

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PROCESAL

“LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA FRENTE AL ESPÍRITU
GARANTISTA DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO: UNA MIRADA A
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2019”

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JORGE RUÍZ CABAÑAS GUZMÁN

ASESOR

MAESTRO ARTURO FLORES ALBOR

CIUDAD UNIVERSITARIA, OCTUBRE DE 2022



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

La prisión preventiva oficiosa frente al espíritu garantista del sistema penal acusatorio: una mirada a la Reforma Constitucional de 2019.

Jorge Ruíz Cabañas Guzmán.

Dedicatoria y agradecimientos.

A mis padres, Roberto Fernando Ruíz Cabañas (+)
y Julia Guzmán.

A mis hermanos, María del Refugio y Roberto
Javier.

A mis cuñados, Martha y Gerardo.

A mis sobrinos, José Gerardo, Sebastián,
Leonardo, Fernanda y Andrea.

A mi *alma mater*, la Universidad Nacional
Autónoma de México.

A la Facultad de Derecho.

Al Seminario de Derecho Procesal.

A todos y cada uno de los Maestros que
participaron en mi formación académica.

Al Mtro. Arturo Flores Albor, por dirigirme en la
elaboración de esta investigación.

A mis Maestros de la praxis, Víctor Manuel Solís
Buitrón y Zehila León Mendiola.

Al Doctor Ángel González, por ser paradigma de
amor y pasión por la Universidad y la
investigación.

Al Maestro Roberto Huerta Peruyero, por su
amistad y por compartirme la magia de la
investigación.

A mis estimados amigos y ahora colegas, Erika
Ramírez, Said Vega, Enrique Rangel, Fernando
Reyes, Ameyalli Arellano y Mariel Flores.

“...He caído enfermo en la época en que hacía las flores de almendro. Si hubiera podido continuar trabajando, puedes deducir de ahí que hubiera hecho otros árboles en flor. Ahora, ya casi se han terminado los árboles en flor; verdaderamente no tengo suerte. Si; hay que tratar de salir de aquí, pero ¿dónde ir? No creo que se pueda estar más encerrado y prisionero en las casas donde no existen normas de libertad, como en Chareton o en Montevergues...”

Vincent van Gogh.¹

¹VAN GOGH, Vincent, *Cartas a Theo*, 1ª Ed, Ciudad de México, Grupo Editorial Éxodo, p 309.

ÍNDICE

<u>PREFACIO</u>	1
<u>PRIMERA PARTE</u>	7
<u>LA PRISIÓN COMO PENA</u>	7
<u>I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA PRIMERA PARTE</u>	7
<u>II. LA PENA</u>	8
1. <u>El concepto de pena desde la dogmática penal</u>	8
2. <u>El concepto filosófico de la pena de Michael Foucault</u>	10
3. <u>Teorías de la pena</u>	12
4. <u>La pena a la luz de la teoría del Derecho Penal del Enemigo</u>	14
5. <u>La pena vista desde la teoría del garantismo penal</u>	16
<u>III. LA PRISIÓN</u>	21
<u>IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR</u>	26
1. <u>Las medidas cautelares</u>	26
<u>V. CONSIDERACIONES FINALES DE LA PRIMERA PARTE</u>	31
<u>SEGUNDA PARTE</u>	33
<u>LAS REFORMAS EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y EN DERECHOS HUMANOS: EL NUEVO PARADIGMA EN PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PENAL</u>	33
<u>I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA SEGUNDA PARTE</u>	33
<u>II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL</u>	35
<u>El proceso penal, entre el absolutismo y la democracia</u>	35
<u>El garantismo penal como génesis del derecho penal moderno</u>	44
<u>IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL</u>	48
3. <u>Los principios del proceso penal acusatorio</u>	54
4. <u>Los sujetos del proceso penal</u>	57
5. <u>Las etapas del proceso penal acusatorio</u>	61
<u>V. UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS</u>	64
<u>Los Derechos Humanos: entre el positivismo y el iusnaturalismo</u>	64
<u>Evolución histórica de los Derechos Humanos</u>	66
<u>Características</u>	68
<u>VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS</u>	70

<u>VII. CONSIDERACIONES FINALES DE LA SEGUNDA PARTE</u>	76
<u>TERCERA PARTE</u>	78
<u>LA AMPLIACIÓN AL CATALOGO DE DELITOS DE PRISIÓN PREVENTIVA: ANTAGONISTA DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA</u>	78
<u>I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA TERCERA PARTE</u>	78
<u>II. LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS</u>	79
<u>III. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL COMO FIGURAS ANTAGÓNICAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA</u>	88
1. <u>El principio de Presunción de Inocencia como pilar del proceso penal acusatorio</u>	88
2. <u>La Libertad Personal como Derecho Fundamental protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales</u>	94
3. <u>La protección de los Derechos Fundamentales</u>	97
<u>IV. CONSIDERACIONES FINALES DE LA TERCERA PARTE</u>	102
<u>CUARTA PARTE</u>	104
<u>LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN CONTRAPOSICIÓN AL NUEVO PARADIGMA EN PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL</u>	104
<u>I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA CUARTA PARTE</u>	104
<u>II. RAZONAMIENTOS QUE SUSTENTAN LA INCOMPATIBILIDAD DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 CON EL PARADIGMA GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS</u>	105
<u>III. LA REPERCUSIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA (AUTOMÁTICA) AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD PERSONAL: DE LA DOGMÁTICA A LA PRAXIS</u>	115
<u>IV. CONSIDERACIONES FINALES DE LA CUARTA PARTE</u>	126
<u>CONCLUSIONES FINALES DE LA INVESTIGACIÓN</u>	127

PREFACIO

Sin duda alguna, la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y de Seguridad Pública de 18 de junio de 2008 constituye el punto de partida para la transición hacia un modelo de justicia penal moderno, como lo es el sistema acusatorio, el cual representa un proceso transparente y democrático, pues supone el conjunto de preceptos destinados a limitar la función punitiva del Estado en garantía del ejercicio y desarrollo de los Derechos Fundamentales² de los actores del drama penal, en especial del acusado, sobre de quien históricamente recaía el poder coercitivo del Estado, por su parte, la víctima ahora de manera activa puede participar en el proceso y no solo “coadyuvar” con la representación social, siendo esto posible a través del reconocimiento e incorporación de los Principios que rigen al propio sistema acusatorio: Presunción de Inocencia, Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación.

A partir de la instauración del sistema de justicia penal acusatorio, el objeto del proceso es el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, la procuración de que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, el cual además de ser más rápido, privilegia los Derechos Fundamentales de las partes, ello ya que el sistema penal acusatorio tiene cimientos en la teoría garantista del derecho,³ la que señala Luigi Ferrajoli, “es la que inspira y promueve la construcción de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente en el derecho penal”,⁴ pues a la luz de la reforma, por una parte la prisión preventiva se vuelve una excepción y no una regla y por el otro, se privilegia la reparación del daño causado por el delito, cabe señalar que el espíritu de la Reforma Penal lo constituyen Principios de Presunción de Inocencia, Seguridad Jurídica y de Legalidad, los que como señala el Doctor Marco Antonio Díaz de

²DOTÚ I GURI, María del Carmen, *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, España, Bosch, 2013, p. 111.

³Véase Dictamen de 1ra Lectura 1ra. Vuelta. Diputados 12/DIC/2007 de las Comisiones Unidas de Puntos, p. 17.

