transitoria, hasta que entre el gobierno y la sociedad, la ley sea un vínculo en vez de ser un obstáculo, norma de conducta para el primero y base de los derechos de la segunda”. Por ello, el autor señala que “la dictadura desde 1857 sirvió para satisfacer las necesidades del desenvolvimiento nacional, que la Constitución era incapaz de impulsar ni de proteger; y el pueblo, que con su instinto de la realidad sigue a quien le hace bien, desoyó la voz de los políticos mientras los dictadores lo servían, y en tanto que la dictadura laboraba a diario el beneficio de la comunidad, la protegía, y a semejanza de los señores feudales, dormía, para defenderla, con la armadura puesta y apercebido el caballo de combate” (pp. 179, 180).

²⁶² Córdova. Op. cit., p. 215.

²⁶³ Barrera Fuentes, Florencio (introducción y notas). *Crónicas y Debates de las Sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria*. Tomo I. 2ª ed., México, D. F., 1964, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la revolución Mexicana, pp. 46, 47.

Siguiendo con esa tónica, el 12 de diciembre de 1914 —una vez rotas las relaciones con la Soberana Convención Revolucionaria—, se adicionó el Plan de Guadalupe, en cuyo artículo 2º se programaron una serie de reformas económicas, sociales y políticas “indispensables para restablecer el régimen que garantice la igualdad de los mexicanos entre sí”, entre las cuales se incluyeron “bases para un nuevo sistema de organización del Poder Judicial Independiente, tanto en la Federación como en los Estados” y “revisión de los códigos Civil, Penal y de Comercio; reformas del procedimiento judicial, con el propósito de hacer expedita y efectiva la administración de justicia”.²⁶⁴ Con ello, Carranza hubo de aceptar que no solo era necesario el restablecimiento del orden constitucional, sino también procurarle a éste una profunda reforma. Una vez que Carranza intuyó que era el momento propicio, “encomendó a Palavicini que dirigiera la campaña ideológica contra la Constitución” de modo tal que dicha campaña comenzó a funcionar “sobre los módulos que eran familiares a los positivistas porfirianos: la constitución ideal, perfecta, que sin embargo, no sería o era impotente para resolver las grandes necesidades nacionales”; pero la visión carrancista iba más allá: la Constitución “era, además, anacrónica y no tenía nada que ver con el presente”.²⁶⁵

El 14 de septiembre de 1916 la Primera Jefatura expidió el decreto convocando a un Congreso Constituyente, y al día siguiente se emitió un nuevo decreto convocando a elecciones de diputados a dicho Congreso. Carranza quedó facultado para presentar al Congreso Constituyente el proyecto de reformas a la Constitución de 1857. Y así lo hizo; empero, su proyecto fue rebasado por una mayoría reformista que se avocó no solamente a las reformas orgánicas que el Estado requería, sino a las reformas sociales reclamadas por las grandes masas.²⁶⁶ A pesar de la promesa de la Primera Jefatura de reformar el procedimiento judicial, la figura de la *prisión preventiva* contenida en el proyecto original que el Primer Jefe presentó al Congreso Constituyente constituía un serio retroceso respecto de la *prisión preventiva* prevista en el artículo 18 del Código Fundamental de 1857. Dicho proyecto señalaba:

*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 distinta y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas...*²⁶⁷

La *Comisión de Constitución* del Congreso Constituyente presentó su dictamen el 23 de diciembre de 1916, en éste el primer párrafo quedaba como en el proyecto original. Sin embargo, en la discusión llevada a cabo el 25 de diciembre de 1916 dicho dictamen fue rechazado, provocando acalorado debate en lo referente a la procedencia de la prisión preventiva en los casos de delitos que ameritaran pena alternativa. Mientras que el artículo 18 de la Constitución de 1857 disponía que “sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal”, el proyecto y el dictamen en comento ampliaban dicha figura a los delitos que ameritaran pena alternativa de pecuniaria y corporal. El diputado David Pastrana Jaimes objetó el dictamen señalando:

La palabra prisión, que parece tan sencilla, tiene muchas acepciones: prisión como pena, la establece la ley o la establece el juez. Prisión formal es la detención posterior a un acto que dictó

²⁶⁴ *Adiciones al Plan de Guadalupe*. Dadas en el puerto de Veracruz el 12 de diciembre de 1914. En: Córdova. Op. cit., pp. 450, 451.

²⁶⁵ Córdova. Op. cit., pp. 215, 216.

²⁶⁶ Ídem, pp. 220, 221.

²⁶⁷ Romero García, Fernando. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*. Tomo I. México, D. F., 1922, Imprenta de la Cámara de Diputados, p. 347.

la autoridad judicial, después que se han llenado ciertos requisitos. Prisión preventiva es la detención anterior a la sentencia definitiva y, por último, también se llama prisión a la detención que imponen autoridades administrativas cuando castigan faltas. Aquí tanto el proyecto del ciudadano Primer Jefe como el dictamen de la Comisión, nos hablan de prisión como pena impuesta por la ley, y por eso dicen que solamente habrá lugar a prisión cuando el delito merezca una pena corporal o bien cuando el delito merezca una pena pecuniaria o alternativa de pecuniaria y corporal.

Pastrana fundamentó su objeción aduciendo que en materia penal es una tendencia clara el respeto y consideración a la libertad, inmersa en principios de entre los cuales destaca el *in dubio pro reo*, y que es hasta la sentencia definitiva cuando se impone al acusado una pena, ya sea corporal o pecuniaria, siendo vedado al juez pronunciarse al respecto anticipadamente. Ejemplificó:

Supongamos que a un acusado se le lleva a presencia de un juez; ese acusado ha cometido un delito cualquiera; ese delito, conforme a la ley, tiene o cien pesos de multa o sesenta días de cárcel, de arresto; se le sigue el proceso, el juez lo detiene, lo detiene quince días o un mes en prisión; pero acaba el proceso, viene su sentencia y nos dice: pues no señor, a este acusado solamente le voy a imponer 100 pesos de multa. ¿Por qué? Porque la ley me da facultades para imponer o cien pesos de multa o dos meses de arresto. En la sentencia le impone cien pesos de multa. ¿Y que sucede con los veinte días de arresto que ha tenido al pobre reo? Se los come el señor juez, se los come también la ley.

Esto último lo consideró un atentado a la libertad, motivo por el cual instó a la Asamblea a no aprobar el proyecto tal como estaba propuesto. En defensa del dictamen, el diputado José Natividad Macías adujo que la propuesta se refería a la prisión como pena, pues de suprimirse la prisión preventiva para los delitos con pena alternativa sería imposible llevar a juicio a los acusados por estos delitos y aún más a los acusados por delitos que solo ameritaran pena pecuniaria, pues en su contra no podía girarse orden de aprehensión en términos del artículo 16 constitucional. Finalmente, el dictamen fue desechado por 70 votos en contra y 69 a favor.²⁶⁸

El 27 de diciembre de 1916 fue presentado un nuevo dictamen; siguiendo “el sentir de la Asamblea”, la Comisión puntualizó que la impugnación se refería a “la subsistencia de la prisión preventiva en los casos de que un delito tenga señalada pena alternativa de pecuniaria o corporal”. Con ello, se corrigió la ambigüedad advertida en el dictamen original, que conceptualizaba la palabra “prisión” como pena impuesta por la ley y no una figura procesal. Haciéndose eco de las inconformidades planteadas, la Comisión juzgó conveniente “que se desautorice la prisión preventiva en el caso de que un delito tenga señalada pena alternativa de pecuniaria o corporal”. En consecuencia, propuso que el texto del artículo 18 constitucional quedase de la siguiente manera:

*Artículo 18 Sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas...*²⁶⁹

²⁶⁸ Ídem, tomo I, pp. 644-648, 667.

²⁶⁹ Ibídem, tomo I, pp. 697, 698.

El 3 de enero de 1917 se discutió el nuevo dictamen, empero el debate versó sobre el trámite dado al artículo en cita y respecto a la adopción del nuevo sistema penitenciario. Así, el dictamen respecto a la prisión preventiva fue aprobado por 155 votos a favor y 37 en contra.²⁷⁰

Como puede verse, el primer párrafo del artículo 18 de la Constitución de 1917, en cuanto a la prisión preventiva, quedó en los mismos términos que en la de 1857; el mérito verdadero del Congreso Constituyente de 1916-1917 fue proscribir la prisión preventiva en los casos de delitos que ameritaran pena alternativa. Mientras que la segunda parte del único párrafo del anterior artículo 18 disponía, complementariamente, que “en cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza”, la idea de la libertad provisional bajo caución se elevó a garantía individual —anteriormente los códigos procesales la instrumentaban para determinados casos— en el artículo 20 del proyecto carrancista, en el que se establecía:

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

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

El 2 de enero de 1917 la Comisión presentó dictamen relativo a este dispositivo constitucional, señalando que “contiene innovaciones trascendentales que transformarán por completo el sistema de enjuiciamiento penal en toda la República, haciéndolo más liberal y más humano” y que “pone la libertad bajo de fianza al alcance de todo acusado cuando el delito que se le imputa no tiene señalada una pena mayor de cinco años”. El 4 de enero de 1917 se votó el artículo en comento, sin ser motivo de debate su fracción I, aprobándose por 84 votos contra 70.²⁷¹

El artículo 19 del proyecto carrancista se ocupó del *auto de formal prisión* como sustento de la prisión preventiva. Si bien, en esencia, conservó la definición del artículo 18 de la Constitución de 1857, el proyecto carrancista puntualizó “los demás requisitos que establezca la ley” a que aludía el Código Fundamental de 1857, y obligó a seguir el proceso por los hechos señalados en el auto de bien preso, en los siguientes términos:

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y 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...

Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...

²⁷⁰ Ítem, tomo II, pp. 35-55.

²⁷¹ Ídem, tomo I, p. 347; tomo II, pp. 7, 81.

La Comisión dictaminadora únicamente propuso una *corrección de estilo* al inicio del segundo párrafo, para hacer más claro el concepto: “Los hechos señalados en el auto de formal prisión no podrán, indudablemente, cambiarse, supuesto que han sido consumados; la calificación de ellos es lo que podría alterarse; creemos que esta idea queda mejor expresada prescribiendo que todo proceso seguirá en averiguación solamente del delito o delitos imputados en el auto de formal prisión”. El dictamen fue votado sin discusión el 29 de diciembre de 1916 por unanimidad de 165 votos, para quedar como sigue:

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y 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...

*Todo proceso seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente...*²⁷²

Por último, habremos de referirnos al tema de la detención de una persona. El proyecto del Primer Jefe establecía en su artículo 16 que:

Artículo 16. No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal, y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de n acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...

El 20 de diciembre la Comisión de Constitución presentó su dictamen; en éste se señala que “merece elogio la nueva forma, más liberal y más exacta con que aparece en el proyecto de Constitución el artículo 16 de la de 1857. Sin embargo, la Comisión propone a la Asamblea algunas variaciones”, las cuales consistieron en “que toda orden de arresto se libre por escrito y que en ella se exprese el motivo porque se ha dictado y el fundamento legal que la apoye, para que, de esta suerte, el aprehendido pueda darse cuenta exacta, desde el primer momento, de la acusación que se le hace” y no se autorizaba “la aprehensión de una persona cuando el hecho que se le imputa tiene señalada pena alternativa de pecuniaria o corporal; en este caso puede substituirse la aprehensión por la simple citación, sin peligro alguno”. Asimismo, retiraba la facultad de la autoridad administrativa para detener a un acusado.²⁷³ El dictamen fue objetado en cuanto a que utilizaba la palabra “aprehendido” en lugar de la palabra “arrestado” utilizada en el proyecto original, así como por proscribir las detenciones ordenadas por la autoridad administrativa; el dictamen fue retirado el día 23 siguiente, y presentado uno nuevo el día 27 de ese mismo mes, en el que se señaló:

²⁷² *Ibidem*, tomo I, pp. 347, 745, 746, 748.

²⁷³ *Ibidem*, tomo I, p. 622.

*Substituimos la palabra “aprehendido” por la palabra “arrestado”, por ser ésta más específica. Proponemos, siguiendo el parecer de la Asamblea, que se faculte a la autoridad administrativa para verificar aprehensiones en casos urgentes; pero nos ha parecido conveniente precisar que la autoridad administrativa a quien se concede tal facultad, es a la primera autoridad municipal del lugar...*²⁷⁴

El 2 de enero de 1917 se sometió a discusión el dictamen; el diputado David Pastrana Jaimes argumentó en contra del dictamen, señalando que el derecho a la libertad quedaba poco protegido al no garantizar al acusado ser escuchado previamente a la emisión de la orden de captura; en su alocución nos dice:

*Este mismo punto lo traté ampliamente con los señores de la Comisión, y como única razón me dijeron esto: hay temores de que los delincuentes evadan la acción de la justicia, y por eso no se puede sentar el hermoso precedente de que a ningún individuo se le arrebatase su libertad sin oírlo. Esos temores no pueden realizarse, porque una persona que rehuyendo un llamado del juez no lo obedece, podrá ser detenida inmediatamente, de manera que desaparece por completo todo peligro de que los delincuentes evadan la acción de la justicia; se trata únicamente de asegurar la libertad, ya que cuando uno está en la cárcel, las medidas más o menos humanitarias que se tomen, pues si no salen sobrando, nada remedian la situación de los verdaderos inocentes.*²⁷⁵

El diputado Enrique Colunga —miembro de la Comisión redactora— rebatió lo argumentado por el diputado Pastrana, señalando que con las garantías concedidas por el artículo 20 constitucional “ya está suficientemente asegurada la libertad de que se trata, conciliándose así los intereses de cada individuo, con los de la comunidad”, concluyendo que la Comisión consideró “peligrosa la modificación propuesta por el ciudadano diputado Pastrana Jaimes, ya que en infinidad de casos en que pesan graves acusaciones sobre el individuo, urge asegurarlo y no darle tiempo para que se fugue”.²⁷⁶ Cabe hacer mención que el diputado Alberto Terrones, en apoyo a la Comisión, señaló que no era necesario oír previamente al acusado para poder girarse en su contra orden de arresto, pues lo que verdaderamente da inicio al proceso penal es el “auto cabeza de proceso”, mientras que antes de su dictado se cuenta con 72 horas para oírse al acusado en su defensa.²⁷⁷ El diputado Jesús López Lira objetó el dictamen en lo atinente a la facultad de la autoridad municipal para efectuar detenciones en casos urgentes, pues “para la autoridad judicial la Comisión, en la redacción del artículo, pone varias taxativas a las órdenes de aprehensión; las órdenes de aprehensión de la autoridad judicial deben reunir tales y cuales requisitos, y las de la autoridad administrativa no tienen que reunir ningunos requisitos, sino que, en casos urgentes, podrá proceder a la inmediata detención del acusado”. El diputado Colunga, a nombre de la Comisión, rebatió: “Respecto a la facultad que se da a la autoridad municipal, se refiere a los casos urgentes, y para justificar la urgencia de un caso, indudablemente que debe tenerse en cuenta la magnitud del delito y la responsabilidad del acusado, de subsistir, en caso de que no se le aprehendiera inmediatamente; como esta facultad se le da a la autoridad municipal bajo su entera responsabilidad y sólo en casos de

²⁷⁴ Ítem, tomo I, p. 698.

²⁷⁵ Ídem, tomo II, pp. 18, 19.

²⁷⁶ Ídem, tomo II, p. 20.

²⁷⁷ Ítem, tomo II, pp. 21, 22.

urgencia, creo que sería mucho exigir ponerle las mismas trabas que a la autoridad judicial”.²⁷⁸ La experiencia de los años posteriores demostró cuán equivocada estaba la Comisión redactora.

En una brillante alocución, el diputado refugio Mercado pidió a la Comisión se sustituyera el término “arresto” por aprehensión, y que se exigiera que las órdenes de captura fueran expedidas por autoridad judicial competente, haciendo hincapié en el peligro que entrañaba que “algún juez malintencionado tratara de reducir a prisión a cualquier individuo, eso lo podría hacer desde el momento en que la Constitución no le pone la restricción de que sea competente”. También propuso ampliar el término “acusación” como condición *sine qua non* para emitir una orden de captura, pues la acusación no es la única forma de poner en marcha la acción persecutoria.²⁷⁹

El dictamen fue rechazado por 68 votos en contra y 56 a favor,²⁸⁰ por lo que la Comisión se avocó a introducir las modificaciones propuestas por la mayoría, pero escuchando el parecer de “todos los abogados que figuran en la Cámara, por tratarse de un punto técnico, para conocer sus opiniones, recoger las ideas generales en que todos coincidieran y darles forma en el nuevo artículo”, por lo que resultó “que la mayoría insiste en que debe adoptarse como encabezado del artículo 16 la fórmula que figura en el de la Constitución de 1857” y “que la facultad de decretar aprehensiones, que se concede en casos urgentes a la autoridad administrativa, tenga lugar solamente a falta de autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio”. De ahí, el nuevo dictamen propuso como redacción del artículo 16 constitucional, en lo que a este trabajo interesa, la siguiente:

*Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persigan de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.*²⁸¹

El 13 de enero de 1917 el dictamen fue votado sin discusión, resultando aprobado por 147 votos a favor y 12 en contra.²⁸²

La *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857* —como es su denominación completa— promulgada el 5 de febrero de 1917, sentó las bases del sistema penal que rigió en el país por casi 90 años: un sistema que aspiraba a ser de corte moderno, liberal y humanitario, pero que pronto degeneró en lo contrario al ideal del

²⁷⁸ *Ibíd.*, tomo II, pp. 20, 21.

²⁷⁹ *Ídem*, tomo II, pp. 23, 24.

²⁸⁰ *Ítem*, tomo II, p. 29.

²⁸¹ *Ibíd.*, tomo II, pp. 225, 226.

²⁸² *Ídem*, tomo II, pp. 260, 261.

Constituyente. Un sistema corrupto, atrasado, de corte inquisitorial y arrastrando tras de sí un sistema penitenciario inhumano y siempre al borde del colapso.

La sola implementación del sistema penal adoptado por la Constitución significó un duro proceso. La lucha por el poder político muchas veces derivó en cuartelazos o alzamientos — de los que incluso el propio Carranza fue víctima— y la consolidación de las instituciones solo fue dándose de manera paulatina. La lucha intestina afectó severamente la economía y la infraestructura nacionales, y significó la reducción de la población nacional en al menos un millón de personas. Así, una vez que la lucha armada cesó, el régimen surgido de la Revolución se avocó a la reconstrucción nacional a través de las reformas hacendaria y militar, relegando por más de una década a la administración de justicia y la organización del sistema penal.

*El Ejecutivo —apuntó el entonces presidente Plutarco Elías Calles—, con la cooperación de los otros dos poderes y apoyado por la gran masa popular, ha intentado, y logrado en parte, formular y perfeccionar legalmente un sistema de reforma de tendencia social avanzada, pero de fuerte sabor nacional; reformas que han de constituir en lo futuro fuentes de paz orgánica general, de progreso colectivo y de riqueza pública y que consisten en la adopción de métodos y sistemas para aprovechar los recursos nacionales y para defender imparcialmente los derechos nacionales. Tales métodos y sistemas son los mismos que las naciones más civilizadas han aceptado y seguido con éxito para su independencia política y económica, su prosperidad y su completo desarrollo.*²⁸³

Asimismo, el proyecto original del Constituyente de 1917 pronto se vería rebasado. A pesar de la pretensión bienintencionada de poner el texto constitucional al corriente de las ideas y teorías dominantes en esa época, la estructura heredada del Porfiriato no fue puesta al día; de esa manera, las disposiciones constitucionales de contenido eminentemente humano y garantista hubieron de adaptarse al corrupto sistema de procuración y administración de justicia heredado, respecto del cual los gobiernos emanados de la Revolución poco o nada hicieron para reformarlos o corregirlos; luego, —tal como sucedía en el tiempo de los virreyes— las garantías constitucionales en el proceso penal “se acataban pero no se cumplían”, perpetuándose de ese modo lo dicho por el general Díaz: “para mis amigos todo, para mis enemigos la ley”.

Hemos de referirnos entonces al proceso en el que tanto el texto constitucional hubo de ser reformado para implementar el sistema en teoría garantista de detención-prisión preventiva, así como el devenir de la legislación ordinaria en ese esfuerzo durante el siglo XX, de modo que podamos completar el panorama evolutivo de la prisión preventiva hasta antes de la reforma de 18 de junio de 2008.

Durante la década de los veinte del siglo pasado el Estado mexicano, avocado al proyecto de reconstrucción, hubo de hacer frente a múltiples conflictos derivados de los intentos gubernamentales por aplicar los artículos 27 y 123 en materias agraria, del petróleo y del trabajo. El esfuerzo gubernamental se centró entonces en esos temas, además de sofocar las insurrecciones y asonadas que se dieron de cuando en cuando. No fue sino hasta el período del presidente provisional Emilio Portes Gil cuando comenzó a atenderse la cuestión penal y procesal penal, obra que pudo

²⁸³ Elías Calles, Plutarco. *Lo que estamos haciendo en México y el por qué de ello*. En: *México Ante el Mundo. Ideología del Presidente Plutarco Elías Calles*. Citado por Arnaldo Córdova, op. cit., p. 347.

completar el presidente sustituto Abelardo L. Rodríguez.²⁸⁴ Es por ello que no fue sino hasta el 27 de diciembre de 1933 que el Congreso de la Unión expidió un decreto mediante el cual se facultaba al Ejecutivo Federal para expedir el Código Federal de Procedimientos Penales, entre otros ordenamientos. Acorde con ello, el 30 de agosto de 1934 el entonces presidente sustituto de la República, Abelardo L. Rodríguez, expidió el *Código Federal de Procedimientos Penales*, que abrogó el código procesal de 1908.

De este cuerpo legal —aún vigente— podemos inferir las formas en que se puede privar de la libertad a una persona, y los supuestos en que será sometida a prisión preventiva.

En primer término, entonces, hemos de referirnos a los casos en que se procederá a privarse de la libertad a un imputado:

a) En caso de flagrante delito, procede la detención por la policía judicial;²⁸⁵ entendiéndose por flagrancia no solamente cuando “es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad” (artículos 193 fracción I y 194 originales). Esta disposición tiene su origen inmediato en el artículo 16 constitucional.

El 3 de septiembre de 1993 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación una serie de reformas al artículo 16 constitucional, entre ellas, en lo referente a la detención del indiciado en caso de flagrancia, señalándose en la exposición de motivos de la iniciativa presentada por diversos diputados federales el 2 de julio de 1993 que “las reformas que se proponen buscan, con mejorar técnica legislativa, otorgar mayor claridad al artículo 16, dado que este precepto en la actualidad se compone de cuatro párrafos. Con la reforma propuesta dicho artículo contará con nueve párrafos” y que “el tercer párrafo, de aprobarse esta iniciativa, contempla lo referente a la detención cuando se trate de delito flagrante, la cual puede realizarse por cualquier persona, quien deberá sin demora ponerlo a disposición de la autoridad inmediata y ésta, en su caso, con la misma prontitud a la del ministerio público”.

En el dictamen presentado el 19 de agosto de 1993 en la Cámara de Diputados, hubo modificaciones a la iniciativa original, precisándose:

Cuarto Párrafo.

²⁸⁴ Portes Gil se avocó, sobre todo, a seleccionar a los nuevos ministros que integrarían la Suprema Corte de Justicia de la Nación; mientras que Pascual Ortiz Rubio y el propio Abelardo L. Rodríguez se dieron a la tarea de dotar al país de legislación en diversas materias. Vid: Cabrera Acevedo, Lucio. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación Durante los Gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*. Tomo I, México, D. F., 1998, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 23-27.

²⁸⁵ Por “Policía Judicial” debe entenderse a los agentes del Ministerio Público Federal, a la propia Policía Judicial Federal así como a sus “auxiliares”, que entre otras autoridades, incluía a “las demás policías de carácter federal” y a “las policías preventivas y judiciales de las entidades federativas y municipios” (artículos 2º y 3º de la *Ley reglamentaria del Artículo 102 de la Constitución General de la República*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934). Sin embargo, siguiendo lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, en realidad cualquier persona —servidor público o particular— puede detener al indiciado en flagrante delito, poniéndolo a disposición del Ministerio Público, en el caso de los primeros, o de la “autoridad inmediata”, en el caso de los segundos.

Por lo que se refiere a este párrafo del artículo 16, contempla lo relativo a la detención en los casos de delito flagrante realizada con cualquier persona, quien tiene la obligación de ponerlo, sin demora, a disposición de la autoridad inmediata. Esta, en su caso, lo pondrá a disposición del Ministerio Público, con lo que se busca evitar que autoridades diversas al Ministerio Público realicen actos fuera de su competencia, que en determinadas ocasiones se vuelven privaciones ilegales de libertad.

En el dictamen presentado en la Cámara de Senadores el 26 de agosto de 1993 se consideró oportuno aprobar las reformas propuestas por la legisladora, pues, se apuntó, se corregían “lagunas jurídicas e imprecisiones que a lo largo de los años han dado origen a un debate doctrinal sobre las normas constitucionales aplicables a la materia penal, pero que sobre todo pudieran haber permitido que en diferentes ocasiones los derechos de los procesados no hubieran podido ser defendidos o ejercidos de manera tal que sus garantías individuales quedasen plenamente respetadas en un proceso penal”. El dictamen fue aprobado por 49 votos a favor y 2 en contra el 28 de agosto de 1993, y habiendo sido aprobada por la mayoría de las legislaturas de los Estados, el 2 de septiembre de ese mismo año la Comisión Permanente del Congreso de la Unión hizo la declaratoria de haber sido reformado el artículo 16 constitucional, para quedar como sigue:

Artículo 16...

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público...

Siguiendo la tónica de la reforma constitucional antes mencionada, se llevó a cabo una amplísima reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que la flagrancia pasó a ser contemplada únicamente por su artículo 193, en los siguientes términos:

Artículo 193. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del ministerio público. Se considerará que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso:

a) aquél es perseguido materialmente; o

b) alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.

En esos casos el ministerio público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según procediere, decretará la retención del indiciado si el delito es perseguible de oficio o perseguible previa querrela u otro requisito equivalente, que ya se encuentre satisfecho, o bien ordenará la libertad del detenido.

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al ministerio público o funcionario que decreta indebidamente la retención y la persona así detenida será puesta en inmediata libertad.

Dicho precepto fue reformado de nueva cuenta por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1999. En la exposición de motivos de la iniciativa enviada por el Ejecutivo Federal al Senado el 9 de diciembre de 1997, se justificó dicha reforma en los siguientes términos:

En este sentido, se propone establecer el concepto de flagrancia en el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, a fin de que los autores de delitos graves puedan ser

detenidos dentro de las setenta y dos horas siguientes a su comisión, cuando sean señalados como responsables por la víctima, algún testigo o quien hubiere participado con ellos en la comisión del hecho delictivo; cuando se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o cuando aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito. En este supuesto, será necesario que se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

Actualmente, en muchas ocasiones el autor de un delito es plenamente identificado pero no se le detiene materialmente, lo que provoca la irritación de las víctimas, además de que el responsable queda en posibilidad de sustraerse a la acción de la justicia. Sin embargo, en caso de aprobarse la reforma propuesta por esa Soberanía, el nuevo concepto de flagrancia permitirá realizar una persecución más ágil y dinámica de los delincuentes.

La inclusión de este concepto permitirá que los cuerpos de seguridad pública puedan realizar un mayor número de detenciones, sin necesidad de orden de aprehensión.

Por otra parte, esta reforma permitirá detener al delincuente con mayor facilidad, evitará que éste se deshaga de los instrumentos, objetos o productos del delito o que borre u oculte las huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad, lo cual se traducirá en mayores elementos de prueba que podrán ser utilizados en el proceso penal respectivo.

En el dictamen presentado el 10 de septiembre de 1998, la Comisión señaló respecto a la reforma propuesta al artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales que la iniciativa “plantea una ampliación al concepto de flagrancia, por un término de setenta y dos horas, las Comisiones Unidas que dictaminan estiman la conveniencia de modificarlo para que la ampliación al concepto de referencia quede establecida en cuarenta y ocho horas”. Así, las modificaciones del dictamen se refirieron al plazo de la figura conocida como *flagrancia equiparada*, reduciéndolo de 72 horas de la propuesta original, a 48 horas, plazo más acorde con el plazo constitucional con el que el Ministerio Público cuenta para integrar una averiguación previa con detenido. Este dictamen fue aprobado por 70 votos el primero de octubre de 1998.

El 25 de noviembre de 1998 la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados presentó su dictamen en el cual compartió el criterio de su colegisladora para reformar el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, señalando que “era necesario ya la reforma”, pues “ahora se incluye en el mismo aquella hipótesis en la que no habiendo transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas, contadas a partir del momento de la comisión del hecho delictuoso, el inculpado es señalado como responsable por la víctima, por personas que saben la participación del inculpado, como son: algún testigo presencial, copartícipe o por circunstancias propias concernientes a los hechos, como es el caso de que se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparecieran huellas o indicios, de los que se infiera fundadamente su participación, por lo que satisfechas las hipótesis del precepto el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción no sea privativa de la libertad o alternativa”. Este dictamen fue aprobado el 2 de diciembre de 1998 por 318 votos a favor, 95 en contra y una abstención, quedando el referido artículo como sigue:

Artículo 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente,

o

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir

fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

b) En caso urgente, procede la detención por la policía judicial, entendiéndose éste cuando exista “temor fundado de que el inculpado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, cuando no haya autoridad judicial en el lugar” (artículo 193 fracción II original). Esta facultad dio lugar a infinidad de arbitrariedades, pues en los hechos la policía judicial detenía a discreción a cualquier persona sospechosa de haber cometido un delito, lo cual daba pie incluso a otro tipo de arbitrariedades, como detenciones excesivas, incomunicaciones, torturas y hasta la muerte del detenido.

Esta situación no fue corregida sino hasta la reforma introducida al artículo 16 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993; en la exposición de motivos de la iniciativa presentada por diversos diputados federales el 2 de julio de 1993, se justifica la reforma pues “se busca acotar la autorización para la detención en casos urgentes prevista actualmente por la Constitución, ya que, entre otras cosas, sólo será para el Ministerio Público y no para cualquier autoridad administrativa, sólo será para los delitos graves que señale la ley y no para cualquier delito perseguible de oficio y por último, se establece el control de legalidad por el juez, quién deberá de calificar si la acción del Ministerio Público se apegó a la autorización constitucional, decretando la libertad del detenido en caso de que así no sea”.

En el dictamen presentado el 19 de agosto de 1993, se modificó la iniciativa original, señalándose

Quinto Párrafo.

El presente párrafo regula lo relativo a las detenciones en casos urgentes. Como consecuencia del análisis y las propuestas efectuadas al mismo, se modificó la redacción original de la iniciativa, con el objeto de precisar su alcance, quedando en los siguientes términos: “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención previamente fundado y motivado legalmente su proceder”.

Es necesario señalar que esta disposición fue de las que mayor cuidado y profundidad llevó en su análisis y discusión, pues es una excepción a la regla general que señala el párrafo segundo del artículo 16 que se dictamina. Los motivos de la reforma se centran en la necesidad de precisar los términos de la autorización en vigor con el fin de llevar a cabo la detención en casos urgentes a fin de proteger de mejor manera la libertad de los gobernados.

A diferencia del texto actual, que permite a cualquier autoridad administrativa detener en tales casos, se resolvió acotar dicha autorización sólo para el Ministerio Público en congruencia con lo que dispone el artículo 21 de la Constitución.

Asimismo, se consideró necesario limitar dicha autorización sólo para la persecución de los delitos graves que señale la Ley, más no para cualquier delito de oficio como actualmente se prevé. Queda claro la obligación para el legislador ordinario de efectuar una relación limitativa de los delitos que, por su gravedad, justifiquen la detención en casos urgentes. Sin embargo deberá cumplir tan delicada función con tal prudencia que evite la arbitrariedad, al considerar solo los delitos cuyos efectos alteran seriamente la tranquilidad y la paz públicas.

Además, se precisó que el carácter de urgencia surge por una parte del riesgo fundado de fuga, y por la otra, de la imposibilidad para ocurrir oportunamente ante la autoridad judicial a fin de solicitar la orden de captura.

Por último, expresamente se exige la preexistencia de datos en contra del indiciado para evitar que tales detenciones se hagan con fines meramente investigatorios.

A fin de acotar esta facultad, en el párrafo séptimo del dictamen se señaló expresamente que la retención del indiciado no podía exceder del plazo de 48 horas, tras del cual debería ser puesto a disposición de la autoridad judicial, plazo que podría duplicarse en casos de delincuencia organizada.

El dictamen fue aprobado y, pasado que fue al Senado de la República, fue aprobada sin cambios el 28 de agosto de 1993. Aprobada de igual manera por la mayoría de las legislaturas estatales, el 2 de septiembre de ese mismo año se hizo la declaratoria de reformas, quedando el artículo 16 constitucional en sus párrafos quinto, sexto y séptimo en los siguientes términos:

Artículo 16...

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponérselo a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal...

En las reformas legales publicadas en el Diario Oficial de la federación el 10 de enero de 1994, y acorde con la reforma constitucional, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales fue reformado para contener la hipótesis de caso urgente para proceder a la detención de una persona, en los siguientes términos:

Artículo 194. En casos urgentes el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

- a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo;*
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y*
- c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.*

La violación de esta disposición hará penalmente responsable al ministerio público o funcionario que decreta indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad...

El 17 de mayo de 1999 se publicó el decreto mediante el cual se adicionó un artículo 193 bis al Código Federal de Procedimientos Penales, por lo que por razones meramente “técnicas” en dicho precepto se trasladó el concepto de caso urgente, mientras que en el numeral 194 se conservó el catálogo de delitos graves.

A decir de García Ramírez, la redefinición del caso urgente en la reforma de 1994 era necesaria ante la insuficiencia de la descripción contenida en la Constitución, pero, en todo caso, “la urgencia se sustenta en la falta de integración de la averiguación previa, mucho más que en la falta de un juzgador a la mano; aquello será, en consecuencia, esa “cualquier otra circunstancia” que legitima la captura urgente”.²⁸⁶

Ya en la reforma de 1994 se había introducido en el artículo 194 un catálogo de delitos graves por los cuales puede detenerse a una persona en caso urgente y, además, por los que debe negarse el beneficio de la libertad provisional al imputado. Este catálogo ha sido ampliado en innumerables ocasiones, añadiéndosele delitos previstos en el Código Penal Federal y en las leyes especiales.

El concepto “delito grave” ha tenido tratamiento diferente durante el tiempo. En el texto original del artículo 20 fracción I de la Constitución Federal se mencionaba que la libertad provisional bajo caución sería procedente atendiendo a la gravedad del delito que se le impute, y tal gravedad se asoció en un principio a la punibilidad, pues disponía inmediatamente que dicha libertad sería procedente “siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión”.

El 2 de diciembre de 1948 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se declaró reformada dicha fracción, señalando que la libertad provisional bajo caución procedería “siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión”. De esa forma, la punibilidad se reafirmó como el criterio rector para la calificación de gravedad de los delitos. Dicho criterio fue reiterado en la reforma a este precepto constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985 —con la taxativa que las modalidades del delito serían tomadas en cuenta para cuantificar el referido término medio aritmético.

En la reforma al artículo constitucional que nos ocupa, publicada el 3 de septiembre de 1993, la definición del criterio bajo el cual los delitos se calificarán de graves se dejó al legislador ordinario con la expresión “no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio”; criterio que fue reiterado en la reforma publicada el 3 de julio de 1996 y fue dejado intocado en la reforma publicada el 21 de septiembre de 2000.

El criterio que el legislador federal ha seguido para la definición de los delitos graves es el llamado *numerus clausus*, esto es, sistema cerrado, consistente en desplegar un listado

²⁸⁶ García Ramírez, Sergio. *Comentarios Sobre las Reformas de 1993 al Procedimiento Penal Federal*. México, D. F., 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 22.

de delitos específicos conforme a la cita específica de los preceptos legales que los definen.²⁸⁷ Este sistema, a nuestra consideración, es más garantista, pues no da lugar a interpretaciones o equívocos para saber en qué caso se podrá proceder a la detención de una persona en caso urgente.

En el caso de la legislación procesal penal federal, el factor que norma el criterio para considerar que ciertos delitos son graves consiste en la *afectación de manera importante de valores fundamentales de la sociedad*. El tema no es de planteamiento fácil: el fin del derecho penal es la protección de determinados bienes jurídicos, de ahí que —en principio— la preservación de esos valores deban ser considerados fundamentales para la correcta convivencia social. De ahí que se identifiquen a los valores fundamentales de la sociedad con los derechos fundamentales otorgados por el orden constitucional, no solamente individuales, sino económicos o sociales; así, el primer punto para identificar esos valores fundamentales es la exclusión de aquellos bienes jurídicos que se consideren disponibles, con clara preferencia de los derechos colectivos sobre los individuales.²⁸⁸ El segundo punto se refiere a la afectación de esos valores fundamentales, esto es, la afectación debe ser importante, pues puede ocurrir que el valor resguardado sea fundamental, pero la afectación resulte más o menos limitada o secundaria. Sobre el catálogo contenido en el artículo 194 citado, García Ramírez anota:

*Los bienes considerados son diversos, y desde luego todos ellos relevantes: seguridad nacional, vida, salud general, patrimonio, libertad, etcétera. Cuando se trata de familias o especies delictuosas, en las que hay diversos tipos, no siempre quedan todos abarcados por el rubro de la gravedad; lo están solamente los que ocasionan mayor lesión o peligro y acarrear sanción más elevada. Se observa la presencia de delitos que actualmente interesa al Estado perseguir, en virtud de razones conocidas de política criminal, como lo es, por ejemplo, el uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo. Es obvio que la relación limitativa de los delitos graves será siempre cuestionada: ¿están todos los que son? ¿son todos los que están?*²⁸⁹

c) Aprehensión. Las acaloradas discusiones que en torno a la orden de aprehensión se dieron en el Congreso Constituyente de 1916-1917 se justifican ante la solidez de esta institución. No fue sino hasta el 3 de septiembre de 1993 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación la primera reforma constitucional relativa a la orden de captura, y dicha reforma versó —al igual que la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo de 1999— sobre aspectos no sustanciales, sino a la comprobación del hecho delictuoso como presupuesto para su emisión, utilizándose la fórmula “elementos del tipo penal” y sustituyéndose por la originaria “cuerpo del delito”, respectivamente.

Y es que la fórmula utilizada en el artículo 16 constitucional para establecer la orden de aprehensión es tan perfecta, que el artículo 134 párrafo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales señala que “para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y el 195 del presente

²⁸⁷ Este sistema ha sido seguido por codificaciones procesales penales de algunas entidades federativas, como el artículo 9º del Código Penal para el Estado de México. Caso disímil es el del Distrito Federal, pues el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a partir de la reforma publicada en la Gaceta Oficial el 17 de septiembre de 1999, señala que “son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años”, incluyéndose la tentativa punible y las modificativas.

²⁸⁸ Vid: Angulo, Graciela. *El Consentimiento Frente a los Bienes Jurídicos Indisponibles*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. No. 7-8. México, D. F., 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 56-59.

²⁸⁹ García Ramírez. Op. cit., pp. 23, 24.

