

# La prisión preventiva como medida cautelar: México-España

*Dra. María del Refugio Bobadilla Saucedo – Mtra. Alma Rosa Solís Ríos - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango*  
*Carolina Balleza Valdez - Estudiante del Doctorado Institucional en Derecho*

## RESUMEN

La prisión provisional o preventiva, ha sido definida como la privación de la libertad que padece quien aún no ha sido condenado, es decir quien aún no esté procesado porque aún no ha habido sentencia la cual puede ser condenatoria o absolutoria. O bien como una medida cautelar de carácter personal que tiene lugar cuando otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena.

En el presente estudio, se hace un análisis de la institución de la prisión preventiva como medida cautelar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Código Nacional de Procedimientos Penales; así como un análisis comparativo de esta figura procesal y la normativa aplicable en nuestro país, con la Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

Se estudia a la prisión preventiva a partir del principio de excepcionalidad, principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos del imputado, considerando los criterios jurisprudenciales que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que se debe considerar como el plazo razonable que debe durar la prisión preventiva.

**PALABRAS CLAVE:** Medidas cautelares, prisión preventiva, privación de la libertad, carácter de excepcionalidad, sistema acusatorio, derechos humanos, principio de proporcionalidad.

## ABSTRACT

The provisional or preventive detention, has been defined as the deprivation of liberty suffered by who has not yet been convicted, that mean those who are not yet processed because it has not been taken any decision, which may be conviction or the acquittal. Or as a precautionary measure of a personal nature that occurs when other measures are not sufficient to ensure the end of the process and the eventual execution of the sentence.

In the present study, an analysis of the institution of preventive detention as a precautionary measure in the Constitution of the United Mexican States is the American Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the National Code of Procedure criminal; and a comparative analysis of this figure and the procedural rules applicable in our country, with the Spanish Constitution and the Law on Criminal Procedure of Spain.

We study the preventive detention from the principles of exceptionality, proportionality and respect for human rights of the accused, considering the legal precedents which has issued the Supreme Court of Justice of the Nation, in what should be considered a reasonable period that should last the detention.

**KEYWORDS:** Precautionary measures, preventive detention, deprivation of liberty, exceptional nature, adversarial system, human rights, the principle of proportionality

## I. Conceptos y regulación en México de la prisión preventiva como medida cautelar

La palabra prisión provisional proviene del latín prehensio-onios, significa “detención (por la fuerza o impuesta en contra de su voluntad), sitio donde se encierra y se asegura a las personas<sup>1</sup>, por su parte el penalista Raúl Zaffaroni, la define “como la privación de la libertad que sufre quien aún no ha sido condenado, es decir quien aún no está procesado porque aún no ha habido sentencia la que puede ser condenatoria o absolutoria”<sup>2</sup>.

Para José Luis Embris Vázquez y Juan David Pastrana Berdejo, la prisión preventiva se define como:

“Una medida cautelar de carácter personal, que tiene lugar cuando otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena, consiste en la privación de libertad de una persona física que ha cometido un hecho delictivo que amerita pena corporal – privativa de la libertad –, por un tiempo definido y breve que no podrá exceder de dos años, ordenada por un Juez competente en proporción a la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; se ejecuta ingresando al imputado en un centro preventivo y de readaptación social”<sup>3</sup>.

En relación a la medida cautelar de prisión preventiva, los autores en comentario, advierten que no se debe olvidar que se trata de formas procesales, no penales, de privación de la libertad, a fin de asegurar que el inculcado no se sustraiga a la acción de la justicia, ni frustre los fines del proceso o cometa nuevos delitos. La Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos en su artículo 18 establece como derecho fundamental que el lugar destinado para quienes deben guardar prisión preventiva, debe encontrarse separado del de aquéllos que se encuentran compurgando una pena privativa de libertad. En la práctica se trata de un cautiverio del que se vale el Estado para continuar el proceso, asegurando la presencia del imputado; punto que ha sido señalado como controversial al grado de ser considerada como una sanción anticipada y cuestionarse al respecto ¿Cómo es posible que sin existir sentencia de condena, una persona ya se encuentre privada de su libertad?<sup>4</sup>.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, prevé en su artículo 9, numerales 1,3 y 4, respectivamente, “que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, sin que pueda ser sometido a prisión a detención o prisión arbitrarias, esto es, no podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta; que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, y que estas tendrán derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que decida, a la brevedad posible, sobre la legalidad de su prisión. De lo anterior y de una interpretación al principio pro persona, al derecho nacional en términos del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se concluye que la prisión preventiva debe durar un plazo razonable.