⁴MARINA GASCÓN, Abellán. (2018). *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.

León “son prerrogativas que sirven para proteger el debido proceso, es decir, lo inherente al correcto desarrollo de la instancia y de la justa y exacta aplicación de la ley penal, a las formalidades esenciales del mismo”.⁵

Así el sistema penal acusatorio, contempla un cambio tanto en las instituciones, así como en el proceso de procuración e impartición de justicia, el que, de manera enunciativa, más no limitativa se sustenta como ya se dijo en los Principios de, “Presunción de Inocencia” “Publicidad”, “Contracción”, “Concentración”, “Continuidad” e “Inmediación”.

Ahora bien, en aras de consolidar a México como un Estado Constitucional, el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma en Materia de Derechos Humanos, denominada así ya que incorpora al orden jurídico nacional el reconocimiento de los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales signados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado, constriñendo así la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º a que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es decir a la luz de esta Reforma todas las Autoridades en el ámbito de su competencia deben de aplicar el Principio *pro persona* para aplicar la legislación, ya sea interna o de derecho internacional que resulte más favorable para el gobernado y así cumplir con el mandato Constitucional.

En ese sentido, las Reformas en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en materia de Derechos Humanos constituyen los cimientos hacia la consolidación de un Estado Democrático, el cual impone a través de los Derechos Fundamentales, los límites de actuación del Estado frente a los gobernados.

Sin embargo, el 12 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una Reforma al artículo 19 de la Carta Magna, a través de dicha reforma se amplió el catálogo

⁵DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Nacional de Procedimientos Penales con apuntes de derecho procesal penal oral acusatorio*, México, INDEPAC, 2014, pp. 31-32.

de delitos que ameritan la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, misma que se cimienta en la teoría del Derecho Penal del Enemigo, la cual se sostiene en el hecho de que “existe una serie de sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley requieren un tratamiento especial (enemigos), diferenciando del que se les da a los ciudadanos normales; la violación sistemática de la ley por parte de los enemigos se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, a fin de dar vigencia a la prevención general positiva”,⁶ lo cual contraviene el espíritu garantista de las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y en Derechos Humanos, paradigma del modelo de justicia penal, en ese tenor, el abuso de la prisión preventiva es contraria a la esencia misma del Estado Democrático de Derecho, ya que por un lado es violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por otro es un factor determinante de la calidad de la administración de la justicia.

Así, como lo señala la Organización de las Naciones Unidas, “el fundamento de la inconventionalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa radica en que la medida es violatoria del derecho a la libertad personal, vinculado al principio de presunción de inocencia que es la columna vertebral del derecho a un debido proceso”⁷ coligiendo la propia Organización que la prisión preventiva *per se* no es violatoria de derechos humanos, sin embargo, en tanto medida restrictiva del derecho a la libertad personal, la misma debe partir del reconocimiento de su carácter excepcional y debe aplicarse de conformidad con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, situación que en el caso en concreto no ocurre, pues basta con que el hecho con apariencia de delito atribuido al imputado se encuentre en las hipótesis señaladas en el artículo 19 Constitucional para que de manera automática el Juez decreta esa medida cautelar, lo que desde luego se traduce en una violación a los Derechos Fundamentales de Presunción de Inocencia, Libertad Personal y Audiencia del imputado, ello es así ya que la imposición de la prisión preventiva debe regirse por los

⁶Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, Gaceta Parlamentaria Número 5198-II, miércoles 16 de enero de 2019.

⁷ONU, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, <http://www.hchr.org.mx/images/Prisi%C3%B3nPreventivaOficiosa.pdf>

principios de *ultima ratio* y excepcionalidad, pues esta medida cautelar sólo debe ser utilizada cuando otros medios resultan ineficaces y cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines, por ello debe obedecer al resultado del examen individualizado por parte del Órgano Jurisdiccional como resultado del debate en torno al riesgo del imputado para sustraerse de la acción de la justicia o bien para la víctima o testigos y no por la aplicación de una norma, pues de esta manera se está “codificando” por vía legislativa el debate judicial, impidiendo el ejercicio racional de la Autoridad Judicial, atentando contra la independencia judicial.

La prisión preventiva es una medida cautelar que siempre debe atender un fin legítimo de carácter procesal: “asegurar la comparecencia de la persona imputada al procedimiento penal y controlar otros riesgos procesales como los son la obstaculización de las investigaciones y la puesta en riesgo de la integridad de víctimas y testigos, tal y como lo establece la primera parte del párrafo segundo del artículo 19 Constitucional. Sin embargo, su imposición siempre debe ser partir del principio de presunción de inocencia y estar motivada por las circunstancias del caso concreto, a través de un examen individualizado sobre los riesgos procesales por parte del órgano judicial y con independencia del delito por el cual se procesa a la persona imputada”.⁸

La prisión preventiva oficiosa, al ser una medida de aplicación automática por el tipo de delito por el que se procesa a la persona y sin atender a las circunstancias concretas, trastoca la naturaleza de la prisión preventiva, transformándola de una medida cautelar de naturaleza procesal a una medida punitiva. La prisión preventiva oficiosa, al anticipar la barrera de punición del derecho penal en función del delito motivo del proceso, de facto convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Materialmente hablando, no hay una distinción entre la privación de la libertad por motivo de la prisión preventiva y la privación por motivo de una sentencia condenatoria; por lo tanto, la imposición mecánica de la prisión preventiva

⁸ONU, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, <http://www.hchr.org.mx/images/Prisi%C3%B3nPreventivaOficiosa.pdf>

atendiendo al tipo de delito es violatoria del Principio de Presunción de Inocencia y del Derecho a la Libertad Personal.⁹

No obstante lo anterior, el Congreso de la Unión modificó el artículo 19 de la Constitución y amplió el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, así las cosas, ahora el texto Constitucional contempla 16 hechos con apariencia de delito en los que el Juez de Control, una vez formulada la imputación, de facto deberá de decretar la medida cautelar de prisión preventiva, la cual es la medida cautelar más grave, pues se traduce en la privación de la libertad del imputado por el simple hecho de “existir” datos que establecen que se cometió un hecho que la ley señala como delito y que el imputado participó o ejecutó el mismo, en otras palabras, no se exige la comprobación del cuerpo del delito, ni la justificación de la probable responsabilidad del imputado, pues sólo deben aportarse datos de prueba de los que se adviertan: i) la existencia de un hecho que la ley señale como delito; y, ii) la probabilidad en la comisión o participación del activo. Lo anterior, en razón de que el auto de vinculación a proceso sólo debe fijar la materia de la investigación y el eventual juicio,¹⁰ abandonando la práctica rigurosa de acreditar los elementos que integran el injusto penal y la probable responsabilidad del imputado.

Lo anterior, vulnera el Principio de Presunción de Inocencia y el Derecho Fundamental a la Libertad Personal, pues el legislativo amplió el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa con la finalidad de enviar a la sociedad un falso mensaje de justicia, pues mediáticamente es común escuchar que los “delincuentes” al ser detenidos y puestos a disposición del Juez, si bien ingresan al “reclusorio” inmediatamente recuperan su libertad, por ello catalogan como al sistema penal como “puerta giratoria en los reclusorios”, situación que ha sido aprovechada y capitalizado políticamente a través del llamado populismo punitivo, entendido este como la adopción de políticas punitivas por parte de los

⁹ONU, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, <http://www.hchr.org.mx/images/Prisi%C3%B3nPreventivaOficiosa.pdf>

¹⁰Registro digital: 2023978, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Undécima Época, Materia(s): Penal Tesis: XXIII.1o.2 P (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 9, Enero de 2022, Tomo IV, página 2963 Tipo: Aislada

responsables políticos con la convicción de que éstas reducen la criminalidad, refuerzan el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades delictivas y, sobre todo, resultan atractivas para determinados sectores del electorado.¹¹

¹¹de la Torre, Verónica, & Alvarez, Alberto Martín. (2011). Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. *Perfiles latinoamericanos*, 19(37), 33-50.