Código”. Pero el artículo 195 de ese cuerpo legal únicamente se limita a establecer los requisitos que debe reunir la resolución mediante la cual se obsequie una orden de aprehensión, sin referirse a aspectos de fondo, al señalar:

Artículo 195. Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público.

La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución.

Así, consideramos que no se necesita mayor análisis de esta forma de privar de la libertad a una persona, pues ahondar en los requisitos de forma o fondo rebasaría el objetivo de este trabajo.

A pesar de las expectativas que los acalorados debates en torno al artículo 18 constitucional provocaron en el Congreso Constituyente, el nuevo código procesal penal federal siguió la misma tónica que los ordenamientos que le precedieron: la prisión preventiva era la regla, y siguiendo un criterio más o menos flexible de inexcusabilidad, los acusados por determinados delitos podían alcanzar el beneficio de la libertad provisional.

Y es que desde la redacción del artículo 18 constitucional establece ya, de origen, un elemento teleológico de la prisión preventiva: habrá lugar a ella cuando se trate de delitos que ameriten pena corporal. En este precepto constitucional ningún otro elemento es tomado en consideración para su procedencia, de ahí que solo sean criterios legales —la naturaleza de la pena aplicable— los que deban observarse para imponer esta medida. En la práctica, puesto que los diversos códigos penales de aplicación federal tuvieron la tendencia de prever preferentemente penas corporales —prisión, relegación—, la gran mayoría de los acusados debían afrontar sus procesos bajo prisión preventiva. Este elemento teleológico se mantendrá a través de las diversas reformas que se dieron a dicho artículo constitucional en el siglo XX, todas ellas enfocadas a otros aspectos.

Y tan marcado es el criterio de inexcusabilidad del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la prisión preventiva ni siquiera se le instrumenta, ésta se encuentra inmersa en todos y cada uno de sus preceptos:

a) Al auto cabeza de proceso se le denomina *auto de formal prisión*, partiendo del presupuesto que en todos los casos en que el delito amerita la imposición de pena corporal — más tarde pena privativa de libertad—, la única forma de traer al imputado ante el juez es privándosele de su libertad, ya sea mediante su detención en flagrancia o caso urgente y posterior consignación con detenido, ya sea a través del libramiento de orden de aprehensión (artículos 128, 134, 142, 161 y 195 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente)

b) La prisión preventiva ni siquiera es instrumentada como medida cautelar, ya que basta que se llene un solo requisito para su procedencia, y ese requisito está contemplado en la ley: que el delito amerite la imposición de pena privativa de libertad. Así, el Ministerio Público en

ningún caso está obligado a acreditar la *necesidad* de la prisión preventiva, sino que es el imputado es quien tiene el *derecho* a obtener su libertad provisional bajo caución o bajo protesta en los casos en que sea procedente conforme a la ley. Luego, la prisión preventiva es la regla, no la excepción (artículos 161 y 399 a 421 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor).

Por otra parte, debe llamarse la atención el debate que tuvo lugar en el Constituyente de 1916-1917 acerca del sistema penitenciario. El artículo 23 de la Constitución de 1857 escuetamente señalaba que el sistema penitenciario debería ser implementado a la brevedad posible por el “poder administrativo”, con la finalidad de procederá la abolición de la pena de muerte. Esta disposición, como hemos visto en la sección anterior, permitió al Ejecutivo federal y de las entidades federativas implementar en sus respectivas esferas competenciales sendos sistemas penitenciarios; incluso, en algunas ciudades o poblaciones se establecieron “cárceles municipales”. Así, los diputados constituyentes de 1916-1917 identificaron al sistema penitenciario como parte del aparato represor porfirista, por lo que pugnaron por su abolición.

El proyecto de Constitución presentado por Carranza adicionó un segundo párrafo al artículo 18, estableciendo la centralización del régimen penitenciario en todo el país, a cargo de la Federación en los siguientes términos:

Artículo 18...

Toda pena de más de dos años de prisión, se hará efectiva en colonias penales o presidios, que dependerán directamente del Gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los Estados a la Federación los datos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos.

Con este sistema —se reconoce en el dictamen— “se podría suprimir el gran número de cárceles inútiles que hay ahora en la mayoría de los Estados, y establecer unas cuantas penitenciarías en las que se podría emplear un sistema de corrección moderno y desarrollarlo con toda amplitud, de tal suerte que aun los Estados de pocos elementos podrían disfrutar de las ventajas de un buen sistema penitenciario, sin mayor gasto del que han hecho hasta ahora”. La propuesta fue rechazada en el dictamen presentado por la Comisión, por considerarse que la propuesta robustecería el poder central en menoscabo de las facultades de los Estados, pues éstas “acabarían al pronunciarse las sentencias; en la ejecución de éstas ya no podrían los Estados tener injerencia ninguna; deberían abstenerse de legislar en todo lo relativo a la imposición del trabajo como pena, en lo referente a la libertad preparatoria y retención de pena y en lo que se refiere a los indultos”. En el dictamen también se reconoció que el sistema penitenciario establecido por la Federación era tan deficiente como la de los Estados; y que dada la regionalización de los delitos, el tratamiento regeneratorio variaría de región en región; amén que la centralización propiciaría el desarraigo de los reos.²⁹⁰

Con base en esos argumentos, el dictamen propuso que la facultad de establecer el sistema penitenciario fuera a cargo de los Estados, sin hacer ninguna referencia a la

²⁹⁰ Romero García. Op. cit., tomo I, pp. 644, 645.

Federación.²⁹¹ Los diputados Enrique Colunga y José Natividad Macías hablaron en contra del proyecto, indicado que con el sistema imperante hasta esa época —en que los Estados sostenían el sistema penitenciario en gran parte del país y la Federación les proveía económicamente para la manutención de los presos federales— no se habían menoscabado las facultades de la Federación en cuanto a la ejecución de las penas, por lo que el sistema propuesto por el Primer Jefe sólo invertía la situación —sistema a cargo de la Federación, al cual debían proveer los Estados—, en el que no podrían menoscabarse las facultades de los Estados y dado que el poder federal contaba con mayores y mejores elementos, éste podría implementar de manera eficaz dicho sistema penitenciario.²⁹²

El dictamen fue desechado por 70 votos en contra y 69 a favor, por lo que el 3 de enero se discutió el proyecto modificado, siendo aprobado por 155 votos a favor y 37 en contra, quedando como sigue:

Artículo 18...

*Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias penitenciarias o presidios—, sobre la base del trabajo como medio de regeneración.*²⁹³

Esta disposición constitucional ha de interesarnos solo por cuanto a que los establecimientos penitenciarios albergan a su vez —en la inmensa mayoría de los casos— a los procesados sujetos a prisión preventiva. Es por ello que no ahondaremos en las reformas introducidas a este precepto en los años de 1965 y 1977, puesto que se refieren a temas distintos a los abordados a este trabajo.

No obstante los esfuerzos hechos por el Constituyente de 1916-1917 para instituir un sistema penitenciario sólido y eficaz, la Federación en la práctica no se ocupó de crear establecimientos penales más allá de los límites del Distrito Federal —a través de la dependencia encargada de la administración pública de dicha entidad federativa—, mientras que los Estados pocos esfuerzos pudieron hacer con los recursos económicos limitados, sistemas políticos y administrativos corruptos y poca voluntad de los gobernantes.

Hasta 1990 la Federación no estableció ninguna institución carcelaria para albergar reos o presos del orden federal. En 1933 la cárcel de Belén fue clausurada, y sus presos pasaron a Lecumberri, dándole entonces el doble carácter de prisión preventiva-penitenciaria. A través del entonces Departamento Central, en 1954 se construyó la nueva Cárcel de Mujeres, y en 1957 la Penitenciaría del Distrito Federal en Santa Marta Acatitla, lo que permitió que Lecumberri fuera utilizada sólo como prisión preventiva para varones.²⁹⁴ El 26 de agosto de 1976 se inauguraron

²⁹¹ “Los Estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente.” Párrafo segundo del artículo 18 propuesto en el dictamen discutido el 25 de diciembre de 1916. Vid: Romero García. Op. cit., tomo I, p. 645.

²⁹² Ídem, tomo I, pp. 646-657.

²⁹³ Ibídem, tomo II, p. 56.

²⁹⁴ García Ramírez, Sergio. *Penal y Prisión. Los Tiempos de Lecumberri*. En: *Estudios Jurídicos*. México, D. F., 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 841.

los Reclusorios Preventivos Norte y Oriente, dejando de funcionar Lecumberri en esa misma fecha; mientras que el Reclusorio Preventivo Sur comenzó a funcionar a fines de 1979.²⁹⁵

La única prisión federal existente durante el siglo XX fue la *Colonia Penal de las Islas Marías*. Ya institucionalizada durante el gobierno de Díaz, durante los gobiernos posrevolucionarios continuó funcionando, con variaciones en su finalidad y sistemas programáticos, y continúa funcionando hasta el día actual. Sin embargo, las Islas Marías siempre han tenido con fin albergar a convictos, por lo que no podemos abundar más sobre ellas.²⁹⁶

A partir de la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 1990 el sistema penitenciario nacional fue objeto de análisis y estudios, creándose el Programa sobre el Sistema Penitenciario en México, a fin de coordinar los esfuerzos por proporcionar a los reclusos un trato digno. Entre 1990 y 1992 la comisión recibió 10,244 quejas, emitiendo 269 recomendaciones, de las cuales 64 fueron dirigidas a asuntos penitenciarios, ocupando el primer lugar en cuanto a número de recomendaciones. Éstas versaron sobre los siguientes tópicos:²⁹⁷

a) Antigüedad de las instalaciones y sobrecupo. Algunas prisiones, como la de Matamoros, estaban funcionando desde principios del siglo XX, mientras que todas las prisiones varoniles presentaban un sobrecupo de hasta el 57%, en el caso del Reclusorio Preventivo Oriente de la ciudad de México.

b) Mal manejo en los sistemas clasificatorios, lo que permite actos de corrupción y operación de mafias toleradas por las autoridades, sobre todo en lo tocante a los cobros por “protección”.

c) En buena parte de prisiones estatales se advirtió la ausencia de separación de sexos, así como de sentenciados y procesados.

d) Ausencia de sistemas humanitarios de corrección, con gran incidencia de áreas de castigo en condiciones inhumanas. En la prisión de Tampico, Tamaulipas, por ejemplo, se encontraron dos celdas de castigo de 1.20 x 1.20 metros, en una de las cuales se hallaron a cinco internos que manifestaron tener en ella cinco días, visiblemente bajo la influencia de sustancias psicotrópicas.

e) Deficiencia o ausencia de servicios médicos, de enseñanza, de áreas recreativas y alimentación. En la mayoría de las prisiones se advirtió el sistema mediante el cual los familiares pasan diariamente a los internos alimentos.

f) En la gran mayoría de las prisiones las autoridades reportaron que con “alarmante frecuencia” los internos de nuevo ingreso presentaban signos de tortura.

²⁹⁵ Fernández Muñoz. Op. cit., p. 66.

²⁹⁶ Vid: García Ramírez, Sergio. *Temas de Derecho*. México, D. F., 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 329-334 y 341-356; y Álvarez Licona, Nelson E. *Las Islas Marías y la Subcultura Carcelaria*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 91, enero-abril. México, D. F., 1998, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 13-29.

²⁹⁷ Vid: Fernández Muñoz. Op. cit., pp. 62-78. La investigadora se basó en recomendaciones y estudios publicados en la *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos* (núms. 1 a 36, agosto de 1990 a julio de 1992).

g) Asimismo, se detectó un buen número de internos con derecho a libertad bajo caución pero que por sus precarias condiciones económicas no habían podido hacer uso de ese beneficio.

Los Centros Federales de Readaptación Social se crearon a partir de las acciones del Programa Nacional de Prevención del Delito 1985-1988, siendo los factores que determinaron su desarrollo, el incremento de los delitos del fuero federal y la aparición de bandas organizadas dedicadas al narcotráfico y crimen organizado, teniendo como objetivo hacer cumplir las penas privativas de libertad a internos considerados de alta peligrosidad, en un régimen de máxima seguridad y estricto apego a la legislación aplicable, así como brindar reclusión preventiva con las mismas características a personas sujetas a procesos judiciales acusadas de delitos considerados graves y con un alto perfil criminológico.

En el sexenio de Carlos Salinas de Gortari se dio inicio al llamado Sistema Penitenciario Nacional. Ya en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, uno de los objetivos planteados fue la “ampliación de la vida democrática”, ello implicaba que “un pacto federal vigoroso no puede descansar simplemente en la voluntad del gobierno de la República, sino que supone un firme compromiso de los gobiernos estatales y municipales”, por lo que se fortalecería “la concertación entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, con pleno respeto a sus relaciones internas, para que los programas federales en sus áreas de jurisdicción sean diseñados y efectuados con su participación, al término que se avanzará hacia una mayor descentralización de recursos y de responsabilidades”.²⁹⁸

Y es que desde hacía varios años más los Estados de la República habían reclamado al gobierno federal la falta de atención a los presos federales, respecto de los cuales la Federación se limitaba a destinar determinadas partidas presupuestarias a las haciendas estatales para su manutención, sin ocuparse de aspectos como la seguridad, cada vez más agravada con la creciente delincuencia organizada. Así, en 1991 se inauguró el Centro Federal de Readaptación Social número 1, en el municipio de Almoloya de Juárez, Estado de México, actualmente denominado “Altiplano”, con lo que por primera vez se contó en México con una prisión de máxima seguridad, si bien subsistieron los módulos de alta seguridad dentro de los diferentes reclusorios del país.²⁹⁹ A este centro federal le siguieron los números 2 “Occidente”, 3 “Noreste” y 4 “Noroeste”, ubicados en Puente Grande, Jalisco, Matamoros, Tamaulipas, y Tepic, Nayarit, respectivamente, centros que fueron construidos ex profeso. A los anteriores se han sumado los centros números 5 “Oriente”, ubicado en Perote, Veracruz, 6 “Sureste” ubicado en Huilmanguillo, Tabasco, y 7 “Nor-Noroeste” ubicado en Guadalupe Victoria, Durango; estos son centros construidos con anterioridad por los

²⁹⁸ Gómez Collado, Roberto y José Luis Albarrán Cruz. *El Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 y las Relaciones de Coordinación Federación-Estado*. En: *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*. Núms. 34-35, mayo-diciembre, México, D. F., 1989, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 15.

²⁹⁹ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXVI, núm. 76. México, D. F., enero-abril 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 217, 218.

respectivos gobiernos estatales e incorporados al sistema penitenciario federal mediante cesiones hechas a favor del gobierno federal.³⁰⁰

Para la operación de dichos centros federales se creó la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, en sustitución del Departamento de Prevención Social. Durante el gobierno de Vicente Fox Quesada se creó la Secretaría de Seguridad Pública, a la cual se transfirió la Policía Federal Preventiva —actualmente Policía Federal— así como la administración del sistema penitenciario federal,³⁰¹ creándose el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, que actualmente tiene a su cargo la administración y gestión del sistema penitenciario federal.

Dentro del *Sistema Nacional de Seguridad Pública* —cuyo marco normativo lo constituyen el artículo 21 párrafos noveno y décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública—, los gobiernos federal, del Distrito Federal, de los Estados y los municipios, han integrado el llamado *sistema penitenciario nacional*, que se integra con la totalidad de los centros destinados a la extinción de penas y medidas de seguridad, así como al cumplimiento de la prisión preventiva. De acuerdo con la citada normatividad, el gobierno federal, a través de la Secretaría de Seguridad Pública, es el encargado de coordinar dicho sistema.

De acuerdo con el informe anual de labores 2010 de la Secretaría de Seguridad Pública, el sistema penitenciario mexicano se compone de 429 centros de reclusión con una capacidad total de 176,911 espacios; el sistema se redujo en 3 centros de reclusión respecto de 2009, empero, debido a la renovación de instalaciones y la apertura de nuevos centros, se incrementó la capacidad de reclusión en 3.5% respecto a julio de 2009.

De los 429 centros existentes a nivel nacional, 7 estaban a cargo del gobierno federal (*sistema penitenciario federal*), con una capacidad de reclusión de 9,494 espacios;³⁰² 10 a cargo del gobierno del Distrito Federal, con una capacidad de reclusión de 21,401 espacios; 320 a cargo de los gobiernos estatales, con una capacidad de reclusión de 142,391 espacios; y 92 a cargo de gobiernos municipales, con una capacidad de reclusión de 3,625 espacios.

La población penitenciaria en el país, a junio de 2010, era de 222,297 internos. Se observó un decremento de 15.3% en la población del fuero federal, respecto a julio de 2009, mientras que en el fuero común hubo un aumento del 1.6% en el mismo periodo. El número de internos del fuero federal era de 45,446; de éstos, 21,808 tenían el carácter de procesados.

³⁰⁰ Acuerdos del secretario de seguridad pública federal publicados en el Diario Oficial de la Federación el 7 de agosto y 28 de diciembre de 2009, y 28 de septiembre de 2010, respectivamente.

³⁰¹ Decreto de reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2000, por el que se le adicionó el artículo 30 bis que entre otras facultades contempla “desarrollar las políticas de seguridad pública y proponer la política criminal en el ámbito federal, que comprenda las normas, instrumentos y acciones para prevenir de manera eficaz la comisión de delitos” (fracción I), “presidir el Consejo Nacional de Seguridad Pública” (fracción III), “organizar, dirigir, administrar y supervisar la Policía Federal Preventiva, así como garantizar el desempeño honesto de su personal y aplicar su régimen disciplinario” (fracción X), establecer un sistema de inteligencia policial (fracción XIII), y “ejecutar las penas por delitos del orden federal y administrar el sistema federal penitenciario” (fracción XXIII).

³⁰² Este informe únicamente considera la Colonia Penal de las Islas Marías, los Centros Federales de Readaptación Social números 1, 2, 3 y 4, y el Centro Federal de Readaptación Psicosocial.

Al mes de julio de 2010 la sobrepoblación penitenciaria nacional era de 25.7%, lo que representa un déficit de 45,386 espacios. Existe sobrepoblación en 212 de los 429 centros, lo que equivale al 49% de los centros de reclusión del país; esta circunstancia limita la capacidad de los sistemas penitenciarios de todo el país para impulsar esquemas efectivos de reinserción social. Los problemas asociados con la sobrepoblación se ven agravados por la concentración que experimenta el sistema penitenciario mexicano y la dispersión de la infraestructura, factores que provocan desequilibrios en la distribución de la población penitenciaria y en el uso adecuado de la infraestructura existente. En 28 instalaciones penitenciarias del país (6.5% de la infraestructura) concentran el 50% de la población penitenciaria, mientras que el restante se ubica en 401 centros. El Distrito Federal, México, Baja California, Jalisco, Puebla y Sonora— concentran el 50% de la población penitenciaria del país.

La población penitenciaria en centros federales, a julio de 2010, fue de 9,291, un 40.3% mayor a 2009. De estos, 2,068 (22.2%) son internos del fuero común, de los cuales 104 (1.1%) están sujetos proceso y 1,964 (21.1%) tienen sentencia. Asimismo, 7,223 (77.8%) son internos del fuero federal, de estos, 3,492 (37.6%) están sujetos a proceso y 3,731 (40.2%) cuentan con sentencia. El 99% de los internos son hombres y 1% mujeres. Las mujeres reclusas en el sistema penitenciario federal son 100, todas ellas se encuentran en la Colonia Penal Federal Islas Marías, de las cuales 99 están sentenciadas y una se encuentra sujeta a proceso: 16 pertenecen al fuero común y 84 al fuero federal.

A julio de 2010 el sistema penitenciario federal, en conjunto, no registraba sobrepoblación; sin embargo, los Centros Federales de Readaptación Social números 1, 2, 3 y 4 se encontraban a su máxima capacidad. Por ello, la Secretaría de Seguridad Pública acordó con los gobiernos de Veracruz, Tabasco y Durango la transferencia de centros de reclusión estatales para su operación por el gobierno federal; de éstos, aún no se cuenta con datos estadísticos, aun cuando ya se encuentran en operación.³⁰³

Como puede verse, el número de internos del fuero federal en el sistema penitenciario nacional supone una pesada carga. En 2010 los 7 centros federales de readaptación social albergaban apenas el 15.9% del total de los internos del fuero federal; el restante 84.1% de los reos y presos federales se albergaban en los 422 centros restantes; si a éstos se les desalojaran los internos del fuero federal (38,223 individuos), prácticamente se abatiría el problema de sobrepoblación.

El criterio para el establecimiento de los centros federales de readaptación social no ha sido albergar a la totalidad de los reos del fuero federal, sino únicamente a aquellos que se les considere con un perfil criminológico alto, esto es, a los más peligrosos, por lo que dichos centros federales en la práctica son centros de alta seguridad, lo que explica el por qué se albergan en éstos incluso a internos del fuero común, en su gran mayoría sentenciados. Así, aún cuando el *Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social* prevé establecimientos de alta, mediana

³⁰³ Secretaría de Seguridad Pública. *Cuarto Informe de Labores*. México, D. F., 2010, Presidencia de la República, pp. 75-77.

y mínima seguridad, en la práctica solo se admiten internos de alta peligrosidad, generalmente relacionados con lo que se ha dado por llamar “delincuencia organizada”.³⁰⁴

Así, si tomamos en cuenta que en 2010 la capacidad del Sistema Penitenciario Federal para albergar a internos del fuero federal alcanzaba apenas el 15.9% del total de dichos internos, podemos concluir que aún pasará mucho tiempo antes que el mencionado sistema realmente cumpla con los postulados del artículo 18 constitucional: que la Federación estableciera un sistema penitenciario en el ámbito de su competencia.

³⁰⁴ Verbigracia: Los acuerdos por los que se incorporaron los Centros Federales de Readaptación Social números 5, 6 y 7 al Sistema Penitenciario Federal, en sus respectivos considerandos 3, señalan que la *seguridad* constituye el sentido original de esos centros de reclusión.

Capítulo IV. El principio de presunción de inocencia

Sumario:

Sección 1. *Concepto*. Sección 2. *Somerísima reseña histórica*. Sección 3. *Los compromisos internacionales del Estado mexicano con relación al principio de presunción de inocencia*. Sección 4. *El principio de presunción de inocencia en la Constitución de 1917*.

Sección 1. Concepto.

La presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que actúan conforme a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legales, de su participación y responsabilidad en un hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso.³⁰⁵

La definición anterior demuestra lo complejo del concepto. Inocencia proviene del latín *innocentia*, que significa “estado del alma limpia de culpa; exención de culpa en un delito o mala acción; candor, sencillez”. Presunción, por su parte, proviene del latín *praesumptio -ōnis*, y significa “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”.³⁰⁶ Sin embargo, el concepto inocencia tiene referencias filosóficas y aún religiosas: es el estado ideal en que el hombre se hallaba al momento de ser creado y antes de incurrir en el pecado, hecho a la imagen de Dios, según su semejanza.

*En sus orígenes —nos dice Hésbert Benavente— la inocencia se tomó como un estado de pureza absoluta; la lectura fue ideológica: se afirma que las personas al nacer llegan al mundo inocentes, y ese estado pervive en su existencia hasta la muerte. La aplicación en el proceso penal de esta idea se transmite con igual intensidad: solo la sentencia judicial puede variar el estado de inocencia. Y por eso cuando el juez absuelve, declara y confirma dicho estado de inocencia; mientras que la “condena” es constitutiva, pues a partir de ello nace un estado jurídico nuevo.*³⁰⁷

³⁰⁵ Nogueira Alcalá, Humberto. *Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia*. En: *Ius et Praxis*. Año/volumen 11, núm. 001, Talca, Chile, 2005, Universidad de Talca, p. 223.

³⁰⁶ Real Academia Española de la Lengua. Op. cit.

³⁰⁷ Benavente Chorres, Hésbert. *El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia en Perú y México, Así Como su Relación con los Demás Derechos Constitucionales*. En: *Estudios Constitucionales*. Año 7, núm. 1, Talca, Chile, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, p. 61.

Así, nos dice Germán Martínez Cisneros:

*En la vida diaria exigimos que se nos considere seres desprovistos de maldad o, al menos, incapaces de realizar actos que evidentemente perjudiquen a los demás y, por tanto, con la capacidad mínima para convivir en armonía con los otros miembros de la sociedad. Los individuos han experimentado que lo más adecuado y funcional para lograr cierto nivel de armonía es creer en los otros, pensar que son gente que en esencia comparte los mismos valores y principios. Así pues, lo socialmente admisible es respetar a los demás y creer que uno mismo y todos los demás tenemos, salvo diferencias sin importancia, la misma idea de respeto. Esa convicción constituye un reflejo de la razonabilidad y, por tanto, civilidad de un pueblo; revela que un grupo ha dejado muy atrás el estado salvaje de todos contra todos, la ley del más fuerte, el estado de barbarie fincado en la fuerza bruta y la violencia, que niega los símbolos, el orden, la medida, la inteligencia y el deseo de trascendencia espiritual.*³⁰⁸

El moderno derecho penal se ha alejado del concepto *inocencia*, utilizando el concepto de *no responsabilidad*: así, una persona es responsable o no responsable del delito, refiriéndose entonces a la acción, no al sujeto. En consecuencia, la presunción de inocencia no puede ubicarse, para su estudio, en el derecho penal, sino en el derecho constitucional y en el derecho procesal: se refiere a la naturaleza humana, no a sus actos o sus consecuencias.

Algunos juristas perciben al principio de inocencia como un axioma jurídico que establece la calidad jurídica de no culpable penalmente, inherente a la persona, condición de derecho que se tiene frente al *ius puniendi*, la cual es una categoría *a priori* de la experiencia y que, por tanto, resulta absurdo que sea probada por quien goza de ella, debiendo ser acreditada su pérdida con elementos empíricos y argumentos racionales, por los órganos del Estado que ejerzan la función represiva, cuando un individuo lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que la sociedad ha estimado valiosos dignos de protegerlos con la potestad punitiva de aquel.

Es necesario señalar que la presunción de inocencia representa una condición inherente a la persona que, en tanto sujeto de derecho, puede ser objeto de persecución penal por existir probabilísticamente la posibilidad infinitesimal de ser culpado de un delito, consecuencia que únicamente se alcanzaría si y solo si se logra el grado de certidumbre suficiente, exigido en un ordenamiento jurídico dado, para adquirir la convicción de que la probabilidad infinitesimal que se tenía al inicio del proceso penal se ha incrementado de tal modo que, por elementos empíricos se ha transformado en la verdad procesal que se refleja en una sentencia definitiva condenatoria, verdad que aunque relativa, pues ella deviene de un razonamiento inductivo, es la única que se puede alcanzar y que como miembros de un Estado de derecho se acepta tácitamente, ya que es el medio que se ha dado para proteger valores que se estiman esenciales.³⁰⁹

Con lo anteriormente establecido, se obtiene el fundamento de muchas instituciones procesales, como el *in dubio pro reo* o el *onus probandi*, entre otras, dado que si los órganos del Estado, encargados de llevar adelante la acción penal y la investigación de ella, no logran, por medio de elementos de convicción empíricos, acrecentar la probabilidad infinitesimal, que tiene

³⁰⁸ Martínez Cisneros, Germán. *La Presunción de Inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal*. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 26, México, D. F., 2008, Instituto de la Judicatura Federal, p. 229.

³⁰⁹ Vid: Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Buenos Aires, Argentina, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 180.

una persona, de ser culpado de un crimen, se debe optar por considerar como verdad procesal la inocencia de aquella, pues es esta la condición la que goza de mayor grado de certeza.³¹⁰

De acuerdo con lo anterior, la presunción de inocencia es un derecho fundamental inherente a la naturaleza humana, independientemente que los instrumentos constitucionales o legales lo incorporen al sistema jurídico; así, este principio es la fuente directa de algunas garantías constitucionales o procesales que, de acuerdo con Miguel Ángel Montañés Pardo,³¹¹ se pueden enunciar de la siguiente forma:

a) La presunción de inocencia como *garantía básica del proceso penal*. La presunción de inocencia es el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo del proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se establecen garantías para el imputado. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia constituye, en el ámbito legislativo, un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que implican una presunción de culpabilidad y conllevan para el acusado la carga de probar su inocencia.

b) La presunción de inocencia como *regla de tratamiento del imputado*. La presunción de inocencia también puede entenderse como un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme el cual habría de partirse de la idea de que el imputado es inocente y, en consecuencia, reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos durante el proceso.

c) La presunción de inocencia como *regla de juicio del proceso*. La principal vertiente del derecho a la presunción de inocencia es su significado como regla probatoria del proceso penal. La presunción de inocencia, en este sentido, puede considerarse como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolucón del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

De acuerdo con lo anterior, la presunción de inocencia se mantiene viva, pero no intacta, durante el proceso penal; el desenlace de éste con una sentencia definitiva constituye el corolario del cauce investigador llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso: la sentencia de culpabilidad se constituye entonces en la desvirtuación de la presunción de inocencia. Así, el sistema de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde a los órganos

³¹⁰ Vid: La tesis aislada núm. 2a. XXXV/2007, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXV, mayo de 2007, página 1186, cuyo rubro y texto son los siguientes: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. El principio de presunción de inocencia que en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, es un derecho fundamental que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce y garantiza en general, cuyo alcance trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares. En consecuencia, este principio opera también en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de "no autor o no partícipe" en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; por ende, otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia."

³¹¹ Montañés Pardo, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona, España, 1999, Editorial Aranzandi, p. 43.

jurisdiccionales debe fundamentarse en auténticos hechos de prueba, y la actividad probatoria debe ser suficiente para generar en el juzgador la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también de la responsabilidad penal que en éste tuvo el imputado, para así dejar de presumirlo inocente.³¹²

Es en este aspecto que la presunción de inocencia tiene estrecha relación con el principio procesal *in dubio pro reo*: puesto que para dejar de considerar inocente a un acusado debe haber prueba plena de su responsabilidad en la comisión de un delito, cuando de las pruebas allegadas surja un estado dubitativo en el órgano de decisión, debe absolverse al acusado. El principio *in dubio pro reo* no es un derecho subjetivo, nos dice Hesbert Benavente Chorres, sino un principio “cuyo fin es garantizar el cabal respecto del derecho fundamental a la libertad individual, bien para resguardar su plena vigencia, bien para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla”.³¹³

El estado dubitativo, empero no debe versar en cuanto a la eficacia de la prueba, sino en cuanto a la responsabilidad del acusado; esto es, ante el juzgador se presenta una dualidad con relación a la igual eficacia de las pruebas de cargo y de descargo, de forma tal que, en un plano objetivo de apreciación, el juzgador llega a un *estado subjetivo de duda*, al considerar que las pruebas de culpabilidad sean tan eficaces y en igual medida que las de inculpabilidad, de modo que igualmente pueda considerar al acusado culpable como no culpable. En ese caso, se debe absolver.³¹⁴

³¹² Nogueira Alcalá. Op. cit., p. 73. Vid: La tesis aislada núm. 1.4o.P.36 P, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, que es consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXV, enero de 2007, página 2295, con el rubro y texto siguientes: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO SE CONSTITUYE EN EL DERECHO DEL ACUSADO A NO SUFRIR UNA CONDENA A MENOS QUE SU RESPONSABILIDAD PENAL HAYA QUEDADO DEMOSTRADA PLENAMENTE, A TRAVÉS DE UNA ACTIVIDAD PROBATORIA DE CARGO, OBTENIDA DE MANERA LÍCITA, CONFORME A LAS CORRESPONDIENTES REGLAS PROCESALES. De acuerdo con la tesis P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, este principio aparece implícito en 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, así como en los diversos principios de debido proceso legal y el acusatorio dando lugar a que el acusado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculpaado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto, lo que determina necesariamente la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, el primer aspecto representa más que una simple presunción legal a favor del inculpaado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto; mientras que el segundo se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpaado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si ésta no queda suficientemente demostrada, lo que implica, además, que deben respetarse los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio.”

³¹³ Benavente Chorres. Op.cit., pp. 75, 76.

³¹⁴ Vid: La tesis jurisprudencial integrada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con el rubro “DUDA Y PRUEBA INSUFICIENTE, DISTINCIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE”, cuyo texto dice: “En el aspecto de la valoración

d) La presunción de inocencia como *presunción "iuris tantum"*. Esto implica que a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el imputado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se emita la sentencia definitiva. Así, el proceso penal es el marco para la discusión de un conflicto de intereses generado por la comisión de un ilícito penal, donde los actores (a excepción de la imparcialidad del juez) tienen sus propios objetivos, expectativas de las resultas del proceso penal, que, por lo general, se contraponen a los de su contraparte. Sin embargo, la discusión del conflicto penal no puede realizarse sin la observancia de principios y garantías, que son irrevocables; entre ellos, la presunción de inocencia.

Luego, el proceso no es un mero instrumento de aplicación de la ley para la decisión de un litigio, sino la esencial e indispensable articulación de imperativos jurídico-fundamentales, condicionantes y determinantes del desarrollo de la potestad jurisdiccional y de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. Y uno de esos imperativos es que la expectativa de sanción no se materialice a expensas de cualquier persona. La imputación de cargos penales sólo debe ser expresión del interés de justicia que busca la víctima y que lo hace suyo el Ministerio Público, judicializándolo como expectativa de sanción, pero que, *per se*, no constituye una declaración de culpabilidad en contra del imputado.³¹⁵

Mientras que autores como Olga Islas de González Mariscal³¹⁶ consideran que el principio de presunción de inocencia hace inadmisibles la prisión preventiva, otros autores consideran que la naturaleza *iuris tantum* de dicha presunción lo hace un derecho relativo y no absoluto; de ahí que en el ordenamiento jurídico se admitan medidas cautelares de carácter personal que permitan restringir la libertad del imputado, como es la prisión preventiva; por ejemplo, Benavente Chorres

de la prueba, por técnica, es claro que existe incompatibilidad entre los conceptos de prueba insuficiente y duda absolutoria, ya que mientras el primero previene una situación relativa a cuando los datos existentes no son idóneos, bastantes, ni concluyentes para arribar a la plena certidumbre sobre el delito o la responsabilidad de un acusado, esa insuficiencia de elementos incriminatorios justamente obliga a su absolución por la falta de prueba; en tanto que, el estado subjetivo de duda, sólo es pertinente en lo que atañe a la responsabilidad o irresponsabilidad de un acusado, y se actualiza cuando lejos de presentarse una insuficiencia de prueba, las hay en grado tal que son bastantes para dubitar sobre dos o más posibilidades distintas, asequibles y congruentes en base al mismo contexto, ya que con facilidad podría sostenerse tanto un argumento como otro, y en cuyo caso, por criterio legal y en términos del artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se obliga al resolutor de instancia, en base al principio de lo más favorable al reo, a su absolución." (Tesis I.2o.P. J/54, visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, octava época, núm. 75, marzo de 1994, materia penal, página 28.)

³¹⁵ Nogueira Alcalá. Op. cit., p. 72. Vid: La jurisprudencia núm. II.2o.P. J/20, integrada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIII, mayo de 2006, página 1512, que señala: "DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. NO SE TRANSGREDEN LA CONSTITUCIÓN NI LOS TRATADOS QUE RECONOCEN ESTOS PRINCIPIOS CUANDO LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DEL QUEJOSO SE JUSTIFICA POR HABERSE CUMPLIDO LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS CONFORME A LA NORMATIVIDAD APLICABLE. La circunstancia de que determinados principios como los de debido proceso legal y presunción de inocencia no sólo estén consagrados en la Constitución Federal, sino también en tratados internacionales, no significa que no pueda justificarse una sentencia de condena o que todo acto de autoridad que afecte los intereses del procesado, como su libertad, trastoquen dichos principios. Por el contrario, lo que en ellos se establece es la condicionante de que dicha afectación al quejoso, en su caso, se vea justificada por la constatación de haberse observado o cumplido los requisitos que la propia ley contempla para que esa afectación quede enmarcada dentro de la legalidad en aras del interés público que es inherente al proceso penal y, en general, a la persecución de los delitos. Luego, si se obtiene que el sentido del fallo se justifica por haberse cumplido los requisitos legales exigidos por el caso y con base en la normatividad aplicable, resulta obvio que no se transgreden los principios aludidos y consagrados en la Constitución ni, por ende, los posibles tratados que igualmente los reconocieran."

³¹⁶ Vid: *Supra*, capítulo I, sección 4.

considera que la imposición de la prisión preventiva no significa la afectación de la presunción de inocencia

*porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en principios propios de un Estado de derecho; siempre, claro está, que tales medidas sean dictadas bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Parte de esa relatividad del derecho a la presunción de inocencia se vincula también con que dicho principio incorpora una presunción iuris tantum y no una presunción absoluta; de lo cual deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia pueda ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.*³¹⁷

El autor considera que la oposición entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva debe versar no sobre la imposición misma de esta medida cautelar, sino en la necesidad de “reducir al mínimo estrictamente necesario las medidas restrictivas del imputado en el proceso”. De ahí que

*La presunción de inocencia no es incompatible con la aplicación de las medidas cautelares adoptadas por el órgano competente y fundadas en derecho, basadas en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias del caso concurrentes, como asimismo aplicando los principios de adecuación y proporcionalidad de ellas.*³¹⁸

Y es que una de las situaciones fácticas que afectan con mayor frecuencia la presunción de inocencia es la prolongación excesiva de la detención preventiva, problema que incide negativamente en otro derecho fundamental: el acceso a la administración de justicia pronta y expedita, tema sobre el cual abundaremos en el capítulo siguiente.

Sección 2. Somerísima reseña histórica.

La presunción de inocencia, contrario a lo que podría pensarse, tiene un origen remoto. Ya en los ordenamientos de pueblos antiguos del medio oriente pueden inferirse principios inherentes a la presunción de inocencia, especialmente referentes a la actividad probatoria.

Así, en el Código de Hammurabi en diversas de sus disposiciones habla de la necesidad de presentar testigos (y no un solo testigo) para probar su dicho ante los jueces; la ley 11 dispone que “Si el dueño de la cosa perdida no ha llevado los testigos que conozcan la cosa perdida: Es culpable, ha levantado calumnia, será muerto.”³¹⁹

³¹⁷ Benavente Chorres. Op. cit., pp. 74, 75.

³¹⁸ Ídem.

³¹⁹ Código de Hammurabi. Publicado en línea por Distrito Ciencias Jurídicas, en la página web http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf.

Entre los hebreos también se establecía la necesidad de probar en las causas con un mínimo de dos testigos. Deuteronomio 17:6 subraya tajantemente: “Por dicho de dos testigos, o de tres testigos, morirá el que hubiere de morir; no morirá por el dicho de un solo testigo.”³²⁰

Sin embargo, fueron los romanos quienes definieron este principio. Es por ello que, a decir de Luigi Ferrajoli, sea en el derecho romano donde se encuentren las fuentes históricas de la presunción de inocencia.³²¹ En el Digesto, Libro XLVIII, Título XIX, parágrafo 5, Ulpiano señala:

*El Divino Trajano respondió por rescripto á Julio Fronton, que tratándose de delitos no debía ser condenado un ausente. Mas el Divino Trajano respondió por rescripto á Asiduo Severo, que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar á un inocente...*³²²

Asimismo, por cuanto a la actividad probatoria, Paulo señala en Digesto, Libro XXII, Título III, parágrafo 2:

*Incumbe la prueba al que afirma, no al que niega.*³²³

Sin embargo, la tradición romana también le otorgó eficacia a la confesión, relevando de la carga de la prueba al acusador cuando ésta acontecía. En Digesto Libro XLII, Título I, parágrafo 50 inciso 1, se lee:

*El confeso se tiene por juzgado, el cual en cierto modo ha declarado su sentencia.*³²⁴

La confesión, de hecho había sido ya instituida por los antiguos hebreos (Job 15:6: “Tu boca te pronuncia inicuo, y no yo; y tus propios labios responden contra ti”),³²⁵ y transmitida a los cristianos primitivos.³²⁶

Con estos dos últimos antecedentes el sistema inquisitorial seglar y religioso de la Edad Media se encargaría de arrasar con el principio de presunción de inocencia.³²⁷ Martínez Cisneros resume:

³²⁰ *Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602) y cotejada posteriormente con diversas traducciones y con los textos hebreo y griego. México, D. F., sin fecha de publicación, Las Sagradas Escrituras para Todos, Oficina Latinoamericana. En adelante *Biblia Reina-Valera*.

