

**IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA
PARA LAS PERSONAS PROCESADAS
POR DELITOS CUYA PENALIDAD ADMITE
UN SUSTITUTIVO DE PRISIÓN**

Miguel SARRE ÍGUINIZ

Tercer Visitador General de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

SUMARIO: I. Los sustitutivos de prisión en la legislación. II. La prisión preventiva no procede en el caso de penas alternativas. III. Las penas sustitutivas de prisión como penas alternativas. IV. Incompatibilidad de la prisión preventiva con las penas sustitutivas de prisión. V. Los sustitutivos de prisión y la prisión preventiva en el caso de los indígenas. VI. ¿Cuál es la situación en materia de prisión preventiva en México? VII. Conclusiones

I. LOS SUSTITUTIVOS DE PRISIÓN EN LA LEGISLACIÓN

Las tendencias teóricas modernas en las políticas criminológicas, y entre ellas las que predominan en el derecho mexicano, se han ido encaminando a limitar lo más posible las penas breves privativas de la libertad.

Las opiniones que propician este cambio en la naturaleza de las penas se han traducido en diversas reformas a nuestros Códigos Penales, específicamente al Código Penal Federal (CPF). Así, ya en 1983 se introdujeron en el artículo 70 las penas sustitutivas de prisión.

De esta forma, el artículo 24 del CPF enumera entre las penas y medidas de seguridad, *al tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad*, cuyo alcance establece el artículo 27 del mismo código.

Como es sabido, las reformas introducidas al CPF en 1983 fueron seguidas de otras en 1991. En estas últimas se estableció un mayor número de opciones punitivas y se ampliaron los rangos de las penas de prisión susceptibles de ser sustituidas por otras no privativas de la libertad. Por ejemplo, si en el código de 1984 la pena de prisión que no excediera de un año podía ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad, en las reformas de 1991 se establece que si la pena de prisión no excede de cinco años, puede ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en semilibertad. Se advierte, por lo tanto, la tendencia a eliminar en lo posible las penas corporales de menos de cinco

años, para dar al juez la posibilidad de sustituirlas por otras no privativas de la libertad, siempre, naturalmente, que se cumplan ciertos requisitos legales.

Para que se puedan aplicar las penas sustitutivas de la prisión establecidas en el artículo 24 del CPF, se requiere que el sentenciado satisfaga los requisitos contemplados en la fracción I, incisos "b" y "c" del artículo 90, los que textualmente expresan:

- b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; [y] c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

Las razones de la nueva política en materia de sustitutivos de prisión son múltiples. En la exposición de motivos de las reformas de 1983 al CPF, se expresó que:

Al otorgarse al juez nuevas posibilidades de sustituir la prisión y de conceder la condena condicional se ensanchan los contornos de las penas no privativas de la libertad, en la línea de la opinión progresista contemporánea según la cual el encarcelamiento, ya que trae consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida, es prescindible respecto de aquellos delitos que no son capitales.

La misma exposición de motivos agregaba que,

Cabe señalar, además, que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la pena: significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones en las que, con el hacinamiento, se agravan la corrupción, la promiscuidad y la indisciplina, nada propicias para la rehabilitación social.

Pero no sólo el legislador mexicano ha precisado los fundamentos -ya sean teóricos o meramente practicistas, como el último que se ha citado- para descalificar la justicia y utilidad de la pena de prisión. Son principalmente los tratadistas más destacados en la materia los que han desarrollado los fundamentos de esta nueva tendencia de la criminología. En este sentido, Eugenio Florián expresaba, ya en 1929, que,

es error grandísimo y causa múltiples daños el imponer a todos los delincuentes la pena de encarcelamiento y acumular en las cárceles, aunque sea por breves días, a personas honradas junto con individuos prejuzgados y endurecidos en el delito. Aparte del peligro del contacto y la vergüenza de la cárcel, que no se borra fácilmente, que exaspera el ánimo, como notaba Von Liszt, las penas breves de encarcelamiento no sólo no son útiles sino que perjudican al ordenamiento jurídico mucho más que la impunidad. Por éstas y otras razones obvias, resulta completamente legítima la cruzada que autores preclaros desde hace tiempo han encendido contra las penas breves de encarcelamiento, denunciando sus vicios y tratando de buscar sus remedios.

Florián, Eugenio, Parte general del derecho penal, La Habana, 1929, t. II. núm. 473, citado por Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, en Código Penal Anotado, México, Porrúa, 1991, p. 235.