PRIMERA PARTE
LA PRISIÓN COMO PENA

"...Si no hubiese Dogmática no habría proceso, de ahí que la dogmática sólo se vuelve bella y comprensible a través del proceso..."

Rubén Quintino Zepeda.¹²

I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA PRIMERA PARTE

En la actualidad, resultado de la evolución del Derecho Penal, la prisión es la pena más grave que norma penal impone a las personas físicas que previo juicio seguido en todas sus etapas, a criterio de un Órgano Jurisdiccional, resultan responsables en la comisión de un hecho que la ley señala como delito, pues esta se traduce en la privación temporal de la libertad personal del sentenciado, quien deberá permanecer en un centro de reclusión durante la vigencia de la pena privativa de la libertad.

Bajo esa premisa, resulta inconcebible que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la luz del nuevo paradigma en Justicia Penal y Derechos Humanos, como resultado de las Reformas Constitucionales de 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, respectivamente prevea un catálogo de delitos en los que de manera automática el Juez de Garantía decreta al imputado la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, situación que se traduce como la imposición de una pena anticipada y consecuentemente una flagrante violación al Principio de “Presunción de Inocencia” y “Debido Proceso”, pues sin que exista una sentencia definitiva, debidamente motivada y fundada, al imputado se le restringe temporalmente el Derecho Humano a la Libertad Personal.

¹²QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Autojustificación de un dogmático*, México, D.F, ArQuinza, 2018, p.19.

Por ello, a través del presente capítulo se realizará un estudio dogmático que permita conocer el origen y fin de la pena, enseguida procederemos con el respectivo estudio de las medidas cautelares, en específico la prisión, ello con la finalidad de contar con los elementos suficiente que nos permitan establecer si la prisión preventiva oficiosa constituye la imposición de una pena anticipada.

II. LA PENA

Para entender el concepto de la pena es necesario realizar un esbozo en la dogmática penal y en la filosofía del francés Michel Foucault, para así establecer los alcances del concepto de la pena, lo que permitirá en su oportunidad lograr los fines del presente trabajo, esto es establecer si la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva es sinónimo de un castigo, de una pena sin la existencia de una sentencia definitiva.

1. *El concepto de pena desde la dogmática penal*

En la dogmática penal encontramos dos principales corrientes sobre el concepto de pena, por un lado, se encuentran quienes señalan que es una simple consecuencia del delito y por la otra quienes señalan que es causa efecto del delito, dentro de los juristas que sostienen que es una consecuencia del delito, encontramos a Claus Roxin quien afirma que “la pena es el punto de referencia a todos los preceptos jurídico penales, lo que se traduce en que el Derecho Penal es definido por sus sanciones, pues si un precepto pertenece al Derecho penal, no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”.¹³

Por su parte, el Doctor José Luis Rodríguez Manzanera afirma que la pena es “la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.”¹⁴, en ese mismo tenor, el maestro Miguel Polaino señala que la pena “es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la comisión de un delito y consiste en la privación de determinados bienes jurídicos con fines exclusivamente

¹³ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general*, t. I, 1ª. Ed, Madrid, Civitas, p. 41.

¹⁴RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México D.F., Porrúa, 2003, p. 93.

preventivos, resocializadores y con un componente de justicia por el delito cometido, es la consecuencia jurídica lógica del delito y su imposición conlleva una situación de seguridad jurídica: en un Estado de Derecho, todo delito ha de ser conminado y sancionado con una pena”.¹⁵

Por su parte, los dogmáticos que afirman que la pena es causa y efecto del delito, parten de la teoría del delito, por la que se entiende “el conjunto de lineamientos sistematizados que determinan la integración o la desintegración de una conducta que es considerada como delito por la norma penal”¹⁶.

Ahora bien, dentro de los defensores de la pena como causa y efecto del delito, encontramos al Doctor Rubén Quintino, quien al respecto señala que “la pena no es una simple consecuencia del delito, pues es un elemento del delito: la punibilidad”,¹⁷ este autor explica que Friedrich von Böhmer, en 1752 se refirió a la materia a partir de su consecuencia principal que es la pena, utilizando por primera vez la expresión “Derecho Penal”, la que se popularizó en 1810 con la promulgación del Código Penal Francés, afirmando que “un concepto sin consecuencia, es un falso concepto.”¹⁸

En ese mismo sentido, el Maestro Alfredo Calderón Martínez, afirma que “la punibilidad es la amenaza establecida en el tipo por la comisión del delito, siendo la consecuencia que deriva de una conducta, típica, antijurídica y culpable, sin embargo no hay que confundir punibilidad con pena, ya que ésta es la sanción correspondiente por la comisión de un delito”.¹⁹

¹⁵POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México D.F, Porrúa, p. 82.

¹⁶CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 2.

¹⁷QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Autojustificación de un dogmático*, México, D.F, ArQuinza, 2018, p. 51.

¹⁸*Ídem.*

¹⁹CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 42.

Es decir, la punibilidad es la amenaza establecida en la hipótesis normativa, en donde se encuentra señalada la consecuencia resultado de la conducta, típica, antijurídica y culpable, sin embargo, hay que distinguir las figuras jurídicas de la punibilidad y la pena, pues esta última es la sanción correspondiente por la comisión de un delito.

De las ideas antes expuestas y para los fines de esta investigación se tomará como punto de partida el concepto de los dogmáticos que consideran a la pena como parte integral del delito, pues como señala el Doctor Rubén Quintino, la causa es la punibilidad y el efecto la pena, pues debemos de recordar ninguna pena se justifica sin la existencia de una ley que sanciona en forma concreta una conducta determinada, siendo esta premisa fuente del principio de legalidad, pieza clave en el derecho penal moderno y de la postura dogmática que nos ocupa.

2. El concepto filosófico de la pena de Michael Foucault

Para Foucault, la pena es sinónimo de castigo, es decir un sufrimiento corporal, el cual ha evolucionado de la pena de muerte, a la pena privativa de la libertad, ambas penas corporales atroces, sin embargo, esta última más “humana”, pues como afirma Michel Foucault, “la sombría fiesta punitiva está extinguiéndose, el ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra, para no ser ya más que un nuevo acto de procedimiento o de administración”.²⁰

Es decir, se ha pasado de un “espectáculo teatral” en donde la población presenciaba el suplicio, entendido éste como el sufrimiento corporal del justiciable y posteriormente su muerte a través de su ejecución, siendo el principal objetivo el de generar sufrimiento corporal, pues solo a través de este, se expiaban los delitos y se purificaba, sin embargo, es evidente que tanto el verdugo como los jueces se convertían en criminales.

²⁰FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México D.F., Siglo XXI, 2009, p. 17.