³²¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 6ª ed., Madrid, España, 2004, Editorial Trotta, p. 550.

³²² Justiniano. Op. cit., tomo III, Digesto: sexta y séptima partes, p. 788.

³²³ Ídem, tomo II, Digesto: cuarta y quinta partes, p. 96.

³²⁴ Íbidem, tomo III, Digesto: sexta y séptima partes, p. 370.

³²⁵ “Tu boca te condenará, y no yo; y tus labios testificarán contra ti” (*Biblia Reina-Valera*).

³²⁶ Cfr. con Mateo 26:59-66: “Mientras tanto, los sacerdotes principales y todo el Sanedrín buscaban testimonio falso contra Jesús a fin de darle muerte, pero no lo hallaron, aunque muchos testigos falsos se presentaron. Más tarde se presentaron dos y dijeron: “Este hombre dijo: ‘Puedo derribar el templo de Dios y edificarlo en tres días’”. Ante aquello, el sumo sacerdote se puso de pie y le dijo: “¿Nada respondes? ¿Qué es lo que testifican estos contra ti?” Pero Jesús se quedó callado. Por eso el sumo sacerdote le dijo: “¡Por el Dios vivo te pongo bajo juramento de que nos digas si tú eres el Cristo el Hijo de Dios!” Jesús le dijo: “Tú mismo lo dijiste. Sin embargo, digo a ustedes: De aquí en adelante verán al Hijo del hombre sentado a la diestra del poder y viniendo sobre las nubes del cielo”. Entonces el sumo sacerdote rasgó sus prendas de vestir exteriores, y dijo: “¡Ha blasfemado! ¿Qué más necesidad tenemos de testigos? ¡Miren! Ahora han oído la blasfemia. ¿Qué opinan?” Dijeron en respuesta: “Expuesto está a muerte”.”

*Durante la Edad Media, el sistema de “justicia” se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia.*³²⁸

Con la Inquisición católica la confesión se encumbró como la “reina de las pruebas”; de acuerdo con ello, la obtención de la confesión justificaba la utilización de la tortura, pues en aras de la salvación eterna del alma cabía infligir dolor al cuerpo. La confesión y las formas de obtenerla fueron adoptadas por el poder temporal, con los horrores del derecho penal del antiguo régimen que hemos abordado en el capítulo II de este trabajo.

El primer antecedente moderno del principio de presunción de inocencia lo podemos hallar en Francia. Como resultado de la evolución de las ideas del Renacimiento, la revaloración de los clásicos greco-latinos y la influencia de la corriente humanista, así como los antecedentes legales de otros países que incorporaron derechos inherentes a este principio,³²⁹ en 1670 se dictó una ordenanza en la que se disponía “todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos”.

Además de oponerse a la tortura y a la prisión preventiva (vid: supra, capítulo I, sección 1), Beccaria se pronunció en contra de contener en una misma prisión a acusados y sentenciados.³³⁰ En su *Tratado de los Delitos y las Penas*, el Marqués de Beccaria señaló:

*Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida.*³³¹

Seguramente haciéndose eco de estas —y otras— ideas innovadoras, en 1788, un edicto real en Francia sancionó una serie de modificaciones parciales, entre ellas, la prohibición de las torturas, la obligatoriedad en la motivación de las sentencias, además de establecer el derecho del acusado a ser indemnizado en caso de ser absuelto.³³²

En Inglaterra, acorde con sus ideas *utilitaristas*, Jeremías Bentham expresó ideas que coincidían en lo sustancial con la máxima basada en la inocencia de la persona, aduciendo que el

³²⁷ Campbell Colombo, Juan. *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 13er. año, tomo I, Montevideo, Uruguay, 2007, Konrad Adenauer Stiftung, p. 347.

³²⁸ Martínez Cisneros. Op. cit., p. 232. Vid: Supra, capítulo II, sección 3.

³²⁹ La *Magna Charta Libertatum* y la *Petición de Derechos* en Inglaterra, las *Franquicias de Ginebra* en Suiza, el *Edicto de Nantes* en Francia, por ejemplo. En Inglaterra, se justificaba incluso con argumentos numéricos, del tipo de “vale más absolver a veinte culpables que condenar a un inocente” y se traducía en el estándar elevado de certeza requerido para un veredicto condenatorio: “beyond any reasonable doubt” (más allá de toda duda razonable). Vid: Verger Grau, Joan. *Los Juicios Paralelos y la Presunción de Inocencia con Especial Referencia al Jurado*. En: Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino (director). *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla, España, 1996, Universidad de Sevilla, p. 191.

³³⁰ Bonesana. Op. cit., p. 135.

³³¹ Ídem, p. 88.

³³² Pottstock Padilla, Edmundo. *Estudio Crítico del Sistema Procesal Penal Chileno*. En: *Revista de Derecho Procesal Penal*. Año IV, núm. 7, marzo, Santiago, Chile, 1974, Editorial Jurídica de Chile, p. 42.

acusado debía ser escuchado en juicio y dársele la oportunidad de probar ya que “todo ser humano es inocente por naturaleza”.³³³

La crítica certera al derecho represivo y a todo el sistema político que lo sustentaba, vino de la mano del pensamiento iluminista del siglo XVIII, que a decir de Juan Bustos Ramírez “se caracterizó por ser racionalista, utilitario y jus naturalista”,³³⁴ cuyos exponentes más notables fueron Montesquieu, Voltaire y Rousseau, entre otros; intelectuales que crearon el ideario reformista de todo un sistema político-social que avasallaba la persona y los derechos del individuo.

Decidida fue la opción de Montesquieu por la protección de los inocentes sin excepción, calidad que tiene todo individuo antes de una condena criminal, postulado en que fundamentó el nexo entre libertad y seguridad del ciudadano. Escribe: “La libertad política consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad. Esta seguridad no está nunca más comprometida que en las acusaciones públicas o privadas. Por consecuencia, de la bondad de las leyes criminales depende principalmente la libertad del ciudadano”,³³⁵ de modo que se puede afirmar junto con este autor que cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad.

Por su parte, Voltaire, fue de los más críticos del derecho penal de su tiempo y a propósito de la Ordenanza Criminal francesa de 1670, postuló el juzgamiento por jurados en juicio oral y público; defendió la asistencia judicial por abogado; apoyó el sistema de íntima convicción en la valoración de la prueba; calificó como irracional la tortura, consecuencia del sistema de prueba legal y abogó por la libertad de defensa.³³⁶

Las ideas de estos y otros prominentes filósofos, concentrados en el movimiento conocido como *La Ilustración*, dieron como resultado que el 4 de agosto de 1789 la Asamblea Nacional Constituyente francesa proclamara la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo artículo 9º se señala:

Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras que no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Como es sabido, esta Declaración constituye un hito dentro del movimiento iluminista que reaccionó a toda una organización político-social totalitaria, que tenía como uno de sus principales instrumentos un modelo de justicia penal represivo, fundado en las pruebas legales y en uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. Según la lógica del sistema inquisitivo prerrevolucionario, el acusado no era considerado un simple sospechoso, más bien se le estimaba culpable, al cual le correspondía el deber de destruir las conjeturas de culpabilidad, demostrando su inocencia, esto respondía a que en este modelo de enjuiciamiento se

³³³ Martínez Cisneros. Op. cit., p. 232.

³³⁴ Bustos Ramírez Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Madrid, España, 1989, Editorial Ariel, p. 105.

³³⁵ Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu. *El Espíritu de la Leyes*. Madrid, España, Editorial El Ateneo, p. 234.

³³⁶ Martínez Cisneros. Op. cit., p. 232.

invirtió la máxima *actori incumbit probatio* lo que trajo como consecuencia natural, incluso después de la comprobación de la insuficiencia de pruebas, medidas cautelares de carácter personal.

Así, la forma inquisitiva de enjuiciamiento criminal de la Edad Media, fue instrumento eficaz para uno de los postulados de la ideología absolutista, que tuvo su apogeo a mediados de la Edad Moderna, cual era el poder de castigar entre los atributos personales del soberano unido al poder de prisión extraprocesal, mediante los cuales el rey o sus representantes disponían arbitrariamente de la libertad de súbditos, sin ningún juicio. Toda esta discrecionalidad del despotismo, que usó y abusó de sus ilimitados poderes tanto en lo político como en lo judicial, no fue suficiente para detener la creciente delincuencia directamente relacionada con el desarrollo productivo generado por la Revolución Industrial, y la creciente migración de la población rural hacia las ciudades. Se hizo necesaria una reestructuración de la justicia penal, la máxima era: “no castigar menos, pero castigar mejor”.

El 15 de diciembre de 1791 se promulgó, entre otras, la Quinta Enmienda a la *Constitución de los Estados Unidos de América* en la que, siguiendo la tradición británica proveniente de la *Magna Charta Libertatum*, se reconoce el derecho de todo ciudadano al “debido proceso legal”, respecto del cual la Corte Suprema de ese país ha indicado que presupone la presunción de inocencia.³³⁷

El principio de presunción de inocencia tiene otra cúspide importante en el siglo XIX, con la denominada Escuela Clásica italiana, en la que destaca Francesco Carrara, quien respecto a la presunción de inocencia expresó:

*El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa. Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón.*³³⁸

Sería mentira decir que en la historia moderna ha existido un total y rotundo consenso en la voluntad de preservar la inocencia en el proceso criminal. Ejemplo claro de oposición la encontramos sobre todo en la que se conoce como Escuela Positiva italiana (finales del siglo XIX), fundada principalmente por las ideas de Rafael Garófalo y Enrico Ferri.³³⁹ Aquel sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque su tesis admite que no conviene condenar al imputado anticipadamente, pues debe tener oportunidad de demostrar la inocencia. De igual manera, Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad

³³⁷ Verger Grau. Op. cit., p. 193.

³³⁸ Citado por: Jara Müller, Juan Javier. *Principio de Inocencia: El Estado Jurídico de Inocencia del Imputado en el Modelo Garantista del Proceso Penal*. En: *Revista de Derecho*. Vol. 10, suplemento, Valdivia, Chile, 1999, Departamento de Derecho de la Universidad de Valdivia, pp. 41-58.

³³⁹ Reviriego y Gudín. Op. cit., p. 20.

atávica.³⁴⁰ Más tarde, la llamada Escuela Técnica Jurídica la calificó como paradójica y contradictoria, por estimar que las normas penales no están destinadas tanto a tutelar la inocencia protegida por ella como a reprimir los delitos. Manzini —máximo exponente de esta escuela— negó incluso la existencia de este principio.³⁴¹

La réplica a las escuelas penales que debilitan o niegan el principio de inocencia, la hace Vélez Mariconde: este autor expresa que en verdad el principio no consagra una presunción legal como se pudiera desprender de su denominación tradicional, sino un *estado jurídico del imputado*, el cual es inocente hasta que sea declarado responsable penalmente por sentencia firme, y esto no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de responsabilidad penal, capaz de justificar medidas cautelares personales. El autor señala que los positivistas al equiparar el principio de inocencia, en su razonamiento, con la presunción del juez que decreta el procesamiento o prisión preventiva y por ende tacharlo de irracional y absurdo, confunden lo que técnicamente son cosas absolutamente distintas, dado que el principio legalmente consagrado es una cuestión abstracta, a priori de la realidad, que reconoce un estado natural del hombre y cuya función es orientar el enjuiciamiento criminal de un individuo respetando esta condición, lo que no significa que el juez, en un caso concreto, pueda presumir la responsabilidad penal de un individuo y tomar decisiones, permitidas en forma estricta por la ley, que reflejen tal convicción.³⁴²

Hoy en día, los autores coinciden en que la presunción de inocencia ha de servir de contrapeso a la imputación y, más allá de su correspondencia con la estadística en las condenas, ha de obedecer a un principio general —constitucional y fundamental— de organizar las relaciones entre la justicia y los ciudadanos. Así, la presunción de inocencia no puede definirse como un mero derecho, sino que es un verdadero principio que se manifiesta en todo el proceso penal, desde las reglas de la valoración de la prueba hasta el trato que el imputado ha de merecer durante el desarrollo del proceso: garantías procesales de defensa, de audiencia, de libertad, de reserva jurisdiccional, imparcialidad, etcétera.³⁴³

La reseña anterior nos es útil para comprobar el doble origen histórico del moderno principio de presunción de inocencia: el legalismo de los ilustrados del siglo XVIII y el pragmatismo histórico de los anglosajones. Ambos parten del común modelo del juicio penal acusatorio.

Sección 3. Los compromisos internacionales del Estado mexicano con relación al principio de presunción de inocencia.

Conforme al artículo 89 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde al presidente de la República la celebración de tratados internacionales, con la aprobación del Senado, el que además tiene la facultad exclusiva de aprobar la

³⁴⁰ Martínez Cisneros. Op. cit., pp. 233, 234.

³⁴¹ Colombo Campbell. Op. cit., p. 348.

³⁴² Vélez Mariconde. Op. cit., tomo II, p. 33.

³⁴³ Verger Graud. Op. cit., pp. 194, 195.

decisión del Ejecutivo de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos (artículo 76 fracción II párrafo segundo).

Ahora bien, la propia Constitución Federal establece en su artículo 133 lo que la doctrina denominada *principio de supremacía constitucional*, al disponer:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El constitucionalismo norteamericano es el primero que le otorga a la Constitución el valor normativo de ley suprema y rompe con la idea y concepción de contemplar a la Constitución como un conjunto de ideas políticas sin vinculación jurídica, otorgándole un verdadero valor jurídico exigible ante los tribunales en caso de su transgresión. En América Latina el primer antecedente de control de la constitucionalidad por parte de los jueces fue en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, donde la revisión judicial se estructuró a través del proceso de amparo ante la Suprema Corte de Justicia.³⁴⁴

Desde el mismo nacimiento de la Constitución, a ésta se le asigna un valor exclusivo frente a las demás leyes, ya que su formación es distinta y depende de un momento político y jurídico singular. De entre estas circunstancias jurídico-políticas destacan la forma de elección y capacidades del cuerpo legislativo que la crea, denominado poder constituyente. Este poder es extraordinario e irreplicable, porque cuenta con potestad soberana e ilimitada, la cual, es otorgada por los ciudadanos a sus representantes para crearla y una vez realizada su labor, este poder se disuelve para dar paso a que las asambleas ordinarias asuman la labor legislativa propia de su característica de poder constituido. En este contexto, la Constitución también tiene substanciales diferencias con relación a las leyes, en la forma de su modificación o reforma, ya que ésta es agravada respecto a la modificación o reforma de las leyes ordinarias. En el caso que nos ocupa la Constitución pertenece a lo que se ha llamado Constituciones rígidas, llamadas así por la dificultad — al menos en la forma— para ser modificadas.

Como ya hemos comentado, aunque el poder constituido tiene facultades para modificar o reformar la Constitución, esta capacidad siempre estará limitada a los principios fundamentales, tanto de forma como de fondo, establecidos por el constituyente en ella. Además de lo anterior, la Constitución es la primera norma del sistema jurídico y en base a ella se finca el sistema de fuentes formales, es decir, en ella se define como deben realizarse los tratados internacionales, leyes, reglamentos y decretos, así como cuales son los órganos legitimados para dictarlas y el procedimiento al que deben apegarse, de incumplir cualquiera de estas disposiciones la norma carecerá de validez. Así también, la Constitución incorpora las normas y principios fundamentales que constituyen el sistema jurídico, el cual actúa como parámetro de validez del resto de las normas.

³⁴⁴ Torres Estrada, Pedro. *La Supremacía Constitucional y el Órgano de Impartición de Justicia Constitucional en España y México (Estudio Comparado)*. En: *Iustitia*. Núm. 11, Monterrey, México, 2004, Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, p. 216.

En concreto, la Constitución es la fuente de las fuentes. En torno a la supremacía constitucional, viene a girar toda la unidad y el entramado normativo de un sistema judicial. La posición de la Constitución en la punta de la pirámide legal, hace que todo el conjunto de leyes o actos emitidos por los poderes estatales deben de estar de acuerdo y adaptados a los principios establecidos en ella.³⁴⁵

De acuerdo con lo anterior, el artículo 133 constitucional otorga a la propia Constitución el carácter de *punta de la pirámide normativa* mexicana, utilizando las palabras de Kelsen, por lo que en realidad la Constitución es la *norma suprema* del país. Desde esta óptica, como el propio precepto constitucional en cita lo indica, los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico nacional cuando estos estén conformes con la Constitución. De modo que al hablar dicho precepto de la *Ley Suprema de la Unión*, no se refiere a la punta piramidal del orden jurídico nacional —cuyo lugar lo ocupa únicamente la Constitución—, sino al propio orden jurídico que debe regir a la Nación mexicana entera.³⁴⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que los tratados internacionales, jerárquicamente, se sitúan por encima de las leyes federales, pero en un “segundo plano” inmediatamente después de la Constitución Federal. Esta posición lleva a considerar que los “compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional” y que “en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas”.³⁴⁷ Esta consideración confirmó el criterio imperante en cuanto a que los tratados internacionales son susceptibles de impugnarse de inconstitucionales.³⁴⁸

Empero, la integración de los tratados internacionales a la Ley Suprema de la Unión conlleva un paradigma: ¿qué rango tienen los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales? Si, de acuerdo con la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los tratados están en un segundo plano después de la Constitución, entonces ¿los derechos humanos reconocidos en éstos también están en un segundo plano respecto a los derechos fundamentales garantizados por el propio Pacto Federal?

³⁴⁵ Ídem, pp. 217, 218.

³⁴⁶ Criterio establecido por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria núm. P. IX/2007, con el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXV, abril de 2007, p. 6, en la que reconoce “la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales”.

³⁴⁷ Vid: La ejecutoria emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación, con la clave P. LXXVII/99, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo X, noviembre de 1999, página 46, con el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

³⁴⁸ Vid. La ejecutoria emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con la clave I.3o.C.79 K, que con el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA”, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación, novena época, tomo XXVI, junio de 2007, p. 2725.

Gonzalo Aguilar nos dice:

*Tradicionalmente, en el orden estatal, se han entendido, sobre todo por autores de derecho constitucional y político, los conceptos de derechos fundamentales y derechos humanos como divergentes, a saber, con un significado diferente.*³⁴⁹

Así, por ejemplo, Burgoa distingue los derechos fundamentales de los derechos humanos: mientras los primeros son derechos públicos subjetivos otorgados por el orden jurídico, los segundos son “imperativos éticos emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su vida, dignidad y libertad en su dimensión de persona o ente autoteleológico”, los cuales “no provienen de la ley positiva sino de lo que Cicerón reputaba como “*nata lex*” y pertenecen al mundo del derecho natural”; tales derechos “son anteriores y superiores a la “*sripta lex*” que los órganos legislativos del Estado crean, los cuales tienen el deber ético-político de reconocerlos como fundamento de la vida pública y social”.³⁵⁰

Sin embargo, esta distinción se realiza comúnmente en sede constitucional y política, pero no existe en el ámbito del derecho internacional, como no sea para enfatizar la fuerza vinculante y la jerarquía normativa de unos determinados derechos humanos. “Por lo tanto — enfatiza Aguilar—, examinar esta diferenciación, que es propia del derecho interno de los Estados, tiene importancia porque, a menudo, la doctrina constitucional arranca consecuencias jurídicas diversas de unos o de otros, las cuales tienen a producir sus efectos en el orden interno de los Estados”.³⁵¹

Y es que debe advertirse, en principio, que los derechos humanos han nacido, fundamentalmente, en el seno del Estado y del orden constitucional (*Declaración de los Derechos Humanos* francesa, *Bill of Rights* estadounidense). La vertiginosa evolución del derecho constitucional durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, permitió el *reconocimiento* de una buena parte de los derechos humanos en los textos constitucionales, en lo que hoy denominaríamos los derechos civiles y políticos. Sin embargo, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, se ha observado un mayor avance en el derecho internacional, específicamente en el llamado *derecho internacional de los derechos humanos*, de modo “que el derecho constitucional ha quedado empantanado y no ha seguido la evolución que han vivido los derechos humanos en el ámbito internacional, mucho más dinámica — proactiva frente a las nuevas necesidades sociales— y evolutiva que el ámbito interno y, en particular, que el derecho constitucional”.³⁵² Es este *desfase* lo que ha propiciado que en la doctrina latinoamericana se haga distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos humanos*, siendo el común denominador de esa diferenciación que los primeros son sólo aquellos reconocidos expresamente por la Constitución.³⁵³

En torno a ese debate, en México surgió la interrogante: ¿los derechos humanos que protegen los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano son derechos sustantivos

³⁴⁹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una Distinción Válida en el Siglo XXI?* En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 127, enero-abril. México, D. F., 2010, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 20.

³⁵⁰ Burgoa Orihuela. *Las Garantías Individuales*. Op. cit., pp. 55 y 178.

³⁵¹ Aguilar Cavallo. Op. cit., p. 21.

³⁵² Ídem, p. 22.

³⁵³ Ibídem, pp. 30-33.

que deban salvaguardar las garantías individuales? Los tribunales de la Federación han sostenido al respecto:

a) Las garantías individuales consagradas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no constituyen *derechos subjetivos*, sino que son el instrumento constitucional para salvaguardarlos. Esta posición permite inferir que los derechos fundamentales tienen un origen metaconstitucional, pues la Constitución no otorga tales derechos, sino que, en todo caso, los garantiza.³⁵⁴ En palabras de Carpizo: “mientras que los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas”.³⁵⁵ Con esta posición se abandona el criterio que equipara a los derechos fundamentales con las garantías individuales, haciendo mucho más liberal y extenso su concepto,³⁵⁶ lo que implica que derechos que incluso no se enuncian en la parte dogmática de la Carta Magna sean susceptibles de protección a través de las garantías individuales.

b) Con base en ello, “los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial”.³⁵⁷ Asimismo, han estimado que “si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México”.³⁵⁸

³⁵⁴ Véase: La ejecutoria emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con el rubro “GARANTÍAS INDIVIDUALES. NO SON DERECHOS SUSTANTIVOS, SINO QUE CONSTITUYEN EL INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL PARA SALVAGUARDAR ESTOS”, publicada con la clave I.6o.C.26 K, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo IV, octubre de 1996, p. 547.

³⁵⁵ Carpizo McGregor, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. 3ª ed., México, D. F., 1979, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 154.

³⁵⁶ Cfr: Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *Introducción al Derecho Mexicano*. México, D. F., 1981, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 13; y Castro y Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 5ª ed., México, D. F., 1986, Editorial Porrúa, p. 3. Burgoa señala que las garantías individuales “se han reputado históricamente como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público” (op. cit., p. 187).

³⁵⁷ Véase: La ejecutoria emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, con el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”, que con la clave XI.1o.A.T.45 K, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

³⁵⁸ Vid: La ejecutoria emitida por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con la clave I.7o.C.46 K, publicada con el rubro “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

Resulta conveniente mencionar que el 10 de junio de 2011, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación sendas reformas y adiciones a los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, y la modificación de la denominación del Capítulo 1 del Título Primero de la Constitución Federal, para denominarse ahora “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, culminando así un proceso de reforma de más de tres años, habiendo sido calificada como la más importante de las reformas constitucionales en los últimos 25 años.³⁵⁹ El artículo 1º constitucional reformado establece lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin embargo, este tema escapa al objetivo de nuestro trabajo pero constituye el corolario perfecto para analizar los compromisos que el Estado mexicano ha asumido frente a la comunidad internacional con relación al principio de presunción de inocencia considerado como un derecho humano.³⁶⁰

Como lo hemos dicho en el capítulo anterior, el 4 de agosto de 1789 la Asamblea Nacional Constituyente francesa proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuyo artículo 9º se señala:

Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras que no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

³⁵⁹ Diario *La Jornada*. México, D. F., Demos Desarrollo de Medios, 9 de marzo de 2011, p. 9.

³⁶⁰ Consideramos que esta reforma no es la más apropiada, por lo menos en cuanto a la acusada ausencia de un medio de control más eficaz de la constitucionalidad de los tratados internacionales, pues los instrumentos internacionales que consagren derechos humanos deben estar *conformes a la Constitución Federal*, según su numeral 133, lo que implica que no deben contradecir el texto constitucional no solamente en su parte dogmática, sino también orgánica. Y es que la aprobación de los tratados que celebre el Ejecutivo de la Unión por parte del Senado *no garantiza* un análisis de su constitucionalidad, mientras que el juicio de amparo supedita a un procedimiento judicial la decisión sobre la constitucionalidad de los tratados, muchas de las veces engorroso y tardado. Además, no todos los derechos humanos son susceptibles de protección constitucional, siendo un caso predecible los derechos electorales: la Constitución establece un sistema de medios de impugnación en materia electoral, pero no permite el juicio de amparo en esa materia.

El reconocimiento y promoción de los derechos humanos en el siglo XX comenzó en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. El 26 de junio de 1945 se adoptó la *Carta de las Naciones Unidas* por los países fundadores de dicho organismo, entre ellos México. Este instrumento fue ratificado por el Senado de la República el 5 de octubre de ese mismo año, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 17 siguiente, depositándose el instrumento de ratificación el 7 de noviembre de 1945, entrando en vigor desde esa misma fecha en México.

El artículo 55 inciso c, de dicha Carta, establece:

Artículo 55

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

[...]

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y a la efectividad de derechos y libertades.

En materia de derechos humanos, la Carta de las Naciones Unidas es vinculante, pues su artículo 56 dispone expresamente que “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.”

Inspirada por la declaración francesa de 1789, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reunida en París, mediante la resolución 217 A (III), proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en cuyo artículo 11 inciso 1 se lee lo siguiente:

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Curiosamente, esta declaración no tiene carácter vinculante, sino que tiene el carácter de derecho internacional consuetudinario, puesto que constituye orientaciones o líneas a seguir, aunque es citada frecuentemente en las leyes fundamentales o constituciones de muchos de países y en otras legislaciones nacionales; no obstante, no tiene el tratamiento de acuerdo o tratado internacional y, estrictamente, no forma parte del derecho nacional mexicano.

En el marco de la IX Conferencia Internacional Americana —que dio origen a la Organización de los Estados Americanos—, realizada en Bogotá, Colombia, en el año de 1948, se proclamó la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en cuyo apartado XXVI refiere: “Derecho a Proceso Regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”. Este documento, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

tiene carácter declarativo no vinculante, a tal grado que la propia Organización de los Estados Americanos no lo considera parte de sus documentos constitutivos.³⁶¹

El 16 de diciembre de 1966, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, como un acuerdo de carácter multilateral abierto a adhesión. Sin embargo, fue hasta el 18 de diciembre de 1980 que el Senado de la República aprobó la adhesión de nuestro país a dicho pacto, publicándose el decreto correspondiente en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981; el instrumento de adhesión fue depositado el 23 de marzo de ese año, el decreto promulgatorio fue publicado el 20 de mayo del mismo año, entrando en vigor el 23 de junio de 1981.

Este instrumento internacional proclama una serie de derechos en materia de seguridad jurídica y debido proceso en materia penal (artículos 9º a 15). De manera explícita, el artículo 14 numeral 2, dispone que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. Esta es la primera norma de carácter internacional incorporada al derecho interno mexicano que prevé expresamente el principio de presunción de inocencia.

El 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, conocida como “Pacto de San José”, instrumento que fue abierto a la adhesión de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El Senado de la República aprobó dicha Convención hasta el 18 de diciembre de 1980, publicándose el decreto respectivo en el Diario Oficial de la Federación de 9 de enero de 1981. El instrumento de adhesión fue depositado el 24 de marzo de ese año, publicándose el decreto promulgatorio el 7 de mayo siguiente.

El artículo 8º de esta convención contiene garantías judiciales que consagran los principios de legalidad y debido proceso. También, en su numeral 2 este artículo dispone expresamente lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

El artículo 2º de esta convención dispone expresamente:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁶¹ Martínez Cisneros. Op. cit., p. 236.

Este deber, sin embargo, no fue cumplido por el Estado mexicano, pues no solamente no tuvo impacto alguno en la legislación interna mexicana —junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, sino que durante los siguientes 25 años a la adhesión de estos instrumentos internacionales se adoptaron medidas legislativas que contravenían directamente el principio de presunción de inocencia que el Estado mexicano se comprometió a respetar. Un ejemplo de ello lo constituye la reforma introducida el 5 de enero de 1983 al artículo 224 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal —actual Código Penal Federal—, dentro del marco de *renovación moral* impulsada por el gobierno de Miguel de la Madrid Hurtado; en dicha reforma se introdujo el tipo penal de enriquecimiento ilícito, con la finalidad de “tipificar conductas que ostensiblemente sustentan la corrupción pública, pero que hasta hoy han sido soslayadas por la legislación penal vigente”.³⁶² En dicho tipo penal —vigente hasta el día de hoy— se establece la *presunción de ilicitud* “cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio o la legítima procedencia de los bienes a su nombre o de aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño”. Igual disposición se introdujo en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación —actualmente derogado— y en el vigente artículo 400 bis del Código Penal Federal, que en lo tocante al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita *presume* la ilicitud de los recursos, bienes o derechos. Inexplicablemente, los tribunales de la Federación han estimado que dichos preceptos no violan el principio de presunción de inocencia, por tratarse de una forma indirecta de probar uno de los elementos típicos de las figuras delictivas en comento.³⁶³

Cierto es que por reforma introducida al artículo 9º del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la república en Materia de Fuero Federal, por decreto de 30 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, se suprimió la *presunción de dolo* que dio “lugar a continuas injusticias, ya que en virtud de tales presunciones legales, que no admiten prueba en contrario, se sancionan como intencionales delitos que en realidad no tienen ese carácter”.³⁶⁴ Empero, en materia procesal, la adopción de estos dos instrumentos internacionales no tuvo mayor trascendencia.

³⁶² Exposición de motivos de la iniciativa enviada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Diputados el 3 de diciembre de 1982.

³⁶³ Vid: La ejecutoria emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con clave P.XXXVII/2002, y rubro “ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE ILICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL. NO ES ATENTATORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, agosto de 2002, p. 13; y la jurisprudencia integrada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con la clave I.2o.P. J/13, que con el rubro “OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO” es consultable en el mismo órgano de difusión, tomo XII, septiembre de 2000, p. 629. Miguel Ángel Aguilar López señala que esta “postura en la que se omite que en el proceso penal está prohibido obligar al inculpado a efectuar una defensa activa [...] no es posible considerar legítimo establecer un tipo penal que contenga como elemento una presunción de ilicitud que obligue al acusado a demostrar que su conducta no es ilegal, pues constituye una inversión de la carga de la prueba”; el autor reconoce que en México “el principio de presunción de inocencia admite excepciones”, lo cual es incorrecto, pues en realidad han sido los tribunales federales los que se *han negado* a aplicar el principio de presunción de inocencia para declarar inconstitucionales estos tipos penales (*La Presunción de Inocencia*. En: *Iter Criminis*, tercera época, núm. 8, México, D. F., noviembre-diciembre 2006, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 13, 14).

³⁶⁴ Dictamen presentado a la Cámara de Senadores por las Comisiones Unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito Federal y Segunda Sección de Estudios Legislativos, el 20 de diciembre de 1983. De acuerdo con dicho dictamen, la reforma aludida fue propuesta en el seno de las propias comisiones, pues la iniciativa presidencial no la incluía.

Sección 4. El principio de presunción de inocencia en la Constitución de 1917.

Como vimos en el capítulo anterior, el Decreto Constitucional para la América Mexicana, promulgada en Apatzingán el 24 de octubre de 1814, es el único documento constitucional histórico que consagró el principio de presunción de inocencia. Sin embargo, este documento no tuvo vigencia efectiva y nunca llegó a implementarse este principio en la legislación ordinaria.

Aún cuando los diputados al Congreso Constituyente de 1916-1917 pugnarón por un sistema penal de corte liberal, se olvidaron de consagrar expresamente el principio de presunción de inocencia en el texto original de nuestra actual Carta Magna.

Si bien el Pacto de San José, en su artículo 2º, obligaba al Estado mexicano a adoptar medidas de carácter interno para instrumentar, entre otros derechos humanos, el principio de presunción de inocencia, durante 25 años nada se hizo al respecto. Fue en el foro jurídico donde este tema comenzó a cobrar fuerza, primero, en los tribunales, después a través de un amplio *movimiento* a favor de la reforma integral del sistema de justicia penal, encabezada por una serie de organizaciones empresariales, forales y académicas agrupadas en la llamada *Red nacional a favor de los juicios orales y debido proceso legal*.

El primer antecedente en el que un tribunal federal haya abordado el principio de presunción de inocencia lo encontramos en la ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo VII, enero de 1991, página 286, en la que el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito señaló que la presunción de dolo contradice radicalmente el principio de inocencia; así como la ejecutoria publicada en el mismo órgano de difusión, tomo VII, febrero de 1991, página 152, en la que el entonces Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito argumentó que la utilización de “presunto responsable” en lugar de “probable responsable” contradice abiertamente el principio de presunción de inocencia. Como podemos observar, el principio de presunción de inocencia se invocó de manera circunstancial y nada se dijo sobre su observancia, alcance y fundamento.

Obviamente, en el foro jurídico se siguió insistiendo en el tema. Así, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis P. XVIII/98 y P. XIX/98, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo VII, marzo de 1998, páginas 28 y 94, con los respectivos rubros “PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA, ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE” y “PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR”, consideró que la prisión preventiva no contradice la presunción de inocencia, pero el Alto Tribunal confundió las garantías de libertad y de audiencia con el referido principio, lo que es incorrecto, porque confunde una parte con el todo, habida cuenta que si bien las garantías de libertad y audiencia beben de la misma fuente —principio de presunción de inocencia—, con estas garantías no se agota el referido principio.³⁶⁵ Asimismo, el Primer Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, en la ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo X, noviembre de 1999, página 1009, con el rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

³⁶⁵ Uribe Benítez, Óscar. *El Principio de Presunción de Inocencia y la Probable Responsabilidad*. México, D. F., 2007, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, p. 27.

DESVIRTUADA, LA CARGA PROBATORIA EN CONTRARIO LE CORRESPONDE AL INCULPADO (SALUD, DELITO CONTRA LA. TRANSPORTACIÓN DE MARIHUANA)”, se ocupó expresamente de la actividad probatoria del Ministerio Público para desvirtuar la presunción de inocencia.

Tales criterios revelan la renuencia de los tribunales de la Federación para abordar directamente la presunción de inocencia como un derecho establecido en instrumentos internacionales e incorporado al derecho nacional. Ejemplo de lo anterior lo constituye la tesis aislada emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con clave P. XXXV/2002, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, agosto de 2002, página 14, con el rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, cuyo texto reza de la siguiente manera:

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 inculpado 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.

Esta tesis ha sido objeto de críticas al considerarse incompleta, confusa, contradictoria y tardía. Incompleta, al no haber considerado que el principio de presunción de inocencia ya forma parte del sistema jurídico mexicano con la suscripción y ratificación de los instrumentos internacionales que la reconocen; por ello, bastaba con señalarse que —siguiendo el criterio de los propios tribunales federales— el principio de presunción de inocencia es un derecho establecido en instrumentos internacionales que, conforme al artículo 133 constitucional, forman parte de la Ley Suprema de la Unión y que por contener disposiciones relativas a derechos humanos deben entenderse como una extensión de los derechos garantizados por la Constitución Federal.³⁶⁶ Confusa, porque confunde la presunción de inocencia, el debido proceso legal y el sistema acusatorio como similares o equivalentes, pues como lo hemos dicho en párrafos anteriores, dichas garantías

³⁶⁶ Vid: Supra, notas 42-44, 48 y 49.

tienen relación, pero no contienen *per se* el principio relativo. De igual forma, se estima contradictoria desde el momento mismo en que los propios tribunales de la Federación han admitido *excepciones* a este principio. Tardía, porque fue hasta más de 20 años después de la suscripción del último instrumento internacional que prevé la presunción de inocencia cuando el Alto Tribunal se dignó tratar este tema.³⁶⁷

Visto este panorama, resulta incongruente que mientras en las tres últimas décadas han habido reformas constitucionales en materia penal que podrían considerarse *relevantes*, como son la ampliación de derechos del inculpado, nueva presencia de los derechos del ofendido, supresión de la pena de muerte y una justicia especial para adolescentes, nada se haya tratado con relación a la presunción de inocencia. “Esta última reforma —nos dice García Ramírez— suscitó debates a propósito de la orientación general del sistema, no obstante la clara expresión de la norma y el meridiano criterio que prevaleció en el Constituyente”.³⁶⁸

Así, cobró fuerza la corriente reformadora en el ámbito seguridad pública-justicia penal. Tuvo impulso por varios frentes: iniciativas del Ejecutivo Federal presentadas ante el Senado de la República, y proyectos diferentes de diputados que propusieron reformar diversos preceptos constitucionales. Estas iniciativas formales tuvieron un común denominador: el incremento abrumador de la criminalidad (común y organizada), la decepción generalizada en torno a los esfuerzos públicos por detener y revertir esa marea delictiva, la exasperación y desesperación de la sociedad, alarmada por el avance del delito y las proyecciones nacionales de la criminalidad internacional.

García Ramírez señala que igualmente “cuentan las “tentaciones reformistas” que con frecuencia surgen como curiosos sucedáneos de las verdaderas reformas institucionales y el proceso de cambios que marchó en países de América Latina, en ocasiones con buenos resultados, cuyos regímenes de enjuiciamiento acogieron instituciones de corte acusatorio y compromiso garantista”.³⁶⁹ Igualmente, se recibieron experiencias europeas e influencias del modelo estadounidense. Todo bajo una misma consigna: el proceso oral, cuyo modelo ha sido tan atractivo pero tan polémica ha resultado su implementación.

La reforma al sistema de justicia penal partió de diez iniciativas presentadas ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, de las cuales tres se ocuparon expresamente del artículo 20 constitucional y a las cuales haremos alusión en esta sección.

a) La iniciativa de los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González; de los grupos parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional; del Partido Acción Nacional; del Partido de la Revolución Democrática y del Partido Verde Ecologista de México, respectivamente, integrantes de la LX Legislatura del Congreso de la Unión, presentada el 19 de diciembre de 2006, señala:

³⁶⁷ Uribe Benítez. Op. cit., pp. 27-30.

³⁶⁸ García Ramírez, Sergio. *Reseña Legislativa sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 123, septiembre-diciembre. México, D. F., 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1558.

³⁶⁹ Ídem, p. 1559.

Ha quedado manifiesto que una de las más evidentes inquietudes de la sociedad mexicana hoy día se refiere a la ineficacia del sistema de justicia penal en el país. Esto es, que la procuración e impartición de justicia lejos de satisfacer las necesidades de los sujetos que intervienen en su sustanciación, se han visto rebasadas por prácticas de corrupción e inequidad provocando que víctimas y acusados padezcan, indistintamente, la incertidumbre jurídica e impunidad que caracteriza al sistema.