De conformidad con el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su correlativo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales; la prisión preventiva se rige por el principio de excepcionalidad señala al respecto:

1 CHARIS, Gómez, Roberto. Prisión en Diccionario Jurídico Mexicano, III, UNAM, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 30032

2 Zaffaroni, Eugenio, Raúl, Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas Editores, 3ª ed. México, 1988, p. 717.

3 Benavente Chores Hesbert, Embris, Vázquez, José Luis, Fuentes Cerdán, Omar, Pastrana Berdejo, Juan David. Arraigo y Prisión Preventiva (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios. Serie Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Flores Editor y Distribuidor, UAEM, México, 2010, p. 103.

4 Ibidem. p. 106.

Causas de procedencia: El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de Control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente código.

En cuanto a la duración de esta medida cautelar, el segundo párrafo de la fracción IX del apartado B, del artículo 20 Constitucional señala: “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. Se advierte que el Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 165, modifica el plazo y señala que:

Aplicación de la prisión preventiva. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a la prisión preventiva. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código.

La prisión preventiva no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se siga el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Al respecto, en el artículo 7, párrafo V, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, indica el derecho de los individuos a ser juzgados en un plazo razonable o ser puesto en libertad sin perjuicio de que el proceso continúe.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, dispone en el artículo 8.2 de las Garantías Ju-

diciales, que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. De lo anterior se confirma el principio de excepcionalidad en tratados internacionales y legislación nacional como han sido los pronunciamientos de los criterios jurisprudenciales del más alto Tribunal en nuestro país.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en la tesis de jurisprudencia de rubro:

### **PRISIÓN PREVENTIVA, FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.**

Conforme al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso. Ahora bien, una interpretación basada en el principio *pro personae*, con fundamento en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, permite definir la forma en que debe ponderarse si ha transcurrido un plazo razonable en la duración de la prisión preventiva, en atención a los factores siguientes: 1. Probabilidad de que el acusado cometió un delito merecedor de pena carcelaria, en donde el juzgador podría estimar que la medida cautelar provisional decretada ya no es imperiosa, lo que no prejuzga lo resuelto en el auto de formal prisión; 2. Peligro de fuga o evasión de la acción de la justicia, donde deben tenerse en cuenta la gravedad del delito y la severidad de la pena, elementos que por sí solos son insuficientes para concluir que no ha transcurrido un plazo razonable de duración de la prisión preventiva; 3. Riesgo de comisión de nuevos delitos, en donde el peligro debe ser real; 4. Necesidad de investigar y posibilidad de colusión, circunstancias que deben evaluarse en asuntos donde el acusado puede impedir el curso normal del proceso judicial, dicha necesidad debe fundarse en un peligro efectivo; 5. Viabilidad de presión sobre los testigos, casos en que debe examinarse si existe un riesgo legítimo para éstos u otras personas; 6. Preservación del orden público, en donde por circunstancias

excepcionales la gravedad especial de un hecho delictivo y la reacción del público ante el mismo, pueden justificar la aplicación de la medida cautelar por cierto periodo; 7. Debida diligencia en la sustanciación del procedimiento, donde debe justipreciarse si las autoridades la han empleado; 8. Motivos expuestos por las autoridades judiciales para justificar la continuación de la medida, donde la información se analiza caso por caso para determinar la relevancia y suficiencia de las justificativas para la prisión preventiva; 9. Lapso constitucional de duración del juicio, donde debe constatararse si han transcurrido 4 meses en caso de delitos cuya pena máxima no excede de 2 años de prisión o 1 año si la pena excede de ese tiempo; 10. Ejercicio efectivo del derecho de defensa, el cual no debe ser un pretexto para que la autoridad alargue el proceso de manera injustificada; y 11. Eventualidad apoyada en datos de riesgo para el ofendido o la sociedad, donde el riesgo debe justipreciarse con elementos de convicción aportados por la Representación Social. Así los jueces, fundándose en una prudente apreciación, deben evaluar en forma proporcional y razonada en cada caso dichos factores, a efecto de determinar si ha transcurrido un plazo razonable de permanencia del procesado sujeto a prisión preventiva<sup>5</sup>.