Sin embargo, a pesar de que en un plano teórico existe una coincidencia bastante generalizada en contra de la pena de prisión, en la práctica se presenta una gran resistencia no sólo para la adopción e instrumentación de las nuevas penas que buscan sustituirla, sino también para aceptar una reducción de la prisión preventiva. Se arguyen -como en otros casos de violaciones a los derechos humanos- razones de seguridad pública.

¿Qué se puede decir? ¿Se justifican los argumentos de este tipo? El afán de disminuir el encarcelamiento, sea el que resulta de la prisión preventiva o de la condena a penas privativas de la libertad, ¿es sólo la aspiración de unos pocos idealistas ingenuos, desligados de la realidad? Estoy convencido de que esto último no es cierto, y que la relación entre la seguridad pública y el respeto a los derechos humanos de los procesados y sentenciados, debe ser objeto de un análisis mucho más profundo, que demostrará precisamente lo contrario. En efecto, la seguridad pública y los derechos humanos, entre ellos el respeto a la libertad, son conceptos complementarios e interdependientes.

Mantener a una persona en prisión preventiva -encarcelamiento que por definición debe ser breve- o imponerle sanciones de prisión de corta duración, en nada contribuye a su reintegración social ni a garantizar la seguridad pública. Por el contrario, este encarcelamiento favorecerá actitudes y aprendizajes para cometer nuevos hechos delictivos. Esto es tanto más cierto cuando la persona ha sido objeto de procedimientos ilegales y arbitrarios, que la volverán más agresiva y más desconfiada de las instituciones, para generar mayor delincuencia, provocando consecuentemente, por parte de la sociedad civil, una demanda de mayor rigor policial y de medidas más represivas. Así irá creciendo la espiral de violencia, inseguridad y arbitrariedad policial, hasta llegar a una sociedad fascistoide, en que cada ciudadano se sienta impelido a portar armas y a defender sus derechos y su vida por su propia mano; en fin, a una sociedad en que impere la ley del más fuerte.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA NO PROcede EN EL CASO DE PENAS ALTERNATIVAS

Nuestra legislación penal, tanto la establecida en el CPF como en los códigos penales de diversos estados de la República, regula la posibilidad de aplicar penas alternativas a ciertos delitos. Generalmente la pena alternativa a la de prisión es la multa.

La alternatividad consiste en que, para determinados delitos, el juez puede aplicar penas no privativas de la libertad, considerando ciertas circunstancias del hecho delictuoso y del acusado. La aplicación de una u otra sanción queda al criterio del tribunal que realiza la determinación de la pena al momento de dictar sentencia.

Sobre este particular cabe recordar que el artículo 18 de la Constitución Política dispone que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva", y que, por su parte, conforme a las recientes reformas constitucionales, el párrafo segundo del artículo 16 constitucional establece que no puede dictarse orden de aprehensión, a no ser por un "hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad".

Se entiende por pena corporal aquella que es forzosamente privativa de la libertad, en contraposición a las penas alternativas. Ahora bien, en los delitos cuya punibilidad contempla penas alternativas, no puede considerarse a priori que se trate de un delito que merezca pena corporal. Por lo mismo, no procede la prisión preventiva en estos casos. Lo anterior se ve corroborado por la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala:

Si la norma tipificadora en consulta, señala la pena privativa de libertad, o la multa, o ambas, a juicio del juez, precisamente en ello radica la naturaleza alternativa dual, y la prisión preventiva entraña un procedimiento que prejuza sobre la pena. Ésta debe sobrevenir como efecto del fallo definitivo, y la reclusión anterior, computable conforme al tercer párrafo de la fracción X del artículo 20 Constitucional, sólo es dable en términos del diverso 18 si la pena condigna es corporal; mas ante la incertidumbre que provoca la norma en que se libra a favor de la potestad judicial la elección, el auto de formal prisión tiene verdaderos efectos de la sentencia al restringir la libertad física del inculpado, lo que contraría la voluntad del expresado artículo 18 Constitucional.

Amparo en revisión 2920/49, Manuel García Salazar. 13 de abril de 1951. Unanimidad de cuatro votos (Foja 1267), t. CVIII p. 624.

Sobre el particular, el artículo 135, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) dispone que "Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución..."

A su vez, el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF), establece la facultad del Ministerio Público para disponer la libertad del inculpado en algunos casos. En su párrafo tercero, parte final, dicho artículo expresa que: "Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de la libertad".