En esta iniciativa se hace alusión directa a los “trabajos de investigación y diagnóstico, como los que realizan los integrantes de la “Red Nacional a favor de los Juicios Orales y Debido Proceso Legal””, conformada por “destacados especialistas del sector académico e integrantes del sector empresarial y de la comunicación”. En el dictamen se alude también a que dicha red presentó a las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, una propuesta de reforma constitucional con la finalidad de modificar los procedimientos judiciales en nuestro país, propuesta que recogió la iniciativa en comento.³⁷⁰

La propuesta de reforma al artículo 20 constitucional señala:

El artículo 20 constitucional debe ser completamente modificado para incorporar en la Constitución las bases del debido proceso legal y el mandato claro para crear juicios orales en México, tanto en el ámbito federal como local.

El apartado A del proyecto se refiere a los derechos de “las personas inculpadas”, mientras que el apartado B se ocupa de las víctimas u ofendidos del delito; con relación al apartado A, se señala en la iniciativa que nos ocupa:

La primera fracción se refiere a la presunción de inocencia, que es un principio universalmente aceptado. Dicha presunción debe valer a lo largo de todo el proceso penal. El legislador estará habilitado, en caso de que se apruebe la reforma que se está proponiendo, para determinar la manera concreta en que tal principio se plasmará en cada etapa procesal. La presunción de inocencia está prevista en distintos textos internacionales, entre los que se pueden citar la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 11 dispone en su párrafo primero que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". En el mismo sentido, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

La iniciativa en comento propuso el siguiente texto del artículo 20 apartado A fracción I de la Constitución General de la República:

*Artículo 20. Todo proceso penal ordinario se regirá por los siguientes principios o reglas:
A. Son garantías del inculpado:
I. Que se le presuma inocente mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia definitiva en la que se haya tomado en cuenta el principio in dubio pro reo.*

³⁷⁰ Vid: Discurso pronunciado por Enrique Ochoa Reza, Profesor de Derecho Constitucional de la UNAM, durante la presentación del *Anteproyecto de Reforma Constitucional en Materia de Juicios Orales y Debido Proceso Legal* ante las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, México, D.F., a 13 de diciembre de 2006, publicado en [http://www.formacionenjuiciosorales.org.mx/Oral%20Trials%20Web/Discursos/Enrique%20Ochoa%20\(13-12-06\).pdf](http://www.formacionenjuiciosorales.org.mx/Oral%20Trials%20Web/Discursos/Enrique%20Ochoa%20(13-12-06).pdf).

b) Por su parte, el 25 de abril de 2007, los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Burguete y Ricardo Cantú Garza, Coordinadores de los Grupos Parlamentarios de los Partidos de la Revolución Democrática, Convergencia y del Trabajo; diputado Raymundo Cárdenas Hernández, Presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales; y la diputada Layda Elena Sansores San Román, Secretaria de la Comisión de Gobernación de la LX Legislatura del Congreso de la Unión, presentaron iniciativa de reformar a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de juicios orales y debido proceso penal.

En la exposición de motivos de esta iniciativa se señalan como objetivos fundamentales de las reformas propuestas “garantizar la vigencia en nuestro país del debido proceso en materia penal; recuperar la confianza en la justicia penal y sus instituciones; hacer más eficiente la persecución e investigación de los delitos y el trabajo de los tribunales penales; asegurar la protección, asistencia y participación de las víctimas en el proceso penal”. Se reconoce la necesidad de instaurar procesos orales, destacando que “desde sus orígenes, nuestra tradición constitucional reconoció avanzados principios para contener la potestad punitiva del Estado”, empero, reconoce también, “éstos nunca tuvieron una aplicación plena”.

La iniciativa señala que las modificaciones propuestas “se estudiaron teniendo en cuenta su congruencia con los tratados internacionales de derechos humanos, incluyendo las Convenciones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, a fin de poner el orden jurídico mexicano en sintonía con el orden jurídico internacional”. Llama la atención que se aluda a la iniciativa que el presidente de la República presentó ante el Senado el 9 de marzo de 2007 “en relación con el combate a la delincuencia organizada y que formula planteamientos diferentes” a los de la Red nacional a favor de los juicios orales y debido proceso legal, advirtiendo que dicha iniciativa contenía propuestas de chocaban con los principios que informan la propuesta de reforma integral al sistema de justicia penal.³⁷¹

En lo atinente al artículo 20 constitucional, esta iniciativa lo divide en dos apartados: el A referente a los principios generales del proceso y a los derechos de los *imputados*; y el B que se ocupa de los derechos de la víctima u ofendido. En la exposición de motivos se dice, respecto al apartado A, que el derecho a la defensa, enmarcado en un proceso acusatorio, público, adversarial y oral, queda debidamente garantizado. Derivado de ello

La presunción de inocencia, estrechamente vinculada con el principio acusatorio no es solamente una regla de trato hacia el acusado. Ésta implica, además, una actitud que debe mantener el juzgador frente a las pruebas que han de verse en el juicio. La culpabilidad del acusado sólo puede pronunciarse a partir de un rechazo razonado de la presunción de inocencia; cuando las reglas de la sana crítica indican que sería ilógico no hacerlo. Es, por tanto, un principio elemental que informa todas las decisiones de las autoridades responsables de perseguir y de sancionar los delitos. Así se reconoce en la fracción II del Apartado constitucional correspondiente.

Así, esta iniciativa propuso la siguiente redacción del artículo 20 apartado A fracción II de la Constitución Federal:

³⁷¹ Vid: García Ramírez. Op. cit., p. 1560. El autor califica las pretensiones del Ejecutivo Federal como *ominosas*.

Artículo 20. El proceso penal será de tipo acusatorio, adversarial y oral; y se regirá por los principios de libertad probatoria, publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e imparcialidad, que garantizará los siguientes derechos:

A. De toda persona imputada:

[...]

II. A que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...

c) El 4 de octubre de 2007 el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en la Cámara de Diputados de la LX Legislatura del Congreso de la Unión, presentó una iniciativa de reformas a diversas disposiciones constitucionales en materia de justicia penal y seguridad pública.

En la iniciativa se señala que “uno de los problemas más graves en México es la inseguridad en sus dos vertientes tanto física como jurídica, la primera por los altos índices de violencia que se suceden a diario y que afecta a todos los estratos sociales, la segunda por la ausencia de un marco jurídico que contribuya a combatir los altos índices de impunidad.”

Acusan que no se ha formulado una estrategia de prevención de los delitos, urgiendo implantar sistemas que por primera vez hagan digna de confianza la estadística oficial, permitiendo transformar las corporaciones policíacas en instituciones sólidamente capacitadas, profesionales, honestas, eficaces y confiables e iniciar la transformación del Ministerio Público a fin de que llegue a ser un órgano que persiga con razonable grado de eficacia y prontitud los delitos, y cuyos agentes sean objeto de una auténtica supervisión de parte de sus superiores jerárquicos y de los denunciantes.

La exposición de motivos reconoce al principio de presunción de inocencia como “probablemente el principio más importante que reconocen los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, y por eso “el Estado no puede afectar derechos humanos sin que haya una justificación para ello y que debe tratar a la persona como inocente hasta que sea declarada culpable por sentencia judicial firme; pero también, que nadie pueda ser condenado a menos que el Estado pruebe a satisfacción razonable, que la persona es culpable del hecho que se le imputa”.

Así, se propuso reformar el artículo 20 constitucional, “con la finalidad de modernizar la justicia penal”, dándole un corte acusatorio, buscando cambiar “la forma en que los tribunales desarrollan el proceso penal, proyectando ese cambio hacia el modo en que los órganos de procuración de justicia realizan la investigación de los delitos y la preparación de las pruebas de la acusación y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad”.

Esta iniciativa propuso la siguiente redacción:

Artículo 20. Todo proceso penal ordinario se regirá por los siguientes principios o reglas:

I. El proceso penal tendrá por objeto la búsqueda de la verdad o material, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

II. A todo inculpado se presumirá inocente mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia definitiva, dictada dentro de un procedimiento establecido en la ley y en el que se tome en cuenta el principio in dubio pro reo...

El 11 de diciembre de 2007, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados presentó a la Asamblea el dictamen de las iniciativas antes mencionadas; asimismo, se hizo alusión a la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal el 9 de marzo de 2007 ante el Senado de la República en materia de seguridad y justicia. Sobre ésta, el dictamen señala:

Si bien esta iniciativa no puede ser dictaminada formalmente por la Cámara de Diputados en su carácter de Cámara de origen, ello no obsta, de conformidad con los artículos 71 y 72 constitucionales, para que estas Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, la analicen y recojan su espíritu, pues versa sobre la materia del presente dictamen y abona a la propuesta de reforma constitucional que se pretende realizar.

El dictamen reconoce que “es evidente que en cuanto a su contenido sustancial, convergen en la idea de que el sistema de justicia penal mexicano ha dejado de ser eficaz, por lo que urge reformarlo, de manera integral, para devolver a la ciudadanía la confianza en las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia, recuperando así su objetivo de ofrecer seguridad jurídica a fin de preservar la libertad y tranquilidad de las personas”.

Asimismo, el dictamen destaca haber llevado a cabo “múltiples reuniones de trabajo con diputados y senadores de todos los grupos parlamentarios representados en el Congreso de la Unión, integrantes del Poder Ejecutivo federal, académicos y juristas especialistas en la materia, a fin de analizar con minuciosidad cada uno de los factores que componen el sistema de justicia penal, y después de intensas discusiones e intercambios de opinión que sin duda enriquecieron el debate, la conclusión fue una propuesta de reforma constitucional de consenso, que intenta recabar las principales coincidencias y preocupaciones de cada uno de los involucrados, a fin de impulsar un cambio estructural en nuestro sistema penal, migrando del actual modelo de tipo mixto preponderantemente inquisitivo, a uno garantista de corte acusatorio y oral”.

El dictamen reconoció que el sistema actual es preponderantemente inquisitivo, en el cual el indiciado es culpable hasta que se demuestre lo contrario, y se le ve como un objeto de investigación, más que como sujeto de derechos. Se exponen los motivos por los cuales se estima que el sistema actual es inequitativo al dotar al Ministerio Público de recursos humanos y técnicos, mientras que “si bien el inculpado tiene derecho a una defensa por abogado, también subsiste la figura de “persona de su confianza”, lo que ha propiciado una desigualdad de condiciones para intentar probar, en su caso, su inocencia”. Asimismo, critica la deficiencia del sistema de defensoría de oficio.

El dictamen diagnostica: “En términos generales, lo anterior, nos lleva a concluir que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos”. ¡Gran descubrimiento! Propone, por ello, una reforma integral al sistema penal reflejado en una nueva estructura del artículo 20 constitucional, proponiendo dividirlo en tres apartados: el apartado A comprende el diseño y las reglas generales del proceso penal en sus distintas fases,

investigación sometida a control judicial, etapa de preparación de juicio oral, audiencias que requieren contradicción y juicio. Los apartados B y C prevén, respectivamente, los derechos de la persona imputada, y los de la víctima u ofendido.³⁷²

Dentro del apartado A, destaca el establecimiento de un sistema de “libre valoración de la prueba”, que aunado a la obligación de condenar sólo cuando exista la convicción de culpabilidad del acusado, con lo cual se corrige la imprecisión técnica de dos de las iniciativas antes reseñadas, que proponían elevar a garantía individual la “duda absolutoria”, que obligaría a los tribunales a ponderarla en todos los casos, olvidándose que este principio atañe a la valoración de las pruebas en cada caso concreto, propia de la actividad jurisdiccional. Asimismo, corrige la ambigüedad de dichas propuestas, cuando se referían a los *procesos ordinarios*, dejando fuera a los procesos sumarios o bien a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

El apartado B, sin embargo, es el que interesa en esta sección. En dicho apartado se consagran los derechos del imputado, dándole una definición apropiada al sujeto activo del delito. Se reconoció expresamente el “derecho a la presunción de inocencia”, que “permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, y mientras no se satisfaga, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”. Con ello, “la culpa y no la inocencia debe ser demostrada”.

El dictamen trata de curarse en salud: se señala que en el orden jurídico mexicano ya está reconocido el principio en virtud de que el país ha suscrito diversos instrumentos internacionales que expresamente lo consagran como garantía, olvidándose, sin embargo, que este principio sistemáticamente había sido ignorado en los tribunales y parcamente tratado en la jurisprudencia; eso sí, reconoce que “a pesar de su amplio arraigo en el marco internacional de los derechos humanos, en nuestro medio su reconocimiento se ha verificado con muchas dificultades, de hecho, hasta el año de 1983, el entonces Código Penal Federal preveía justamente el principio inverso, es decir, la presunción de dolo”.

El dictamen propuso entonces la siguiente redacción por cuanto hace a la presunción de inocencia:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales...

B. De los derechos de toda persona imputada:

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

El dictamen referente al artículo 20 apartado B fracción I de la Constitución General de la República fue aprobado el 12 de diciembre de 2007 por 301 votos, considerada mayoría calificada, pasándose al Senado para sus efectos constitucionales.

El 13 de diciembre de 2007 fue presentado en el Senado de la República el dictamen elaborado por sus Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de

³⁷² Ídem, p. 1562.

Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos Segunda, en el cual se analiza la minuta recibida de la Cámara de Diputados. Se consideró conveniente dictaminar, también, la iniciativa presentada al Senado de la República por el Ejecutivo Federal el 13 de marzo de 2007, en materia de seguridad y justicia, “en virtud de que coincide en forma esencial con el espíritu de la minuta en estudio, ya que dicha iniciativa responde a la necesidad de llevar a cabo una reforma sustantiva en materia de justicia penal en México, al considerar que las leyes han sido rebasadas por el fenómeno delictivo y que deben ser adecuadas a la realidad para que el Estado mexicano cuente con las herramientas suficientes para tener éxito en el combate a la delincuencia”.

En lo concerniente al reconocimiento constitucional del principio de presunción de inocencia, en el dictamen mencionado se reproducen íntegramente las consideraciones del dictamen presentado a la Cámara de Diputados, por lo cual no ahondaremos en su contenido.

El mismo 13 de diciembre de 2007 el dictamen fue discutido por el Senado y aprobado por 71 votos en pro y 19 en contra. Debido a que se introdujeron modificaciones a *otros aspectos* de la minuta enviada por la Cámara de Diputados, el proyecto con dichas modificaciones fue devuelta a dicha Soberanía “para los efectos de lo dispuesto en el inciso e) del artículo 72 de la Constitución”.³⁷³

Si bien en la Cámara de Diputados se dictaminaron y se discutieron las modificaciones hechas por el senado, regresando a éste la minuta respectiva, ante el cual se dictaminó y discutió, no consideramos necesario hacer reseña alguna, pues la parte relativa de este proceso de reforma constitucional no se refirió al principio de presunción de inocencia. Finalmente, el 6 de marzo de 2008 la reforma al artículo 20 constitucional fue aprobada, haciéndose la declaratoria de reforma correspondiente el 18 de mayo de 2008, siendo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

García Ramírez apunta respecto a la introducción del principio de presunción de inocencia en el texto constitucional:

*Se deberá entender que la llamada presunción de inocencia (en rigor, principio para la elaboración de las normas penales, la aplicación de las medidas precautorias, el trato de los inculpados, etcétera) sólo decae cuando existe sentencia firme de condena, no apenas sentencia definitiva e impugnada con remedios ordinarios. Por lo demás, este punto suscita de nueva cuenta (pero ha sido saludable incluir en la ley suprema el principio de inocencia, como lo está en tratados internacionales vinculantes para nuestro país) las severas paradojas entre la presunción y la realidad (legal y fáctica) del enjuiciamiento, sobre todo frente a las medidas precautorias y a la publicidad del proceso.*³⁷⁴

La introducción en el texto constitucional del principio de presunción de inocencia ha sido considerada una medida histórica y constituye un parteaguas en el devenir del proceso penal en México.³⁷⁵ Así, desde la perspectiva de la defensa, se considera trascendente el reconocimiento expreso de este principio, pues “aparta a nuestro proceso penal de resabios

³⁷³ *Ibidem*, p. 1563.

³⁷⁴ Ítem, p. 1573.

³⁷⁵ Río Rebolledo, Johanna Del. *La Reforma al Artículo 20 Constitucional*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 6, noviembre-diciembre 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 161.

inquisitivos que en el presente arrojan al imputado la carga de probar su inocencia, frente a pruebas no siempre acopiadas con pulcritud por el órgano acusador”.³⁷⁶

Sin embargo, no debe perderse de vista que el principio de presunción de inocencia ha sido incorporado como derecho fundamental de manera declarativa, por lo que queda en manos del legislador secundario su plena implementación en los sistemas de enjuiciamiento penal. El proceso resulta complicado: se trata de ajustar 32 legislaciones locales y una federal a este principio, no en balde el artículo segundo transitorio del Decreto que reforma el artículo 20 constitucional publicado el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación señala:

Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

Esta *vacatio constitutionalis* nos parece ambigua y peligrosa: da un plazo de 8 años para la implementación de lo que el Poder Reformador de la Constitución denomina *sistema penal acusatorio* (García Ramírez le llama término),³⁷⁷ el cual, en principio “resulta razonable si se toman en cuenta los numerosos y complejos preparativos de todo orden que será preciso realizar, con cuantiosos recursos —a los que también se refieren las normas transitorias—, para generar el cimiento práctico del régimen adoptado”.³⁷⁸ Sin embargo, resulta injusto que teniendo reconocido ya el principio de presunción de inocencia en la Constitución Federal, éste no aplique en los procesos penales incoados después del 18 de junio de 2008 sino sólo en aquellos que inicien una vez que en el ámbito federal o local se haya hecho la declaratoria de vigencia del sistema penal acusatorio; esto nos da una paradoja, pues tendremos por varios años dos tipos de procesos, uno de corte acusatorio, y otro con resabios inquisitoriales.

De igual manera, en los tres años posteriores a la publicación del decreto de reformas al artículo 20 constitucional, pocas han sido las entidades federativas que han implementado el nuevo sistema penal acusatorio. De acuerdo con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, dependiente de la Secretaría de Gobernación, en enero de 2011, las entidades federativas que tienen en *operación* el nuevo sistema de justicia penal son Chihuahua, Oaxaca, Durango, Zacatecas, México, Morelos y Baja California; de hecho, las dos primeras entidades mencionadas ya tenían establecido un sistema de juicios orales antes la reforma. Hidalgo, Guanajuato, Yucatán y Puebla están en el proceso de entrada en vigor de este sistema. Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Nayarit, Quintana Roo, Sinaloa y Veracruz ni siquiera han establecido los primeros pasos (fomento político, proyectos de

³⁷⁶ Esquinca Muñoa, César. *La Defensoría Pública*. En: García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores). *La Reforma Constitucional en Materia Penal*. México, D. F., 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 329.

³⁷⁷ García Ramírez. *Reseña Legislativa Sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal*. Op. cit., p. 1571.

³⁷⁸ Ídem, p. 1581.

normatividad, capacitación y sensibilización para la reorganización de sus instituciones); mientras que las 14 entidades federativas restantes —entre ellas el Distrito Federal— se encuentran en la llamada etapa de planeación, que apenas contempla el diagnóstico y planeación, la reorganización institucional, la creación de la legislación secundaria y su socialización, la capacitación del personal, la difusión y la implementación de la infraestructura y equipamiento tanto del Poder Judicial como de las Procuradurías.

Esto es, a enero de 2011 menos del 25% de las entidades federativas habían implementado el nuevo sistema acusatorio, siendo relevante que el Distrito Federal —cuyo poder judicial es el más grande de América Latina— no ha dado siquiera los primeros pasos legislativos para adecuar la normatividad secundaria.³⁷⁹ En materia federal aún no ha sido planteada la reforma secundaria, la cual resulta además crucial dada la *federalización* de los delitos relacionados con la delincuencia organizada y la implementación del sistema *ad hoc* previsto por la reforma constitucional para este fenómeno.³⁸⁰

De acuerdo con lo anterior, aun cuando restan cinco años, se corre el grave riesgo que, llegado el 18 de junio de 2016, el nuevo sistema de justicia penal no se haya

³⁷⁹ Vid: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *Avances en la Implementación de la Reforma de Justicia Penal*. México, D. F., enero de 2011, Secretaría de Gobernación, 24 pp.

³⁸⁰ Hace casi 14 años el Banco Mundial ofreció financiamiento a nuestro país para la instauración de los llamados juicios orales, pero la propuesta fue rechazada. Ya en 2007, el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo Ortiz Mayagoitia, señalaba que la probable instauración de los juicios orales “constituye una de las mayores preocupaciones de la comunidad jurídica nacional y de la sociedad en general”, y desde su óptica consideró que la aplicación de este sistema generará un mayor rezago en la impartición de justicia. De igual manera, en ese mismo año, el ministro Juan Silva Meza (actual presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), era de la opinión que el proceso penal mexicano, en los hechos, ya contiene elementos que lo hacen eminentemente oral; así, el ministro Silva Meza señalaba que “aunque pareciera que importa novedades, esto no es absoluto ni nos es ajeno, en la medida en que nuestro actual procedimiento es, en los hechos, eminentemente oral, con la modalidad de que se lleva una constancia escrita del mismo, aunque requiere, eso sí, una efectiva presencia del juzgador, exigencia que en muchos casos no se cumple” (Avilés, Carlos. *El Papel de los Juzgadores, en el Centro de la Polémica*. El Universal, México, D. F., 8 de febrero de 2007, p. A 12). El entonces magistrado y consejero de la judicatura federal y actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Luis María Aguilar Morales indicó incluso que “nuestro Código Federal de Procedimientos Penales está acorde con casi la totalidad de las características del juicio oral”, por lo que “a no ser por una escenografía televisiva, tienen ya todas las características de un juicio oral, y la parte escrita sólo sirve para dar seguridad” (Aguilar Morales, Luis María. *El Uso de ese Modelo, una Antigua Realidad*. El Universal, cit.). El magistrado Ricardo Ojeda Bohórquez, si bien no se mostró reacio a los juicios orales, sí resaltó que con su establecimiento “se harían nugatorias” las garantías contenidas en los artículos 14 y 16 constitucionales, que “ello resultaría costoso para el Estado, toda vez que se tendría que incrementar el presupuesto al Poder Judicial de la Federación” y que debió haberse escuchado “la opinión no sólo de los académicos y litigantes, sino también de todos los juzgadores de la República, a quienes hasta el momento no se ha tomado en cuenta”, en clara alusión al palmo de narices que el Legislativo Federal dio al Poder Judicial de la Federación con el denominado *Libro Blanco de la Reforma Judicial* (Ojeda Bohórquez, Ricardo. *Su Aprobación Haría Nugatorias Ciertas Garantías*. El Universal, cit.). Díaz de León llama la atención sobre la confusión —intencional o no— entre los términos “juicio oral” —para él, “proceso penal oral”— y los principios rectores del proceso de corte acusatorio, adversarial y oral, señalando atinadamente que “lo oral no debe confundirse con lo verbal, pues la oralidad no excluye el uso de la escritura en cuanto a aquellas actividades que tienen necesidad de quedar documentadas, para preservar la seguridad jurídica de lo actuado en la instancia” y que, desde un punto de vista político, el juicio oral se refiere “no sólo a la oralidad (verbalidad) como principio del derecho procesal, sino que, con tal expresión principalmente aluden a la necesaria prontitud que debe darse en el proceso penal” (Díaz de León, Marco Antonio. *Proceso Sumario Oral en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Mexicano*. En: García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores). *Foro Sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes*. México, D. F., 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 188-190). Así, Ortiz Mayagoitia, Silva Meza y Aguilar Morales tienen razón en señalar que el proceso penal federal mexicano actual contiene elementos eminentemente orales, pero se olvidan de otras características que lo hacen eminentemente inquisitorial, como la falta de intermediación entre el juzgador y las partes, la inequidad procesal de las partes (el Ministerio Público recaba pruebas sin la presencia del juez y el imputado y su defensor), falta de publicidad en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Público, la nula concentración de las actuaciones, entre otros aspectos (vid: González Obregón, Diana Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral*. México, D. F., 2010, UBIJUS, pp. 37-47).

implementado correctamente en México y, con ello, se abra un proceso de contrarreforma.³⁸¹ No olvidemos que la reforma penal de 1993-1994 fue echada atrás en 1999 no porque las reformas constitucional o legal hayan resultado erróneas, sino porque las instituciones de procuración de justicia no tuvieron la capacidad de adaptarse a la nueva normativa.³⁸²

Constancio Carrasco Daza señala atinadamente:

*Tomó un largo periodo de reflexión la materialización en el plano constitucional y legal la reforma. Hoy, al constituir letra vigente, brinda una gran oportunidad de eficientar nuestro sistema de justicia, para lo cual el ajuste de las normas debe traspasar el plano penal y de seguridad pública, e impregnar otros compilados normativos que, por su esencia, se traducen en ejes rectores de la protección de los derechos fundamentales atendibles en todo tipo de litigios. En mi concepción, sólo de esta forma se gestará la posibilidad real de acceder al propósito superior que subyace a la modificación legal suprema y secundaria, la tarea de impartir justicia ante y para los justiciables y la sociedad, de manera eficaz.*³⁸³

³⁸¹ Por ejemplo, José Luis Soberanes Fernández, entonces comisionado nacional de los derechos humanos, calificó la intención de introducir los juicios orales en México como una “vacilada”. Vid: la nota “Días Complejos/Sobre Aviso”, publicada en el diario *El Siglo de Torreón*, el 1º de marzo de 2008, en el sitio web <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/335034.dias-complejos-sobreaviso.html>. Además, debido al escándalo provocado por la absolución en *juicio oral* de Sergio Rafael Barraza por el homicidio de Rubí Frayre por un tribunal oral de Chihuahua, el presidente Felipe Calderón insinuó que los juicios orales podría ser un factor de la alta incidencia delictiva que se vive en ciudad Juárez; incluso, Isabel Miranda de Wallace ha hecho un llamado a gobernadores para frenar “la implementación del nuevo sistema penal acusatorio” (vid: la nota “Calderón Condena a los 3 Jueces de Chihuahua”, publicada el 13 de enero de 2011 en la página electrónica *La Policiaca*, sitio web <http://www.lapolicia.com/nota-roja/calderon-condena-a-los-3-jueces-de-chihuahua/>; y la nota “Pide Isabel Miranda Frenar Sistema Oral Acusatorio”, publicada el 20 de enero de 2011 en la página electrónica de *Terra*, sección noticias, sitio web <http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/1027498/Pide+Isabel+Miranda+frenar+sistema+oral+acusatorio.htm>).

³⁸² Véase: Laveaga, Gerardo. *¿Quién Teme a la Reforma Penal?* En: *Iter Criminis* Cuarta época, núm. 3, mayo-junio 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 77-84. El autor reconoce algunos grupos reticentes al cambio, entre los cuales cuenta académicos, abogados postulantes y miembros de poderes judiciales y órganos de procuración de justicia. Para Gerardo García Silva, el verdadero desafío de la reforma penal se halla en la capacitación del Ministerio Público (*Los Desafíos de la Capacitación del Ministerio Público*. En: *Iter Criminis*. Tercera época, núm. 10, marzo-abril 2007, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 61-66).

³⁸³ Carrasco Daza, Constancio. *La Reforma Penal en México*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 4, julio-agosto 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 193.

Capítulo V. El nuevo marco constitucional para la prisión preventiva

Sumario:

Sección 1. Notas preliminares. Sección 2. El artículo 18 constitucional. Sección 3. El artículo 19 constitucional. Sección 4. La prisión preventiva y la necesidad de garantizar el debido desarrollo del proceso penal. Sección 5. Otras medidas cautelares.

Sección 1. Notas preliminares.

Hemos hablado del *nuevo sistema de justicia penal*, implementado a través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008. En la sección 4 del capítulo anterior hemos hecho una breve reseña del proceso de reforma, y del movimiento ciudadano que lo impulsó.

Sin embargo, este proceso de reforma no ha sido aislado en el contexto latinoamericano, sino que se ha visto influido por otros procesos de reforma que se han dado en países de la región. En efecto, durante los últimos veinticinco años se inició en América Latina un proceso de reforma a la justicia criminal que afectó con diversa intensidad y grado a los distintos países del subcontinente. Las razones que motivaron este proceso de reforma son de distinta índole, encontrándose entre ellas, y de manera muy general, los abusos a los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal de corte inquisitorial y la poca eficiencia de éste en la persecución penal. Este proceso de reforma alcanzó a la mayoría de los países latinoamericanos y se ha orientado más o menos en la misma dirección: reemplazar a los diversos tipos de sistema inquisitivos vigentes por modelos procesales de carácter acusatorio. Los primeros países en reformar su sistema penal fueron Guatemala (1994) y Costa Rica (1998), seguidos de los demás países centroamericanos, Paraguay (1998), Bolivia (1999), Venezuela (1999), Chile (2000), Ecuador (2001), Colombia (2004), República Dominicana (2004) y Perú (2004). México, junto con Panamá, son los países latinoamericanos que más han tardado en implementar un sistema penal de corte puramente acusatorio (2008 y 2009, respectivamente). Brasil y Uruguay ni siquiera lo han planteado.³⁸⁴

Los aspectos fundamentales del nuevo sistema acusatorio adoptado por los países de la región son:

³⁸⁴ Duce et. al. Op. cit., pp. 21, 22.

a) Una clara diferenciación entre las funciones de investigar, controlar el desarrollo de la investigación, acusar y determinar responsabilidad penal. Ello dio lugar a una figura novedosa: el *juez de control o de garantías*, como una solución práctica al problema de la dualidad de roles de instrucción y de control que tradicionalmente se concentraban en los jueces (por ejemplo, en el caso de Chile) o el fiscal (verbigracia, en el caso de México), en los sistemas inquisitivos.

b) Como consecuencia, la creación o adecuación de instituciones para hacerse cargo de esas atribuciones específicas, y especialmente, su fortalecimiento por medio de un aumento en sus presupuestos, recursos humanos e infraestructura.

c) La adopción del juicio oral, público y contradictorio como punto central del proceso penal. Si bien la necesidad del juicio oral estriba en superar los resabios del viejo sistema escrito heredado desde tiempos de la Colonia, evitando la delegación de la función judicial y procurando respetar el derecho fundamental al debido proceso, con ello no se agota su finalidad. El punto central o teleológico de los juicios orales estriba precisamente en la necesidad de que sea en la etapa del juicio oral la única instancia legítima para hacer penalmente responsable a una persona, por lo que la etapa de instrucción tiene ahora un carácter meramente preparatorio y administrativo. Esto significa un cambio de paradigma, pues en el sistema inquisitorio que aún prevalece en México —muy a pesar de la flamante reforma de 2008— es la etapa de investigación la que realmente tiene un rol fundamental en la gran mayoría de los procesos penales, en la que el Ministerio Público tiene un margen de actuación discrecional casi ilimitado, con nulo control judicial, para recabar *pruebas*, la inmensa mayoría de éstas sin la asistencia del imputado y su defensor, haciendo nugatorias así las garantías de audiencia y defensa adecuada, y en la etapa de juicio se limita a la función jurisdiccional a la mera recepción de pruebas de *descargo* que tienden a rebatir las pruebas de *responsabilidad* que desde un inicio y de manera unilateral fueron recabadas por el Ministerio Público.

d) El avance significativo en la creación o fortalecimiento de las defensorías penales públicas.

e) Una reforma integral del régimen de las medidas cautelares en general, y de carácter personal, en particular.

Como un tema importante de la reforma procesal, en las últimas tres décadas en América Latina ha existido una amplia discusión acerca de la prisión preventiva. La discusión inició con el problema de los *presos sin condena*, pues se había constatado que en todos los países latinoamericanos la mayoría de las personas que se encontraban privadas de su libertad lo hacían sin que existiera una condena que lo justificara.³⁸⁵

Esta dinámica de funcionamiento provocaba que la lógica detrás de la prisión preventiva respondiese a la mayor convicción que el tribunal tenía respecto de la responsabilidad del imputado durante la etapa investigativa y la etapa de debate operaba solo como un mecanismo que, por regla general, ratificaba aquello que el investigador y tribunal ya sabían. Es así que la prisión preventiva operaba como una pena anticipada, quedando su eventual revocación a la mera

³⁸⁵ Riego, Cristián. *Una Nueva Agenda Para la Prisión Preventiva en América Latina*. En: *Sistemas Judiciales*. Op. cit., p. 6.

posibilidad de que el juicio, al permitir una mayor participación del imputado, cambiase la convicción del tribunal, que no solo se había mantenido durante la detención y posterior procesamiento, sino que también se había traducido en la acusación.

Además de ello, ante la ineficacia de los sistemas de procuración e impartición de justicia, el sistema de la prisión preventiva —como parte de una deformada política criminal— se había transformado en la principal respuesta del sistema frente al delito, relegando a la pena a un plano más bien secundario.³⁸⁶

Un estudio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente reportó que entre 1978 y 1992 el porcentaje de presos sin condena en la mayoría de los países de América Latina superaba a los presos condenados, arrojando los resultados que se resumen en la siguiente tabla:³⁸⁷

País	Porcentaje promedio entre 1978-1992
Argentina	51
Bolivia	90
Brasil	N/D
Colombia	74
Costa Rica	47
Chile	52
Ecuador	64
El Salvador	83
Guatemala	54
Haití	N/D
Honduras	58
México	74
Nicaragua	N/D
Panamá	67
Paraguay	94
Perú	71
República Dominicana	80
Uruguay	77
Venezuela	74

Los datos arrojados por la tabla ameritan diversas lecturas: países centroamericanos como Honduras o Guatemala presentaban un índice de presos sin condena cercanos al 50%, pero no debemos olvidar que en ese período estos países se encontraban en plena guerra civil, por lo que los números no significan necesariamente eficacia de los órganos de justicia; Chile, en plena dictadura pinochetista, presentaba números similares a Argentina, cuyos números se sitúan entre los años de la dictadura militar y la restauración democrática. Los números de México le

³⁸⁶ Duce et. al. Op. cit., p. 17.

³⁸⁷ Ídem, p. 18.

sitúan a la par de países tan dispares como Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela. Paraguay (en plena dictadura militar) presentaba el vergonzoso 94% de presos sin condena.

De acuerdo con esos datos, la realidad en América Latina respecto a la prisión preventiva reflejaba no solo un abuso de esa medida cautelar en la mayoría de los países de la región, sino también sugieren un cierto grado de ineficacia de los sistemas de procuración e impartición de justicia. Es ese aspecto el que la reforma procesal penal de corte acusatorio busca combatir: entre más pronta y expedita sea la justicia, se reducirá la duración de los juicios, con la conducente reducción del tiempo en que determinadas personas deban permanecer en prisión preventiva.

Avivada por los vientos reformadores imperantes en América Latina, el nuevo sistema penal implementado a través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008 se enmarca en una compleja encrucijada social: por una parte, la necesidad de modernizar un sistema penal obsoleto e injusto y, por la otra, el alto índice delictivo, la escalada de violencia y la percepción social de impunidad.³⁸⁸ A la par de esta reforma constitucional, existen propuestas de diversas reformas que, en la opinión de expertos, nos llevarían a un paso del Estado policial, una de ellas, las reformas propuestas a la Ley de Seguridad Nacional.³⁸⁹

Juan de Dios González Ibarra y Emilio Peña Rangel señalan que

el progreso humano y consiguientemente la innovación en todos los órdenes de la vida crean la necesidad de que el legislador y el juzgador analicen los avances que requieren, que se deje atrás la falacia del juez neutro sin compromisos con la democracia, la rendición de cuentas y la transparencia, el bien común o la ciudadanía; por el contrario, hoy es valioso aquel que ha creado y crea el derecho desde la independencia de la magistratura para que la comunidad pueda convivir en armonía bajo la justicia social, y proponer prudentemente, pero sin tibiezas al mismo tiempo, la innovaciones que se requieren para obtener los respectivos resultados positivos, y de esa manera conseguir con seguridad jurídica integral (ante tribunales, organizaciones, hogares y calles) la protección de la dignidad y de los derechos humanos, así como de la equitativa repartición y tutela de los bienes fundamentales del individuo, de la familia y de la sociedad bajo un Estado constitucional democrático y social que se incluyente, para todos los mexicanos, de las riquezas espirituales y materiales, y que tutele la participación ciudadana en las oportunidades nacionales y facilite por medio de la educación y los tratados cosmopolitas.³⁹⁰

Para ello —proponen los autores— los nuevos códigos sustantivos y procesales en materia penal deberán cumplir con estos alcances, tomando en cuenta que el nuevo sistema está en construcción en México, por lo que su articulado debe ser congruente con esos principios, pero también con la realidad nacional, en un contexto de globalización en el que nuestro país se halla inmerso.³⁹¹

Así, el nuevo sistema de justicia penal debe atender, primeramente, a los vicios y defectos que el anterior sistema acusaba, para, posteriormente y en base a un análisis de las

³⁸⁸ Camacho Quiroz, César. *El Nuevo Sistema Constitucional de Justicia Penal*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 11, México, D. F., marzo-abril 2010, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 130, 131.

³⁸⁹ Ackerman, John M. *Gobierno Militar*. En: *Proceso*. Núm. 1799, México, D. F., 24 de abril de 2011, pp. 46, 47.

³⁹⁰ González Ibarra, Juan de Dios, y Emilio Peña Rangel. *Epistemología e Historia del Juicio Oral*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLI, núm. 123, México, D. F., septiembre-diciembre 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 1298.

³⁹¹ Ídem, p. 1299.

realidades nacionales, adaptar las innovaciones que sean apropiadas. Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza señalan como vicios del anterior sistema penal:

- a) no sirve para atrapar a los delincuentes más peligrosos;
- b) permite la existencia de un altísimo nivel de impunidad y corrupción;
- c) no asegura los derechos fundamentales de las víctimas ni de los acusados;
- d) no establece incentivos para una investigación profesional del delito; y
- e) es sumamente costoso, si se toman en cuenta los pobres resultados.³⁹²

En nuestra opinión, es en ese aspecto que radica el talón de Aquiles de la reforma: se le ha presentado a la opinión pública como un importante avance en los esfuerzos por combatir al delito y para erradicar la impunidad, lo cual no es del todo acertado. Y es que no vemos cómo *efectivamente* el nuevo sistema penal de corte acusatorio, oral y contradictorio, erróneamente confundido por los medios y gran parte de la opinión pública con los juicios orales, *per se*, acabarían con esos vicios, especialmente con la impunidad, pues en palabras de los mismos autores “el sistema de juicios orales tiene como piedra angular la capacidad técnica del Estado para investigar delitos y obtener pruebas científicas que respalden un caso. Ésta es una de las grandes debilidades corregibles del sistema actual. De ahí la necesidad de reorganizar el funcionamiento del Ministerio Público y la Policía de Investigación, y la relevancia de que el futuro Procurador General de la República sea un convencido promotor de la reforma de juicios orales. Sólo así, la investigación científica y profesional sustituiría a la intimidación y la corrupción”.³⁹³ Entonces, entramos en una paradoja: el éxito en la implementación del sistema de justicia penal de corte acusatorio, oral y contradictorio dependerá de la profesionalización de los órganos persecutores y represores del delito. La capacitación, como piedra angular, escapa del *tipo de proceso*, sino que depende del capital humano. En palabras de Andrés Baytelman Aronowsky:

La reforma representa, acaso más que ninguna otra cosa, un cambio de paradigma cultural respecto del Derecho en general y del Derecho Procesal Penal en particular. La capacitación de sus actores no consiste tanto en una cuestión de información, sino en una modificación del paradigma, de la cultura, una específica forma de aproximarse al Derecho en general y al proceso penal en particular, de interpretar sus normas y de aplicarlas. Más que sobre “información”, si se quiere, la reforma era y es —y la capacitación debe en consecuencia serlo— acerca del método. Ese método, por cierto, requiere información, pero la transmisión de esa información es el menor de los problemas que enfrenta la capacitación.