El carácter excepcional de la medida, tiene fundamento en el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios, en concordancia con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comentado y el artículo 7.5. que establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. **Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio**”.

5 Tesis Aislada 1ª. CXXXVII/2012, de la Décima Época, sostenida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 492, libro XI, agosto de 2012, tomo 1, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, número de registro 2001430, bajo el rubro PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU DURACIÓN.

Las medidas cautelares que se impongan al imputado, tienen un carácter excepcional, así lo ha señalado “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y lo recoge el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional<sup>6</sup>.

La última ratio, es el principio que identifica el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, y se debe interpretar en el sentido que el Estado debe reservar su uso, para aquéllos casos en que las otras medidas cautelares no surtan los efectos de aseguramiento de los fines procesales.

En ese sentido se legisló en nuestro país para que la medida cautelar de prisión preventiva sea realmente excepcional, con disposiciones a nivel constitucional como procesal en los Códigos Adjetivos de las Entidades Federativas en vigor hasta en tanto se realice la declaratoria correspondiente de entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, que la contempla con el carácter de excepcionalidad.

A partir de la reforma a los numerales 16,17,18,19,20,21, y 22; 73 fracciones XI y XXIII, 115 fracción VII y 123 fracción XIII del Apartado B de la Carta Magna de nuestro país, se crea el Sistema Acusatorio, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el dieciocho de junio de dos mil ocho.

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, hace referencia a la prisión preventiva como medida cautelar personal y establece en el segundo párrafo lo siguiente:

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

6 Hidalgo Murillo, José Daniel, Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal. Documento de trabajo del Diplomado en Sistema Acusatorio, impartido en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, marzo-julio 2010, p. 103.

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, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

El Código Nacional de Procedimientos Penales fue aprobado en nuestro país por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el 28 de enero de 2014, publicado en el Diario Oficial de la Federación 05 de marzo del mismo año, una vez que se realizó la declaratoria de constitucionalidad de la reforma al artículo 73 Constitucional, mediante la cual se faculta al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en Materia Procedimental Penal, Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

En los artículos transitorios del ordenamiento procesal penal nacional, dispone que el Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que el efecto emita el Congreso de la Unión, previa solicitud del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016, fecha preteritoria de la *vacatio legis* para la implementación del Sistema Penal Acusatorio en toda la República Mexicana.

En las Entidades Federativas y el Distrito Federal, el Código Nacional entrará en vigor en los términos de la Declaratoria que emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, en todos los casos entre la Declaratoria y la entrada en vigor del Código referido, deberán transcurrir sesenta días naturales. En tal virtud en nuestra entidad federativa, el Congreso local emitió la Declaratoria de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos

Penales, el 6 de marzo de 2014, con efectos a partir del 7 de mayo de dos mil catorce en el primer distrito judicial y en los distritos judiciales segundo y tercero a partir del 10 de junio de 2014, en los otros diez distritos judiciales el 7 de mayo de 2015, fecha en la que se declara la adopción del sistema penal acusatorio y oral y la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo que en todo el Estado es aplicable.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, al hacer referencia a las medidas cautelares personales, nos señala que estas pueden ser restrictivas o privativas de la libertad personal según adopte los operadores jurídicos contra el imputado: “distinguiendo entre precautorias y cautelares, son medidas cautelares personales.-por ejemplo libertad mediante caución y/o prisión preventiva...aquéllas que dependen de los hechos de la vinculación a proceso y se fijan en relación con el peligro de fuga, peligro de obstaculización o de continuidad que se plasme en la audiencia de vinculación a proceso...”<sup>7</sup>

En el artículo 153 del CNPP se señalan como reglas generales de las medidas cautelares las siguientes:

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

De gran relevancia resulta el contenido del artículo 156 del CNPP, que regula lo estipulado en el artículo 19 constitucional en relación a la proporcionalidad, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona. Es decir para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, el Juez de Control, podrá tomar en

7 Benavente, Chorres, Hesbert, Hidalgo, Murillo, José Daniel, Código Nacional de Procedimientos Penales comentado. Ed. Flores Editores, México, 2014, p. 666.

consideración el análisis de evaluación de riesgo, el cual se realizará por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral, e impone la obligación a esta autoridad jurisdiccional de justificar las razones en las que la medida cautelar impuesta es la menos lesiva para el imputado.