El efecto que produce la alternatividad de las penas sobre la prisión preventiva, ha sido también analizado por el doctor Sergio García Ramírez en su obra Proceso penal y derechos humanos, cuando expresa:

Nuestro CPF emplea, con la mayor frecuencia, sólo la pena de prisión, o bien las penas de prisión y multa en forma conjunta, no alternativa o disyuntiva. Sólo en pocos casos, relativamente, acoge la posibilidad de que sean alternativas: prisión o multa. Esto tiene directa influencia sobre la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad. En efecto, no puede dictarse orden de aprehensión o detención a no ser por un "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal", (ahora dice: "que la ley señale como delito, sancionado

cuando menos con pena privativa de libertad"), sostiene el artículo 16 constitucional, y sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva dice el artículo 18 constitucional. Una interpretación de ambos preceptos, favorable al reo, también excluye la detención y prisión preventiva en los casos en que la ley señala pena alternativa de corporal y otra que no lo sea: tal ocurre, precisamente, en la disyuntiva entre prisión y multa.

Proceso penal y derechos humanos, México, Porrúa, 1992, p. 255.

Nótese, para efectos posteriores de este trabajo, que la pena de multa se impone, obviamente, hasta el momento de dictarse sentencia, y aún así, la simple posibilidad, que no tiene necesidad, de que eventualmente se imponga la pena de multa y no la prisión en un delito cuya punibilidad contemple una pena alternativa, produce el efecto de desautorizar la prisión preventiva.

III. LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE PRISIÓN COMO PENAS ALTERNATIVAS

Las penas sustitutivas de prisión mencionadas son penas no corporales y, por lo tanto, constituyen penas alternativas a la de prisión que sustituyen.

Debe distinguirse claramente entre las penas sustitutivas de prisión y los reductivos de la pena de prisión, como lo son la preliberación, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena. Las primeras dependen de la autoridad judicial mientras que los segundos competen a la autoridad administrativa. También resulta importante identificar la distinta naturaleza de los sustitutivos de prisión y la suspensión condicional de la pena, puesto que si bien esta última es decretada por la autoridad judicial, no constituye en sí misma una pena, puesto que precisamente suspende su ejecución, sin que las medidas de cuidado y vigilancia a las que queden sujetos los sentenciados amparados por este beneficio puedan considerarse como una pena en sí mismas, como sí lo son las de trabajo en favor de la comunidad o cualquier otro de los sustitutivos nombrados. De no ser así, la condena condicional se hubiere listado en el catálogo de las penas, y no en un capítulo aparte del CPF.

El artículo 70 del CPF establece que las penas de prisión podrán ser sustituidas: cuando no excedan de cinco años, por trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en semilibertad; cuando no excedan de cuatro años, por tratamiento en libertad y cuando no excedan de tres años, por multa.

Aplicando a lo anterior los métodos de interpretación lógico y sistemático, que responden a principios generales de derecho, se llega a la conclusión de que las penas sustitutivas de la prisión, contempladas en el referido artículo 70, son penas alternativas, es decir, que por su naturaleza tienen el mismo carácter de alternatividad que las contempladas específicamente como tales en diversos artículos del CPF, y a las que se refiere el doctor Sergio García Ramírez, según lo antes expuesto.

Afirmo lo anterior a partir de los razonamientos jurídicos siguientes:

- a) El tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad se enumeran como penas autónomas por el artículo 24 del CPF.
- b) La penalidad de un delito no se establece forzosamente en el artículo que lo tipifica, por lo que no es necesario que la alternatividad de la pena esté indicada respecto de cada delito. Cuando un precepto general del CPF resulte aplicable al delito de que se trate, deberá hacerse una interpretación integral. Es así como, de la misma forma en que tratándose de tentativa, no hace falta señalar en cada caso la penalidad, tampoco es indispensable que en el caso de cada delito se indique que la pena prevista para el mismo admite un sustitutivo de prisión. La penalidad de un delito se conoce al preguntarse ¿qué puede esperar el acusado si se le condena? Si la respuesta incluye cualquier sustitutivo de prisión, se está frente a un delito con penalidad alternativa.
- c) La aplicación por el juez de una pena alternativa a la de prisión, que no tenga el carácter de privativa de libertad, y la aplicación de la pena de trabajo en favor de la comunidad o de tratamiento en libertad o en semilibertad, tiene el objetivo de contribuir a la desinstitucionalización de la pena de prisión y, en especial, a evitar las penas breves de prisión. Por esto, atendiendo al principio general de derecho que indica que "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición", esta desinstitucionalización en la fase ejecutiva debe corresponder a una medida congruente tratándose de la prisión preventiva.