*Lo que realmente representa una barrera difícil de superar es que, por primera vez, se requiere una capacitación “cultural” más que una capacitación “legal”. El sistema de capacitación tiene que remover una cultura y construir otra, tiene que destruir instituciones profundamente arraigadas en nuestra cultura jurídica y, en cambio, sustituirlas con otras que sólo en la medida en que se institucionalicen y se instalen dentro de nuestra cultura jurídica, logrará realmente realizarse.*³⁹⁴

³⁹² Carbonell, Miguel y Enrique Ochoa Reza. *Juicios Orales y Debido Proceso Legal: Una Propuesta de Reforma*. En: *Iter Criminis*. Tercera época, núm. 11, México, D. F., mayo-junio 2007, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 40.

³⁹³ Ídem, p. 42. Díaz de León señala: “Lo que antes, no hace mucho tiempo, era considerado sólo como tema académico de justicia penal, por lo menos de manera discutible, hoy el denominado *juicio oral* se ha convertido en propaganda política, que sirve para convencer a los pueblos de que algo se está haciendo en pro de la justicia penal, tratando de mitigar así el palpable temor que vive la ciudadanía, por el incremento en la comisión de delitos y por los altos riesgos que provoca el hampa que transita por la calle y las carreteras, libremente y sin castigo, vulnerando bienes de la vida jurídicamente tutelados...” (*Proceso Sumario Oral en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Op. cit., p. 192).

³⁹⁴ Baytelman Aronowsky, Andrés. *Sistema Acusatorio: Capacitación como en el Fútbol*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 4, México, D. F., julio-agosto 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 19, 20.

Cierto, desde la óptica de la *defensa*, la reforma implica mejores condiciones para el desarrollo del proceso. Esto es, no beneficia al imputado, sino que establece un sistema tendiente a garantizar un proceso justo, derecho inherente a todo ciudadano. Sin embargo, aún la implementación de este sistema no garantiza que los niveles delincuenciales se reduzcan, más aún, podría dar lugar a resultados *escandalosos*, como ya lo hemos visto en algunos casos recientes. Igualmente debemos anotar que mientras que los impulsores del nuevo sistema de justicia penal han mencionado que se establecen mayores garantías para los imputados, existen voces, a nuestro juicio algunas veces exageradas, que reclaman mayores derechos para las víctimas.

Al igual que en otros países latinoamericanos, uno de los temas más sensibles de la reforma constitucional ha sido la prisión preventiva: a esta figura se le ha dado, por fin, el matiz de medida cautelar de la estuvo privada hasta antes de la reforma aludida; según el texto constitucional reformado, la prisión preventiva ya no es la regla, sino la excepción; por fin es el órgano jurisdiccional el que decide, atento a las circunstancias de cada caso particular, cuando la prisión preventiva debe aplicarse, claro está, fuera de los casos en que dicha medida debiera aplicarse de oficio.

Uno de los argumentos a favor de la reforma en materia de justicia penal es la experiencia obtenida en varios Estados latinoamericanos, que ha mostrado un impacto, positivo en la mayoría de los casos, en la reducción del porcentaje de los presos sin condena, de acuerdo con la siguiente tabla:³⁹⁵

País	Año de entrada en vigor de la reforma	Porcentaje de presos sin condena	2 ó 3 años después de la entrada en vigor de la reforma	Porcentaje de presos sin condena
Provincia de Buenos Aires (Argentina)	1997	84.2	2001	87.1
Bolivia	1999	64	2002	70
Chile	1999	51	2007	24.6
Colombia	2004	42.9	2007	32.2
Costa Rica	1995	28	2000	30
Ecuador	1999	69.4	2003	65.2
El Salvador	1998	72	2002	48.9
Guatemala	1993	N/D	1996	64.2
Honduras	1999	88	2005	63.5
Nicaragua	1999	30.8	2004	17
Paraguay	1996	95	2002	75
República Dominicana	2002	67.4	2006	57.5
Venezuela	1997	69	2000	57.5

De nueva cuenta, los datos arrojados por la tabla comparativa merecen varias lecturas: mientras que Costa Rica, que antes de la reforma procesal penal presentaba un índice menor de presos sin condena, vio aumentar dicho índice en dos puntos porcentuales; Chile redujo el índice a la mitad, lo mismo que Nicaragua, viendo reducciones significativas también Colombia, El Salvador, Honduras y Paraguay. Por otro lado, Bolivia y la Provincia de Buenos Aires (Argentina), también aumentaron el porcentaje, aunque el aumento no supuso más del 10%. Así, de nueva

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 40.

cuenta, los datos sugieren que la eficacia de los órganos de procuración e impartición de justicia podría incidir en estos índices.

Por lo que respecta a México, como hemos dicho, la reforma constitucional en materia de justicia penal de corte acusatorio, oral y contradictorio, entró en un proceso de implementación que llevará 8 años y que deberá quedar total y plenamente implementado en los ámbitos federal y de las 32 entidades federativas a más tardar el 18 de junio de 2016. Es por ello que —a tres años de que comenzó su implementación— no se cuenta aún con datos confiables para analizar el impacto de dicha reforma en el número de personas presas sin condena. Como hemos visto en párrafos precedentes, de acuerdo con datos del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, entre 1978 y 1992 el 74% de los presos en México estaban en espera de sentencia. De acuerdo con datos proporcionados por la Secretaría de Seguridad Pública del gobierno federal,³⁹⁶ en el año 2000, había un total de 154,765 internos en el sistema penitenciario nacional —integrado por 444 centros dependientes de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y algunos municipios, que albergan tanto a procesados como a sentenciados—, de los cuales 63,724, es decir, un 41.17% estaban a la espera de sentencia. Este porcentaje representa una reducción de casi 33 puntos porcentuales respecto del periodo 1978-1992, por lo que podría decirse que las reformas penales adoptadas antes y durante este período —la de 1971 que abandonó las cortes penales, sustituyéndolas por jueces unitarios en primera instancia, y la de 1983 que estableció los juicios sumarios a nivel federal y las correspondientes de las entidades federativas que emularon dicha reforma—³⁹⁷ tuvieron un impacto positivo en la reducción de presos sin condena. Sin embargo, al analizar estos números más a detalle, tenemos que de ese total de internos en el sistema penitenciario nacional, 41,647 correspondían al fuero federal, de los cuales 11,917 esperaban sentencia, esto es, un 28.64%; mientras que de 113,118 internos correspondientes al fuero común, 51,807 estaban en espera de sentencia, es decir, el 45.8%. Si bien el porcentaje de presos sin sentencia en el fuero común se encuentra poco menos de 30 puntos por debajo del porcentaje reportado para el periodo 1978-1992, debe advertirse que se encuentra por encima de la media nacional en 2000 y es alrededor de 80% superior al promedio reportado en el fuero federal.

Del análisis de los datos publicados por la Secretaría de Seguridad Pública federal, se tiene que entre los años de 2001 a 2006 el sistema penitenciario mexicano pasó de 446 a 454 centros, y la población interna pasó de 165,687 a 210,140 individuos, cuya proporción entre procesados y sentenciados puede resumirse en la siguiente tabla:

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional 2001-2006												
Concepto	Datos anuales observados											
	2001		2002		2003		2004		2005		2006	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	165 687		172 888		182 530		193 889		205 821		210 140	
- F. Federal	44 594	26.91	47 776	27.60	49 160	26.93	49 618	25.59	51 471	25.01	49 217	23.42
- F. Común	121 093	73.09	125 112	72.40	133 370	73.07	144 271	74.41	154 530	74.99	160 923	76.58
Procesados	71 501	43.15	73 685	42.62	80 134	43.90	80 661	41.60	87 844	42.68	89 601	42.64
Sentenciados	94 186	56.85	99 203	57.38	102 396	56.10	113 228	58.40	117 977	57.32	120 539	57.36

³⁹⁶ Secretaría de Seguridad Pública. *Primer Informe de Labores*. México, D. F., 2007, Presidencia de la República, pp. 77, 78

³⁹⁷ Díaz de León, Marco Antonio. *Proceso Sumario Oral en el Sistema de Enjuiciamiento Penal Mexicano*. Op. cit., pp. 197-199.

La proporción entre presos procesados y sentenciados en el fuero federal en ese mismo periodo puede ilustrarse en la siguiente tabla:

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional Correspondientes al Fuero Federal 2001-2006												
Concepto	Datos anuales observados											
	2001		2002		2003		2004		2005		2006	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	44 594		47 776		49 160		49 618		51 471		49 217	
Procesados	13 089	29.35	13 594	28.45	15 675	31.88	15 527	31.30	18 082	35.13	18 048	36.67
Sentenciados	31 505	70.65	34 182	71.55	33 485	68.12	34 091	68.70	33 389	64.87	31 169	63.33

Mientras que la distribución entre presos procesados y sentenciados en el fuero común en el mismo periodo se describe en la tabla siguiente:

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional Correspondientes al Fuero Común 2001-2006												
Concepto	Datos anuales observados											
	2001		2002		2003		2004		2005		2006	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	121 093		125 112		133 370		144 271		154 530		160 923	
Procesados	58 412	48.24	60 091	48.03	64 459	48.33	65 134	45.15	69 762	45.14	71 553	44.46
Sentenciados	62 681	51.76	65 021	51.97	68 911	51.67	79 137	54.85	84 588	54.86	89 370	55.54

Los anteriores datos revelan un claro retroceso en los avances obtenidos en el ámbito federal con relación al porcentaje de personas sujetas a prisión preventiva en el sexenio de 2001-2006: de un inicial 28.64% terminó en un 36.67%. Por el contrario, en el ámbito local, en el mismo periodo, el porcentaje de presos sin condena disminuyó casi cuatro puntos porcentuales; sin embargo, dicha proporción representa casi la mitad de las personas privadas de la libertad.

Siguiendo siempre los datos publicados por la Secretaría de Seguridad Pública federal, entre los años de 2007 a 2009 el número de centros de reclusión que integran el sistema penitenciario nacional pasó de 441 a 429, mientras que el número de internos presentó los comportamientos que se contabilizan en las siguientes tablas:

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional 2007-2009						
Concepto	Datos anuales observados					
	2007 ³⁹⁸		2008 ³⁹⁹		2009 ⁴⁰⁰	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	212 841		219 754		224 749	
- F. Federal	48 566	22.82	49 918	22.72	51 369	22.85
- F. Común	164 275	77.18	169 836	77.28	173 380	77.15
Procesados	88 136	41.41	88 935	40.47	92 311	41.08

³⁹⁸ Secretaría de Seguridad Pública. *Segundo Informe de Labores*. México, D. F., 2008, Presidencia de la República, pp. 103, 104.

³⁹⁹ Secretaría de Seguridad Pública. *Tercer Informe de Labores*. México, D. F., 2009, Presidencia de la República, pp. 81, 82.

⁴⁰⁰ Secretaría de Seguridad Pública. *Cuarto Informe de Labores*. Op. cit., pp. 75, 76.

Sentenciados	124 705	58.59	130 819	59.53	132 438	58.92
--------------	---------	-------	---------	-------	---------	-------

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional Correspondiente al Fuero Federal 2007-2009						
Concepto	Datos anuales observados					
	2007		2008		2009	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	48 566		49 918		51 369	
Procesados	17 418	35.86	19 373	38.81	22 089	43.00
Sentenciados	31 148	64.14	30 545	61.19	29 280	57.00

Población Interna en el Sistema Penitenciario Nacional Correspondiente al Fuero Común 2007-2009						
Concepto	Datos anuales observados					
	2007		2008		2009	
	Internos	%	Internos	%	Internos	%
Población total	164 275		169 836		173 380	
Procesados	70 718	43.05	69 562	40.96	70 222	40.50
Sentenciados	93 557	56.95	100 274	59.04	103 158	59.50

Los datos anteriores resultan reveladores y deberán tomarse como referente obligatorio en cualquier análisis que se haga en lo futuro para medir el impacto de la reforma penal de 2008 en la población del sistema penitenciario nacional. Resulta relevante que mientras en el fuero común se ha ido disminuyendo el porcentaje de presos sin condena a pesar del constante incremento de la población interna total, en el fuero federal ha ocurrido lo contrario, pues en solo un trienio la población de internos sin sentencia se incrementó en más de siete puntos porcentuales: si bien estos números podrían ser un indicativo de la llamada “lucha contra las drogas” entablada por el gobierno federal, también reflejan la falta de capacidad del Poder Judicial de la Federación para atender el aumento de la carga de trabajo, y hasta evidencia una falta de previsión —incluso en el ámbito legislativo referente a las partidas presupuestales destinadas a la judicatura federal—, reflejada en la creación de Juzgados y Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito *auxiliares* de las llamadas “regiones”, creados *ex profeso* para atender la carga de trabajo, especialmente para dictar sentencias en primera y segunda instancia, así como en juicios de amparo directo e indirecto.⁴⁰¹ Asimismo, estos números se reflejan en la sobrepoblación penitenciaria que, de acuerdo con la Secretaría de Seguridad Pública federal, pasó de 46,871 a 51,689 individuos.⁴⁰²

Por último, consideramos oportuno apuntar que, según datos proporcionados por la Secretaría de Seguridad Pública federal, para julio de 2010 el total de internos en el sistema penitenciario nacional fue de 222,297 individuos, de los cuales 45,466 correspondieron al fuero

⁴⁰¹ Vid: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal y Tribunal Electoral. *Informe Anual de Labores 2008. Anexo Documental*. México, D. F., 2009, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, pp. 441-449. *Informe Anual de Labores 2009. Anexo Documental*. México, D. F., 2010, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, pp. 481-491). *Informe Anual de Labores 2010. Anexo Documental*. México, D. F., 2011, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, pp. 423-429). En estos documentos se da cuenta de la constante creación de este tipo de órganos jurisdiccionales, así como la creación de nuevos circuitos judiciales federales y la creación de nuevos órganos jurisdiccionales denominados *tradicionales*.

⁴⁰² Secretaría de Seguridad Pública. *Cuarto Informe de Labores*. Op. cit., p. 77.

federal: de éstos, 21,808 eran procesados (47.96%) y 23,638 eran sentenciados (52.04%). Así, el número total de internos del fuero federal se redujo en 5,903 individuos, empero, el porcentaje de procesados aumentó. Esta aparente distorsión es “consecuencia de las modificaciones realizadas a la Ley General de Salud, al Código Penal Federal y al Código Federal de Procedimientos Penales en agosto de 2009, con el propósito de cambiar el tratamiento legal que se da a los consumidores de drogas. Para ello, se definieron las dosis máximas que puede portar un individuo y se establecieron penas menores para portadores consumidores que se tradujeron en beneficios de adecuación de la pena decretados por un juez y la conclusión anticipada de la sentencia”.⁴⁰³

En este capítulo realizaremos un estudio del proceso de reforma constitucional que estableció el nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio, adversarial y oral, enfocándonos al nuevo tratamiento que recibe la prisión preventiva como medida cautelar, así como la aplicación de otras medidas que, como aquella, tienden a un fin común: asegurar el debido desarrollo del proceso penal.

Sección 2. El artículo 18 constitucional.

Como lo analizamos en la sección 4 del capítulo anterior, el proceso que culminó con la publicación del decreto de reformas constitucionales en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, fue el fruto de diversos y variados esfuerzos. Ahora bien, la *prisión preventiva* fue uno de los temas centrales del debate de dicha reforma.

Uno de los principales impulsores de la reforma, César Camacho Quiroz, apunta respecto a la creciente inseguridad pública que la motivó:

*El Estado mexicano había intentado hacer frente a esta situación con dos tipos de medidas: creando delitos ante, prácticamente, cualquier antisocialidad, y endureciendo las penas. A la luz de los resultados, debe admitirse que ambos intentos fueron erróneos. La transformación requerida era mucho más extensa y profunda. Extensa, porque debía abarcar todos los eslabones de la citada cadena. Y profunda, ya que tenía que involucrar a todos los poderes públicos, a los tres ámbitos de gobierno y a la sociedad en su conjunto.*⁴⁰⁴

El ex gobernador mexiquense señala que la adopción en el texto constitucional de la *presunción de inocencia* permitirá “respetar los derechos del imputado, quien tradicionalmente ha sido visto como objeto de investigación, no como sujeto de derechos, por lo que frecuentemente estos le han sido atropellados, como sucede con la indiscriminada prisión preventiva”. Así, continúa el autor, “a consecuencia de la presunción de inocencia, la prisión preventiva será utilizada racionalmente; como excepción y no como regla”.⁴⁰⁵

La prisión preventiva como regla: la redacción del artículo 18 constitucional así lo permitía, al señalar “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva”. Y

⁴⁰³ Ídem, p. 76.

⁴⁰⁴ Camacho Quiroz, César. Op. cit., p. 130.

⁴⁰⁵ Ídem, p. 131.

esa redacción era regla porque el artículo 20 apartado A fracción I constitucional —antes de la reforma que nos ocupa, incluso en sus anteriores redacciones como artículo 20 fracción I— establecía el “derecho” a la libertad provisional bajo caución en los casos de delitos no graves.

De ahí la irracionalidad alegada por Camacho Quiroz: conforme al anterior sistema, prácticamente *todos* los procesos debían afrontarse en prisión preventiva, y la posibilidad de que el inculcado llevase su proceso en libertad dependía: a) Que se tratara de delito no grave, posibilidad que conforme a las múltiples reformas habidas gradualmente se vio disminuida al catalogarse como graves una sinnúmero de infracciones penales de manera indiscriminada; y b) Que el inculcado tuviera la capacidad económica para *garantizar* el goce del beneficio de la libertad provisional bajo caución (excepción hecha de los casos en que procediera la libertad bajo protesta, de hecho inexistente).

Ahora bien ¿la excepcionalidad de la prisión preventiva, al devolverse su auténtico carácter de medida cautelar, imponía una modificación sustancial al texto del artículo 18 constitucional?

Veamos:

De las diez iniciativas que informaron la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, cuatro se ocuparon del artículo 18 de la Carta Magna: la presentada el 19 de diciembre de 2006 por los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González; la presentada el 25 de abril de 2007 por los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Burguete, Ricardo Cantú Garza, Raymundo Cárdenas Hernández y Layda Elena Sansores San Román; y dos presentadas el 4 de octubre de 2007 por los diputados federales a la LX Legislatura integrantes del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática.

La primera de las referidas iniciativas, no se ocupa del carácter *cautelar* de la prisión preventiva, sino que pretende “complementar la redacción vigente del artículo 18 constitucional para prescindir de la prisión preventiva en los casos en que, de decretarse una pena privativa de la libertad, ésta pueda ser sustituida por una sanción diversa —como son las de tratamiento en libertad o el trabajo a favor de la comunidad, que establecen la mayor parte de los códigos penales en el país—. El objetivo visionario de quienes introdujeron las penas sustitutivas a la prisión en México sólo se cumple cuando se evitan los efectos nocivos de los encarcelamientos por periodos breves, sea una vez impuesta la pena o —con mayor razón— antes de ello”.

Es de anotarse que desde el inicial dictamen presentado a la Cámara de Diputados el 11 de diciembre de 2007 por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, esta iniciativa no fue abordada. Y es que si bien no se puede negar la bondad del fin propuesto —evitar la imposición de la prisión preventiva en los casos en que procediera algún sustitutivo penal—, la iniciativa, *per se*, pugna con el espíritu que posteriormente alimentó la reforma constitucional, pues puede observarse que aún se asume como un regla a la prisión preventiva y el caso en que se pretendía no se aplicase constituía una excepción, es decir, se seguía la lógica de que la prisión preventiva *había* de aplicarse en todos los casos en que se pudiese aplicar una pena corporal.

En la segunda de las propuestas, que ya hace eco de los “esfuerzos de aquellos que nos han antecedido con propuestas en la materia”, específicamente de la “propuesta de los miembros de la Red Nacional a favor de los Juicios Orales y del Debido Proceso Legal, integrada por varias organizaciones académicas y de la sociedad civil”, los diputados que suscribieron la iniciativa propusieron reformar el artículo 18 constitucional para armonizarlo con los artículos 14 y 22, que habían proscrito la pena de muerte. Así, al ser la pena de prisión la única *pena corporal* prevista por la totalidad de las legislaciones sustantivas penales del país, los diputados estimaron inadecuado seguir utilizando la frase “penal corporal”, por lo que propusieron cambiarla por “pena privativa de libertad”.

En la tercera de las iniciativas se propuso reformar el artículo 18 constitucional con dos grandes finalidades: enfatizar que los reclusos deben gozar y ejercer los derechos humanos que les consagra la Constitución Federal, y evitar que “luchadores sociales” sean internados en centros de máxima seguridad sin cumplir el perfil criminológico respectivo. Asimismo, la iniciativa se ocupó de temas inherentes a la administración y gestión del sistema penitenciario que escapa al objeto de este trabajo. Sin embargo, cabe resaltar la ambigüedad de esta iniciativa al señalar que el sistema penal se administrará “sobre la base del trabajo, la capacitación para éste y la educación como medios para la readaptación social del delincuente”, pero al final habla que la finalidad de las penas y medidas de seguridad es “la reinserción social de los sentenciados”.^{406 407}

En la cuarta de las iniciativas presentadas, los diputados que la suscribieron señalaron que el “tema de la inseguridad, recobra mayor importancia a raíz de las medidas implantadas por Felipe Calderón para combatir el incremento constante de la delincuencia organizada y las ejecuciones que se efectúan en diversas entidades del país”. Para ello, en la iniciativa que suscribieron propusieron “que la gravedad del delito se mida en función de la pena y no por un listado arbitrario de delitos como sucede actualmente en los delitos federales, donde en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales se establece dicho listado, lo anterior ha permitido

⁴⁰⁶ En el dictamen presentado a la Cámara de Diputados el 11 de diciembre de 2007 por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, se señala “Por otro lado, se estima que “readaptación social” es inadecuado para nombrar al momento en que los sentenciados terminan sus condenas y se insertan nuevamente en su entorno social. Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión, como una institución total y excluyente, inferiremos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social. Una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad. Por lo anterior, se apoya que se cambie el término “readaptación social” por el de “reinserción social” y que se tenga como un nuevo objetivo el procurar que los reclusos no vuelvan a delinquir”. En la discusión del dictamen que tuvo lugar el 12 de diciembre de 2007, el diputado Felipe Borrego Estrada indicó: “Otra propuesta importante de la presente reforma es el cambio del paradigma de la pena, en donde se transita de la llamada readaptación social a la reinserción social, dejando atrás la teoría que ubicaba al sentenciado como una persona desadaptada socialmente o enferma, para considerar que el individuo que cometió una conducta sancionada por el orden jurídico, debe hacerse acreedor a la consecuencia jurídica que corresponda, mediante la aplicación de la pena, antes de volver a incorporarse a la sociedad”. Este cambio de actitud respecto de la “finalidad de la pena” ya había sido abordado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXIII, mayo de 2005, pp. 339 y siguientes, en la que desconoció que la readaptación social sea la finalidad de la pena, pues de ser así “la pena y la función punitiva cambiarían de naturaleza”. (Vid: Supra, nota 30.)

⁴⁰⁷ García Ramírez señala: “Digamos que en el fondo se trata, bajo otras palabras, de alentar la readaptación social, sin confesar este nombre: reinserción y procuración de no reincidencia son el otro rostro de la readaptación social, concebida como colocación del sujeto en condiciones que le permitan optar por la conducta lícita, siempre en ejercicio de su libertad de elegir. Si se carece de ésta nos hallaremos bajo el ala del autoritarismo, que confunde readaptación (o reinserción) con “conversión” o “transformación”, negaciones de la libertad. Nada tiene que ver con la genuina readaptación, la injerencia autoritaria en la personalidad del infractor” (*Reseña Legislativa Sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal*. Op. cit., p. 1569).

que ciertas conductas que afectan gravemente a la sociedad no sean sancionadas en virtud de no estar contempladas en ese listado de delitos, de esta manera será la gravedad de la conducta la que determines la penalidad”; asimismo, propusieron que “el Juez que decrete la prisión preventiva deberá revisar cada tres meses si persiste la necesidad de continuar con dicha medida, sobre todo en tratándose de aquellas personas que no pudieron obtener su libertad por falta de recursos económicos para cubrir la caución que se le haya fijado, o bien de aquellos casos a quienes se impuso esta medida como resultado de los elementos aportados por el Ministerio Público”. Los proponentes indicaron que “esta propuesta se ajusta a diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México ha ratificado”, específicamente el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El texto del artículo 18 constitucional propuesto en esta iniciativa es sumamente innovador y consideramos que en el dictamen que a la postre dio origen al actual texto del referido artículo —incluso del 19— desperdició esta enriquecedora propuesta. En efecto, la iniciativa proponía que el artículo 18 constitucional fuese reformado de la siguiente manera:

Artículo 18. Durante el proceso penal podrán imponerse al imputado sólo las medidas precautorias indispensables, con la finalidad de asegurar su comparecencia en juicio, el desarrollo de la investigación y proteger a la víctima, los testigos y la comunidad. La prisión preventiva sólo podrá imponerse cuando otras medidas cautelares menos restrictivas no sean suficientes para garantizar su propósito.

Cada tres meses la determinación de la prisión preventiva, deberá ser validada por el juez comprobando que no se han desvanecido los requisitos del auto de formal procesamiento.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se siga el juicio, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Siempre que se trate de delincuencia organizada y de delitos en cuya comisión se utilicen medios especialmente violentos como armas de fuego, explosivos o cualquier otro con efectos similares, habrá lugar a prisión preventiva cuya duración se prolongará por el tiempo en que se haga uso del derecho de defensa y no habrá lugar a libertad provisional bajo caución.

En primer término, nos parece inadecuado que en el artículo 18 constitucional se trate la figura procesal *prisión preventiva* —aún como medida cautelar— y lo atinente al sistema penitenciario, en cuanto a su administración y gestión. Nos parece que el Poder Reformador de la Constitución desaprovechó una buena oportunidad para trasladar el tema de prisión preventiva al artículo 19, pues al tratar ese artículo lo relativo a las medidas cautelares y al auto de vinculación a proceso, lo adecuado era que también tratara lo relativo a la prisión preventiva como medida cautelar, dejando en el artículo 18 los temas relativos a la administración y gestión del sistema penitenciario y al establecimiento del sistema integral de justicia para adolescentes.

Esto último lo afirmamos, pues con esta iniciativa se propuso introducir en el sistema penal mexicano de manera expresa las medidas cautelares —*medidas precautorias* dice la propuesta— con una clara finalidad: asegurar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y proteger a la víctima, los testigos y la comunidad. Nos parece que esta propuesta era la más adecuada, pues hablaba de medidas cautelares en forma general, para después referirse expresamente a la prisión preventiva —como una de estas medidas—, justificando su última *ratio* cuando otras medidas cautelares *menos restrictivas* no sean suficientes para garantizar tales

propósitos. Así, se establecía expresamente una especie de jerarquización de las medidas cautelares en el proceso, colocando a la prisión preventiva como la más extrema de las medidas y, por ende, dado su carácter excepcional, restringiendo su aplicación a casos concretos, abandonando la *generalidad* establecida en el anterior artículo 18 constitucional.

Para reafirmar el carácter excepcional de la prisión preventiva, la iniciativa propuso su revisión oficiosa —*validación*, dice la propuesta— por parte del juez cada tres meses y estableciendo una duración máxima de dos años.

Sin embargo, en el dictamen presentado el 11 de diciembre de 2007 al pleno de la Cámara de Diputados por sus Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, se consideró oportuno acoger las propuestas en cuanto al cambio de denominación de “pena corporal” por “pena privativa de libertad” y de “reo” por “sentenciado”, así como el régimen especial dado a la delincuencia organizada, conservando en esencia la redacción del artículo 18 constitucional que reza: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad 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”.

Desde luego, resulta atinado conservar la disposición constitucional expresa que limita la aplicación de la prisión preventiva a aquellos delitos que ameriten pena privativa de libertad; sin embargo, aun cuando las medidas cautelares fueron trasladadas al artículo 19 —correctamente, a nuestro parecer—, se perdió la armonía en el sistema de medidas cautelares dentro del proceso penal, máxime que con relación al mencionado artículo 19 constitucional, el dictamen que nos ocupa se limitó a diferenciar la prisión preventiva de “otras medidas cautelares”, esto es, presuponiendo la existencia de un sistema de dicha medidas, pero sin establecerlas expresamente.

Asimismo, el dictamen trasladó lo relativo a la imposición oficiosa de la prisión preventiva al artículo 19; empero, la propuesta relativa a la revisión oficiosa de tal medida cautelar fue omitida, y en su lugar, en el artículo 19, estableció que “La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso” (párrafo tercero). Ambos temas serán motivo de estudio en la sección siguiente. Lo relativo a la duración de la prisión preventiva fue trasladado al segundo párrafo de la fracción IX del apartado B del artículo 20 reformado.

El 12 de diciembre de 2007 fue discutido el dictamen presentado a la Cámara de Diputados, y si bien los diputados José Manuel del Río Virgen, Silvia Oliva Fragoso, David Mendoza Arellano, Elsa Conde Rodríguez, Othón Cuevas Córdova y Aleida Alavez Ruiz, reservaron algunos párrafos del artículo 18 para discusión, tales reservas fueron desechadas y el primer párrafo del precepto constitucional anotado fue aprobado por mayoría calificada de 301 diputados presentes.

El dictamen presentado el 13 de diciembre de 2007 al Senado de la República por sus Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos Segunda, hizo suyas las argumentaciones de la Cámara de Diputados y propuso la reforma del artículo 18 constitucional sin modificación alguna. Si bien el proyecto fue devuelto a la Cámara de Diputados, en términos del artículo 72 inciso e), de la

Constitución Federal, las modificaciones propuestas por el Senado de la República no se ocuparon del primer párrafo del artículo 18 constitucional, motivo por el cual omitimos esta parte del proceso de reforma. Así, el 28 de mayo de 2008, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión hizo la Declaratoria en la que se aprueba el Decreto por el que se reforma, entre otros, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar, en lo que a este trabajo interesa, como sigue:

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

Sección 3. El artículo 19 constitucional.

De las diez iniciativas de reformas que informan la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se ocupan del artículo 19 las siguientes:

1.- La presentada el 19 de diciembre de 2006 por los diputados César Camacho, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, en la que propone cambiar la denominación del “auto de formal prisión” por la de “auto de vinculación a proceso”. Esta propuesta resulta acertada, pues despoja a la prisión preventiva de su carácter de regla general al cambiar la denominación del llamado *auto cabeza del proceso*; asimismo, fue necesario que conservara la fórmula “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas”, pues si tomamos en cuenta que de acuerdo con el nuevo sistema penal introducido por esta reforma constitucional, la prisión preventiva como medida cautelar se impone previo al dictado del auto de vinculación a proceso, resulta adecuado que se supedite esta medida cautelar al dictado del auto referido, que tendrá el objeto de fijar los hechos materia de la investigación.

Si bien se propuso suprimir el término formal prisión, en la reforma se conservaron resabios propios del anterior sistema penal en otros preceptos constitucionales, como por ejemplo —sin ánimos de hacer un estudio extenso—, el artículo 16 párrafo séptimo reformado, que establece: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”, lo cual resulta incongruente, ya que de acuerdo con el nuevo sistema de justicia penal, el juez no recibe consignaciones, pues la investigación que realice el Ministerio Público deberá someterse al control judicial, de ahí que el párrafo décimo cuarto del propio artículo 16 disponga que “los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”. Así, debió establecerse, a fin de lograr una armonía en las disposiciones constitucionales atinentes al *control de la detención* únicamente que *los jueces de control procederán a calificar la constitucionalidad de la detención —en casos de flagrancia o urgencia— o retención decretada por el Ministerio Público*, lo cual sería acorde con la disposición del párrafo décimo que señala que “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial”, y

se vería complementado con las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19 constitucionales relativas a la imposición por el juez de control de las medidas cautelares, a solicitud del Ministerio Público.

2.- En la iniciativa de reforma presentada el 6 de marzo de 2007 por el diputado César Camacho Quiroz puede apreciarse que los impulsores de la reforma no tenían un concepto claro de los mal llamados “juicios orales” ni un fin específico en el establecimiento de un nuevo sistema penal de corte acusatorio, adversarial y oral. Y es que si bien el expositor señala con toda pompa que “la revisión del sistema de justicia en México se presenta actualmente como un reto impostergable” y que “la sociedad mexicana percibe que la lentitud, iniquidad, corrupción e impunidad son el denominador común en la mayoría de los casos cuando las personas intervienen en la sustanciación de un proceso penal”, al referirse al artículo 19 constitucional señala:

Una reforma de los alcances que hasta ahora se han delineado requiere nuevas denominaciones. Como se indicó más arriba, en nuestro país el sistema procesal penal está pensado desde el encarcelamiento del imputado, desde su inmediata puesta en desventaja. Si se pretende construir un proceso democrático es necesario empezar a hablar y a pensar desde la libertad y desde los derechos. Así pues, en lugar de usar la añeja expresión "auto de formal prisión" para referirnos a la decisión judicial que impone la medida cautelar de prisión preventiva, se propone usar el término "auto de prisión preventiva".

Cambiar la denominación “formal prisión” por “prisión preventiva”: la misma gata... El expositor tiene el acierto, hay que reconocerlo, de hablar ya de medidas cautelares y de señalar que para la procedencia de la prisión preventiva como tal “se exigirían acreditar los mismos presupuestos que para la necesidad de cautela, es decir, el peligro de fuga, la obstrucción al curso del proceso y la probabilidad de que el imputado afecte a terceros o a la sociedad cometiendo delitos”, pero tiene el desacierto de considerar a la prisión preventiva como la regla general —y no la más excepcional de las medidas cautelares— al señalar en la iniciativa que “si además de la vinculación el Ministerio Público solicita una medida cautelar distinta a la prisión preventiva, se deja en libertad al legislador ordinario para establecer los requisitos de su procedencia, exigiendo en todo caso que la misma sea necesaria”.

En esa guisa, la propuesta del diputado Camacho Quiroz proponía reformar los párrafos primero y cuarto del artículo 19 de la Constitución, en los siguientes términos:

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de prisión preventiva en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para estimar como probables la existencia de un hecho delictivo y la responsabilidad del indiciado...

[...]

Para vincular a proceso sólo se requerirá consignar los hechos delictivos que el Ministerio Público atribuya al inculpado. Si el Ministerio Público solicita alguna medida cautelar distinta a la prisión preventiva deberá justificar su necesidad de acuerdo con lo que disponga la ley.

3.- En la iniciativa de reforma presentada el 25 de abril de 2007 por los diputados Javier González Garza, Alejandro Chanona Burguete, Ricardo Cantú Garza, Raymundo

Cárdenas Hernández y Layda Elena Sansores San Román, el problema que arrastra la prisión preventiva en el sistema penal mexicano se resumió de la siguiente forma:

Hasta el día de hoy, en nuestro país opera un esquema constitucional que presupone que un legislador puede tener más sensibilidad que un juez para tomar decisiones al respecto. Si el delito es legislativamente catalogado como "grave", la persona habrá de permanecer en prisión preventiva. En términos prácticos, este sistema se ha traducido en que los legisladores locales han incrementado la cantidad de delitos definidos como "graves". La consecuencia es que la población penitenciaria se ha multiplicado en todo el país, sin que la mayoría de los internos sean el tipo de delinquentes que son relevantes para la seguridad pública...

Esto es, el “catálogo” de delitos graves que suponía la prisión preventiva de un probable responsable es reconocido como un mal innecesario en muchos de los casos, pues esta media era aplicada tomando en cuenta únicamente las características del hecho y no el perfil criminológico del imputado. Así, esta iniciativa tuvo la bondad de proponer devolver al juez la potestad de imponer la prisión preventiva atendiendo las características de cada caso particular, esto es, no solamente el hecho y el perfil criminológico del imputado, sino incluso otras circunstancias que permitan u obstaculicen el debido desarrollo del proceso, como la posibilidad de que el imputado de sustraiga a la acción de la justicia.⁴⁰⁸

Además, la iniciativa atendió una problemática largamente discutida: el costo económico que implica sostener el sistema penitenciario. Y es que —puntualiza la iniciativa— “en México, alimentar, custodiar y albergar cada prisionero cuesta al contribuyente aproximadamente \$61,000 pesos al año (\$167 pesos por día)”, que de acuerdo con los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, significa un gasto anual total para el erario público —federal y estatal— de poco más de cinco mil quinientos millones de pesos que se verían mejor empleados en “programas sociales y de prevención del delito”.⁴⁰⁹

Un costo social adicional —nos dicen los expositores de la iniciativa en comento— consiste en que

los reclusos vuelven a sus hogares con menos salud, poca confianza en sí mismos, y menos posibilidades de llevar una vida normal. La experiencia de la cárcel genera un estigma social que reduce sus posibilidades de desarrollo posterior y priva a los acusados de saludables contactos con amigos y parientes, al tiempo que los expone a las experiencias de otros reclusos que les enseñan maneras de delinquir.

La iniciativa describe “uno de los efectos más perversos del abuso generalizado de la prisión preventiva”, al señalar que

⁴⁰⁸ Zepeda Lecuona, Guillermo. *El Uso Excesivo e Irracional de la Prisión Preventiva en México*. En: García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal. *Panorama Internacional Sobre Justicia Penal. Proceso Penal y Justicia Penal Internacional*. México, D. F., 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 238.

⁴⁰⁹ Zepeda Lecuona señala que “la operación del sistema carcelario nacional implica un costo promedio de 130 presos diarios por cada uno de los 210 mil reclusos del país. Esto significa aproximadamente 27 millones de pesos diarios y 9.93 mil millones de pesos anuales. Con estos recursos se podrían cubrir más de cuatro años (4.2) del programa para superar la pobreza en Oaxaca, uno de los estados con mayores rezagos en el país” y “la gran mayoría de los reclusos corresponden a la delincuencia menor” Ello significa que “racionalizar el uso de la prisión como sanción y la prisión preventiva como medida cautelar, liberaría una gran cantidad de recursos que podrían ser dirigidos a la inteligencia policial y la investigación de los delitos de mayor impacto social (como secuestros, homicidios, violaciones)” (Op. cit., p. 235).

se ha demostrado estadísticamente y que conviene aquí exponer, es que destruye los incentivos naturales que tendrían los participantes en el proceso penal. La prisión preventiva se traduce en que el órgano acusador obtiene el encarcelamiento de la persona acusada, desde los primeros minutos del proceso, sin que haya sentencia ni pronunciamiento judicial sobre su culpabilidad. Esto confunde a la opinión pública, y dificulta la tarea de los jueces, produciendo una distorsión en los incentivos deseables. La imparcialidad de los jueces se ve afectada porque quien juzga no quisiera posteriormente tener que reconocer que tuvo preso a un inocente: preferirá condenarlo. En cambio, la parte acusadora, que normalmente tendría que investigar exhaustivamente un delito para obtener una respuesta punitiva, tiene menos razones para profundizar en su investigación, pues el resultado máximo que podría obtener para el imputado - la cárcel- ya ha sido obtenido. Así, quien debe juzgar imparcialmente es menos imparcial, y quien debe investigar exhaustivamente, hará menos investigación. En consecuencia, el efecto neto de la prisión preventiva es incrementar los riesgos de error judicial ya que, como hubo menos investigación y menos imparcialidad, aún si la persona es condenada, hay menos certeza de que ésta es quien efectivamente cometió el delito.