No obstante lo anterior, la pena privativa de la libertad no pierde su esencia de generar sufrimiento corporal, pues como afirma Foucault, “el castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva varias consecuencias: la de que se abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es religión sobre el espíritu humano”.²¹

En efecto, la pena se ha convertido en un elemento olvidado de la dogmática y del propio proceso penal pues si bien ya no se atenta en contra de la vida del sentenciado, éste queda en el olvido, recluso y privado de su libertad personal, es decir, se ha pasado del sufrimiento físico como elemento *sine qua non* de la pena a una economía de derechos suspendidos, pues al delincuente se le priva además de su alimentación, su libertad sexual además de recibir golpes y vejaciones en muchas ocasiones por parte de personal de seguridad, esto como consecuencia del propio encierro, pues el cuerpo “se encuentra en situación de instrumento o de intermediario; si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien”.²²

A la luz de las ideas de dogmáticas y filosóficas antes expuestas, podemos colegir que en la actualidad la pena es el resultado de la conducta desplegada por el infractor, sancionada en términos de la hipótesis normativa actualizada en el caso en concreto, que tiene por objeto precisamente castigar esa conducta como sinónimo de “retribución” y “justicia”, la cual solo puede ser impuesta por una Autoridad Judicial, a quien previo juicio, respetado las reglas del procedimiento y los Derechos Fundamentales de las partes, es encontrado culpable en la comisión de un hecho con apariencia de delito, pues de esta manera con la imposición de la sanción, se castiga la conducta antisocial y en consecuencia “se logra recuperar la paz social” y con ella la justicia.

²¹FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México D.F., Siglo XXI, 2009, p. 17.

²²*Cfr.* Ibídem, p. 18.

3. Teorías de la pena

Dada la dinámica de la evolución del Derecho, es importante señalar que si bien existen diversas teorías sobre el objeto de la pena, éstas se pueden clasificar en tres grupos a saber: teorías absolutas o también llamadas de la retribución, las teorías relativas o de la prevención y las teorías mixtas, las cuales abordaremos a continuación con la finalidad de distinguir los postulados de cada una y con ello entender que a la luz del sistema penal acusatorio y del garantismo penal, la pena es la prevención general negativa, de amenaza y prevención especial positiva, de resocialización, conceptos de igual manera serán profundizados en su oportunidad.

a) Teorías absolutas o de la retribución, estas teorías nos remontan a la Ley del Talión, las que conciben a la pena como el castigo por el delito ejecutado y suelen expresarse como “Ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre”, al respecto el maestro Miguel Polaino afirma que estas teorías pueden resumirse bajo el postulado “la pena retribuye el delito, es decir, la pena es únicamente castigo al delincuente por su delito: no desempeña ni persigue otra función ulterior”.²³

Al respecto, el maestro Javier Jiménez afirma que “la concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de retribución exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde al arraigada convicción de que el mal no debe quedarse sin castigo y el culpable debe encontrar su merecido. Ello se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas”.²⁴

Siendo los precursores de esta teoría Kant y Hegel, quienes sostienen que “la pena constituye un fin en sí mismo, se castiga porque se debe castigar sea como retribución moral, ética o jurídica”.²⁵

²³POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, D.F., Porrúa, pp. 99-100.

²⁴JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, D.F., Porrúa, 2004, p. 48.

²⁵Cfr. Ídem.

b) Teorías relativas o de la prevención, estas teorías tienen origen en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau y Von Liszt, quienes coinciden en la idea de que “la pena es necesaria para la preservación de ciertos bienes jurídicos tutelados, es decir, la pena no se justifica como simple castigo por el mal causado, como una respuesta retributiva frente al delito, sino como instrumento tendiente a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro”.²⁶

Cabe destacar que a la luz de estas teorías, la pena no se agota con el castigo, sino que busca un impacto en la sociedad a manera de prevención de futuros delitos, al respecto cobra relevancia la afirmación de que hace el maestro Miguel Polaino, quien señala que “para estas teorías el fin de la pena no se agota en la propia retribución del delito cometido, sino que se despliega o proyecta socialmente con un efecto preventivo de nuevos delitos, bien por parte del propio delincuente o bien por parte de la sociedad en su conjunto”.²⁷

Esta teoría a su vez se divide en dos grupos:

Prevención general negativa, “se puede describir con el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes y a su vez tiene dos variantes: una de corte psicológica y otra que se orienta a la integración social”.²⁸

Prevención general positiva, sostiene que “el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos para que se aparten de la comisión de los delitos”.²⁹

²⁶Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, D.F., Porrúa, 2004, p 55.

²⁷POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México, D.F., Porrúa, p. 105.

²⁸JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, D.F., Porrúa, 2004, p. 54.

²⁹*Ibidem*, p. 55.

c) Teorías mixtas, como resultado de la fusión de las teorías absolutas y relativas, surgen las teorías mixtas, las que sostienen “que la pena persigue, al propio tiempo, el fin de “retribuir” el delito y el fin de “prevenir” futuros delitos.”³⁰

De lo anteriormente expuesto podemos colegir que las teorías retributivas tienen por objeto castigar en función a la gravedad de la conducta, por su parte las teorías de la prevención tienen por objeto prevenir las conductas sancionadas por la ley y en una última existen las teorías mixtas, que son el resultado de la fusión de ambas posturas.

Las teorías de la pena que servirán para la presente investigación son las teorías del garantismo penal formuladas por Cesare de Baccaria y Luigi Ferrajoli, quienes manifiestan la necesidad de respetar los Derechos Fundamentales no solo del imputado, quien tradicionalmente ha sido sometido por el poder punitivo del Estado.

4. *La pena a la luz de la teoría del Derecho Penal del Enemigo*

El jurista Günther Jakobs es el autor de la teoría del derecho penal del enemigo, en ella sostiene que todos los individuos al ser elemento de un Estado, son parte de un “pacto social”, que hay sujetos que pueden romper dicho pacto, ya sea de manera excepcional o reiterada, a los primeros los denomina ciudadanos ya los segundos “enemigos”, ello en virtud de que no respetar el pacto social con el Estado, quien a partir de ese momento ejercerá todo su poder coercitivo para salvaguardar a los ciudadanos y al propio Estado.

Al respecto señala que “el Derecho es el vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho penal”.³¹

³⁰JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, D.F., Porrúa, 2004, p. 122.

³¹JAKOBS, Günter y Cancio Melía Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L, 2003, p. 23.

De esta manera la coacción para Jakobs es la pena, pues esta es portadora de la respuesta al hecho, significa una “desautorización de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad,”³² surgiendo así una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de la libertad.

De esta manera señala el mismo autor que “el derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma y el derecho penal del enemigo, incluyendo las medidas de seguridad combate peligros”.³³

Al respecto señala que “el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad”.³⁴

De esta manera señala Jakobs, surge la necesidad de combatir a quien atenta contra los ciudadanos y el propio Estado, pues sus conductas delictivas reiteradas no garantizan la seguridad que el Estado está obligado a proporcionar a sus ciudadanos, motivo por el que hay que combatirlos con el poder coercitivo del Derecho Penal, tal y como afirma el multicitado jurista “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”.

³²JAKOBS, Günter y Cancio Melía Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L, 2003, p. 23

³³*Ídem.*

³⁴*Ídem.*

En ese orden de ideas, el Derecho Penal del Enemigo, como su nombre lo indica clasifica como enemigo al individuo de constantemente comete conductas sancionadas por la ley penal, por lo que el Estado con la finalidad de garantizar el “pacto social” los combate con la finalidad de contrarrestar estas conductas.