Existen, sin embargo, opiniones contrarias:

- a) Se señala que los sustitutivos de prisión precisamente sustituyen a una pena de prisión, es decir, a una pena corporal impuesta previamente, y que por lo tanto, en estos casos procede la prisión preventiva, la que no puede dejar de imponerse ante la eventualidad de que, posteriormente, la pena de prisión sea sustituida por otra no privativa de la libertad.

El argumento anterior resulta infundado, puesto que, por una parte, y como ya se vio, nunca se puede saber antes de la sentencia si se va a compurgar la pena en prisión o fuera de ella, en los casos en que se admitan ambas posibilidades; y ante esta incertidumbre, atendiendo al principio general *in dubio pro reo*, debe estarse a lo más favorable al acusado, ya que este principio es aplicable no sólo a la sentencia definitiva, sino a todos los actos procesales penales que puedan afectar al acusado. Así lo ha establecido la jurisprudencia firme de la Suprema Corte que a continuación se transcribe, aclarando que si bien se refiere a la libertad caucional -tema distinto al de la prisión preventiva-, resulta de aplicación analógica al caso que nos ocupa:

LIBERTAD CAUCIONAL, COMO DEBE CONSIDERARSE LA PENA PARA EL EFECTO DE LA.- Para el otorgamiento de la libertad caucional, no se puede por el simple hecho de la eventualidad de esa determinación, aceptar lo más perjudicial al reo, contrariando con ello el principio de que debe estarse a lo más favorable para el acusado; principio que es de aplicación no sólo en la sentencia definitiva, sino en otras situaciones propias de la Instrucción, que pueden implicar un perjuicio grave para el acusado, tal cual es la relativa a la libertad caucional; por tanto, si se trata del delito de homicidio en riña y no consta que

el acusado fue agresor o agredido, debe considerarse que tuvo el segundo carácter, para los efectos de la concesión de la libertad caucional.

Quinta época, t. LIII.- Arreygue Aureliano. 29 de septiembre de 1937, p. 3272.

Por otra parte, el argumento antes expuesto resulta contrario a la naturaleza de las cosas, puesto que si bien se habla de una pena no privativa de la libertad que sustituye a otra privativa de la libertad, en realidad la pena aplicable es una y sólo una; no hay sustitución, ya que aun en la sentencia se pueda decir que se impone, por ejemplo, una pena de cinco años de prisión sustituible por trabajo en favor de la comunidad, la individualización de la pena corporal únicamente sirve para establecer la procedencia de la pena de trabajo en favor de la comunidad, que es la que materialmente se va a cumplir, y esta posibilidad de cumplir una pena no privativa de la libertad, si bien se va a actualizar al momento de dictarse sentencia, existe ya desde que se sabe el delito por el cual se va a seguir el proceso.

Más allá de lo dicho, debe atenderse al espíritu del Constituyente que con toda lógica quiso, a través del artículo 18 de la Constitución -en palabras llanas-, que los acusados quienes al ser condenados no necesariamente irían a parar a prisión, no pasaran por la cárcel. Lo contrario sería volver a la época del porfiriato en la que aun por delitos que merecían pena alternativa (en ese entonces sólo la de multa), había lugar a la prisión preventiva.

b) Otro argumento en contra de los razonamientos invocados para reducir la prisión preventiva -ya que no podemos eliminarlas del todo-, se hace consistir en que durante el proceso no puede determinarse cuál será la pena exacta que eventualmente se imponga al acusado y, por lo tanto, se ignora si ésta estará dentro del límite máximo de cinco años establecido para tener derecho a un sustitutivo de prisión. Este problema se puede resolver aplicando en la especie el criterio sustentado por nuestro máximo tribunal en un caso enteramente análogo, cuando la fracción I del artículo 20 constitucional establecía que el acusado sería puesto en libertad bajo fianza siempre que el delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión. De acuerdo con este texto original de dicho precepto, se estableció la siguiente jurisprudencia:

LIBERTAD CAUCIONAL. Para conceder o negar la libertad caucional, elevada al rango de garantía individual, debe tomarse en su término medio la penalidad señalada en la ley.