El artículo 155 CNPP contempla un extenso catálogo de medidas cautelares a saber:

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

XII. La colocación de localizadores electrónicos;

XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga o;

XIV. La prisión preventiva.

La prisión preventiva, continúa siendo en la actualidad uno de los temas que más tensiones genera a la hora de evaluar los resultados de la reforma procesal penal vigente a partir del 18 de junio de 2008 en los estados de la República Mexicana que han adoptado el sistema acusatorio; el porcentaje de internos sin condena no ha disminuido. En el Estado de Durango, México, conforme a la fuente estadística elaborada por el INEGI, que documenta datos hasta el 2012, se encuentra un total de 692 procesados del fuero común y en el mismo año un total de 632 sentenciados del mismo fuero, de lo que se advierte que si la medida cautelar con mayor aplicación es la prisión preventiva, es elevado el número de internos sin condena que la están padeciendo. Al respecto Cristian Riego señala... “Llama la atención la escasa importancia que se ha dado a las formas de implementación, aplicación y control de las medidas alternativas a la prisión preventiva”<sup>8</sup>.

El uso de la prisión preventiva en el proceso penal acusatorio, es probablemente el elemento que de manera más clara da cuenta de un buen o mal funcionamiento del sistema. Prácticamente todas las distorsiones que el sistema de justicia penal, puede presentar se deben a esta circunstancia<sup>9</sup>.

En México creemos es necesario que el debate sobre esta medida cautelar sea más intenso y específico en todo caso será necesario buscar el control de la duración del proceso, dado que ese factor es siempre relevante, puesto que hace que la prisión preventiva se alargue hasta dos años, pero además la tardanza en algunos ca-

<sup>8</sup> Publicación Semestral, Centro de Estudios de las Américas, CEJA-año 7 núm. 14, Sistemas Judiciales, una perspectiva integral sobre la administración de justicia, Chile, p 4.

<sup>9</sup> Ibidem p. 9

sos de la sentencia definitiva hace que la percepción de respuesta al probable delito se concentre con más fuerza en esta medida cautelar.

En ese sentido subsiste un criterio uniforme en diversos países para limitar la prisión preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares, menos restrictivas de la libertad personal y que el legislador dota a través del Código Nacional de Procedimientos Penales de un catálogo extenso de las mismas las cuales pueden inclusive ser aplicadas de manera simultánea.

## **II. Prisión preventiva en México con un enfoque de derechos humanos. Principios Procesales.**

### **1. Derechos Humanos**

En opinión de Miguel Sarré<sup>10</sup> la conformación de un debido proceso propio de la ejecución de sanciones penales y de la prisión preventiva, es de reciente origen tanto en los instrumentos nacionales como internacionales. Sin pretender que con tal aseveración es decir; dotar de reglas del debido proceso a la ejecución de la prisión preventiva, contribuya a legitimarla. Son dos fines distintos el primero luchar por la reducción de la prisión preventiva y el segundo que los procesados privados de su libertad les asista el debido proceso penitenciario, toda vez que al encontrarse privados de su libertad, se les adelanta la pena y por ende no deben ser desprotegidos.

En tal sentido afirma el autor citado que la jurisprudencia nacional e internacional ha desarrollado criterios de ponderación o de proporcionalidad para los derechos humanos que aplican para el ámbito penitenciario (inclusive para los internos en prisión preventiva) la Corte Interamericana de derechos humanos ha determinado que toda medida penitenciaria se debe regir por los criterios de: Idoneidad y finalidad de la restricción; necesidad de la me-

didada utilizada y estricta proporcionalidad de la medida.