5. La pena vista desde la teoría del garantismo penal

El garantismo penal se erige como una teoría que sustenta al derecho penal moderno, en ese sentido, ha desarrollado un andamiaje que incluye a la pena como consecuencia del delito, por ello a continuación desarrollaremos las ideas generales de la pena desde el garantismo y el siguiente capítulo retomaremos el tema para realizar un estudio más profundo que permita lograr los objetivos de la presente investigación.

Como preambulo, es importante señalar que la obra de Cessare Bonesana Marchese di Beccaria *De los delitos y las penas (1764)* constituye el cimiento del Derecho Penal moderno, pues en dicha obra se plasma la necesidad de un cambio de paradigma en la justicia penal de la época a una transformación hacia un modelo de justicia en donde se respetasen los Derechos Fundamentales de los acusados, así como la desproporcionalidad en la imposición de penas como la muerte, ideas que dada su relevancia, fueron plasmadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, en específico en los artículos 6 (Contrato Social), 7 (Debido Proceso) y 8 (de las penas).

Como ya se señaló, en la obra de Beccaria se encuentra el génesis del garantismo penal, en su obra aparece la necesidad de que la justicia penal de la época estuviera sustentada en los principios del debido proceso, el principio de legalidad, última ratio, lesividad, inmediatez, publicidad y presunción de inocencia, por su parte por lo que hace a la pena, es dable conceder el título a Beccaria de padre de la teoría de la prevención como fin de la pena, esto como veremos a continuación.

Beccaria señala que “los hombres independientes y aislados se unieron en una sociedad cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que era inútil en la incertidumbre de conservarla”.³⁵

De esta manera, con las primeras formas de gobierno surge la necesidad de formar los primeros Estados y con ello la necesidad de que el poder público administrara la parte de libertad depositada por los hombres, sin embargo, como afirma Beccaria, no bastaba con que el Soberano tuviera el depósito de dicha libertad, sino que también tenía que defenderla de las usurpaciones, del ánimo despótico de cada hombre cuando este quisiera sumergir las leyes en de este desorden, de esta manera surgen las penas³⁶, en otras palabras al formar parte de un Estado, la población “cede” una parte de su libertad para que el gobierno a través del orden normativo regule conductas de aquellos que en un acto despótico alteraran la armonía del estado, de esta manera el Estado goza de la potestad para castigar aquellas conductas que generan un daño a la sociedad.

El fin de las penas señala Beccaria no es atormentar y afligir al reo, ni deshacer un delito ya cometido, sino impedir nuevos daños, al respecto señala: “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.³⁷

En ese sentido Beccaria concibe a la prisión como un error dejar al arbitrio del magistrado el encarcelar a un ciudadano, pues señala que “un error no menos común que contrario al fin social, que es la opinión de la propia seguridad, nace de dejar al arbitrio del magistrado, ejecutor de las leyes, el encarcelar a un ciudadano, quitar la libertad a un

³⁵BECCARIA Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 19.

³⁶*Ídem.*

³⁷*Ibídem* p. 34.

enemigo con pretextos frívolos y dejar sin castigo a un amigo con desprecio de los indicios más fuertes que le descubren reo”.³⁸

De esta manera afirma que “la prisión es una pena que por necesidad debe, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que solo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena”.³⁹

Así surge la idea de establecer penas encaminadas a erradicar aquellas que trajeran aparejado el sufrimiento corporal del reo, pero que conminaran a los demás individuos a no cometer conductas sancionadas por la ley penal, pues como señala Beccaria es mejor evitar los delitos que castigarlos, surgiendo así la idea de la prevención.

Al respecto, el propio Beccaria señala que “el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto. No es posible reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico sin irregularidad y confusión”.⁴⁰

Así, el propio Beccaria formula la pregunta ¿Queréis evitar los delitos? A la que el mismo responde de la siguiente manera: “haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada en defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos. Haced que los hombres las teman, y no teman más que a ellas. El temor de las leyes es saludable, pero el de hombre a hombre es fatal y fecundo de delitos”.

De esta manera Beccaria establece el criterio según el cual la sanción no puede pretender la restauración del orden jurídico. Esto como afirma Jakobs contrapone la vigencia

³⁸Beccaria Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 62.

³⁹*Ídem.*

⁴⁰*Ídem.*

de la norma como función del derecho penal a la concepción predominante enfocada en la protección de bienes jurídicos, y la prevención como fin de la pena, es decir, el derecho penal no es un medio para prevenir los delitos, sino para sancionar las conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

Ahora bien, la publicación de Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, ocurrida en 1989 por Luigi Ferrajoli constituye un nuevo paradigma en el derecho penal, pues esta teoría se erige como el andamiaje de un derecho penal moderno la cual constituye un sistema de límites y vínculos no solo del Poder Judicial, sino de todos los Poderes del Estado para la garantía de los Derechos Fundamentales de los gobernados, sistema que es génesis del proceso penal acusatorio.

En esta obra Ferrajoli examina desde la axiología, la epistemología y desde la Ciencia Penal la problemática actual del *ius puniendi*, sus diferentes tendencias y propone un sistema de principios que considera necesarios para establecer un programa razonable y humanista para el tratamiento de las “conductas sociales desviadas”, sentado las bases de un modelo de derecho penal mínimo o garantista,⁴¹ el cual es definido por el propio Ferrajoli como “un modelo cognoscitivo de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad. Es además un modelo estructural de derecho penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derivabilidad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus efectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de la defensa”.⁴²

En otras palabras, el derecho penal garantista puede ser entendido como “aquel que inspira y promueve “la construcción” de las paredes maestras del Estado de Derecho que

⁴¹PRIETO MORERA, Agustín, “La teoría de los fines de la pena de Luigi Ferrajoli”, <https://ficip.es/wp-content/uploads/Prieto-Morera-Agust%C3%ADn-Fines-de-la-pena.pdf>

⁴²FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª Ed, Trotta, 2001, p. 169.

tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del derecho penal”.⁴³

Esto es, el garantismo penal es aquella constituye un modelo principalmente de justicia penal en la que los órganos jurisdiccionales de la materia observan en todo momento los Derechos Fundamentales de los actores de la trama penal, en específico del imputado, pues es el sujeto más vulnerable ante el poder coercitivo del propio Estado, en ese tenor, Ferrajoli señala que para entender los fines de la pena es necesario justificar la legitimación del derecho penal: Los fines de la pena se traducen en la justificación o legitimación de la pena, lo que equivale a hablar de la justificación o legitimación del derecho penal. Pues lo que caracteriza a este sector del ordenamiento jurídico es precisamente el hecho de establecer la pena como consecuencia jurídica de los supuestos facticos denominados delitos.

Es decir, debe de existir una congruencia entre la conducta desplegada y la pena aplicada en el caso en concreto, lo cual ocurre cuando el órgano jurisdiccional en su determinación observa los principios, normas y Derechos Fundamentales de las partes y que de esta manera legitiman la sanción impuesta, la que de igual manera debe de establecer un mínimo sufrimiento para el delincuente y útil para la sociedad, expresado por Ferrajoli de la siguiente manera: “la pena debe ser útil para la mayoría conformada por los no desviados, en cuanto que les brinde seguridad social, pero también debe ser útil para la minoría conformada para los desviados, en cuanto suponga para ellos el mínimo sufrimiento necesario”.