Esta aseveración no es del todo afortunada: cierto es que —lo hemos afirmado— la prisión preventiva significa aprisionamiento sin condena; empero, el atribuir a esta medida todas las ineficiencias del sistema penal es aventurado. Y es que los expositores pierden de vista que de acuerdo con el sistema anterior a la reforma de 18 de junio de 2008, el órgano persecutor tenía la obligación constitucional de presentar pruebas de cargo *suficientes* para justificar la prisión preventiva de un inculpado; el problema radicaba, sin embargo, en la forma en que estas pruebas eran —y son aún— recabadas, esto es, sin respetar los derechos de defensa adecuada y audiencia del imputado.

Tiene razón el expositor al señalar que el juez que ya sometió a prisión preventiva a un inculpado preferirá condenarlo que reconocer su no responsabilidad; pero esto no es sólo debido al aprisionamiento que ya decretó desde el inicio del proceso, sino a otros vicios que se arrastran desde antaño en el sistema de valoración de la prueba —criterios que incluso tiene carácter jurisprudencial— y que podrán combatirse no solamente con un nuevo esquema de medidas cautelares, sino con la capacitación y actualización de los juzgadores. Zepeda Lecuona apunta que, además, los órganos persecutores e impartidores de justicia, no tienen más opción que liberar o adelantar el proceso penal, sin poder “reportar conciliación, acuerdos de reparación del daño”.⁴¹⁰

En lo tocante a la “parte acusadora” —Ministerio Público—, compartimos el criterio del expositor: la excepcionalidad de la prisión preventiva o de otras medidas cautelares y el carácter acusatorio del sistema penal, *obligará* al órgano persecutor del delito a profundizar sus investigaciones, pero ello implica también que debe capacitar a su personal y modernizar los métodos de investigación.

De acuerdo con ello, resulta incorrecta la apreciación de la iniciativa en el sentido que “el efecto neto de la prisión preventiva es incrementar los riesgos de error judicial”, pues ignora que otros factores lo potencializan aún más, y al no precisarlo así, corre el riesgo de generar contracorrientes de opinión —como ya las hay— en contra de la excepcionalidad de la prisión preventiva y que exigen un *endurecimiento* en su aplicación como parte de la política criminal estatal.

⁴¹⁰ Ídem, p. 239.

La iniciativa tuvo la bondad de reconocer que el artículo 20 apartado A fracción I —en su anterior redacción— contravenía los compromisos internacionales contraídos por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos y especialmente con relación al principio de presunción de inocencia y prisión preventiva.⁴¹¹ Así, señalan los expositores que la figura de la prisión preventiva establecida por el sistema penal mexicano contravenía los principios de procedencia, cautelaridad, excepcionalidad, proporcionalidad y provisionalidad que, conforme a los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9.3 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia y opiniones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben regir tal medida cautelar.

En la exposición de motivos también se advirtió la inexistencia de un criterio uniforme que orientara al legislador ordinario en la calificación de “gravedad” de los delitos y, de esa manera, procediera la prisión preventiva del inculpado, lo que provocaba que dicha medida se aplicara “a la gran mayoría de los inculcados, sea porque cada vez es mayor el número de delitos calificados como graves por el legislador federal o estatal, o debido a la gran mayoría de los inculcados carecen de recursos para cubrir la garantía que el juez les exige para poder obtener su libertad “provisional””.⁴¹²

Así, la iniciativa en comento propuso:

1.- Hablar de medidas cautelares, “a fin de que quede muy claro el sentido no sólo de la prisión preventiva, sino de toda medida restrictiva de derechos aplicada al inculpado antes de dictarle sentencia: cabe reiterar que entre sus fines se cuenta garantizar la comparecencia en juicio, o la integridad de la víctima. Pero con ello también se busca abrir la posibilidad de que el legislador secundario establezca diversos tipos de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y no se limite a establecer la caución como única medida”.

2.- Garantizar la excepcionalidad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares, a fin de que éstas se apliquen únicamente cuando sean las ““indispensables” para asegurar la comparecencia a juicio del imputado, el desarrollo de la investigación y proteger a la víctima, a los testigos y a la comunidad”.

⁴¹¹ Vid: supra, capítulo IV, sección 3.

⁴¹² Guillermo Zepeda señala al respecto: “En cuanto al marco institucional ya se ha señalado que las leyes del país han optado por establecer catálogos de delitos graves, en los que no se puede acceder a la libertad durante el proceso penal. Ante la presión de la ciudadanía por resultados, los legisladores han decidido establecer sanciones más severas, entre ellas (como una sanción, más que como requisito del proceso) la privación de la libertad durante el proceso. Se han multiplicado a tal grado las agravantes de los delitos, que es más fácil cometer un robo grave que uno simple, pues hay alrededor de una docena de agravantes decimonónicas o fruto de un discurso de emergencia frente al crimen. Entre las agravantes que convierten en inexcusable una conducta están la nocturnidad (que ya haya atardecido), el robo de instrumentos de trabajo de la víctima, hurto de productos agropecuarios, entre otros. La inflexibilidad de las categorías establecidas por la ley propician que la prisión preventiva, que fue concebida como una medida para garantizar el desarrollo del proceso, pierda esa naturaleza procesal y se convierta en sanción, pues salen sobrando, ante la presunción legal, las consideraciones particulares sobre el riesgo fundado de fuga, la peligrosidad real del procesado para la víctima, la investigación o la sociedad. Se ha hecho de la legislación mexicana un instrumento de gran severidad que está saturando de presos las cárceles” (Op. cit., p. 238).

3.- Establecer expresamente el principio de excepcionalidad de la “prisión preventiva y contemplarle como una medida de ultima ratio. Asimismo, en el párrafo tercero se establecen dos años como plazo máximo de duración de la prisión preventiva, sin perjuicio de los plazos intermedios que habrá de disponer tras escuchar a las partes. Este plazo máximo y las consecuencias que trae aparejadas también evitarán que se aplique en la práctica la prisión preventiva como pena anticipada e introducen un deseable incentivo para que las autoridades impartan justicia en tales plazos”.

De acuerdo con ello, la iniciativa propuso reformar el contenido del artículo 19 constitucional, en los siguientes términos:

Artículo 19. Durante el proceso podrán imponerse al imputado sólo las medidas cautelares indispensables, con la finalidad de asegurar su comparecencia en juicio, el desarrollo de la investigación y proteger a la víctima, a los testigos y a la comunidad. Para imponerlas deberá ser necesario además que el Ministerio Público acredite que hay bases para estimar como probables la existencia del hecho delictivo y la responsabilidad del imputado.

La prisión preventiva sólo podrá imponerse cuando otras medidas cautelares menos restrictivas no sean suficientes para garantizar su propósito.

La prisión preventiva siempre se sujetará a plazo y su pertinencia se revisará de manera periódica. La prisión no podrá exceder del tiempo que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso podrá superar dos años. Si cumplido ese término no existe una sentencia condenatoria, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el juicio, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Si en la audiencia de control de la detención se solicitare la prisión preventiva, el juez resolverá en la misma audiencia. Sin embargo, si las partes justifican, el juez retendrá al acusado y celebrará una audiencia dentro de setenta y dos horas para escuchar y resolver sobre la solicitud.

En esta iniciativa, además, se incluyeron propuestas para modificar los artículos 16 y 20 (éste último dividido en tres apartados A, referente a los principios generales del proceso penal, B, atinente a los derechos del imputado, y C, tocante a los derechos de la víctima u ofendido).

Así, la iniciativa propuso la inclusión de un párrafo décimo quinto en el artículo 16 constitucional, estableciendo la figura de los *jueces de control* “que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución”. La iniciativa previene que no se trata de los antiguos jueces de instrucción, heredados de la tradición jurídica española y abolidos en la Carta de 1917, pues “seguirá siendo responsabilidad del ministerio público la retención de los detenidos, hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación, caso en el cual éste determinará la legalidad de la detención y el mérito necesario para la vinculación al proceso”.

Con esta propuesta, se “redondea” el sistema de las medidas cautelares, pues se judicializa su imposición, lo cual resulta de suma importancia, pues —aparte de los casos en que la prisión preventiva resulta ser de imposición oficiosa—, es el juez de control quien, ponderando la solicitud y los datos aportados por el Ministerio Público, podrá considerar las características del hecho imputado y las circunstancias personales del imputado para imponer tal medida cautelar.

Mientras que la iniciativa propuso la creación del nuevo apartado B del artículo 20 constitucional, en cuya fracción IX se establecen las “nuevas reglas para limitar la prisión preventiva”, previéndose “además de la limitación de que no podrá exceder el máximo de la pena privativa de la libertad del delito de que se trate, que ya existe, una nueva regla de duración máxima de esta medida cautelar consistente en que la prisión preventiva no dure más de dos años si la demora es imputable al Estado”.⁴¹³

La propuesta establece que la prisión preventiva podrá prolongarse cuando “se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”, pero también dispone que “si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares”. Esto no significa que en todos los casos en que se cumpla el término de dos años deba liberarse *ipso iure* al imputado; por el contrario, deben diferenciarse dos supuestos: cuando la actividad probatoria de la defensa requiera de mayor tiempo, caso en el cual la prisión preventiva *podrá* prolongarse por el tiempo necesario; caso distinto cuando, una vez terminada la fase de juicio —en el cual se reciban las pruebas de las partes— el órgano judicial del conocimiento no *haya* dictado sentencia.

García Ramírez señala al respecto:

*Habida cuenta de que la prisión preventiva es, en sí misma, una indeseable restricción de derechos, y considerando la general exigencia de plazo razonable para el desarrollo del procedimiento —y más aún para la duración del encarcelamiento cautelar—, es digna de elogio la provisión del Constituyente Permanente. Habrá que acomodar a esta nueva situación la diligencia de los sujetos procesales y las reglas mismas del procedimiento, así como proveer alternativas cautelares verdaderamente eficaces. De lo contrario se corre el riesgo, no menor, de que fracase la plausible reforma.*⁴¹⁴

En el dictamen presentado a la Cámara de Diputados, se definió el objeto de las medidas cautelares, al señalar que “la aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas”, esto es, “cuando exista necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio; el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, los testigos o de la comunidad; cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso”.

Sin embargo, no estableció expresamente un sistema de medidas cautelares en el proceso penal, sino que dejó esa función a la legislación ordinaria. En efecto, el dictamen propuso la fórmula “el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes”, por lo que sólo estimó oportuno ocuparse de la más grave de las medidas cautelares, dejando al legislador ordinario la tarea de definir las “otras medidas cautelares”.

⁴¹³ Vid: Zepeda Lecuona. O. cit., p. 242.

⁴¹⁴ García Ramírez, Sergio. *Reseña Legislativa Sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal*. Op. cit., p. 1574.

El dictamen reconoce además que para “evitar los excesos cometidos hasta ahora con la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto”, lo cual resulta “acorde con el principio de presunción de inocencia”. Asimismo, el dictamen señala que otro elemento que debe tomarse en cuenta es la proporcionalidad tanto al delito que se imputa como a la necesidad de cautela, de modo que será el juez el que, atendiendo a los datos aportados por el Ministerio Público, será quien evaluará en cada caso concreto para la imposición de las medidas cautelares.

Si bien el dictamen señala que el principio de subsidiariedad permitirá optar “por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares”, también reconoce que en los casos de delitos graves y delincuencia organizada se requiere de una “regulación especial”, justificando así la procedencia de la prisión preventiva oficiosa en esos casos. Empero, el dictamen reconoce que las causas de procedencia oficiosa de la prisión preventiva deben “estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional”.

De esa forma, el dictamen reconoce el abuso que en la legislación ordinaria federal y local se hizo de la figura del *delito grave*, para limitar el acceso del inculpado al beneficio de la libertad provisional bajo caución, pues cuando se crearon los delitos graves “se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales”, pero la experiencia demuestra “un enorme abuso de la prisión preventiva, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria”.

A fin de evitar tal abuso, el dictamen estableció los supuestos en los que procede la prisión preventiva de manera oficiosa, a saber, “para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

De igual manera, el dictamen estableció un *condado* para evitar el abuso de la prisión preventiva, limitando su aplicación “si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos”. De acuerdo con ello, si bien la prisión preventiva —al igual que otras medidas cautelares—, se aplicará por un juez de control, será a través del dictado de un auto vinculatorio que se justifique su subsistencia, evitando con ello detenciones arbitrarias o excesivas.

El dictamen omitió la propuesta relativa a la revisión oficiosa periódica de la prisión preventiva, sin dar justificación alguna. En su lugar, el dictamen señala que “la decisión sobre medidas cautelares es evidentemente revisable, tan es así que expresamente se prevé que se podrá revocar la libertad de los individuos ya vinculados a proceso, cuando se acrediten los extremos previstos en la propia Constitución y de conformidad con lo que disponga la ley”. Esta propuesta nos parece inadecuada, pues habla de revocación de libertad, conservando así el concepto del “beneficio de la libertad provisional” propio del anterior sistema penal pero que, por cierto, fue abolido por la reforma que nos ocupa. Pero más aún, con esa fórmula el dictamen da la idea de revisión de las medidas cautelares en *perjuicio* del imputado, y si bien es principio universal que en toda decisión el

juez o tribunal deberán resolver lo más favorable al imputado, esta propuesta podría dar pie a que en la legislación secundaria se omitan disposiciones relativas a la revisión de las medidas cautelares en beneficio del imputado.

Las reformas propuestas en el dictamen fueron aprobadas en la discusión llevada a cabo en la Cámara de Diputados el 12 de diciembre de 2007, y enviadas al Senado de la República, en su calidad de cámara revisora.

En el dictamen presentado al pleno del Senado de la República el 13 de diciembre de 2007, las comisiones relativas compartieron el criterio de la Cámara de Diputados en cuanto a las reformas al artículo 19 constitucional, señalándose que “se establece una nueva regulación respecto de medidas cautelares entre ellas la prisión preventiva, de tal forma que ésta sólo excepcionalmente podrá ser aplicada cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”, haciendo hincapié que “para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud, la prisión preventiva se sugiere que se aplique en todos los casos”.

De igual manera, en el dictamen relativo se admitieron las modificaciones propuestas a los artículos 16 párrafo décimo quinto y 20 apartado B fracción IX constitucionales.

En la discusión llevada a cabo en el Senado de la República, el dictamen fue votado favorablemente, por lo que las modificaciones al artículo 19 fueron aprobadas en sus términos. Lo mismo sucedió con el texto propuesto del artículo 20 apartado B fracción IX. Sin embargo, en lo tocante al artículo 16, en la discusión se acordó suprimir el párrafo décimo propuesto en el dictamen, por lo que el párrafo décimo quinto se recorrió y pasó a ser el décimo cuarto.

El texto de los citados artículos fue aprobado por la Cámara de Diputados en discusión llevada a cabo el 26 de febrero de 2008 (dictamen presentado el 21 de ese mismo mes y año). Sin embargo, puesto que el párrafo décimo del artículo 16 constitucional propuesto en el dictamen fue suprimido, el párrafo décimo cuarto de dicho artículo pasó a ser el párrafo décimo tercero.

En el dictamen de 6 de marzo de 2008 presentado al Senado de la República, se aprobaron las modificaciones propuestas por la Cámara de Diputados, y en la discusión llevada a cabo esa misma fecha se aprobó dicho dictamen, quedando reformados los artículos 16 párrafo décimo tercero, 19 y 20 apartado B fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo de esa forma un sistema de medidas cautelares en el proceso penal, quedando como sigue:

Artículo 16. [...]

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y ministerio público y demás autoridades competentes...

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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

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

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A [...]

B [...]

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

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

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

Sección 4. La prisión preventiva y la necesidad de garantizar el debido desarrollo del proceso penal.

Establecida la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y los principios que la rigen (excepcionalidad, instrumentalidad, proporcionalidad, necesidad, racionalidad, temporalidad o provisionalidad),⁴¹⁵ podemos entonces analizar el objeto de la misma: garantizar el debido desarrollo del proceso penal.

⁴¹⁵ Cfr: Benavente Chorres, Hesbert. *Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México Comentado*. Tomo I, México, D. F., 2009, Flores Editor y Distribuidor, pp. 608, 609. El autor señala como principios de la prisión preventiva: de aplicación de oficio o a instancia de parte; de judicialidad; de excepcionalidad o subsidiariedad; de provisionalidad; de motivación; de la presencia de indicios de la presunta comisión de un delito; y de proporcionalidad. Estimamos que el autor yerra al señalar que la aplicación de oficio o a instancia de parte es un principio, pues éstos realmente son requisitos

El artículo 20 apartado A fracción I de la Constitución Federal, reformado en virtud del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, dispone lo siguiente:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

1. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen...

Es el proceso penal entonces el *supuesto material* o *fumus bonis iure* (aparición de buen derecho) que es supuesto para la imposición de toda medida cautelar, que exige la existencia de un mínimo de antecedentes respecto de la comisión de un delito y la participación del imputado en éste. Estos antecedentes deben ser ponderados en base a su seriedad y solo si son suficientes permiten, en principio, el establecimiento de la medida. La idea que se encuentra detrás de este requisito es consistente con el objetivo de cautelar la realización del juicio, esto es, antes de decidir si de alguna forma se limitarán los derechos del imputado, primero debe existir una expectativa razonable y/o probable de que el proceso penal se realizará y solo en ese supuesto hay una expectativa a proteger, un proceso cuyo desarrollo debe garantizarse.

Una vez identificado el supuesto material de la prisión preventiva, deben establecerse los criterios que han de regir su imposición. En efecto, la sola expectativa de la realización de un juicio no puede ser razón suficiente para restringir los derechos del imputado, pues si bien es verdad que el proceso penal está rodeado de peligros abstractos, lo cierto es que lo que las medidas cautelares deben prevenir de riesgos que razonablemente deban considerarse inminentes o, por lo menos, actualizables, más no probables o posibles. Es por ello que tanto el legislador ordinario como el juzgador en cada caso particular deben atender a la *lógica cautelar*, para establecer criterios para considerar que en determinados casos habrá de imponerse la prisión preventiva. Duce et. al. se refieren a la *lógica cautelar* de la siguiente manera:

*Cuando nos referimos a que la prisión preventiva debe estar regida por una lógica cautelar, queremos indicar que el objetivo de esta institución del proceso penal es garantizar la realización exitosa del juicio y de sus consecuencias. Esto significa en términos prácticos que el proceso penal pueda ser llevado a cabo con expectativas razonables de obtener una respuesta de calidad, vale decir, que el proceso estará en condiciones de dar una sentencia de absolución o de condena.*⁴¹⁶

de procedibilidad, el primero referido a los casos previstos por la ley como inexcusables, y los segundos que requieren la solicitud expresa del Ministerio Público o el acusador privado; de igual manera, resulta incorrecto —según nuestra apreciación— que la judicialidad sea un principio, pues el requisito de que sea la autoridad quien imponga una medida cautelar—o revise su imposición por parte del Ministerio Público, según el artículo 192.I del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México— se refiere a la legitimación del órgano que las impone, más no a un principio que defina la naturaleza de las medidas cautelares; lo mismo sucede con los principios que el autor llama de motivación y de la presencia de indicios de la presunta comisión de un delito, pues en el primero de los casos, la motivación no es una característica particular de las medidas cautelares, sino de todo *acto de molestia*, según lo dispone el artículo 16 constitucional, mientras que, por lo que hace al segundo de los casos, la ponderación de datos es una actividad propia de la autoridad jurisdiccional en su obligación constitucional de motivar sus actos, amén que, de acuerdo con el nuevo sistema de justicia penal, los datos de prueba que aporte el Ministerio Público para justificar la imposición de una medida cautelar, de ninguna manera deben acreditar la *comisión presunta* de un delito, sino la existencia de un hecho delictuoso y la probabilidad de que el imputado participó en el mismo.

⁴¹⁶ Duce, Mauricio et. al. Op. cit., pp. 24, 25.

¿En qué consiste, entonces, esta lógica? Básicamente supone dos ideas. La primera es que el objetivo de la prisión preventiva, junto con otras medidas cautelares, es asegurar que el proceso penal podrá desarrollarse sin problemas, otorgando una respuesta de alta calidad, es decir, que el proceso penal esté en condiciones prácticas de producir una sentencia judicial que resuelva una contienda. Asimismo, en el evento de una condena, debe asegurarse su cumplimiento. En este sentido, la lógica cautelar supone que para que el sistema judicial sea el mecanismo democrático por excelencia para resolver las contiendas de la sociedad, debe alcanzar un umbral de eficiencia. Si el sistema no es eficiente desde este punto de vista (el hecho de llegar a producir una decisión judicial), pierde su legitimidad como mecanismo para resolver conflictos jurídicos y debemos encontrar otro sistema.

La segunda idea que rige esta lógica cautelar viene dada por el avance de los derechos humanos. Así, hoy como sociedad democrática no estamos dispuestos a aceptar cualquier sistema judicial, sino que uno que sea respetuoso de estos derechos, consagrados en tratados internacionales de carácter vinculante. Desde esta perspectiva, el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a no autoincriminarse constituyen límites mínimos que fuerzan al legislador a producir un sistema judicial que sea consistente con un uso de la prisión preventiva contrario a la idea de pena anticipada.⁴¹⁷

Así pues, la lógica cautelar establece pautas consistentes con los principios que informan a la prisión preventiva —presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad— para *determinar* cuáles serán los casos en que deba alterarse la regla general y someter al imputado a la privación de la libertad con la finalidad de cautelar o proteger el proceso penal de un peligro concreto, real, inminente o actualizable. Es por ello que nuestro marco constitucional obliga, en principio, al legislador ordinario a establecer parámetros legales que lleven a considerar tales extremos, y, en el último de los casos, obliga a los jueces a ponderar los criterios legales y, además, las causas inmediatas o motivos particulares para la imposición de la prisión preventiva.

Es el artículo 19 constitucional reformado el que señala los distintos criterios en que se ha de basar la lógica cautelar en el sistema penal mexicano, cuando dice que “el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

Consideramos, entonces, que el texto constitucional introduce tres *variantes* de criterios para determinar la necesidad de las medidas cautelares:

a) Una relativa a cuestiones propiamente procesales, dentro de la que se enmarca la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado al juicio y el desarrollo de la investigación, aspectos éstos que, a nuestro parecer, son las únicas causas legítimas para imponer una medida cautelar que limite los derechos del imputado, pues los peligros procesales que en estos

⁴¹⁷ Vid: Fuentes Maureira, Claudio. *Régimen de Prisión Preventiva en América Latina: La Pena Anticipada, la Lógica Cautelar y la Contrarreforma*. En: *Sistemas Judiciales*. Op. cit., pp. 35, 36.

casos se cautelan son la posibilidad de fuga del imputado y la obstaculización de la investigación, siendo ambas consistentes con la lógica cautelar y en general son consideradas compatibles con los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁴¹⁸

b) La segunda variante basada en objetivos político-criminales, atendiendo específicamente el cambio de rol que sufre la víctima en el proceso penal, desde solo ser un medio de prueba a sujeto procesal, titular de derechos, y también brindar protección a quien es el testigo generalmente más relevante para obtener una condena; asimismo, tienen que ver con consideraciones relativas al funcionamiento del sistema penal, con son incentivar las denuncias y dar mayor legitimidad al sistema. Este tipo de causales hasta cierto punto siguen siendo consistentes con la lógica cautelar del proceso, desde la perspectiva de proteger su desarrollo a través de permitir y facilitar la participación de la víctima, ya sea como el principal medio de prueba de la fiscalía o resguardando su participación y respeto como uno de los sujetos procesales, cuyos intereses legítimos en el proceso penal son reconocidos por el artículo 20 apartado B constitucional.⁴¹⁹

c) La tercera variante, que definitivamente obedece a razones diversas a la lógica cautelar, que incluyen la protección a la comunidad y la reiteración delictiva. En efecto, como lo hemos establecido, las medidas cautelares tienen por objeto *garantizar* aspectos de *un* proceso, por lo que no pueden ocuparse de aspectos ajenos a éste. Así, la protección de la comunidad y que el imputado haya sido condenado o esté siendo procesado por diverso delito doloso son causales extremadamente genéricas que podrían dar una multitud de alternativas interpretativas, desde el peligro de reincidencia del delincuente hasta la alarma social, que escapan claramente de la lógica cautelar y son producto de la conciliación que debió hacerse en la regulación de la prisión preventiva de múltiples valores político-criminales del sistema. Estas causales en ningún caso responden a la idea de resguardar el éxito del proceso penal, *no desde la perspectiva de asegurar su ocurrencia y una respuesta de calidad por parte del sistema*. Cuando se justifica la prisión preventiva por la alarma social, realmente no existe un peligro para el desarrollo de la actividad investigadora o el juzgamiento por el órgano judicial, mas bien, esta causal atiende a la legitimidad del sistema frente a los ojos de los ciudadanos y tiene una directa relación con el fenómeno de la seguridad pública, que en todo el país ha introducido mayores demandas de dureza contra la delincuencia, pero no garantiza en forma alguna el desarrollo del juicio.⁴²⁰ La reiteración de la conducta criminal también se acerca a los postulados de la seguridad ciudadana, mas no tiene utilidad alguna que se relacione con el desarrollo del proceso penal. En efecto, cuando se incorporan causales que atienden a este fenómeno, ya sea como una justificante autónoma o como criterios que el juez debe tomar en consideración al momento de examinar el peligro de fuga o de obstaculización de la investigación, en el sistema la función de la prisión preventiva escapa de la lógica estricta de asegurar el proceso penal y el peligro de esto es la posibilidad de que se produzca una regresión a la pena anticipada o a consideraciones peligrosistas. Si bien esto constituye una lucha de valores del sistema criminal, es claro que las justificantes cautelares pierden peso y comienzan a ceder ante otras consideraciones. El problema

⁴¹⁸ Duce, Mauricio et. al. Op. cit., p. 26.

⁴¹⁹ Ídem, pp. 29, 30.

⁴²⁰ Fuentes Maureira. Op. cit., pp. 41, 42.

radica en que la prisión preventiva se desnaturaliza en su funcionamiento y objetivos y esto tiene consecuencias prácticas relevantes⁴²¹

Contrastados estos enunciados con el contenido del artículo 20 apartado A fracción I constitucional, podemos inferir entonces que el Poder Revisor de la Constitución atendió a criterios supraprocesales para justificar la imposición de la prisión preventiva, lo cual se aleja de los compromisos internacionales sobre derechos humanos que el Estado mexicano ha contraído, por más que la propaganda oficial haya sido en sentido contrario. Es por ello que sostenemos que el *garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos*, son aspectos de un solo fin, que es el debido desarrollo del proceso. Sin embargo, advertimos que el Poder Reformador de la Constitución también tomó en cuenta aspectos ajenos a las cuestiones propiamente procesales que deben garantizarse, como es *garantizar la protección de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso*, medidas que obedecen más bien al criterio de la pena anticipada —paradigma del sistema penal anterior que la reforma constitucional quiso cambiar—, y que han sido concebidas como mecanismos que buscan mucho más que resguardar la celebración del juicio, sino que se busca calmar a la población y generar la impresión de que el sistema es duro y eficiente contra la delincuencia: fascismo, pues.⁴²²

Como lo hemos mencionado con anterioridad, el artículo segundo transitorio del decreto de reformas publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, concedió un plazo de hasta ocho años para que la Federación y las entidades federativas expidan y pongan en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesario a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio, los cuales, desde luego, deberán instrumentar el nuevo sistema de medidas cautelares incorporado a los artículos 18 y 19 constitucionales. En el ámbito federal no existe aún proyecto formal alguno para adoptar las reformas y, al parecer, durante lo que resta de este sexenio, no habrá reforma alguna, si bien la Secretaría de Gobernación instaló la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, el cual tiene por objeto apoyar a las entidades federativas técnica y operativamente en sus esfuerzos por implementar la reforma constitucional. Esta dependencia informó que en enero de 2011, las entidades federativas que tienen en *operación* el nuevo sistema de justicia penal son Chihuahua, Oaxaca, Durango, Zacatecas, México, Morelos y Baja California.

En esa tónica, en esta sección nos ocuparemos de tres ordenamientos para el análisis del tema propuesto: a) El Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, que si bien no se trata de un ordenamiento vigente, por haber sido elaborado con fines orientadores para la redacción de la legislación adjetiva que regule los procesos penales de corte acusatorio, adversarial y oral, contiene valiosas propuestas y definiciones que son de gran utilidad para la exposición de nuestro trabajo; b) El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, publicado en el *Periódico Oficial* del Estado el 9 de septiembre de 2006, y reformado el 26 de septiembre de 2009 para adecuarlo a las modificaciones constitucionales; y c) El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado en la *Gaceta del Gobierno* estatal el 9 de

⁴²¹ Duce et. al. Op. cit., pp. 30, 31.

⁴²² Fuentes Maureira. Op. cit., p. 43. Vid: García Ramírez. Op. Cit., pp. 1570, 1571.

febrero de 2009 y reformado —no muy afortunadamente— por decreto publicado el 18 de marzo de 2011.⁴²³

Analicemos entonces la forma en que la legislación ordinaria —tratando de seguir los lineamientos planteados por el artículo 19 constitucional— regula la prisión preventiva y la forma en la que regulan, de alguna forma, la lógica cautelar de dicha medida:

1.- *Principios generales.* El artículo 179 del Código Modelo establece los principios generales de las medidas cautelares, al señalar:

Artículo 179. Principio general

1. Las medidas cautelares en contra del imputado son las autorizadas por este Código, y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada y motivada, por el tiempo absolutamente indispensable y tendrán como finalidad:

- a) asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos que se requiera su presencia;*
- b) garantizar la seguridad de la víctima y testigos de los hechos; y*
- c) evitar la obstaculización del procedimiento...*

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca habla —no muy afortunadamente— de “medidas de coerción durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos previstas en esta ley, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse, con las salvedades que la Constitución Federal, la Local, una ley de orden general y este Código establecen” (artículo 9º); mientras que su artículo 163 establece como principio general de tales medidas:

Artículo 163. Principio general

Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

Las medidas de coerción en contra del imputado son exclusivamente las autorizadas por este Código, tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada, motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado, y de evitar la obstaculización del proceso o un riesgo para la víctima o la sociedad...

⁴²³ La Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos integró un grupo de trabajo coordinado por Carlos Natarén Nandayapa, en el que participaron los magistrados Carlos Emilio Arenas Bátiz, Armando Ávalos Arellano, Baruch Delgado Carbajal, Crescencio Martínez Geminiano, Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, Virginia Valdés Chávez y Gonzalo Antonio Vergara Rojas; los jueces María del Rosario Garza Alejandro, María Alejandra Ramos Durán y Daniel Urrutia Laubreaux; y los investigadores Antonio Caballero Juárez, Susana Gabriela Camacho Maciel, Raúl Carrillo Muro, Nimrod Mihael Champo Sánchez, José Daniel Hidalgo Murillo y Jorge Witker Velázquez; el cual elaboró el “Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación”. Este trabajo —que consta de un extenso preámbulo a manera de exposición de motivos y el código modelo propiamente dicho—, apunta acertadamente: “En este contexto, debe subrayarse que, aunque la mayor parte del debate público sobre la reforma está centrado en los proyectos dirigidos a la reforma del sistema de justicia federal, el proceso penal en los Estados de la Federación en muchos aspectos puede ser más importante que la reforma en el ámbito federal. Esta trascendencia del proceso penal en los Estados de la Federación se puede justificar, entre otras muchas y válidas razones, por dos de especial importancia: en primer lugar, porque la mayoría de procesos penales que se realizan en este país se tramita en la justicia local; en segundo lugar, porque en este momento, los consensos políticos para avanzar en favor de la reforma se han alcanzado en el ámbito de los Estados, lo que contrasta en buena medida con las dificultades en el ámbito federal.” (Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*. México, D. F., 2008, (no se menciona la editorial), p. XV.)

Por su parte, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en su artículo 180, siguiendo el criterio sugerido por el Código Modelo, establece lo siguiente:

Principio general

Artículo 180. Las medidas cautelares o providencias precautorias autorizadas por la ley, tendrán como finalidades: asegurar la presencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima o del ofendido, de los testigos o de la comunidad, garantizar la reparación del daño, o la ejecución de la sentencia.

Ahora, debe recordarse que tanto en la exposición de motivos de las iniciativas de reforma constitucional relativas, en los respectivos dictámenes y en el propio texto del artículo 19 constitucional reformado, se establecen expresamente los principios de excepcionalidad y racionalidad de las medidas cautelares. Así, la prisión preventiva será la última *ratio*, la más extrema de las medidas cautelares permitidas por las legislaciones procesales, de modo tal que el juzgador deberá siempre preferir la que provoque menor intrusión en la esfera jurídica del imputado, y sólo en los casos en los que el Ministerio Público acredite la necesidad de la prisión preventiva podrá imponerla (artículos 180 y 189 sección 4 del Código Modelo (“no se podrá ordenar una medida cautelar cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso podrá sobrepasar de la pena mínima prevista para cada delito, sin exceder el plazo de dos años” y “el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva, cuando alguna de las otras medidas cautelares, aquí previstas, no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”), criterio similar al contenido por el numeral 163 párrafo cuarto del Código oaxaqueño, y que es idéntico al contenido por el numeral 194 apartado B del código mexiquense).

2.- *Oportunidad.* Dado que la prisión preventiva tiende a garantizar el desarrollo del proceso, es obvio que esta medida cautelar únicamente procederá cuando el Ministerio Público tenga la intención de judicializar la investigación, dando así intervención a la autoridad jurisdiccional a fin de que ésta decida sobre la pertinencia de esta medida. De acuerdo con ello, el Código Modelo —de manera poco precisa— condiciona la imposición de la prisión preventiva a la petición que haga el Ministerio Público para vincular a proceso a imputado, es decir, previa a la solicitud de la prisión preventiva habrá de haberse efectuado la imputación, dando oportunidad al imputado y a su defensor de contradecir las diligencias de investigación y los datos de prueba de cargo existentes, incluso para que el imputado efectúe su primera declaración de descargo (artículo 294). De esa forma, se materializa el supuesto primordial para la imposición de esta medida cautelar, que es la existencia de un procedimiento judicial, cuyo desarrollo deba garantizarse, en el cual, desde luego, obren datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho delictuoso y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Este criterio es compartido por el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca (“cuando el Ministerio Público estime necesaria la intervención judicial para la resolución de medidas a que se refiere el artículo 169 (Medidas) estará obligado a vincular formalmente al imputado al proceso”); y es similar al contenido por el artículo 289 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (“el ministerio público podrá formular la imputación cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial. Cuando el ministerio público estime necesaria la

intervención judicial para la aplicación de medidas cautelares personales, estará obligado a formular previamente la imputación”).

3.- *Duración.* Si bien el artículo 20 apartado B fracción IX segundo párrafo de la Constitución Federal establece que la prisión preventiva no podrá exceder de la pena máxima establecida para el delito de que se trate, pero que en todo caso no podrá exceder de dos años, disposición que en aplicación del principio de supremacía constitucional, en términos del artículo 133 constitucional, resultará siempre de aplicación preferente, el Código Modelo consideró recomendable reiterar esta disposición en los cuerpos legales de las entidades federativas. Así, el Código Modelo reproduce este mandato en su artículo 180 sección 1. Sin embargo, en su artículo 205 recomienda la prórroga del plazo hasta por un año más a solicitud del Ministerio Público cuando éste justifique la necesidad de la medida; cuando se ha dictado sentencia condenatoria pero aún esté subjúdice, el plazo podría ampliarse hasta por seis meses más; y cuando en segunda instancia se ordenase la reposición del procedimiento, la Sala correspondiente podría disponer una prórroga por hasta seis meses más. Asimismo, en su artículo 206 propone la suspensión del plazo por cuestiones dilatorias. Estas propuestas son a todas luces inconstitucionales, pues contemplan excepciones no permitidas al plazo perentorio fijado por el artículo 19 constitucional, que sólo autoriza que el plazo de dos años de la prisión preventiva se sobrepase cuando sea necesario para el ejercicio del derecho de defensa del imputado.

En principio, el artículo 179 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca reproduce la disposición constitucional. Sin embargo, en su artículo 188 dispone la prórroga de la prisión preventiva hasta por seis meses más cuando se ha dictado sentencia condenatoria y ésta ha sido impugnada, así como cuando la resolución de segundo grado ordene la reposición del juicio. De igual manera, el numeral 189 dispone la suspensión del término de la prisión preventiva cuando el proceso haya de suspenderse debido a una acción de amparo o por cuestiones dilatorias no probatorias hechas valer por el imputado o su defensa. Consideramos que estos dos numerales están viciados de inconstitucionalidad pues, como lo hemos visto con anterioridad, el artículo 20 apartado B fracción IX segundo párrafo, constitucional, únicamente autoriza la ampliación del plazo de dos años cuando sea necesario para el ejercicio del derecho de defensa del imputado, por lo que cualquier caso fuera de ese supuesto escapa al espíritu del texto constitucional, el cual tiene por objeto evitar rezagos innecesarios o injustos por parte de la autoridad judicial en el desarrollo del un proceso.

El artículo 181 segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone que las medidas cautelares de carácter personal que impliquen privación de la libertad en ningún caso podrán sobrepasar la pena mínima prevista para el delito, pero el artículo 209 del mismo código señala que “la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso”. Luego, existe una antinomia en este código al contradecir el primero de los dispositivos citados el texto del artículo 20 apartado B fracción IX segundo párrafo constitucional; sin embargo, este aparente conflicto —mientras no se corrija legislativamente— se debería resolver prefiriendo el plazo señalado por el numeral 181, ya que al establecer un plazo menos restrictivo es de aplicación preferente a la Constitución Federal, por extender esta garantía a favor del imputado. Asimismo, el citado artículo 209 complementa dicha

garantía al señalar que la prisión preventiva “en ningún caso será mayor a dos años, salvo que su prolongación se deba al derecho de defensa del imputado”.

El segundo párrafo de este último numeral dispone que si cumplido este plazo no se ha dictado sentencia ejecutoria se pondrá en libertad al imputado, sin perjuicio de imponerle otras medidas de carácter personal, disposición que —contrario a lo que sucede con el artículo 188 del código oaxaqueño— respeta la garantía constitucional que nos ocupa. Sin embargo, el artículo 210 del código mexiquense también dispone la suspensión del término de dos años de duración de la prisión preventiva por idénticas razones a las contenidas por el artículo 189 del código procesal penal oaxaqueño, por lo que consideramos que aquel dispositivo de igual manera está viciado de inconstitucionalidad.

4.- *Procedencia.* Como hemos visto, la procedencia de la prisión preventiva la establece el artículo 19 constitucional: cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Luego, la lógica cautelar que debe prevalecer es a *contrario sensu*: ¿cuándo nos encontramos en el caso en que otras medidas cautelares menos restrictivas son ineficaces?