### **2. Principios Procesales**

Las medidas cautelares en general responden a principios y reglas para su aplicación, se debe considerar el Principio de Legalidad, en virtud de que solo por ley se pueden crear medidas cautelares; el Principio de Judicialidad, toda vez que solo el Juez es el autorizado a imponer una medida cautelar, mediante resolución fundada y motivada; Principio de Proporcionalidad; no se podrá ordenar una medida cautelar cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión, la forma de intervención del imputado y su comportamiento posterior, así como a la probable sanción. Para lo cual deberán aplicarse los subprincipios de adecuación, necesidad y ponderación.

### **III. Prisión preventiva estudio comparativo: España - México.**

En el presente apartado se esboza un comparativo de la institución de la prisión preventiva con referencia a México- España en especial a dos ordenamientos que la regula a saber: La Constitución Española y la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en nuestro país la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

La Constitución Española, en lo relativo a la prisión provisional, contempla en el artículo 17 lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

10 SARRÉ, Miguel, Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad, DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana II, coord. Eduardo, Ferrer Mac. Gregor Poisot, José Luis, Caballero Ochoa, Christian Steiner, Ed. SCJN, UNAM, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, 1ª reimpresión, México, 2014, p. 1837.

La medida cautelar de prisión preventiva en España se contempla en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde el artículo 502 hasta 519, dentro del capítulo III “De la prisión provisional”. Esta figura no presenta muchas diferencias comparada con el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en algunas entidades federativas mexicanas pero con aplicación en toda la República, a nivel federal y local, a partir del 2016; una de ellas es el nombre, en España se le conoce como prisión provisional y en México como prisión preventiva.

En primer lugar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo permite decretar la prisión provisional al juez o magistrado instructor que forme las primeras diligencias o el que conozca de la causa. Muy parecido sucede en México donde el artículo 16 Constitucional, que permite a un juez incompetente imponer tal medida si se encuentra detenido por caso urgente y es necesario, por mandato constitucional, resolver sobre su situación jurídica en 72 o 144 horas.

Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en el sistema de medidas cautelares, se rige por los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad, ya que debe aplicarse el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada imputado; de forma similar sucede en España al admitirse que sólo se adoptará la prisión provisional cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan medidas menos gravosas que alcancen los mismos fines que la prisión.

En efecto, la prisión provisional española solo puede ser decretada cuando existan, primero, dentro de la causa uno o varios hechos constitutivos de delitos cuya pena máxima sea igual o superior a dos años, o con pena privativa menor pero sólo si el imputado tuviere antecedentes penales derivados de delito doloso; segundo, que de esos hechos se desprendan motivos suficientes para creer responsable del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; tercero, que se persigan uno de estos fines: a) asegurar la presencia del imputado cuando exista riesgo de fuga, b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de

las fuentes de prueba, y c) evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; y cuarto, apartar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales se establece, al igual que la normativa española, que la prisión puede ser solicitada por Ministerio Público, -en México- o el Ministerio Fiscal, -en España-; y a diferencia de esta de manera oficiosa en algunos casos especiales. Y para su procedencia determina que esta medida cautelar sólo podrá ser impuesta cuando se trate de un delito que amerita pena privativa de la libertad, cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar: la comparecencia del imputado el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o la comunidad; así como también cuando el imputado este siendo procesado o ya haya sido sentenciado por un delito doloso.

Sus causas de procedencia son muy similares, porque ambas legislaciones pretenden proteger a la sociedad y el desarrollo de la justicia, ya que los fines de tal medida radican en asegurar la sujeción del imputado al proceso, no obstaculizar la investigación, lo que incluye la alteración y ocultación de los medios de prueba, proteger a la víctima, y proteger a la sociedad en caso de que el presunto imputado tenga un segundo hecho delictivo y además doloso. La normativa española agrega el evitar el riesgo de que se cometa otro hecho delictivo, para lo cual se atenderá a las circunstancias del hecho y la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, situación que resulta un tanto subjetiva, al arbitrio del juzgador, y que pudiera ser violatorio, todavía más, del principio de presunción de inocencia que la Constitución de España lo ordena en los artículos 24.2 y 17.4. Sin que México se quede atrás en la violación de este principio, porque de una forma similar el riesgo que pudiera presentar la víctima u ofendido, testigos o la comunidad es valorado a voluntad del juzgador pudiendo derivar en un acto que afecte la integridad personal o que ponga en peligro la vida de aquellos, lo que sería suficiente para imponer la prisión preventiva.