Quinta época, Tomo XXXI Suárez José, pág. 1420; Tomo XXXVII Castelán Meza Mario, 958; Tomo XLI Madrigal Antonio, 909; Tomo XLII Campos J. Santos, 2121; Tomo XLVII Pérez Indalecio, 4991.

Posteriormente, el Constituyente Permanente asimiló la jurisprudencia transcrita y reformó la fracción I del artículo 20 Constitucional, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 2 de diciembre de 1948, por el que se establecía que la libertad caucional procede cuando el delito merezca ser castigado con pena *cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión*.

Zamora Pierce, Jesús, Garantías y proceso penal, México, Porrúa, 1991.

Parece razonable ceñirse al término medio de la pena para determinar la posibilidad de aplicar un sustitutivo de prisión. Sin embargo, podrían tomarse dos criterios distintos; el primero, que sería el más conservador, consiste en referirse al máximo de la penalidad para el delito de que se trate, a efecto de analizar si éste es igual o inferior al límite para que proceda un sustitutivo de prisión; el segundo sería cuando el mínimo legal de la penalidad es igual o inferior al límite para que proceda un sustitutivo de prisión, que es la postura del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sostiene la urgencia de que en las legislaciones se establezca que no se imponga la prisión preventiva en delitos cuya penalidad mínima haga viable cualquier forma de ejecución alternativa sin privación de la libertad.

c) Un tercer argumento en contra de la tesis que he sustentado, se refiere a la posibilidad de que el acusado no reúna los demás requisitos que establece el artículo 70 del CPF y que, como consecuencia de ello, al no existir la posibilidad de obtener la sustitución de la pena de prisión impuesta, por faltar uno de dichos requisitos, la pena señalada para el delito concreto dejaría de ser alternativa, y por lo tanto daría lugar a la prisión preventiva. Este razonamiento resulta contrario a la lógica, ya que el hecho de que exista la posibilidad legal de no poder sustituir la pena de prisión en razón de determinadas circunstancias, no impide que la penalidad siga siendo alternativa, mientras no se demuestren estas circunstancias en el proceso, y la eventual sustitución de la pena de prisión devenga en imposible. Mientras tanto, y en homenaje a la presunción de inocencia por todos aceptada, debe considerarse al acusado como elegible para acceder al régimen de los sustitutivos de prisión.

Recapitulando lo anterior, cabe insistir en que las penas sustitutivas de prisión conducentes a la rehabilitación social del condenado, según lo dispone el artículo 27 de CPF, son penas alternativas para todos los efectos legales.

IV. INCOMPATIBILIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA CON LAS PENAS SUSTITUTIVAS DE PRISIÓN

La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar que el acusado o procesado no se sustraiga a la acción de la justicia. Por lo tanto, dicha medida cautelar no puede pretender ser justa ni ética. Simplemente, los legisladores y juristas en general la han considerado como un mal necesario, que está discurriendo sobre la posibilidad de mantener encarcelado a un inocente o a un individuo que será en definitiva condenado a una pena corporal, o a una pena no corporal inferior al tiempo que cumplió en prisión preventiva.

En los casos en que el legislador prevé sustitutivos de prisión en los cuales el condenado quedará en libertad o semilibertad, para sujetarse a medidas educativas, curativas y laborales, significaría que la medida preventiva resultaría más grave que la eventual medida definitiva, lo que constituye no sólo una privación ilegal e inconstitucional de la libertad, sino una afrenta al sentido común.

Es indiscutible que las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse en forma lógica, de modo que resulten racionales y coherentes, y no de manera que conduzcan al absurdo y que sean incongruentes con la concepción global que llevó al legislador a establecer tales sustitutivos, como sería el hecho de que el acusado estuviera sujeto a prisión preventiva en circunstancias en que una de las penas que puede aplicársele no sea privativa de la libertad. Resulta absurdo que a una persona que ha estado detenida durante, por ejemplo, un año, se le diga al recibir su sentencia que gracias a las innovaciones legislativas, la pena de prisión le será sustituida por tratamiento en libertad. Todo lo que se pudiera haber ganado con el sustitutivo, se pierde con la prisión preventiva sufrida. Se olvida que los sustitutivos de prisión se introdujeron para evitar las penas breves privativas de la libertad y que la prisión preventiva quitaría toda razón de ser a los sustitutivos de prisión.