La Constitución no establece ningún criterio a seguir, por lo que corresponde al legislador establecer las pautas que el juzgador debe seguir para ponderar la lógica cautelar en cada caso. Es este el punto central de la discusión en el establecimiento del sistema que regule la prisión preventiva: ¿a quién corresponde establecer la lógica cautelar: al legislador, en abstracto, o al juez, en cada caso concreto?

La mayoría de los estudiosos sostienen que es el juez quien, en cada caso, debe ponderar la procedencia de la prisión preventiva, aún en los casos de delitos con penalidad alta o de incidencia en la comunidad, pues mientras la penalidad se refiere al hecho delictuoso en sí, la prisión preventiva se refiere a la limitación de derechos del imputado, de la persona humana, por lo que ambos conceptos no pueden confundirse.⁴²⁴ Este es el caso de Canadá: el principio que subyace tras el sistema de libertad bajo fianza en Canadá es que una persona acusada debe ser dejada en libertad mientras espera juicio, cuando ello no implique riesgo. Este principio se pone en práctica incorporando a la ley tres aspectos centrales sobre la libertad bajo fianza y prisión preventiva. En primer lugar, un acusado puede obtener la libertad bajo fianza por haber cometido cualquier delito, incluso el delito más grave, como homicidio en primer grado. En segundo lugar, en la mayoría de los delitos existe una presunción a favor de la liberación; es la fiscalía quien debe demostrar por qué el acusado no debe ser dejado en libertad. En tercer lugar, el acusado debe ser dejado en libertad bajo las condiciones menos onerosas que sea posible.⁴²⁵ Desde luego, este tipo de sistema se basa, esencialmente, en la confianza que la sociedad deposita en sus policías y en su sistema judicial.

⁴²⁴ Vid: Cassel. Op. cit., pp. 44, 45.

⁴²⁵ En 1982, el Parlamento promulgó la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. La Carta es un documento constitucional que se aplica a todas las acciones y legislación del gobierno. Las disposiciones legales que no concuerden con la Carta quedan sin efecto. Las dos disposiciones más importantes que tienen aplicación en el sistema de libertad bajo fianza se

Por otra parte, en la mayoría de los Estados latinoamericanos en los que se han establecido sistemas penales de corte acusatorio, el legislador ha establecido criterios en la ley que regulan, en abstracto, la lógica cautelar, acotando el margen de acción y de discrecionalidad de sus jueces al momento de decidir sobre la prisión preventiva. He aquí la cuestión: las policías, las fiscalías y los aparatos judiciales son percibidos por la sociedad como corruptos, poco confiables y en aras de legitimar el sistema y apaciguar la alarma social ante la escalada delictiva y la eventual decisión de casos controvertidos o escandalosos, el legislador prefiere establecer *criterios orientadores*: el asalto a la razón.

Así, a pesar que el artículo 19 constitucional no establece pautas para la ponderación de la lógica cautelar, podemos inferir —de su propio texto— cuatro variantes que la orientan:

a) *La posibilidad de fuga*. El ser humano por naturaleza tiende a evadir las consecuencias negativas de sus actos, y en materia penal esa tendencia se acentúa, pues a ninguna persona le agrada la idea de ser, eventualmente, sometida a prisión. Pero este argumento no basta, *per se*, para estimar que se está en peligro de fuga, pues éste no se actualiza únicamente en atención a la posible penalidad a imponer, sino a la *convicción* del imputado respecto de su inocencia, así como a los medios que tenga para proveer a su defensa. Es por ello que la probable penalidad a aplicarse puede ser ponderada, en principio, por el juez para imponer la prisión preventiva, pero este criterio no puede ser determinante, pues bastaría considerar la posibilidad de conceder o negar sustitutivos penales en una sentencia condenatoria para imponer la medida cautelar citada. En el caso de la causal de peligro de fuga, el objetivo a proteger es la expectativa por parte del sistema procesal de juzgar al imputado, por lo que de darse la fuga, el proceso penal no podría adelantarse ni concluirse con sentencia definitiva o su equivalente que pusiera fin al juicio. Esto no solo supone problemas para el derecho de defensa, sino también produce un alto impacto en la imagen del sistema y su legitimidad al no poder ejecutarse las sentencias.

El Código Modelo propone en su artículo 194 los criterios para discernir el peligro de fuga, en la siguiente forma:

Artículo 194. Criterios para determinar la necesidad de cautela
Para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza o de mayor gravedad o de otros procesos pendientes;*
- b) El arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto;*
- c) La magnitud de las penas que podrían llegarse a imponer en el caso;*
- d) La magnitud del daño que debe ser resarcido;*
- e) El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal;*

encuentran en la sección 11(e), en la que se garantiza el derecho de cualquier persona acusada de un delito a que no se le niegue la razonable libertad bajo fianza sin causa justificada; y en la sección 11(d), en la que se garantiza que una persona acusada de un delito se presuma inocente (Rosenberg, Marc. *La Prisión Preventiva en Canadá*. En: *Sistemas Judiciales*. Op. cit., pp. 26, 28).

- f) *La inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas;*
- g) *El desacato de citaciones para actos en que sea significativa su asistencia y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales...*

Por su parte, el artículo 172 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca se refiere expresamente a las causales por las que se presumirá el peligro de fuga:

Artículo 172. Peligro de fuga

Para decidir acerca del peligro de fuga, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

- I. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de fuga;*
- II. La importancia del daño que debe ser resarcido, el máximo de la pena que en su caso pueda llegar a imponerse de acuerdo al delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste; y*
- III. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.*

b) *El peligro para la investigación o su obstaculización.* Esta causal supone la evidencia de conductas positivas del imputado que, generalmente, tienden a la alteración o destrucción de pruebas, soborno o intimidación a testigos, peritos u otros intervinientes en el proceso, y, en general, la realización de conductas que impidan la normal prosecución del proceso. En el caso del peligro para la investigación o su obstaculización, la idea es similar al peligro de fuga: el proceso penal peligra porque la investigación de los hechos se verá alterada por acciones del imputado que mermarán su efectividad y por ende las expectativas de la sociedad de lograr hacerlo responsable se verán afectadas.

Así, el Código Modelo propone:

Artículo 194. Criterios para determinar la necesidad de cautela

Para decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, el juez tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias:

[...]

- h) Destruirá, modificará, ocultará o falsificará datos o medios de prueba;*

[...]

- j) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos...*

Siguiendo esta corriente, el artículo 173 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca dispone:

Artículo 173. Peligro de obstaculización

Para decidir acerca del peligro de obstaculización para averiguar la verdad se tendrá en cuenta, especialmente, que existan bases suficientes para estimar como probable que el imputado:

- I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; o*
- II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos.*

Este dispositivo tiene la virtud de limitar la duración de la prisión preventiva basada en esta causal hasta el momento en que se concluya el debate, es decir, hasta cuando se haya celebrado el juicio oral y únicamente se espere el dictado de la sentencia definitiva, lo cual concilia la necesidad cautelar con el principio de presunción de inocencia.

c) *La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.* Este criterio —bastante discutible, según lo hemos expuesto *supra*—, supone una extensa gama de supuestos que van más allá de la necesidad de garantizar el desarrollo del proceso. Sin embargo, consideramos acertado que el Código Modelo —en el mejor de los casos— proponga en su artículo 194 inciso i), que la prisión preventiva del imputado procederá por esta causa atendiendo a “las circunstancias del hecho, la gravedad de los mismos [sic], o sus resultados”, restringiendo el criterio de alarma social a los hechos delictivos y no a criterios que podrían rayar en la subjetividad.

Por el contrario, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca fundamenta esta causal “cuando se estime que el imputado puede cometer un delito doloso contra la propia víctima, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el proceso, o contra algún tercero” (artículo 174), lo cual da pie a que tanto el juzgador o el peticionario de la medida cautelar incurran en juicios subjetivos en perjuicio del imputado.

d) *La reiteración delictiva.* Esta causal no da lugar a interpretaciones: se *presume* que el imputado seguirá delinquiriendo, se *presupone* su culpabilidad —violando con ello el principio de presunción de inocencia— y se atienden a razones totalmente ajenas a la lógica cautelar, porque la finalidad del proceso no es *evitar* la comisión de nuevos delitos —aún cuando la pena tenga fines de prevención— y, por ende, no existe razón alguna para cautelar situaciones fácticas extra procesales.

Aún así, el Código Modelo considera proponer en su artículo 194 fracción k) que deberá tomarse en consideración para la imposición de la prisión preventiva cuando el imputado “este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

Ahora, el Código de Procedimientos Penales señala escuetamente en su artículo 170 fracción II la misma causal en términos idénticos.

e) Sin embargo, podemos observar que el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México no señala causal alguna en concreto para ponderar la lógica cautelar. Lo anterior constituye un gran avance, porque el legislador estatal optó por confiar en sus instituciones de procuración e impartición de justicia, al darles un amplio margen para la valoración de los casos en los que podrá imponerse la prisión preventiva.⁴²⁶ Esto da pauta al juzgador a analizar, en principio, cada caso concreto, apreciando los elementos que se le alleguen, sin más limitación que las que le

⁴²⁶ Enrique MacLean sostiene: “Llegó la hora de dar un paso más profundo en pos del programa constitucional sobre el mismo, que permitirá sentar las bases para un marco institucional más eficaz en la preservación de la independencia del Poder Judicial, que avance en su democratización interna, provea mejores instrumentos para cumplir con el servicio de administrar justicia, y a la vez cambie las relaciones con la sociedad para que su legitimidad se base en la confianza” (*Proceso Penal y Reforma Constitucional. En: Sistemas Judiciales. Op. cit., p. 162*).

imponen las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. Así, el artículo 194 de ese cuerpo legal dispone:

Procedencia de la prisión preventiva

Artículo 194. Procede la prisión preventiva en los siguientes casos:

[...]

B. A petición justificada del ministerio público en los restantes delitos, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar:

I. La comparecencia del imputado en el juicio;

II. El desarrollo de la investigación;

III. La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; o bien

IV. Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Si bien, se advierte, este numeral reproduce íntegramente las causas de procedencia dadas por el artículo 19 constitucional, el código procesal penal del Estado de México no *ata* las manos del juzgador estableciendo las pautas sobre las que deba versar la lógica cautelar, sino que le otorga una amplia facultad para, valiéndose siempre de datos objetivos que le sean aportados por el Ministerio Público, inferir que las otras medidas cautelares de carácter personal resultarían ineficaces para garantizar tales aspectos (la comparecencia a juicio del imputado, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, testigos o la comunidad, y la reiteración delictiva) y, con ello, discernir si ha lugar a imponer la prisión preventiva.

A propósito de lo anterior, el artículo 192 del código procesal mexiquense establece 13 tipos distintos de medidas cautelares de carácter personal, colocando a la prisión preventiva en último lugar. Antes de ésta, considera la exhibición de una garantía económica (fracción I); la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sin autorización (fracción II); la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que informe regularmente al juez (fracción III); la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o el ministerio público (fracción IV); la colocación de localizadores electrónicos (fracción V); la reclusión domiciliaria, con o sin vigilancia (fracción VI); la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares (fracción VII); la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas (fracción VIII); la separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el destinatario de la medida (fracción IX); la suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de éstos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión (fracción X); la suspensión de derechos vinculados al hecho, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la conducta objeto de imputación (fracción XI); y el internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite (fracción XII). Así, el juez, en cada caso, deberá apreciar:

- De no contar el imputado con domicilio fijo o residencia habitual, las medidas cautelares contenidas en las fracciones II, VI, IX y XI no podrían aplicarse.
- De no contar el imputado con modo honesto de vivir, trabajo o negocio estables, no podría cumplir con las medidas contenidas en la fracción I.

- De no contar el imputado con familia que lo arraigue al lugar del juicio, le sería fácilmente incumplir con las medidas contempladas por las fracciones II, III y IV.
- Si el Ministerio Público aportase dato que evidencie que el imputado puede salir fácilmente del país u ocultarse o que está realizando actos preparatorios para ello, haría ineficaces las medidas previstas por las fracciones II, III, IV, V y XII.
- Si por su comportamiento anterior, el imputado demuestra desprecio hacia las determinaciones judiciales, le sería fácil incumplir con la totalidad de las medidas *alternativas*, pero especialmente las sancionadas en las fracciones VII, VIII, IX, X y XI.

Como puede verse, este sistema no aplica criterios *preconcebidos* (peligro de fuga, obstaculización de la investigación, etcétera), sino permite al juez ponderar en cada caso cuál sería la medida cautelar más apropiada, y sólo al descartar las medidas menos restrictivas por *ineficaces*, podría imponer la más extrema, la prisión preventiva. Este sistema no es del todo novedoso. No debemos olvidarnos que en el sistema de justicia penal anterior a la reforma constitucional a que se contrae este trabajo, el artículo 20 apartado A fracción I, de la Carta Magna, consagraba el derecho a la libertad provisional bajo caución, para lo cual, el artículo 324 del abrogado Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establecía ciertos criterios que el órgano jurisdiccional debía tomar en consideración para la concesión de ese beneficio, entre los que se cuentan: los antecedentes del inculpado, la gravedad y circunstancias del delito imputado, el mayor o menor interés del inculpado para sustraerse a la acción de la justicia y las condiciones económicas del inculpado (fracciones I a IV).

La técnica constitucional de otorgar diversos criterios a considerar por parte de los jueces reflejada en este ordenamiento legislativo, permite que éstos puedan resolver revisando las distintas circunstancias del caso concreto y los antecedentes de arraigo del imputado y con ello puedan justificar una decisión particular. Debe destacarse que la normativa establecida por la legislación procesal penal del Estado de México otorga la misma importancia a todos los criterios legales, por lo que el juez no tiene límites normativos que lo obliguen a dar más peso a uno u otro, con la sola salvedad de respetar el principio de presunción de inocencia. En ese sentido, la regulación cautelar confía en la experiencia y el criterio del juez al momento de decidir, dándole suficientes parámetros para resolver el caso, pero sin indicarle de manera tajante una solución particular.⁴²⁷

5.- *Excepción a la regla: oficiosidad de la prisión preventiva.* El artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”. Sin embargo, es menester resaltar que el artículo 19 constitucional reformado establece la *oficiosidad* de la prisión preventiva cuando se esté ante determinados tipos delictivos, haciendo de la prisión preventiva —en esos casos— la regla general y, con ello, violando flagrantemente el artículo 8.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos del que se deriva la obligación del Estado de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia.

En las exposiciones de motivos y los dictámenes relativos a la reforma del artículo 19 constitucional, se *sugirió* que en tratándose de los delitos de “delincuencia organizada,

⁴²⁷ Duce et. al. Op. cit., p. 28.

homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud” la prisión preventiva se aplique en todos los casos. Sin embargo, en los referidos documentos no se justificó tal sugerencia, ni se expresó motivo alguno para establecer la prisión preventiva oficiosa.

De lo anterior, podemos inferir dos criterios para la imposición de la prisión preventiva de manera oficiosa:

a) Un criterio basado en la penalidad, de modo tal que tratándose de investigaciones por hechos delictuosos cuya penalidad resulte *particularmente alta* resulta lógico pensar que el imputado invariablemente se dará a la fuga: el *peligro de fuga* llevado al extremo. Así, debe tenerse en cuenta que de los delitos mencionados en el artículo 19 constitucional reformado, tienen señaladas penas de prisión invariablemente altas, al menos en el fuero federal: el delito de homicidio doloso, que amerita penas que van de los 12 a los 24 años de prisión si se trata de *homicidio simple intencional* (artículo 307 del Código Penal Federal), hasta los 30 a 60 años de prisión si se trata de homicidio calificado (artículo 320); el delito de violación tiene penas de prisión que van de los 8 a los 14 años en la violación simple o equiparada (artículos 265 y 266), y podrá ser aumentada hasta en una mitad en su mínimo y máximo en determinadas agravantes (artículos 266 último párrafo y 266 bis); y el delito de secuestro se sanciona con penas que van de los 15 a 40 años de prisión (artículo 366 párrafo primero fracción I), hasta los 70 años de prisión (artículo 366 párrafo tercero, en el caso que la víctima sea privado de la vida). En el caso de los *medios violentos, como armas y explosivos*, debe tenerse en cuenta que éstos constituyen circunstancias agravantes de una multitud de tipos básicos, incrementando la penalidad aplicable. Este criterio de *inexcarcelabilidad* basado meramente en la penalidad aplicable a tipos penales determinados constituye un resabio del anterior sistema inquisitivo. Desde el punto de vista de la lógica cautelar que debe regir como principio básico y del carácter excepcional de la prisión preventiva estamos en un caso extremo, pues produce supresión del principio de presunción de inocencia. Un delito inexcarcelable significa un delito en el cual la regla general es que la persona sea puesta en prisión preventiva como consecuencia de la persecución penal en su contra, privando al juez de la facultad de valorar en cada caso la pertinencia de la medida cautelar.⁴²⁸

b) Un diverso criterio basado en figuras delictivas que sin contar con una penalidad significativa, sí son de ocurrencia común o tienen un alto impacto en la percepción de la población. En estos casos, la legitimidad del sistema penal rige el criterio de inexcarcelabilidad, pues dada la sensibilidad que en la opinión pública produce al trastocarse determinados bienes jurídicos, el goce de la libertad de los imputados por estos delitos produce la sensación de impunidad. En ese tenor, es la política la que rige este criterio y con ello se hacen nugatorios los principios de excepcionalidad, necesidad y racionalidad, sobre todo si se toma en cuenta que en estos casos es el legislador ordinario el que establecerá cuáles son los *delitos graves* que ameritarán prisión preventiva, dejando abierta la posibilidad de que el catálogo de éstos se vaya engrosando según el devenir político, lo que resulta peligroso, ya que el legislador es arrogante e ignorante, a la vez, del

⁴²⁸ Ídem, pp. 59, 60.

derecho.⁴²⁹ En ese tenor, al conceder el artículo 19 constitucional al legislador secundario la facultad de determinar los *delitos graves* en contra de la seguridad de la Nación, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud, es en los códigos procesales penales donde se establecerán aquellos tipos delictivos en cuyo caso podrá aplicarse de manera oficiosa la prisión preventiva. Debe hacerse mención que los delitos contra la seguridad de la Nación corresponden al fuero federal, lo mismo que los delitos contra la salud que no constituyan la modalidad de *narcomenudeo*, en cuyo caso concurre la jurisdicción común. Asimismo, ambos fueros regulan lo relativo a los delitos contra el libre desarrollo contra la personalidad.

De esa forma, el Código Modelo no sigue al pie de la letra el texto constitucional: el artículo 19 de la Constitución Federal *ordena* la prisión preventiva de manera oficiosa en los casos mencionados arriba, esto es, para proceder de esa manera, no habría necesidad que el Ministerio Público solicitara la imposición de esa medida cautelar; sin embargo, el artículo 195 del Código Modelo propone la fórmula “el juez, *aún* de oficio”, con lo que abre la posibilidad que la carga de acreditar la procedencia de la prisión preventiva siga siendo del Ministerio Público. Incluso, este Código sugiere la posibilidad de la fórmula “el juez, aún de oficio, impondrá la medida cautelar de prisión preventiva *cuando lo estime necesario* y se cumplan los requisitos previstos en los artículos precedentes”, con lo cual se salvaguardaría la facultad del juez para valorar en todo momento la necesidad de la prisión preventiva “sin que se vulnere el texto constitucional”.⁴³⁰ Este criterio contradice abiertamente el texto constitucional y si bien tiene la intención de que el juez conserve la facultad de valorar en todos los casos la facultad del juez para ponderar la procedencia de la prisión preventiva, difícilmente pasaría un examen de constitucionalidad.

Obviamente, el Código Modelo únicamente enuncia los delitos que ameritarían prisión preventiva oficiosa, dado que corresponderá a cada entidad federativa enunciar en respectivo ámbito de competencia cuáles serían los delitos específicos que conllevarían esta medida cautelar. Así, señala los casos de homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, dejando fuera los delitos contra la salud, aún en los casos de *narcomenudeo*, en los cuales la jurisdicción común es concurrente a la federal. Pero contiene una provisión que, a nuestro parecer, resulta acertada, que precisa los casos en que “podrán considerarse delitos cometidos por medios violentos”, señalando como tales: homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego. Y en el caso de “delitos contra el libre desarrollo de la personalidad” señala que solo podrán considerarse la trata de personas, pornografía y lenocinio de menores de edad.⁴³¹

El artículo 170 bis del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca señala los delitos en los cuales procederá la prisión preventiva de manera oficiosa, los cuales son:

⁴²⁹ García Ramírez, Op. cit., p. 1570. Vid: Duce, Mauricio, et. al. Op. cit., p. 65.

⁴³⁰ Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. Op. cit., p. 73, nota 12.

⁴³¹ De acuerdo con la opinión del Magistrado Rodolfo Acosta Muñoz, de Chihuahua, se sugirió sustituir el “homicidio doloso” por “homicidio simple y calificado”, ya que en la primera acepción se pueden considerar tipos penales que en estricto sentido no deberían ser incluidos, por ejemplo, el homicidio en riña con carácter de provocado, que en muchos casos es límite de la legítima defensa y, por tanto, no ameritaría prisión preventiva (ídem).

- Homicidio doloso, previsto en el artículo 285 y sancionados en los artículos 289, 291, 307 y 309 primera parte del Código Penal para el Estado de Oaxaca;
- Violación, previsto y sancionados (sic) en los artículos 246, 247, 248 y 248 BIS;
- Secuestro, previsto y sancionado en los artículos 348, 348 BIS y 348 BIS A;
- Delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos;
- Rebelión, previsto en los artículos 137, 138, 139, 140 y 141 y sancionados (sic) en los artículos 138, 139, 140, 141 y 145;
- Conspiración, previsto y sancionado en los artículos 146 y 147;
- Sedición, previsto en el artículo 148 y sancionado en los artículos 149 y 150;
- Delitos cometidos en perjuicio de personas menores de edad y de quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, previstos y sancionados en los artículos 194 fracciones I y II; 195 fracciones I, II, III y IV; 196 y 197 I, II y III;
- Abuso sexual agravado, previsto y sancionado en el artículo 241, cuando concurren las circunstancias señaladas en sus fracciones I y II;
- Delito de trata de personas, previsto en los artículos 348 BIS F y sancionado en el artículo 348 BIS H;
- Lesiones dolosas, previsto en el artículo 271 y sancionado en los artículos 274, 275 y 276; y
- Tortura, previsto en el artículo 1 y sancionado en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Consideramos que los casos de homicidio, violación, secuestro, cometidos en perjuicio de personas menores de edad y de quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho, abuso sexual agravado, y en los que se utilicen medios violentos como armas y explosivos, las disposiciones del citado artículo 170 bis del código procesal penal de Oaxaca son acordes con el texto constitucional. En el caso de tortura, sólo es acorde si se toma en cuenta que en estos delitos se utilizan medios violentos, aunque sean distintos a armas o explosivos, pues el artículo 19 constitucional hace alusión a estos instrumentos utilizando la preposición “como”, a manera ejemplificativa, por lo que bien puede enmarcarse a la tortura dentro de las conductas en que se utiliza un sinfín de instrumentos para ejercer violencia física. Empero, en lo que atañe a los delitos rebelión, conspiración y sedición, la prisión preventiva oficiosa deviene inconstitucional, habida cuenta que el artículo 19 constitucional se refiere a delitos graves *contra la seguridad de la Nación*, por lo que este tipo de delitos son de la competencia de las autoridades federales y no del fuero común, aún cuando las legislaciones estatales contengan tipos delictivos contra la seguridad del Estado (sic: entidad federativa). Como sea, si en la comisión de estos delitos se utilizasen medios violentos, procedería la prisión preventiva oficiosa, pero virtud a su utilización, no a la naturaleza política del delito.

Por su parte, el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México dispone:

Procedencia de la prisión preventiva
Artículo 194. Procede la prisión preventiva en los siguientes casos:

A. De oficio:

I. Cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro, y su comisión en grado de tentativa;

II. Los delitos cometidos con medios violentos, siempre que se ocasionen daños graves en la integridad física de las personas, así como los cometidos con armas, explosivos u otros que por su naturaleza puedan generar peligro; y

III. En los siguientes delitos contra el libre desarrollo de la personalidad previstos en el Código Penal del Estado:

a) El del artículo 204 fracción I, II y III;

b) El de pornografía de menores e incapaces contenido en el artículo 206, fracciones I, II y IV; y

c) Trata de personas.

Los casos previstos por las fracciones I y III antes citadas, establecen un sistema al que podríamos llamar *numerus clausus*, pues se refieren a tipos delictivos concretos, caso en el cual sólo se requiere que el Ministerio Público aporte *datos de prueba* que acrediten que *se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*. Los casos previstos por la fracción II se refiere a un sistema que podríamos llamar *numerus apertus*, pues para su configuración es menester que el juez, a través de la valoración de los datos de prueba aportados por el Ministerio Público, estime que efectivamente concurren medios violentos que hayan ocasionado daños graves en la integridad física de las personas, así como si las armas, explosivos u otros instrumentos utilizados en la comisión del delito puedan generar peligro. Así, a pesar de que la prisión preventiva resulte oficiosa, su imposición no ocurre de manera *automática* —permítasenos el término—, sino que requieren la labor silogística del juzgador, a quien corresponde corroborar en todos los casos la concurrencia de tales circunstancias. Cabe hacer notar que mientras el artículo 19 constitucional hace alusión a “delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos” como uno de los varios requisitos para la procedencia de la prisión preventiva, la fracción II del citado artículo 194 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México extiende tales requisitos, exigiendo que, además, con los medios violentos se ocasionen daños graves en la integridad física de las personas, y que las armas y explosivos puedan generar peligro. Esta extensión de los requisitos, aún cuando escapa del texto inicial del artículo 19 constitucional, resulta adecuada, pues no debe pasarse por alto que la Constitución Federal establece un mínimo de garantías para resguardar los derechos humanos, pero si la legislación ordinaria establece mayores garantías a favor del gobernado, ésta es de aplicación preferente. Sin embargo, el citado artículo 194 fracción II de la ley del enjuiciamiento criminal en cita, se refiere a delitos cometidos con “otros [instrumentos] que por su naturaleza puedan generar peligro”, lo cual resulta inconstitucional, pues el artículo 19 del Código Fundamental únicamente hace alusión a “armas y explosivos”, y si bien utiliza la preposición “como”, a manera ejemplificativa, al legislador estatal no le era permitido introducir una serie de posibilidades para justificar el aprisionamiento oficioso del imputado, pues con ello se establece un sinfín de supuestos abstractos en perjuicio de la seguridad jurídica de éste.

Como quiera que se vea, la inexcusabilidad permitida por el artículo 19 constitucional es la opción más radical ya que directamente contradice la lógica cautelar (en particular los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y presunción de inocencia), y supone un escollo en el avance del respeto a los derechos humanos, pues, contrario a la propaganda oficial, con la prisión preventiva oficiosa se dejan de cumplir compromisos internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país. Lo cierto es que por más que el discurso

oficial diga que con la inexcusabilidad de determinados delitos se busca un combate eficaz contra particulares manifestaciones de la delincuencia (delincuencia organizada, delitos contra la salud), lo cierto es que con ello se distrae la atención de la opinión pública de la verdadera causa de esos fenómenos delictivos: la incapacidad de los aparatos policiales del Estado en el combate y prevención del delito.

Sección 5. Otras medidas cautelares.

El sistema de medidas cautelares establecido por el artículo 19 constitucional reformado aspira a efficientar el proceso penal, conciliando ese fin con el legítimo reclamo de la sociedad de respeto a los derechos humanos, tanto del imputado como de la víctima. Si bien la prisión preventiva es la más extrema de las medidas cautelares, el Poder Reformador de la Constitución ha apostado porque también sea la menos usada, por razones políticas (respetar los compromisos internacionales en materia de derechos humanos), económicas (reducir el costo de sostener una población penitenciaria en constante crecimiento) y político-criminales (evitar la “contaminación” de primodelincentes o imputados por delitos “menores”). El abuso de la prisión preventiva ha demostrado la ineficacia de esta institución cuando de ella se hace la regla general, pues su aplicación resulta intrínsecamente injusta, amén de nulificar el arbitrio judicial que, como hemos visto, debe ser el órgano facultado en todos los casos para sopesar la necesidad de imponerla.

De esa forma, aún cuando este trabajo se ha enfocado a la problemática presentada por la prisión preventiva y a las perspectivas que la reforma constitucional conlleva, no podemos ignorar la existencia de otras medidas cautelares que, si bien, resultan menos restrictivas de los derechos de la persona imputada, no dejan de compartir una finalidad común: garantizar el desarrollo del proceso.

Como ya lo habíamos anotado anteriormente, la reforma al artículo 19 constitucional —ignorando una de las iniciativas que le dieron origen— no establece expresamente un sistema de medidas cautelares: las da por sentadas, ocupándose preferentemente de la prisión preventiva, dejando al legislador ordinario la facultad de instrumentarlas. Este reenvío que, en principio, es acertado, pues el texto constitucional no debe ocuparse de cuestiones que son propias de la actividad legislativa secundaria, no puede entenderse como un *cheque en blanco*: tanto los tratados internacionales como la Constitución reformada se ocupan de la prisión preventiva, pero los principios que la informan también son compartidos por las demás medidas cautelares, de ahí que, en la legislación secundaria, también deban observarse los principios de excepcionalidad, instrumentalidad, proporcionalidad, necesidad, racionalidad y temporalidad.

El artículo 19 constitucional habla solo de “otras medidas cautelares”, dando la posibilidad al legislador ordinario, también, de establecer tales o cuales medidas, sin más límite que respetar el principio de presunción de inocencia, de acuerdo con las necesidades que el sistema penal de cada entidad federativa o de la Federación presenten.

Así, el artículo 189 del Código Modelo propone como medidas cautelares:

Artículo 189. Medidas cautelares

1. A solicitud del ministerio público o del acusador particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se determina en este Código, el juez podrá imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas cautelares:

- a) La presentación de una garantía económica suficiente;*
- b) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- c) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;*
- d) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*
- e) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;*
- f) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga;*
- g) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*
- h) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*
- i) Si se trata de agresiones a mujeres, niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la separación inmediata del domicilio;*
- j) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos;*
- k) El internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite...*

El artículo 169 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, de manera idéntica al Código Modelo, señala las siguientes medidas de coerción personal:

MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

Artículo 169. Medidas

Salvo en los casos de la prisión preventiva oficiosa, a solicitud del Ministerio Público o de la víctima, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que se fija en este Código, el juez puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones, las siguientes medidas de coerción:

- I. La presentación de una garantía económica suficiente a los fines del artículo 180 (Garantía);*
- II. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;*
- III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;*
- IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;*
- V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado;*
- VI. Sujeción domiciliaria, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, o en centro médico o geriátrico;*
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*
- VIII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*
- IX. La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima conviva con el imputado;*
- X. La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de éstos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión...*

El anterior dispositivo reproduce en su totalidad las medidas cautelares de carácter personal propuestas por el Código Modelo, si bien, modifica la redacción de la fracción VI (correspondiente del inciso f) del artículo 189 del Código Modelo), cambiando la fórmula “arresto domiciliario” por “sujeción domiciliaria”, lo que permite incluir en esta fracción el internamiento en institución de salud o psiquiátrico a que se refiere el inciso k) del numeral 189 del Código Modelo. Sin embargo, estos cambios no son sustanciales.

El artículo 192 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, señala:

Medidas cautelares personales

Artículo 192. El juez o el ministerio público podrá imponer una o más de las siguientes medidas cautelares:

- I. La exhibición de una garantía económica en los términos fijados por éste código;*
- II. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sin autorización;*
- III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;*
- IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o el ministerio público;*
- V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del destinatario de la medida;*
- VI. La reclusión domiciliaria, con o sin vigilancia;*
- VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;*
- VIII. La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;*
- IX. La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el destinatario de la medida;*
- X. La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de éstos, siempre y cuando aquel establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión;*
- XI. La suspensión de derechos vinculados al hecho, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la conducta objeto de imputación;*
- XII. Internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite...*

Este artículo contiene regulaciones idénticas al Código Modelo y al Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca, con la salvedad que su fracción XI establece la “suspensión de derechos vinculados al hecho”.

Llama la atención que este numeral permita que el Ministerio Público imponga medidas de carácter personal, y si bien el último párrafo dispone que “las medidas contenidas en las fracciones II, III, V, VI, X, XI, XII y XIII, serán impuestas exclusivamente por el juez a petición del ministerio público, la víctima o el ofendido”, y el diverso 192.1 del propio código mexiquense dispone la revisión judicial de las medidas cautelares impuestas por el Ministerio Público, consideramos que con estas disposiciones el sistema de las medidas cautelares ha sido desnaturalizada al despojarle de un elemento esencial: la judicialidad, esto es, la facultad exclusiva del juez para imponerlas. Ahora bien, el artículo 19 constitucional habla que el juez podrá imponer la prisión preventiva a petición del Ministerio Público, pero no señala expresamente que las otras medidas cautelares hayan de imponerse exclusivamente por la autoridad judicial, vacío que fue aprovechado por el legislador del Estado de México para introducir la facultad del Ministerio Público para imponer medidas cautelares,

decisión que estimamos no es muy afortunada. Veamos: con la facultad otorgada al Ministerio público de imponer la medida cautelar consistente en “garantía económica”, se vuelve al vicioso y corrupto sistema de la “libertad provisional bajo caución” que era una de las características del anterior sistema de corte inquisitivo; así, si una persona es detenida por la policía y presentada al Ministerio Público, éste podrá imponerle una garantía económica y ponerle en libertad. ¿Y el control judicial de la detención dónde queda? Porque el artículo 191 dispone que “inmediatamente de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del juez de control, éste deberá convocar a una audiencia en la que le informará de sus derechos constitucionales y legales si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad y procederá a calificar la detención, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a este código o decretando la libertad con las reservas de ley en caso contrario”, pero el numeral 192.1 sólo habla de revisión de medidas cautelares impuestas por el Ministerio Público, pero ya no de controlar la detención, la cual, por cierto, habrá sido dejada sin efectos con la imposición de la garantía económica. De esa forma, muchos abusos policiales en las detenciones habrán quedado sin control judicial y, lo peor, al recobrar el Ministerio Público la facultad de disponer de la libertad de los imputados, se propicia la corrupción en el órgano acusador.

El Código Modelo (artículo 190) propone que “en cualquier caso, el juez puede prescindir de toda medida cautelar, cuando la promesa del imputado de someterse al proceso sea suficiente para descartar los motivos que autorizarían el dictado de la medida”. Esta propuesta nos parece acertada y refleja el máximo de confianza que se puede depositar en nuestro sistema judicial. El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Oaxaca (artículo 169 último párrafo), contiene similar disposición, con la salvedad que no es aplicable en casos en que proceda la prisión preventiva oficiosa. El código procesal penal del Estado de México no dispone nada al respecto.

Tanto el Código Modelo (artículo 191) como el de Oaxaca (artículo 171) autorizan al juzgador aplicar una medida cautelar o combinar dos o más de estas, según resulte adecuado, pero en ningún caso podrá imponerse una medida cautelar adicional a la prisión preventiva, y prohíben asimismo la aplicación de cualquier medida cautelar que desnaturalicen su finalidad o aplicar otras más graves que las solicitadas o cuyo cumplimiento sea imposible. El código de Procedimientos Penales para el Estado de México se limita a señalar en su artículo 192 que el juez podrá imponer una o más de las medidas cautelares que autoriza, abriendo la posibilidad de combinar la prisión preventiva con alguna otra medida cautelar.

Por último, refirámonos a la *eficacia* de las medidas cautelares. A excepción de la prisión preventiva, el arresto domiciliario o el internamiento en institución de salud o mental —que son netamente restrictivas de la libertad—, las demás medidas precautorias que hemos identificado no implican restricción alguna de la libertad ambulatoria. Así, podemos suponer el caso en que, habiéndose impuesto al imputado una garantía económica y éste no la cubre dentro del plazo que se le hubiere concedido, o habiéndola cubierto el imputado no se presente a los actos del proceso, el Ministerio Público podría solicitar la revisión de esa medida, solicitando su sustitución por una más severa ante el incumplimiento del imputado. Pero aún en estos casos, no sería dable suponer que ante el incumplimiento del imputado de una medida cautelar menos restrictiva debería imponérsele la prisión preventiva, pues aún el juez podría optar por alguna otra medida que, siendo más severa que la anterior, no fuera tan extrema como la prisión preventiva.

Así, el Código Modelo en su artículo 203, y el de Oaxaca en su numeral 185, disponen la revisión, sustitución o modificación de las medidas “cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición”.

El artículo 180 párrafo quinto del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México contiene disposición similar, la cual es reiterada en el numeral 206. Pero, para proveer a la eficacia de las medidas cautelares impuestas, este código dispone, además:

a) En tanto se satisfagan los requisitos para la medida cautelar impuesta, diversa a la prisión preventiva, el imputado quedará sujeto a ésta (artículo 201). Consideramos que este precepto únicamente debe referirse a los imputados que han sido detenidos en flagrancia o caso urgente, o bien, en cumplimiento a una orden de aprehensión, y puestos a disposición del juez de control y que, habiéndoles impuesto una medida cautelar menos restrictiva que la prisión preventiva, habrán de permanecer sujetos a ésta en tanto satisfacen la diversa medida impuesta. De otro modo, el legislador mexiquense habría desnaturalizado la prisión preventiva, convirtiéndola *ipso iure* en la regla general al sujetar a ésta a todos los imputados que no cumplan con una diversa medida cautelar, violentando con ello el artículo 19 constitucional.

b) Si se ha otorgado una garantía de carácter económico y el imputado incumple las condiciones impuestas (obligaciones procesales) después de haber sido requerido para ello, se hará efectiva la garantía y el juez podrá ordenar, a solicitud del Ministerio Público, la aprehensión o reaprehensión del imputado, para lo cual se convocará a audiencia en la que se decida sobre la revisión, sustitución o modificación de la medida cautelar anterior (artículo 202, en relación al 191 párrafo tercero).

c) Puesto que el código en cita no contiene disposición alguna respecto del incumplimiento de las medidas cautelares diversas a la garantía económica, dado el caso se procederá a la revisión, sustitución o modificación de la medida cautelar de que se trate, en términos del artículo 206.

En todos los casos el imputado tiene derecho a ser oído, pero su presencia no es indispensable para que el juez decida sobre la revisión, modificación o sustitución de la medida cautelar. De decretarse la prisión preventiva en lugar de la medida anterior, se procederá a girar la correspondiente orden de aprehensión o reaprehensión en contra del imputado.

Como puede advertirse, parte del programa que el nuevo sistema procesal penal mexicano proclama está constituido por un conjunto bastante amplio de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. Pero a diferencia del mundo anglosajón, de donde estas medidas alternativas fueron tomadas, debe reconocerse, su introducción no ha estado acompañada de los mecanismos operativos destinados a determinar en cada caso su adecuación a las necesidades de cautela que se plantean ni a controlar su cumplimiento por parte de la persona que es objeto del control alternativo que se resuelve.