Esta premisa es el resultado de la separación entre el derecho y la moral, así como el utilitarismo penal que hace Ferrajoli, el cual expresa de la siguiente manera: “El fin de la máxima seguridad o el de la mínima aflicción. Aun cuando sea un presupuesto necesario, el utilitarismo no es sin embargo una condición de por sí suficiente para fundamentar en el plano teórico sistemas garantistas de derecho penal mínimo. ¿En qué consisten las utilidades

⁴³MARINA GASCÓN, Abellán. (2018). *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.

aportadas y los daños prevenidos por el derecho penal? ¿Y cuáles son los sujetos a cuya utilidad se hace referencia? De las respuestas a estas preguntas depende la configuración garantista de las concepciones utilitaristas de la pena.”⁴⁴

Bajo esos presupuestos Ferrajoli analiza y descarta gran parte de las teorías de la pena para proponer una doctrina justificacionista del sobre fin preventivo general negativo de la pena, “la cual establece la prevención general negativa de los delitos a través del efecto disuasorio o intimidar de la ley penal, y por el otro, la prevención general negativa de las reacciones penales informales, es decir la venganza privada”.⁴⁵ En suma, para este autor, la pena tiene por objeto prevenir la violencia en la sociedad.

III. LA PRISIÓN

La prisión en el sistema penal actual constituye la cúspide de la evolución de la pena, pues constituye el máximo castigo a quien cometió un delito, el cual ha pasado del suplicio a la privación de la libertad, pena que se erige como la sanción más grave prevista por la ley, pues existen otras penas como la destitución, suspensión de derechos sanciones pecuniarias, el trabajo en favor de la víctima, entre otras, sin embargo esta resulta la más gravosa para el justiciable, pues se traduce en la permanencia del justiciable por el tiempo fijado por el Juez en centro carcelario, es decir la imposición de esta pena se traduce en la privación de la libertad personal del reo, quien queda a disposición de la autoridad de ejecución quien vigilará el cumplimiento de su condena.

Esta evolución como señala la maestra Herlinda Enríquez Rubio Hernández, ha transitado por cuatro etapas a saber: vindicativa, expiacionista o retribucionista, correccionalista y resocializante.

⁴⁴Ferajolli Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed, España, Trotta, 2001, p.260.

⁴⁵FUENTES CONTRERAS, Édgar Hernán, Suárez López, Beatriz Eugenia (coord.), *Reconstruyendo la filosofía jurídica. Estudios críticos de las posturas de Luigi Ferrajoli y Jurgen Habermas*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012, p. 149.

La primera fase llamada vindicativa, del periodo que va de los pueblos primitivos, hasta el periodo denominado como Antiguo Régimen, es decir el sistema de gobierno Monarquico absolutista anterior a la Revolución francesa de 1789, periodo en el cual la venganza se constituye como el primer antecedente de la pena, pues a través de la venganza se expiaban los delitos, la que si bien es cierto no se encontraba institucionalizada, regulaba las relaciones entre familias y clanes que formaban una comunidad.⁴⁶

Posteriormente, con el surgimiento de las formas de Estado, el derecho a castigar era exclusivo del jefe del grupo social, quien decidía por los demás; dicha figura implicaba la aparición de un tercero que fungía como árbitro en la solución de los conflictos, asumiendo una función de control ante el acto de vengar,⁴⁷ lo que garantizaba que el castigo fuera proporcional al daño causado.

De esta manera, afirma la jurista Herlinda Enríquez nace la Ley del Talió (de talis, el mismo o semejante) “ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura” y “la Composición o Rescate del Derecho de Venganza”. Esta última que permitió la posibilidad de realizar transacciones comerciales sobre el derecho de tomar venganza, que poseía el ofendido.⁴⁸ Durante este periodo la privación de la libertad del autor del reo era aplicada como medida para garantizar que este no se escapase a la imposición de la sanción, ésta sí, vindicativa.⁴⁹

En la fase expiacionista también llamada retribucionista, la forma y función de la pena estaban determinadas por las organizaciones religiosas de la época que legitimaron la modalidad de poder político, así como la imposición de sanciones penales, estableciendo la como postulado de la sanción que el infractor debía eximir o redimir su culpa mediante el dolor ante los representantes de la divinidad: rey o jueces, que obraban en su nombre o por las castas sacerdotales.⁵⁰

⁴⁶ENRÍQUEZ RUBIO, Hernández, H. (2013). *La prisión. Reseña histórica y conceptual*. Ciencia Jurídica, 1(2), 11-28. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

⁴⁷Cfr. *Ibidem*.

⁴⁸Cfr. *Ibidem*.

⁴⁹*Ídem*.

⁵⁰*Ídem*.

En ese sentido, como afirma la jurista Herlinda Rubio “el inquisidor expropiaba la potestad del castigo a los particulares y estructuraba un sistema de penas orientado en su totalidad por la práctica de producir dolor al cuerpo a través de la tortura con vías a la confesión.”⁵¹

Posteriormente, para los siglos XV, XVI y XVII, la redención del reo se alcanzaría a través del trabajo, ya que el lucro generado por éste aliviaría el daño producido a la colectividad por la conducta delictiva. De este modo, la función de la pena se desplazó del horizonte divino, hacia una cultura de lo racional, de lo justo y de lo útil,⁵² esto es, que con la aparición del modelo económico capitalista, surge la necesidad de adoptar al trabajo como un instrumento para cubrir la necesidad de mano de obra que proponía este modelo económico.⁵³

En ese tenor, como afirma la maestra Herlinda Enríquez, la finalidad de la pena se traducía en: “La explotación de la fuerza de trabajo, coadyuvando así en el proceso primario de acumulación del capital burgués y representándose como un instrumento de regulación del mercado de trabajo escasamente calificado. Todas estas instituciones no eran administradas por el Estado, sino que representaban un negocio personal pues eran concesionadas a particulares quienes recibían no sólo el producto de la comercialización de lo manufacturado por los reclusos, sino también de las cantidades que por concepto de carcelaje tenían que pagar los internos”.⁵⁴

Para finales del siglo XVIII, la Escuela Clásica o Liberal del Derecho Penal, abre una forma de castigo que marca el inicio de una nueva etapa en la función de la pena: la fase correccionalista, al concentrar en la medición del tiempo el criterio de proporcionalidad. De

⁵¹Cfr. ENRÍQUEZ RUBIO, Hernández, H. (2013). *La prisión. Reseña histórica y conceptual*. Ciencia Jurídica, 1(2), 11-28. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

⁵²Ídem.

⁵³Ídem.

⁵⁴Ídem.

esta manera se establecía qué cantidad de tiempo privado de su libertad tendría que cumplir quien cometía un delito.⁵⁵

Esta fase surge con el Código Criminal francés de 1791 en el cual se redujeron los delitos sancionables con pena de muerte, se suprimieron las mutilaciones y otras medidas que aún subsistían desde la fase vindicativa; naciendo tres modalidades de privación de libertad; el calabozo, la géne y la prisión.⁵⁶

Durante esta fase aparece el concepto de “régimen penitenciario” el cual como señala la maestra Herlinda Enríquez es entendido como: “Técnica orientada hacia la corrección del penado teniendo como base, el modelo médico que se extendía en la cura de enfermedades y específicamente en el área de los trastornos mentales. A partir de entonces, y con la llegada de los médicos a las prisiones, se imprimió al correccionalismo un trasfondo terapéutico, pues con sus observaciones del fenómeno criminal hizo caer las tesis contractualistas y de libre albedrío; con ello la sanción penal es ya una medida curativa encaminada a sanear el comportamiento del individuo ya que, según afirmaban los positivistas, el delito era una condición que se encontraba dentro del sujeto”.⁵⁷

Es decir, durante la fase correccionalista, la pena tuvo como finalidad “curar” del reo, pues la ejecución del delito era consecuencia inherente del propio criminal.