Así mismo, la norma Mexicana al igual que la española establece criterios sobre el peligro de fuga del imputado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el peligro atenderá a: 1) la naturaleza del hecho, 2) la gravedad de la pena, 3) la situación familiar, laboral y económica, 4) la inminente celebración de juicio oral, 5) la existencia de antecedentes en la causa donde el imputado haya sido citado al menos dos veces, y 6) la búsqueda por cualquier órgano judicial desde dos años atrás. En México sólo no se contempla la inminente celebración de un juicio oral y se agrega la inobservancia de las medidas cautelares impuestas con anterioridad, si es su caso.

Una marcada diferencia entre los requisitos de procedencia de la prisión preventiva, es sobre la obstaculización de la investigación; mientras que en México el Código Nacional se limita a determinar que se tomarán en cuenta, las circunstancias del hecho y los elementos aportados por el Ministerio Público que permitan establecer, que en caso de que el imputado quede en libertad destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; influirá en los testigos o peritos para que informen falsamente o sean reticentes; o bien, intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos; la legislación española dispone cómo es que el imputado podría realizar estas acciones, es decir, sobre la capacidad que presenta el imputado para acceder por sí o a través de terceros a los medios de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos. Así es, en México el artículo 169 del Código Nacional de Procedimientos Penales ciertamente determina en qué consiste la obstaculización de la investigación, y el numeral 503, 3°.b) habla sobre la aptitud del imputado de dificultar la investigación.

Otra diferencia radica en la oficiosidad de la prisión preventiva en México, según el artículo 19 Constitucional y el 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, existen casos especiales donde el juez sin que nadie lo solicite debe imponer esta medida, como es en los delitos de: delincuencia organizada, homicidio

doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos contra la seguridad de la Nación (genocidio, espionaje, terrorismo, sabotaje), el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, ilícitos que el legislador considera sumamente graves como para que no se sujete a debate la imposición de la prisión preventiva.

Ahora bien, en la duración del tiempo de la prisión preventiva es donde se observan mayores diferencias, porque en México por mandato Constitucional, en cualquier caso, sólo puede durar hasta dos años; pero en el Código Nacional de Procedimientos Penales se determina que la prisión no podrá extenderse de un año, sin que sea computado el tiempo que se ha utilizado por el derecho de defensa, en caso de que el tiempo se haya excedido, y cumplido ese término el imputado quedará en libertad pudiéndosele imponer otras medidas cautelares; sin embargo en España según lo marca el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento la prisión provisional “durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos”.

Posteriormente, la misma ley establece hipótesis sobre la duración máxima de esta medida cautelar, disponiendo que cuando la prisión haya sido impuesta para asegurar la sujeción del imputado al proceso, la protección de los bienes de la víctima o para evitar que cometiera otro hecho delictivo, su duración no podrá exceder de un año si la pena privativa es igual o menor a tres años; o de dos si la pena excede de los tres años; pero en caso, de que se observe que la causa no puede ser terminada en ese periodo de tiempo, el juez podrá prorrogar por una sola vez hasta por dos años la prisión preventiva, pero sólo en caso de que la pena sea mayor a tres años; o por seis meses si la pena es igual o menor a tres años. Así mismo, en caso de que se haya decretado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba no podrá durar más de seis meses.

Visto lo anterior, y a pesar de que a primera vista la legislación española pudiera parecer un tanto violatoria de derechos, no es así, al esta-

blecer al igual que la mexicana, en el caso más dañoso, un máximo de dos años de duración de la prisión preventiva, inclusive muestra lapsos menores para diferentes casos, lo que podría resultar más favorable que sólo establecer un tiempo máximo.

Para ambas legislaciones las dilaciones que no son imputables a la administración de justicia por haber ejercido el derecho de defensa no son computables del tiempo de prisión preventiva; tan es así, que el mismo artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento dispone que la prisión podrá prorrogarse hasta por la mitad de la pena impuesta en la sentencia en caso de que hubiere sido recurrida.