En la práctica, las medidas a la prisión preventiva son resueltas sobre la base de información bien limitada, la que en general no permite hacer una evaluación seria acerca de la

capacidad real que cada una de las formas de control alternativo tiene para evitar los riesgos que le dan fundamento. Por otra parte, esta decisión de otorgar medidas alternativas está bastante cruzada por objetivos distintos de los cautelares, como son, por ejemplo, consideraciones de justicia material o de proporcionalidad, que llevan justificadamente a los jueces a evitar el uso de la prisión pero que no necesariamente debieran vincularse a sistemas de control que tienen objetivos cautelares específicos.

Por otro lado, el cumplimiento de las medidas de restricción que se imponen en cada caso no es controlado de manera sistemática, sino, en el mejor de los casos, de modo anecdótico, cuando las violaciones se hacen evidentes como producto de un reclamo de la víctima o de una detención policial posterior.

Por último, el sistema de justicia penal de nuestro país no tiene la capacidad de hacer un aprendizaje acerca de cuáles medidas son capaces de evitar qué tipos de riesgos, ni de identificar las características específicas de los casos que las hacen más o menos efectivas. En efecto, uno de los ámbitos que más severamente limita la vigencia de los principios que la reforma proclamó en materia de restricciones al uso de la prisión preventiva es en el de las prácticas de los sistemas de justicia penal. Las enormes limitaciones y en algunos casos la completa falta de un proceso de implementación sistemático ha permitido que la legislación de la reforma haya convivido con prácticas operativas propias del viejo sistema que en la práctica hacen que, más allá de lo declarado en las nuevas leyes, persista la forma en que de hecho se resuelve la prisión preventiva en cada caso.⁴³²

Por todas estas razones, resulta tentadora la idea que afirma que la prisión preventiva es el único método seguro y probado con que el sistema cuenta con el fin de garantizar que el imputado no huya del juicio, que atente contra las víctimas o testigos o realice otras conductas que se considera necesario evitar. Esta carencia del sistema refuerza la percepción pública de impunidad frente a los casos en que una persona es puesta en libertad a la espera del juicio, la que a su vez constituye el basamento político de todos los intentos legislativos por volver a sistemas de inexcusabilidad u otras formas de reforzamiento del uso de la prisión preventiva. Por lo tanto, parece indispensable abordar sistemáticamente estos desafíos, es decir, buscar respuestas institucionales que se hagan cargo de cada una de las tareas descritas y que tengan la capacidad de desarrollar un proceso de aprendizaje acerca de los métodos más convenientes para realizarlas, pues si bien es cierto que el juez pondera y decide sobre la aplicación de las medidas cautelares, éste no puede supervisar y evaluar la eficacia de tales medidas.

Así, estimamos que son necesarios ciertos cambios legislativos para eliminar los catálogos de delitos inexcusables, e implementar de manera efectiva medidas asegurativas distintas a la prisión preventiva. Pero con ello no se garantiza que se reduzca su uso. Es necesario generar desarrollos institucionales para profundizar el paradigma de la oralidad. El sistema de audiencias debe estar complementado por una estructura que pueda manejar ciertos mecanismos que brinden, de forma generalizada, estándares mínimos de información corroborada para que se

⁴³² Riego. Op. cit., pp. 8, 9.

determine del modo más idóneo posible. También, corresponde crear estructuras que puedan encargarse de controlar los regímenes de libertad monitoreada.⁴³³

⁴³³ Podestá, José Tobías y Carolina Villadiego Burbano. *Servicios de Antelación al Juicio. Una Alternativa para Disminuir los Índices de Prisión Preventiva en la Región*. En: *Sistemas Judiciales*. Op. cit., p. 25.

Conclusiones

La prisión preventiva es una institución antiquísima, inveterada, que ha ido a la par de la evolución de los sistemas penales que han existido en la historia y de la cual no se ha podido prescindir. De igual manera, la pena de prisión se ha constituido en el eje central del *ius punendi* estatal, sin que a la fecha se vislumbre alguna alternativa efectiva a esta pena que sea acorde con la aspiración del respeto a la dignidad humana.

Nuestro país es heredero de una tradición jurídica de más de mil años, proveniente de los primeros ordenamientos castellanos, que por casi cinco siglos dieron forma a nuestras instituciones jurídico-penales.

A la par, desde hace medio siglo los derechos humanos han tenido un extraordinario desarrollo en el plano del derecho internacional y existe una tendencia en los Estados democráticos de universalizar su observancia a través de la implementación de nuevas instituciones jurídicas.

Uno de los temas centrales del debate en pro de los derechos humanos son las diversas garantías del imputado en un proceso penal y que ha incidido en la implementación de sistemas penales de corte acusatorio, adversarial y oral, mismo que pretende dejar atrás los resquicios del sistema predominantemente inquisitorio. Esto ha implicado, además, el establecimiento o redimensionamiento de instituciones que sean acordes con la exigencia de respeto irrestricto del principio de presunción de inocencia; una de ellas ha sido la prisión preventiva.

La prisión preventiva, de acuerdo con esta nueva visión, es concebida como una verdadera medida cautelar: una institución sin un fin propio, sino un mero instrumento para garantizar el desarrollo del proceso. Así, ha pasado de ser la regla general a la excepción a la regla, la más extrema de las medidas cautelares y, por ende, a la que más requisitos se le debe exigir para su imposición. El espíritu de esta nueva visión tiene como premisa dejar de concebir a la prisión preventiva como una pena anticipada y ya no se le concibe como un instrumento de control social: las sociedades democráticas únicamente han de tolerarla si con ella se concilian dos intereses superiores, o por lo menos se evita un choque frontal entre ellas: la del individuo, a la libertad, y la de la sociedad, a la seguridad pública.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta dinámica, muestra de lo cual es la suscripción de los más importantes instrumentos que en materia de derechos humanos existen actualmente, tanto en el ámbito internacional como continental. Sin embargo, la adaptación de los

instrumentos internacionales atinentes al respeto de las garantías procesales del imputado ha sido lenta, pues mientras que algunos países latinoamericanos implementaron las reformas hace más de quince años, en México hace apenas tres que se reformó la Constitución Federal y distan otros cinco años más para completar el proceso de adecuaciones legales para la total adopción del nuevo sistema penal de corte acusatorio, adversarial y oral.

El sistema de medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva, adoptada por la reforma constitucional, supone un avance notable —aunque no el mejor que podría esperarse— en el respeto a los derechos humanos y el cambio de paradigma: la prisión preventiva debe responder únicamente a los intereses legítimos de una administración de justicia pronta, expedita y efectiva, y no ser utilizada ya para fines político-criminales o de propaganda oficial.

Por lo pronto, la reforma constitucional concede al legislador la facultad de establecer las pautas por las cuales deba regirse la lógica cautelar de la prisión preventiva, con lo cual no se cumplen adecuadamente los compromisos internacionales del Estado mexicano con relación al principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva. Además de establecer la oficiosidad de esta medida para determinados delitos, permite al legislador ordinario la posibilidad de indicar en la ley las directrices que los jueces deberán seguir para ponderar la imposición de la prisión preventiva. Este aspecto no satisface del todo la expectativa de quienes aspiran al establecimiento de un sistema puro, en el que sea el juez quien pondere libremente la lógica cautelar en cada caso. Consideramos, sin embargo —con cierto optimismo—, que este constituye un importante paso hacia la plena implementación de los compromisos internacionales que en la materia obligan al Estado mexicano.

El lapso de ocho años en la que la reforma constitucional habrá de implementarse estará llena —como ya lo ha estado en estos tres primeros años— de tentaciones reformistas, impulsadas por intereses egoístas, incluso con fines de propaganda oficial: hay quienes ven, o pretenden hacer ver, a la libertad del imputado durante el proceso como un mal social, como un sesgo de impunidad. Estas tentaciones podrían conllevar contrarreformas aún antes de que la misma reforma constitucional termine de implementarse. Consideramos que esto es peligroso; para que un sistema penal arraigue en una sociedad, debe permitirse que la práctica y la experiencia, sin dejar a un lado la profesionalización y la honestidad que debe exigírseles a los actores involucrados, demuestren su efectividad. Es un error esperar que con una reforma se solucionarán todos los males de nuestra sociedad, no se acabará *per se* con la inseguridad ni se reducirán *per se* los índices delictivos; la reforma por sí misma mostrará sus bondades y sus desventajas. Pero consideramos incorrecto que apriorísticamente se juzguen esos resultados con base en unos cuantos resultados, ni cuando la *vacatio constitucionalis* aún no ha transcurrido.

Para ello, no sólo es menester fortalecer la independencia de los Poderes Judiciales federal y locales, o profesionalizar a la institución del Ministerio Público. Es importante generar en la población una verdadera expectativa hacia estas instituciones, de modo que su actuar les genere confianza, legitimando así su actuar. Sólo cuando la sociedad confíe en sus jueces y en sus fiscales, habremos llegado al umbral en el que se permita a los juzgadores asumir plena y cabalmente la lógica cautelar, sin que deban sujetarse a directrices legales, muchas de las veces desafortunadas. Trabajo sumamente difícil, pero no imposible.

Bibliografía

Obras individuales:

- Alfonso X *el Sabio*. *Las Siete Partidas*. Buenos Aires, Argentina, 2010, Asociación Pensamiento Penal.
- Almeda Samaranch, Elisabet. *Corregir y Castigar. El Ayer y Hoy de las Cárceles de Mujeres*. Barcelona, España, 2002, Bellaterra.
- Antequera, José María. *Historia de la Legislación Romana*. 3ª ed., Madrid España, 1874, P. Infante editor.
- Azcárate, Francisco de. *Obras de Aristóteles*. Madrid, España, 1873, Medina y Navarro Editores.
- Barrera Fuentes, Florencio (introducción y notas). *Crónicas y Debates de las Sesiones de la Soberana Convención Revolucionaria*. 2ª ed., México, D. F., 1964, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la revolución Mexicana.
- Benavente Chorres, Hesbert. *Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México Comentado*. Tomo I, México, D. F., 2009, Flores Editor y Distribuidor.
- Bernaldo de Quirós, Constanancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México, D. F., 1953, Textos Universitarios.
- Bonesana, César, Marqués de Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. No se indica el traductor. Buenos Aires, Argentina, 1993, Editorial Eliasta.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. *El Juicio de Amparo*. 31ª ed., 1992, México, D. F., Editorial Porrúa.
- Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. 23ª ed., México, D. F., 1991, Editorial Porrúa.
- Bustos Ramírez Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Madrid, España, 1989, Editorial Ariel.
- Cabrera Acevedo, Lucio. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación Durante los Gobiernos de Portes Gil, Ortiz Rubio y Abelardo L. Rodríguez (1929-1934)*. México, D. F., 1998, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. *Los Presidentes de México ante la Nación*. 2ª ed., México, 1985, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- Carpizo McGregor, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. 3ª ed., México, D. F., 1979, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Código Penal Anotado*. 18ª ed., México, D. F., 1995, Editorial Porrúa.

- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. 17ª ed., México, D. F., 1991, Editorial Porrúa.
- Castro y Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*. 5ª ed., México, D. F., 1986, Editorial Porrúa.
- Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*. México, D. F., 2008, (no se menciona la editorial).
- Córdova, Arnaldo. *La Ideología de la Revolución Mexicana*. México, D. F., 1973 (15ª reimpresión, 1989), Ediciones Era.
- Cortés, Hernán. *Cartas y Documentos*. México, D. F., 1963, Editorial Porrúa.
- Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal*. 17ª Ed., Barcelona, España, 1975, Bosch Casa Editorial.
- Díaz de León, Marco Antonio. *Código Penal Federal Comentado*. 6ª ed., México, D. F., 2003, Editorial Porrúa.
- Dublán, Adolfo y Adalberto A. Esteva. *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Expedidas desde la Independencia de la República (Continuación de la Ordenada por los Lics. Manuel Dublán y José María Lozano)*. México, D. F., 1897-1899, Imprenta de Eduardo Dublán y Tipografía de El Partido Liberal.
- Dublán, Manuel y José María Lozano (compiladores). *Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas Extendidas desde la Independencia de la República*. México, D. F., 1876-1890, Imprenta del Comercio y Tipografía de E. Dublán y Cía.
- El Pentateuco*, con el comentario del rabí Shelomó Itzjakí (Rashí), Levítico (Vayikrá), traducción, elucidación y comentario de Aryeh Coffman, México, 2002, Editorial Jerusalem de México.
- Fernández de Lizardi, José Joaquín. *El Periquillo Sarmiento*. 30ª ed., México, D. F., 2007, Editorial Porrúa.
- Fernández García, Julio. *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid, España, 2001, Editorial Colex.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *La Pena de Prisión. Propuestas para Sustituirla o Abolirla*. México, D. F. 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández Ubiña, José y Mar Marcos. *Libertad e Intolerancia Religiosa en el Imperio Romano*. Madrid, España, 2007, Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 6ª ed., Madrid, España, 2004, Editorial Trotta.
- Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. Trad. de Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires, Argentina, 2002, Siglo XXI Editores.
- Fray Juan de Torquemada. *Monarquía Indiana*. Reproducción de la edición de Madrid, 1723, introducción por Miguel León Portilla, México, D. F., 1969, Editorial Porrúa.
- García Cubas, Antonio. *El Libro de mis Recuerdos; Narraciones Históricas, Anecdóticas y de Costumbres Mexicanas Anteriores al Actual Estado Social*. México, D. F., 1904, García Cubas editor.
- García Ramírez, Sergio. *Comentarios Sobre las Reformas de 1993 al Procedimiento Penal Federal*. México, D. F., 1994, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- García Ramírez, Sergio. *El artículo 18 Constitucional*. México, D. F., 1968, Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio. *El Artículo 18 Constitucional: Prisión Preventiva, Sistema Penitenciario, Menores Infractores*. México, D. F., 1967, Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio. *Justicia Penal*. México, D. F., 1982, Editorial Porrúa.
- García Ramírez, Sergio. *Estudios Jurídicos*. México, D. F., 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Ramírez, Sergio. *Temas de Derecho*. México, D. F., 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- García Valdés, Carlos. *Derecho Penitenciario. (Escritos: 1982-1989)*. Madrid, España, 1989, Ministerio de Justicia del Reino de España.
- García Valdés, Carlos. *Estudios Sobre Derecho Penitenciario*. Madrid España, 1982, Editorial Tecnos.
- Garcilaso de la Vega, Inca. *Historia General del Perú*. Córdoba, España, 1613, viuda de Andrés Barrera editora.
- Gayo. *Instituciones del Derecho Romano*. Trad. de Francisco Samper P. Santiago, Chile, 2000, Editorial Jurídica de Chile.
- González de la Vega, Francisco. *El Código Penal Comentado*. 11ª ed., México, D. F., 1994, Editorial Porrúa.
- González Obregón, Diana Cristal. *Manual Práctico del Juicio Oral*. México, D. F., 2010, UBIJUS.
- González Vidaurri, Alicia. *Control Social en México*. México, D. F., 1998, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guy, John. *María Estuardo. La Reina Mártir*. Barcelona, España, 2007, EDHASA.
- Hélie, Faustin. *Traité de l'Instructione Criminelle*. París, Francia, 1886.
- Hermann, Siegfried. *Historia de Israel en la Época del Antiguo Testamento*. 2ª ed., Salamanca, España, 1996, Ediciones Sígueme.
- Huacuja Betancourt, Sergio. *La Desaparición de la Prisión Preventiva*. México, D. F., 1989, Editorial Trillas.
- Justiniano. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Traducción y compilación de Ildefonso García del Corral, Barcelona, España, 1897, Jaime Molinas Editor.
- Justiniano. *Digesto*. Traducción de Álvaro D'ors. Pamplona, España, 1968, Aranzadi Editores.
- Kohler, Joseph y Javier de Cervantes y Anaya. *El Derecho de los Aztecas. Introducción a la Historia del Pensamiento Jurídico*. México, D. F., 2002, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
- León Portilla, Miguel. *De Teotihuacán a los Aztecas. Fuentes e Interpretaciones Históricas*. 2ª ed., México, D. F., 1983, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Locke, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Trad. de Edmundo O'Gorman, México, D. F., 1982, Fondo de Cultura Económica.
- Locke, John. *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*. Trad. de Carlos Mellizo, Madrid, España, 1999, Alianza Editorial.
- Luzón Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 13ª ed., Madrid, España, 1995, Editorial Dyckinson.

- Maggio, Luis Aníbal. *"Civis Romanum Sum". Acerca de la Ciudadanía*. Ponencia presentada en el XII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina, 2005, Universidad de Moron.
- Maldonado de Lizalde, Eugenia. *El Derecho Penal en Sófocles y Esquilo*. México, D. F., 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina, 1951, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Marco del Pont, Luis. *Penología y Sistemas Carcelarios*. Buenos Aires, Argentina, 1982, Ediciones Depalma.
- Maurach, Reinhart et. al. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de la 7ª edición alemana de Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Argentina, 1995, Editorial Astrea, pp. 859-862
- Mc Lachlan, Colin. *La justicia Criminal del Siglo XVIII en México. Un Estudio sobre el Tribunal de la Acordada*. México, D. F., 1976, Secretaría de Educación Pública.
- Mondolfo, Rodolfo. *Rousseau y la Conciencia Moderna*. Buenos Aires, Argentina, 1972, EUDEBA.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel. *La Presunción de Inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona, España, 1999, Editorial Aranzandi.
- Moro, Tomás. *Utopía*. 3ª ed., Madrid, España, 1971, Editorial Zero.
- Paz Alonso, María. *El Proceso Penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, España, 1982, Ediciones Universidad de Salamanca.
- Platón. *La República*. Trad. de Juan B. Bergua, Madrid, España, 2003, Ediciones Ibéricas.
- Rabasa, Emilio. *La Constitución y la Dictadura*. México, D. F., 1999, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- Real Academia de la Lengua. *Fuero Juzgo*. Madrid, España, 1815, Ibarra Impresor.
- Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*. Madrid, España, 1973, Instituto de Cultura Hispánica (edición facsimilar de la publicada en 1681 por Julián de Paredes)
- Reviriego, Fernando y Faustino Gudín Rodríguez-Magariños. *Derechos de los Reclusos*. Madrid, España, 2008, Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Rodríguez Manzanera, Luis. *Penología*. México, D. F., 1998, Editorial Porrúa.
- Rodríguez, Ricardo. *El Procedimiento Penal en México*. 2ª ed., México, D. F., 1900, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento (edición facsimilar del original, México, D. F., 2003, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal).
- Rodríguez-Sala Gomezgil, María Luisa. *La Santa Hermandad y sus Personajes Durante los Siglos XVI y XVII Novohispanos*. México, 2002, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez-Sala Gomezgil, María Luisa. *Los Jueces Provinciales del Tribunal de la Acordada, Partícipes de la Tranquilidad Social Novohispana (1719-1812)*. México, 2002, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *Introducción al Derecho Mexicano*. México, D. F., 1981, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. *La Detención Preventiva y los Derechos Humanos*. México, D. F., 1981, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Romero García, Fernando. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*. México, D. F., 1922, Imprenta de la Cámara de Diputados.
- Rousseau, Jean Jacques. *Discurso Sobre Economía Política*. Buenos Aires, 2003, Quadrata Editorial.
- Rousseau, Jean Jacques. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Trad. de Enrique de la Rosa. Buenos Aires, Argentina, 1963, Fabril Editora.
- San Agustín. *Obras Completas*. Madrid, España, 1948, Editorial Católica
- Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Madrid, España, 2000, Editorial Colex.
- Secondat, Charles Louis de, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu. *El Espíritu de la Leyes*. Madrid, España, Editorial El Ateneo.
- Secretaría de Justicia. *Colección Legislativa Completa de la República Mexicana con todas las disposiciones expedidas para la Federación, el Distrito y los Territorios Federales (Continuación de la Legislación Mexicana de Dublán y Lozano)*. México, D. F., 1908-1912, Tipografía Viuda de Francisco Díaz de León Sucesores.
- Secretaría de Seguridad Pública. *Cuarto Informe de Labores. Informe de Labores*. México, D. F., 2010, Presidencia de la República.
- Secretaría de Seguridad Pública. *Primer Informe de Labores*. México, D. F., 2007, Presidencia de la República.
- Secretaría de Seguridad Pública. *Segundo Informe de Labores*. México, D. F., 2008, Presidencia de la República.
- Secretaría de Seguridad Pública. *Tercer Informe de Labores*. México, D. F., 2009, Presidencia de la República.
- Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. *Avances en la Implementación de la Reforma de Justicia Penal*. México, D. F., enero de 2011, Secretaría de Gobernación.
- Séneca. *Tratados Filosóficos*. Madrid, España, 1884, Trad. de Pedro Fernández Navarrete, "Biblioteca Clásica", Luis Navarro Editor.
- Speckman Guerra, Elisa. *Crimen y Castigo. Legislación Penal, Interpretaciones de la Criminalidad y Administración de Justicia (ciudad de México, 1872-1910)*. México, D. F., 2007, El Colegio de México y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal y Tribunal Electoral. *Informe Anual de Labores 2008. Anexo Documental*. México, D. F., 2009, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal y Tribunal Electoral. *Informe Anual de Labores 2009. Anexo Documental*. México, D. F., 2010, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal y Tribunal Electoral. *Informe Anual de Labores 2010. Anexo Documental*. México, D. F., 2011, Dirección General

de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Secretaría Ejecutiva del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal.

- Tamarit Sumalla Josep-Marie et. al. *Derecho Penitenciario*. Barcelona, España, 2004, Planeta UOC.
- Téllez Aguilera, Abel. *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones. Derecho y Realidad*. Madrid España, 1998, Esdisofer.
- Turner, John Kenneth. *México Bárbaro*. 20ª ed., México, D. F., 2009, Editorial Porrúa (Sepan Cuántos).
- Uribe Benítez, Óscar. *El Principio de Presunción de Inocencia y la Probable Responsabilidad*. México, D. F., 2007, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- Uribe Benítez, Óscar. *La Prisión Preventiva en el Proceso Penal Acusatorio y Oral de México*. México, D. F., 2007, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- Vela Treviño, Sergio. *Miscelánea Penal*. México, D. F., Editorial Trillas.
- Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. 3ª ed., Córdoba, Argentina, 1986, Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba S. R. L.
- Verdugo, Agustín. *Colección Legislativa Completa de la República Mexicana con todas la Disposiciones Expedidas para la Federación, Distrito Federal y Territorios (Continuación de la Legislación Mexicana de Dublán y Lozano)*. México, D. F., 1902, 1904, Talleres Tipográficos de "El Correo Español" y Talleres Tipográficos de Arturo y Alfredo G. Cubas.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. México, D. F., 1997, Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Zavaleta, Arturo. *La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria*. Buenos Aires, Argentina, 1954, Arsayu.

Obras colectivas:

- Cosío Villegas, Daniel (coordinador). *Historia Moderna de México*. 2ª ed., México, D. F., 1970. Editorial Hermes.
- García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores). *Foro Sobre Justicia Penal y Justicia para Adolescentes*. México, D. F., 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal. *Panorama Internacional Sobre Justicia Penal. Proceso Penal y Justicia Penal Internacional*. México, D. F., 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio y Leticia A. Vargas Casillas (coordinadores). *Proyectos Legislativos y Otros Temas Penales*. México, D. F., 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores). *La Reforma Constitucional en Materia Penal*. México, D. F., 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Gutiérrez-Alviz Conradi, Faustino (director). *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*. Sevilla, España, 1996, Universidad de Sevilla.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. 2ª ed., México, D. F., 2004, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pérez Martín, Inmaculada (coordinadora). *Castigo y Reclusión en el Mundo Antiguo*, Madrid, España, 2003, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Riego R. Cristián y Duce J. Mauricio (directores de la investigación). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectivas*. Santiago, Chile, 2009, Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Santa Biblia*. Antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602) y cotejada posteriormente con diversas traducciones y con los textos hebreo y griego. México, D. F., sin fecha de publicación, Las Sagradas Escrituras para Todos, Oficina Latinoamericana.
- Secretaría de Gobernación. *Orientación Actual de la Legislación Penitenciaria. Memoria de la V Reunión Nacional de Directores Generales de Prevención y Readaptación Social*. Hermosillo, Sonora, 1995, Secretaría de Gobernación.
- Soberanes Fernández, José Luis (coordinador). *Memoria del II Congreso de Historia de Derecho Mexicano*. México, D. F., 1980, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Historia de la Justicia en México. Siglos XIX y XX*. México, 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 92, 93.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920)*. México, D. F., 1995, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania. *Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras*, Nueva York, Estados Unidos de América, 1987, Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania.

Artículos publicados en revistas especializadas:

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. *Derechos Fundamentales-Derechos Humanos. ¿Una Distinción Válida en el Siglo XXI?* En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 127, enero-abril. México, D. F., 2010, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- “Alocución pronunciada en la ceremonia inaugural por el señor gobernador del Distrito Federal, lic. D. Rafael Rebollar, al hacer entrega de la Penitenciaría de México al Ejecutivo de la Unión”. *Boletín del Archivo General de la Nación*. Tercera serie, tomo V, núm. 4 octubre-diciembre, y tomo VI, núm. 1, enero-marzo, México, D. F., 1981, 1982, imprenta del Archivo General de la Nación.
- Alonso y Royano, Félix. *El Derecho Griego*. En: *Espacio, Tiempo y Forma*. Serie II, Historia Antigua, tomo 9, Madrid, España, 1996, Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Álvarez Licona, Nelson E. *Las Islas Marías y la Subcultura Carcelaria*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 91, enero-abril, México, D. F., 1998, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Angulo, Graciela. *El Consentimiento Frente a los Bienes Jurídicos Indisponibles*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. No. 7-8. México, D. F., 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Baytelman Aronowsky, Andrés. *Sistema Acusatorio: Capacitación como en el Fútbol*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 4, México, D. F., julio-agosto 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Bazán Alarcón, Alicia. *El Tribunal Real de la Acordada y la Delincuencia en la Nueva España*. En: *Historia Mexicana*. Vol. XIII, núm. 3, enero-marzo, México, D. F., 1964, El Colegio de México.
- Benavente Chorres, Hesbert. *El Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia en Perú y México, Así Como su Relación con los Demás Derechos Constitucionales*. En: *Estudios Constitucionales*. Año 7, núm. 1, Talca, Chile, 2009, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.
- Beneyto Pérez, Juan. *La Política Jurisdiccional y de Orden Público de los Reyes Católicos*. En: *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 77, Madrid, España, 1954, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Burgoa, Orihuela. Ignacio. *Semblanza de Don Mariano Otero, Insigne Jurista y Político Mexicano*. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Núms. 154-156. México, D. F., 1987, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabrera, Sandra. *Pena y Prisión Preventiva*. En: *Urbe et Ius*. Año I, núm. 6, Buenos Aires, Argentina, 2005, Asociación Urbe et Ius.
- Camacho Quiroz, César. *El Nuevo Sistema Constitucional de Justicia Penal*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 11, México, D. F., marzo-abril 2010, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Campbell Colombo, Juan. *Garantías Constitucionales del Debido Proceso Penal. Presunción de Inocencia*. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. 13er. año, tomo I, Montevideo, Uruguay, 2007, Konrad Adenauer Stiftung.
- Carbonell, Miguel y Enrique Ochoa Reza. *Juicios Orales y Debido Proceso Legal: Una Propuesta de Reforma*. En: *Iter Criminis*. Tercera época, núm. 11, México, D. F., mayo-junio 2007, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Carranza Lucero, Elías. *Estado Actual de la Prisión Preventiva en América Latina y Comparación con los Países de Europa*. En: *Ciencias Penales*. Núm. 16, San José, Costa Rica, 1999, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Carrasco Daza, Constancio. *La Reforma Penal en México*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 4, julio-agosto 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Carrasco Solís, Javier. *Servicios de Evaluación de Riesgos y Supervisión: Mecanismos Para el Manejo de las Medidas Cautelares*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- Cassel, Douglas. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Detención Preventiva*. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Núm. 21, enero-junio, San José, Costa Rica, 1995, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Castañeda Reyes, José Carlos. *En Torno a los Aportes del Egipto Antiguo a la Cultura Occidental*. En: *Estudios de Asia y África*. Vol. XXXII enero abril, núm. 1, México, D. F., 1997, El Colegio de México.
- Chinchilla Calderón, Rosaura y Éricka Linares Orozco. *Penas Alternativas a la Prisión. ¿Menos Cárcel o Más Control Social?* En: *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*. Año 15, núm. 21, octubre, San José Costa Rica, 2003, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Darós, William Roberto. *La Libertad Individual y el Contrato Social según J. J. Rousseau*. En: *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*. Vol. 44, núm. doble 111-112 enero-agosto, San José, Costa Rica, 2006, Universidad de Costa Rica.

- Díaz Lombardo, Francisco. *Notas para el Estudio del Derecho Penal Azteca*. En: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Núm. 17, mayo-agosto, México, D. F., 1953, Instituto de Derecho Comparado de México.
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia. *Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XXVI, núm. 76. México, D. F., enero-abril 1993, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fernández Ubiña, José. *El Imperio Romano como Sistema de Dominación*. En *Polis: Revista de Ideas y Formas Políticas de Antigüedad Clásica*. Núm. 18, Alcalá de Henares, España, 2006, Universidad de Alcalá de Henares.
- Fuentes Maureira, Claudio. *Régimen de Prisión Preventiva en América Latina: La Pena Anticipada, la Lógica Cautelar y la Contrarreforma*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, número 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- García Marín, José María. *Quiebras en la Administración de Justicia Novohispana del Siglo XVIII*. En: *Historia, Instituciones, Documentos*. Núm. 25, Sevilla, España, 1998, Departamento de Historia Medieval y Ciencias y Técnicas Historiográficas de la Universidad de Sevilla.
- García Melero, José Enrique. *El Panóptico de Bentham en los Proyectos de la Academia (1814-1844)*. En: *Espacio, Tiempo y Forma*. Serie VII, Historia del Arte, tomo 13, Madrid, España, 2000, Facultad de Geografía e Historia de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- García Ramírez, Sergio. *El Sistema Penitenciario. Siglos XIX y XX*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 95, mayo-agosto. México, D. F., 1999, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Ramírez, Sergio. *Reseña Legislativa sobre la Reforma Constitucional de 2007-2008 en Materia de Seguridad Pública y Justicia Penal*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 123, septiembre-diciembre. México, D. F., 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Silva, Gerardo. *Los Desafíos de la Capacitación del Ministerio Público*. En: *Iter Criminis*. Tercera época, núm. 10, marzo-abril 2007, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Gómez Collado, Roberto y José Luis Albarrán Cruz. *El Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 y las Relaciones de Coordinación Federación-Estado*. En: *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*. Núms. 34-35, mayo-diciembre, México, D. F., 1989, Instituto Nacional de Administración Pública.
- González Ibarra, Juan de Dios, y Emilio Peña Rangel. *Epistemología e Historia del Juicio Oral*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año XLI, núm. 123, México, D. F., septiembre-diciembre 2008, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández Astete, Francisco. *Las Panacas y el Poder en el Tahuantinsuyo*. En: *Bulletin de l'Institute Français d'Études Andines*. Núm. 37, París, Francia, 2008, Institute Français d'Études Andines.
- Islas de González Mariscal, Olga. *La Prisión Preventiva en la Constitución Mexicana*. En: *Jus Semper*. Núm. 5, México, D. F., 1988, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.
- Jara Müller, Juan Javier. *Principio de Inocencia: El Estado Jurídico de Inocencia del Imputado en el Modelo Garantista del Proceso Penal*. En: *Revista de Derecho*. Vol. 10, suplemento, Valdivia, Chile, 1999, Departamento de Derecho de la Universidad de Valdivia.

- Laveaga, Gerardo. *¿Quién Teme a la Reforma Penal?* En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 3, mayo-junio 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Ledesma, José de Jesús. *Panorama del Derecho Mexicano en el Siglo XIX*. En: *Jurídica*. Núm. 13, tomo II, México, D. F., 1981, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.
- Lozano Armendares, Teresa. *Recinto de Maldades y Lamentos: La Cárcel de la Acordada*. En: *Estudios de Historia Novohispana*. Núm. 13, enero. México, D. F., 1993, Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- MacLean, Enrique. *Proceso Penal y Reforma Constitucional*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- Martínez Cisneros, Germán. *La Presunción de Inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal*. En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 26, México, D. F., 2008, Instituto de la Judicatura Federal.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Consideraciones Sobre el Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia*. En: *Ius et Praxis*. Año/vol. 11, núm. 001, Talca, Chile, 2005, Universidad de Talca.
- Oropeza Barbosa, Ana Luisa. *Prisión Preventiva vs Presunción de Inocencia*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 9, marzo-abril, México, D. F., 2010, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Pérez Largacha, Antonio. *Herodoto y la Arqueología Egipcia*. En: *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*. Vol. XL, Madrid, España, 2004, Asociación Española de Orientalistas, Universidad Autónoma de Madrid.
- Podestá, José Tobías y Carolina Villadiego Burbano. *Servicios de Antelación al Juicio. Una Alternativa para Disminuir los Índices de Prisión Preventiva en la Región*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- Pottstock Padilla, Edmundo. *Estudio Crítico del Sistema Procesal Penal Chileno*. En: *Revista de Derecho Procesal Penal*. Año IV, núm. 7, marzo, Santiago, Chile, 1974, Editorial Jurídica de Chile.
- Riego, Cristián. *Una Nueva Agenda Para la Prisión Preventiva en América Latina*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- Río Rebolledo, Johanna Del. *La Reforma al Artículo 20 Constitucional*. En: *Iter Criminis*. Cuarta época, núm. 6, noviembre-diciembre 2008, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Rodríguez Devesa, José María. *Alegato Contra las Medidas de Seguridad en Sentido Estricto*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo 31, núm. 1, Madrid, España, 1978, Ministerio de Justicia.
- Rosenberg, Marc. *La Prisión Preventiva en Canadá*. En: *Sistemas Judiciales*. Año 7, núm. 14, Santiago, Chile, 2010, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas.
- Sánchez Rubio, Javier. *Entre Aseguratio, Coercio y Executio. Prisión Preventiva y Control Judicial de las Cárcels a Finales del Antiguo Régimen*. En: *Boletín de la Facultad de Derecho*. Núm. 16, Madrid, España, 2000, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Santos Yanguas, Narciso. *La Concepción de la Historia de Roma como Sucesión de Edades en los Historiadores Latinos*. En: *Cuadernos de Filología Clásica*. Núm. 17, Madrid, España, 1981, Universidad Complutense de Madrid.
- Sempat-Assadourian, Carlos. *Hacia la "Sublimis Deus": Las Discordancias Entre los Dominicos Indianos y el Enfrentamiento del Franciscano Padre Tastera con el Padre Betanzos*. En: *Historia Mexicana*. Vol. 47, núm. 3, México, D. F., 1998, El Colegio de México.

Torres Estrada, Pedro. *La Supremacía Constitucional y el Órgano de Impartición de Justicia Constitucional en España y México (Estudio Comparado)*. En: *Iustitia*. Núm. 11, Monterrey, México, 2004, Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

Varela Suanzes, Joaquín. *Política y Derecho en la Edad Media*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17, Madrid, España, 1997, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Notas periodísticas:

Ackerman, John M. *Gobierno Militar*. Proceso, núm. 1799, México, D. F., 24 de abril de 2011.

Agencias. *Hallan tablilla similar al Código de Hammurabi*. El Universal, México, D. F., 26 de julio de 2010.

Aguilar Morales, Luis María. *El Uso de ese Modelo, una Antigua Realidad*. El Universal, México, D. F., 8 de febrero de 2007.

Aranda, Jesús. *Luz Verde de la Corte a Extraditar Reos Aunque les Apliquen Prisión Perpetua*. La Jornada, México, D. F., 30 de noviembre de 2005.

Avilés, Carlos. *El Papel de los Juzgadores, en el Centro de la Polémica*. El Universal, México, D. F., 8 de febrero de 2007.

Delgado, René. *Días Complejos/Sobreaviso*. El Siglo de Torreón, Torreón, Coahuila, 1 de marzo de 2008.

Gómez, Francisco y Teresa Montaña. *PGR Atrae Ejecución de Narco en Penal*. El Universal, México, D. F., 2 de enero de 2005.

Méndez, Gustavo y Gustavo Castillo García. *Expertos: El Narco Ha Permeado Ya Por Completo al Estado Mexicano*. La Jornada, México, D. F., 7 de enero de 2005.

Ojeda Bohórquez, Ricardo. *Su Aprobación Haría Nugatorias Ciertas Garantías*. El Universal, 8 de febrero de 2007.

Otero, Silvia. *Extradición Temporal de Narcos a EU*. El Universal, México, D. F., 20 de enero de 2007

Recursos multimedia:

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disco óptico *Ius 2010. Jurisprudencia y Tesis Aisladas Junio 1917-Diciembre 2010*. México, D. F., 2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Publicaciones en páginas web:

Boletín Oficial del Estado del Reino de España, en el sitio web: http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/leyes_procesales/ley_enjuiciamiento_criminal.pdf.

Código de Hammurabi. Publicado en línea por Distrito Ciencias Jurídicas, en la página web http://distritos.telepolis.com/1395/lib/e-books/Codigo_de_Hammurabi.pdf.

Dirección General de Reclusorios de la Secretaría de Gobierno del Distrito Federal. *Arquitectura Penitenciaria*. Publicado en el sitio web <http://www.reclusorios.df.gob.mx/descargas/arquitecturapenitenciaria.pdf>.

Menacho Chiok, Pedro. *Historia del Derecho Peruano por Épocas*. Lima, Perú, 2007, Gestipolis, publicación en línea en el sitio web <http://www.gestipolis.com/canales8/eco/derecho-peruano-y-su-historia-por-epocas.htm#mas-autor>.

Nota "Calderón Condena a los 3 Jueces de Chihuahua", publicada el 13 de enero de 2011 en la página electrónica *La Policiaca*, sitio web <http://www.lapoliciaca.com/nota-roja/calderon-condena-a-los-3-jueces-de-chihuahua/>.

Nota "Pide Isabel Miranda Frenar Sistema Oral Acusatorio", publicada el 20 de enero de 2011 en la página electrónica de *Terra*, sección noticias, sitio web <http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/1027498/Pide+Isabel+Miranda+frenar+sistema+oral+acusatorio.htm>.

Nota "Reina la corrupción en las cárceles del DF", publicada el 12 de noviembre de 2007 en la página electrónica del Diario *Esto*, consultado en el sitio web <http://www.oem.com.mx/esto/notas/n487121.htm>.

Ochoa Reza, Enrique. Discurso presentado durante la presentación del *Anteproyecto de Reforma Constitucional en Materia de Juicios Orales y Debido Proceso Legal* ante las Comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, México, D.F., 13 de diciembre de 2006, publicado en [http://www.formacionenjuiciosorales.org.mx/Oral%20Trials%20Web/Discursos/Enrique%20Ochoa%20\(13-12-06\).pdf](http://www.formacionenjuiciosorales.org.mx/Oral%20Trials%20Web/Discursos/Enrique%20Ochoa%20(13-12-06).pdf).

Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed., Madrid, España, 2001, página web: www.rae.es.

Santo Tomás. *Summa Theologica*. Texto original consultable en la página web <http://hijg.com.ar/sumat/b/c109.html>.

Servidores web:

Sitio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx.

Sitio del Consejo de la Judicatura Federal: www.cjf.gob.mx.

Sitio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: www.juridicas.unam.mx.

Sitio del Instituto Nacional de Ciencias Penales: www.inacipe.gob.mx.

Sitio de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos: www.cindh.org.

Sitio de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión www.cddhcu.gob.mx.

Sitio del Senado de la República www.senado.gob.mx.