Finalmente, la fase resocializadora surge en los Estados Unidos con el “Congreso Nacional sobre la Disciplina de las Penitenciarias y Establecimientos de Reforma”, celebrado en Cincinnati, Ohio, en octubre de 1870 en el cual se establece que: “el trato de los criminales por la sociedad tiene por motivo la seguridad social. Bajo esa premisa el objeto es el criminal y no el crimen, su fin primordial debe ser la regeneración moral de aquél.”

⁵⁵ENRÍQUEZ RUBIO, Hernández, H. (2013). *La prisión. Reseña histórica y conceptual*. Ciencia Jurídica, 1(2), 11-28. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

⁵⁶Ídem.

⁵⁷Cfr. Ídem

Por esta razón, el objetivo las prisiones debe ser la reforma de los criminales y no la imposición del dolor, es decir, la venganza. Por ello, la tesis de la resocialización se erigió en la principal legitimación manifiesta de las sanciones penales subsistiendo hasta la época actual, se introduce un nuevo concepto extrapolado de la ciencia médica: el “tratamiento”, y en concordancia con ello, tanto en el ámbito médico como en el penitenciario, lo indeseable se halla en el sujeto y por lo tanto la acción terapéutica debe recaer en él.⁵⁸

Una vez que hemos realizado un viaje a través de la evolución de la pena, con los antecedentes que logramos obtener, es posible establecer que pena puede ser concebida como lo señala Cesare de Beccaria “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 el otro esencial, esto es, que solo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena”.⁵⁹

En ese sentido no existe duda alguna de que la prisión solo debe de decretarse a quien ya ha sido sujeto de procedimiento y sentenciado, recibiendo una pena acorde a la gravedad de la hipótesis normativa que se actualiza en el caso en concreto, sin embargo, es importante señalar que la prisión es un lugar en donde deberá de permanecer la persona responsable del delito.

Al respecto el Doctor José Luis Rodríguez Manzanera señala que “la prisión es exclusivamente el lugar en donde se va a tener a los prisioneros de guerra o a los delincuentes mientras se les ejecuta o mientras se les vende o se les pone a trabajar”.⁶⁰

⁵⁸Cfr. Cfr. ENRÍQUEZ RUBIO, Hernández, H. (2013). *La prisión. Reseña histórica y conceptual*. Ciencia Jurídica, 1(2), 11-28. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.

⁵⁹BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 62.

⁶⁰RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México, D.F., Porrúa, 2003, p. 205.

Por su parte Foucault señala que la prisión es “la forma general de un equipo para volver a los individuos dóciles y útiles, por un trabajo sobre su cuerpo, ha diseñado la institución-prisión, antes que la ley la definiera como la pena por excelencia”.⁶¹

De los conceptos antes transcritos se desprende que la prisión es sinónimo de castigo, de pena, pues es esta institución el lugar en donde el sentenciado permanecerá privado de su libertad y cumplirá con la sanción impuesta por el Juez, ello bajo los parámetros de la punibilidad a través de la individualización de la pena hecha por el Juzgador al momento de realizar el juicio de reprochabilidad y que quedara plasmado en la sentencia definitiva, cuyo objeto principal es readaptar al delincuente para que una vez que cumpla con su sanción pueda volver a la sociedad.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

1. *Las medidas cautelares*

Los maestros Héctor Fix Zamudio y José Ovalle son coincidentes en afirmar que las medidas cautelares 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 o irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación del proceso”.⁶²

En ese mismo tenor, el jurista Vicente Gimeno por su parte afirma que: “las medidas cautelares en el proceso penal son aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, por las que se

⁶¹FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México D.F., Siglo XXI, 2009, p. 233.

⁶²FIX ZAMUDIO, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal*, México D.F., UNAM, 1991, p. 72.

limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia”.⁶³

Por su parte, el maestro José Luis Embris señala que “las medidas cautelares implican la adopción provisoria de disposiciones mediante el uso del poder coactivo estatal dirigidas al imputado, a quien se restringe su libertad personal con fines asegurativos de su presencia en el juicio, permitiendo así, preservar pruebas y favorecer que la víctima u ofendido pueda obtener protección y restitución de sus derechos.”⁶⁴

En ese orden de ideas es evidente que como señala el jurista Claus Roxin, “para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las injerencias en la esfera individual, tanto para asegurar el proceso penal como la ejecución penal.”

Es decir, la finalidad de la medida de cautela como afirma José Luis Embris “es la realización completa de un derecho que se quiere proteger mediante su aplicación como forma preventiva, en razón a los obstáculos que pueden imponerse para la actuación del Derecho, así en el momento en que se hacen necesarias solamente sean verosímiles o presumibles”.⁶⁵

Es decir, su objeto principal es asegurar el correcto desarrollo del proceso y consecuente lograr los fines del mismo, es decir, hacer efectivo el *ius puniendi*, asegurar la presencia del imputado en el juicio, asegurar los medios de prueba para el proceso favoreciendo la investigación, asegurar la reparación del daño, así como la protección de la víctima o el ofendido y a la propia sociedad.

El maestro José Luis Embris señala que “las medidas cautelares no existen por sí mismas, pues no tienen un fin específico que las permita concebir como instituciones

⁶³GIMENO SENDRA, Vicente, *Proceso civil práctico*, t. IX, Madrid, España, La Ley – Actualidad, S.A., 2002, p.793.

⁶⁴EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, México, D.F., Porrúa, 2011, p. 67.

⁶⁵*Ídem.*

autónomas, se tratan de actos procesales que buscan favorecer los fines del proceso; tales medidas se encuentran dotadas de condiciones que se deben reunir para su imposición. Para orientar las ideas en torno a estas características que contribuyen a deliberar a las medidas cautelares”:⁶⁶

- a) Carácter instrumental. Se trata de un instituto eminentemente procesal. Es un medio para permitir que el proceso se lleve a cabo.
- b) Propósito asegurativo. El fin que persiguen es impedir una variación en las condiciones fácticas que dificulten el curso normal del proceso y hagan ilusorio lo decidido sobre la aplicación de la ley sustantiva.
- c) Proporcionadas. Deben guardar una proporcionalidad y pertinencia con los que se pretende asegurar.
- d) Necesarias. Deben resultar razonablemente necesarias, es decir, encontrarse justificadas por motivos valederos en orden a su finalidad y a las circunstancias del hecho del caso.
- e) Legalmente limitadas. No se pueden aplicar fuera de los límites legales.
- f) Verosímiles. Es preciso que su necesidad se encuentre asentada sobre un margen relativo de conocimiento probatorio que establezca una vinculación con la cuestión de fondo.
- g) De interpretación restrictiva. Existen ante el criterio interpretativo que manda una aplicación restrictiva o limitativa de las cautelares, lo que atañe no sólo a su aplicación, sino también a su mantenimiento.

⁶⁶ EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, México, D.F., Porrúa, 2011, p. 67.

h) Judiciales. En relación al órgano que debe disponerlas, son de incumbencia del operador jurisdiccional.