Finalmente, la legislación española dispone como excepciones a la prisión preventiva y la posibilidad de que ésta se verifique en su domicilio por razones de enfermedad, el internamiento entrañe grave peligro para la salud del imputado; o bien, en alguna organización, cuando esté siendo sometido a una tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes. El Código Nacional resulta más favorable al proteger a las personas mayores de 70 años, o las afectadas de una enfermedad grave o terminal, incluso a las mujeres embarazadas o madres lactantes, quienes podrán ejecutar la prisión preventiva en su domicilio.

#### IV. Conclusiones

**Primera:** La medida cautelar de prisión preventiva se trata de formas procesales, no penales, de privación de la libertad, y tienen como finalidad asegurar que el inculpado no se sustraiga a la acción de la justicia, ni frustre los fines del proceso o cometa nuevos delitos.

**Segunda:** Las medidas cautelares que se impongan al imputado, tienen un carácter excepcional, así lo ha señalado “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y lo recoge el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional y el Código Nacional de Procedimientos Penales.

**Tercera:** La última ratio, es el principio que identifica el carácter excepcional de la medida cautelar de prisión preventiva, y se debe interpretar en el sentido que el Estado debe reservar su uso, para aquéllos casos en que las otras medidas cautelares no surtan los efectos de aseguramiento de los fines procesales.

**Cuarta:** Se considera que la prisión provisional está mejor regulada en la legislación Española que en la Mexicana, porque no nada más protege el derecho del imputado a la presunción de inocencia, sino que también el derecho a la verdad que le es asistido a la víctima, esto es así, porque la prisión provisional no se impone de oficio y su duración será el imprescindible para alcanzar los fines, estimando como parámetro el máximo de la pena que pudiera llegar a imponerse, pudiendo durar solo seis meses y como máximo dos años.

#### V Fuentes documentales

##### Doctrina:

Benavente Chores Hesbert, Embris, Vázquez, José Luis, Fuentes Cerdán, Omar, Pastrana Berdejo, Juan David. Arraigo y Prisión Preventiva (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios. Serie Nuevo Sistema Procesal Acusatorio. Flores Editor y Distribuidor, UAEM, México, 2010.

Diccionario Jurídico Mexicano, IJ, UNAM, Ed. Porrúa, México, 2011.

Hidalgo Murillo, José Daniel, Sistema Acusatorio Mexicano y Garantías del Proceso Penal. Documento de trabajo del Diplomado en Sistema Acusatorio, impartido en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Durango, marzo-julio 2010.

Sarré, Miguel, Ejecución de sanciones y medidas penales privativas de la libertad, DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana II, coord. Eduardo, Ferrer Mac. Gregor Poisot, José Luis, Caballero

Ochoa, Christian Steiner, Ed. SCJN, UNAM, KONRAD ADENAUER STIFTUNG, 1ª reim-  
presión, México, 2014.

Zaffaroni, Eugenio, Raúl, Manual de Derecho  
Penal, Ed. Cárdenas Editores, 3ª ed. México,  
1988, p. 717.

### **Legislación:**

Constitución Política de los Estados Unidos  
Mexicanos

Código Nacional de Procedimientos Penales

Constitución Española

Ley de Enjuiciamiento Criminal España

### **Jurisprudencia:**

Tesis Aislada 1ª. CXXXVII/2012, de la Décima  
Época, sostenida por la Primera Sala de la Su-  
prema Corte de Justicia de la Nación, visible en  
la página 492, libro XI, agosto de 2012, tomo  
1, del Semanario Judicial de la Federación y  
su Gaceta, número de registro 2001430, bajo  
el rubro PRISIÓN PREVENTIVA. FORMA DE  
PONDERAR EL PLAZO RAZONABLE DE SU  
DURACIÓN.

### **Documentos electrónicos:**

Revista Digital de la Reforma Penal. Año III,  
Número 11, mayo 2015. Tribunal Superior de  
Justicia de D.F., unidad especial del Tribunal  
Superior de Justicia del D.F. para la Reforma al  
Sistema de Justicia Penal.