Parece indiscutible, por lo tanto, que toda sanción corporal, es decir privativa de la libertad, que admite alternatividad, obliga al juzgador a no privar de la libertad al acusado. Por lo mismo, no se puede hablar en estos casos de libertad bajo caución, puesto que al no existir la prisión preventiva, no será necesario solicitar la libertad caucional.

El "mal necesario" de la prisión preventiva se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica en forma infundada y masiva, como sucede en nuestro país.

Tan sólo en el Distrito Federal hay cientos de personas sujetas, ilegal e inconstitucionalmente, a prisión preventiva en circunstancias en que ésta no procede, porque la ley prevé penas alternativas o sustitutivas de prisión. Una gran cantidad de personas están físicamente detenidas por no haber podido pagar la fianza requerida para obtener la libertad caucional. Otros de los procesados sujetos a prisión preventiva han logrado recuperar la libertad bajo caución, realizando sacrificios económicos que suelen ser desproporcionados a sus ingresos.

De todo lo anterior se puede concluir que:

- a) La prisión preventiva no procede cuando la punibilidad del delito que se persigue, admite una pena alternativa o sustitutiva de prisión.
- b) La prisión preventiva -con derecho a la libertad provisional bajo caución- procede cuando el delito de que se trata merece exclusivamente una pena corporal y no está considerado entre los graves, de acuerdo con el artículo 194 último párrafo del CFPP.
- c) La prisión preventiva -sin derecho a la libertad provisional bajo caución- sólo procede cuando el delito que se le imputa al acusado es considerado grave en los términos del precepto citado en el inciso que antecede.

Lo anterior hace prácticamente inoperante el artículo 133 bis del CPPDF que establece la procedencia de la libertad provisional sin caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de tres años.

V. LOS SUSTITUTIVOS DE PRISIÓN Y LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CASO DE LOS INDÍGENAS

Si las penas sustitutivas de prisión, como son el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, responden a una concepción moderna, progresista y benéfica de la criminología y del penitenciarismo, estas características se acentúan en grado sumo en el caso de los indígenas.

Es propio de las tradiciones de las personas indígenas de las diferentes etnias que existen en México, la práctica de formas de vida y de trabajo comunitarias, entre las que se incluyen la explotación de la tierra y la ejecución de obras públicas. De ahí la gran importancia que en su caso reviste la aplicación del sustitutivo de prisión consistente en trabajo en favor de la comunidad, ya que él se adapta a sus costumbres y es plenamente realizable en la práctica.

Esta particular filosofía de la vida a que me he referido, no es sólo propia de los pueblos indígenas mexicanos o mesoamericanos, sino que predomina en las culturas de la mayoría de los indígenas del mundo, por lo que ella ha sido recogida por el Convenio 169 de la OIT, de 1989, aprobado y ratificado por México. Este convenio es el instrumento internacional más importante que rige actualmente en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual además de regular aspectos de tipo laboral, se refiere a múltiples materias que tienen relación con los derechos humanos de esos pueblos.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 10, dispone lo siguiente:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación en general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

La normatividad internacional citada sugiere la conveniencia de que las comunidades indígenas recuperen para sí el derecho a ejecutar las sanciones penales en delitos que no sean graves. El límite de este derecho estará determinado por las posibilidades jurídicas que en cada caso se fijen para sustituir las penas de prisión. De esta forma se establecería una división de competencias muy clara: las instituciones estatales normalmente encargadas de la ejecución de las penas aplicarían directamente las penas de prisión, mientras que las propias comunidades indígenas -desde luego que con la supervisión de los órganos estatales-, se encargarían de hacer efectivos los sustitutivos de prisión, y de manera particular el de trabajo en favor de la comunidad.

La situación de los indígenas en México es particularmente desfavorable en materia penal, sobre todo en lo relativo a las penas privativas de la libertad que se les imponen y, en especial, porque muy a menudo son víctimas de medidas de prisión preventiva prolongadas. Éstas se les aplican por delitos en que no procede tal medida cautelar, o en los que, procediendo ésta, tienen derecho a la libertad caucional pero no pueden hacer uso de este derecho por diversas

razones, como son su ignorancia de la ley, la falta de asistencia jurídica, la indiferencia o la mala fe de las autoridades que procuran o imparten justicia y, sobre todo, por su desconocimiento del idioma castellano en muchos casos.

Esta situación de los indígenas de nuestro país cobra tintes dramáticos en algunos casos, que han sido claramente investigados y documentados por los organismos públicos defensores de los derechos humanos, como la CNDH, la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua y otras, y por diversos organismos no gubernamentales de derechos humanos.

VI. ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO?

A pesar de que está claramente establecido en la Constitución Política y en los códigos de procedimientos penales de la mayoría de las entidades federativas, que la prisión preventiva no procede en caso de penas alternativas y que, en lo relativo a las penas sustitutivas de prisión, ha quedado demostrado que tampoco cabe dicha medida de seguridad por todas las razones expuestas arriba, sucede que la práctica jurídica se aparta del derecho y de la correcta interpretación de las normas jurídicas. Todos los días se ordena la aprehensión y detención preventiva de personas cuando esto es totalmente improcedente.

Al respecto, me permito citar lo expresado por el licenciado Enrique Rafael León Álvarez, en su reseña sobre la reforma penal de diciembre de 1991:

La cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de la privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento, sin condena... Por ello, la moderna política criminológica ha tenido cuidado al proponer una serie de medidas alternativas de la prisión, minimizando efectos sociales, combatiendo las penas cortas de duración y reduciendo el ámbito coactivo de la materia penal.

León Álvarez, Enrique Rafael, "La reforma penal de diciembre de 1991", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, t. XLII, núms. 183-184, mayo-agosto 1992, p. 281.

VII. CONCLUSIONES

Los argumentos expuestos, basados tanto en las normas jurídicas vigentes, como en el sentido común y el respeto pleno a los derechos humanos de procesados y sentenciados, llevan a sustentar las siguientes conclusiones:

1. Una sociedad en que imperen una procuración y una administración de justicia eficientes y respetuosas del derecho; en la que exista una seguridad pública basada en los derechos humanos y en el profesionalismo para la prevención y persecución del delito; una sociedad, en síntesis, evolucionada en los aspectos morales, culturales y jurídicos, debe ser una sociedad en que se tienda a la eliminación de la prisión preventiva, pues esta última no es más que la aplicación inversa del principio de que a toda persona se la presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, "por si acaso" fuera culpable y, además, pretendiera evadirse.
2. Los sustitutivos de prisión y la prisión preventiva son incompatibles, en términos tanto estrictamente jurídicos como penitenciarios. No se vale avanzar tratándose de ejecución de sanciones y continuar en el retraso en materia de prisión preventiva.
3. El hecho de introducir los sustitutivos de prisión como alternativa a las penas corporales, ha sido uno de los presupuestos de la modernización de nuestro sistema de justicia penal. Con ellos se logra disminuir en gran medida las penas privativas de la libertad, y en congruencia, debe reducirse la prisión preventiva, con lo que nos vamos acercando, aunque sea un poco, a esa sociedad civilizada y evolucionada que hemos descrito y a la que todos aspiramos.
4. Los sustitutivos de prisión, al no dar lugar a la prisión preventiva, permiten al acusado hacer efectivo el derecho a la jurisdicción que es esencial en una buena administración de justicia; acceder sin demora a la instancia jurisdiccional, y hacerlo, como regla, en plena libertad.
5. Los sustitutivos de prisión constituyen uno de los medios más idóneos para resolver el grave problema de la sobre población penitenciaria, en los dos aspectos siguientes:
 - a) Porque los condenados a penas sustitutivas de prisión las cumplirán en libertad y por lo tanto no estarán ocupando un lugar en las cárceles.
 - b) Porque su aplicación evita la prisión preventiva de los acusados por delitos que admiten una pena sustitutiva de prisión.
6. Es necesario perfeccionar las normas sobre aplicación de los sustitutivos de prisión y establecer los procedimientos administrativos para vigilar y controlar su cumplimiento. Bajo ninguna circunstancia los sustitutivos de prisión deben convertirse en formas de impunidad. En la medida en que la sociedad y las autoridades perciban que las penas sustitutivas son penas reales, se irá generalizando su aplicación, y en la medida en que esto ocurra, también se hará

más palpable el absurdo de someter a prisión preventiva a quien va a cumplir una pena sustitutiva de prisión.

7. El problema de la prisión preventiva no es un problema de índole jurídico. Al fin y al cabo habrá tanta prisión preventiva -en forma coherente o no con las demás instituciones jurídicas- como se quiera. El uso -y el abuso- de ésta tiene profundas raíces ideológicas que cederán paso a la formación de una cultura de los derechos humanos en la sociedad mexicana y, de manera particular, entre los profesionales en la materia.