Ahora bien, respecto a la clasificación de las medidas cautelares, el jurista Claus Roxin señala que “estas medidas de coerción se pueden clasificar acorde al derecho fundamental restringido, para ello elabora la siguiente clasificación”.⁶⁷

1. Injerencias en la libertad individual, en especial, orden de conducción coactiva, detención, prisión preventiva, encarcelamiento para la realización del juicio oral, internación en un hospital psiquiátrico, registro de la persona.

2. Injerencias en la integridad corporal, como la extracción de pruebas de sangre, encefalograma.

3.- Injerencias en la propiedad.

4.- Injerencias en la inviolabilidad del domicilio.

5.- Injerencias en el derecho fundamental de la libertad de ejercer la profesión

6.- Injerencias en el derecho a la autodeterminación informativa.

7- Intervenciones procesales penales.

No pasa desapercibida la clasificación que establece el maestro Camilo Constantino Rivera, quien al respecto señala que el sistema penal acusatorio mexicano, es dable colegir la siguiente:

a) Medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa, para asegurar la reparación del daño.

⁶⁷ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, p. 255.

- b) Medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad o integridad de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados y las cadenas de custodia.
- c) Medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes.

2. *La prisión preventiva como medida cautelar*

Claus Roxin señala que la prisión preventiva en el proceso penal “es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena, sirviendo de ella tres objetivos”.⁶⁸

Por su parte José Luis Embris afirma que la prisión preventiva es: “Una medida cautelar personal que consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”.⁶⁹

Dichas medidas como señala Claus Roxin tiene como fin:

- a) Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
- b) Garantizar una investigación de los hechos, en debida forma, por los órganos de persecución penal.
- c) Asegurar la ejecución penal.

⁶⁸ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, p. 257.

⁶⁹ EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, México, D.F., Porrúa, 2011

Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual, sin embargo, es indispensable en algunos casos para la administración de justicia penal eficiente.

Pues dicha medida tiene lugar cuando otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y por ello es impuesta de facto por el Juez de Garantía, cuyo objeto es garantizar la eventual ejecución de la pena, consiste en la privación de la libertad de la persona a la que se le atribuye la comisión o participaron en un delito, sin embargo como ya se ha manifestado al inicio de este capítulo, dicha medida es incongruente con el paradigma en materia de Derechos Humanos y del Proceso Penal, pues es una medida que si bien, restringe de manera temporal la libertad personal del imputado, esta puede ser impuesta sin necesidad de una justificación, en el caso de la prisión preventiva oficiosa o bien, con escasos datos de prueba, lo que se traduce en que el imputado, en el término de ley deberá aportar pruebas que justifiquen las causas de exclusión del delito, es decir, resulta irrelevante el proceso, pues en suma, se traduce en una pena anticipada.

V. CONSIDERACIONES FINALES DE LA PRIMERA PARTE

Del devenir histórico, el objeto del Derecho Penal ha sido imponer castigos casi siempre corporales, a las personas a las que se les ha atribuido la comisión de un delito, ello con la finalidad de que a través del sufrimiento expíen la conducta desplegada y de esta manera se haga “justicia” a la víctima.

Al igual que la ciencia jurídico penal ha evolucionado, las penas también, se ha pasado de la pena de muerte, siendo la pena más grave a la privación de la libertad personal, en la que el por el sentenciado se encuentra interno en un centro carcelario, lugar en el que no solo sufre del castigo de encontrarse limitado en su capacidad física, para trasladarse de un punto a otro sin mayor complicación, sino que su dignidad humana está condicionada al trato del personal carcelario así como de los propios internos.

Ahora bien, el Derecho Penal ha creado las medidas cautelares como mecanismos para garantizar el correcto desarrollo del proceso y consecuente lograr los fines del mismo, es decir, hacer efectivo el *ius puniendi*, asegurar la presencia del imputado en el juicio, asegurar los medios de prueba para el proceso favoreciendo la investigación, asegurar la reparación del daño, así como la protección de la víctima o el ofendido y a la propia sociedad.

En ese orden de ideas, tanto la pena privativa de la libertad como la medida cautelar de prisión preventiva tiene el común denominador del uso de la prisión, es decir de la limitación de la libertad personal del sentenciado o acusado en un centro carcelario, este último que sin la existencia de una sentencia definitiva debidamente fundada y motivada es acreedor al sufrimiento corporal y a su dignidad humana.

SEGUNDA PARTE

LAS REFORMAS EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y EN DERECHOS HUMANOS: EL NUEVO PARADIGMA EN PROCURACIÓN E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA PENAL

“...Logici, geometri e giuristi hanno saputo creare sistema scientifici di emperatura bellezza...”

Giorgio la Pira.⁷⁰

I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA SEGUNDA PARTE

Las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y en Derechos Humanos son el génesis de un nuevo paradigma constitucional, ello es así ya que estas fueron concebidas a partir de la teoría garantista del derecho, la cual como afirma su autor Luigi Ferrajoli, puede ser entendida como la que inspira y promueve “la construcción” de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder,⁷¹ ello ya que el 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma al Sistema de Justicia Penal, a través del cual se estableció que a más tardar el 18 de junio de 2016 en todo el país debía imperar el Sistema de Justicia Penal Acusatorio, el cual se traduce como un modelo de justicia más transparente, respetuoso de los Derechos Fundamentales de la víctima como del imputado, este último sobre el que con el modelo de justicia mixto recaía todo el poder punitivo del Estado, teniendo como principales objetivos despresurizar el sistema carcelario así como devolver a la sociedad la confianza en las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia.

⁷⁰TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica :el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004

⁷¹GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.

Por su parte el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma en Materia de Derechos Humanos, denominada así en virtud de que incorpora al marco jurídico nacional los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales signados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado, constrañendo así la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º a que todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, es decir con la Reforma en comento las Autoridades en el ámbito de su competencia deben de aplicar el principio *pro persona* para elegir la legislación, ya sea interna o internacional que resulte más favorable para el gobernado y así cumplir con el mandato Constitucional.

En ese sentido es que las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y en Derechos Humanos se traducen en un cambio en el paradigma Constitucional, a través del cual todas las Autoridades en el ámbito de sus competencias deben de proteger en todo momento los Derechos Fundamentales contenidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, pues estos constituyen el bloque de convencionalidad en el modelo de control difuso de la constitucionalidad, de tal forma que tienen la obligación de atender en sus actos a la aplicación de la norma más favorable para el ciudadano.

Por lo antes expuesto resulta necesario para esta investigación establecer los motivos y fundamentos para modificar el texto constitucional e incorporar al orden jurídico nacional el modelo de justicia penal acusatorio y el reconocimiento a los Derechos Humanos, figuras que parten de la dogmática del garantismo, el cual como ya se mencionó en los párrafos que anteceden inspira y promueve “la construcción” de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder y que en consecuencia resulta contrarias a la prisión como sinónimo de pena, la cual como se anotó en el capítulo que antecede tiene cimientos en la dogmática del Derecho Penal del Enemigo, como su nombre lo indica, clasifica como enemigo al individuo de contantemente comete conductas sancionadas por la

ley penal, por lo que el Estado con la finalidad de garantizar el “pacto social” los combate con la finalidad de contrarrestar estas conductas.

Por ello en el presente capítulo realizaremos un estudio dogmático que permita establecer el origen de las Reformas y los alcances de estas para en su oportunidad, establecer si estas se contraponen con la ampliación al catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa contenido en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1 *El proceso penal, entre el absolutismo y la democracia.*

Para poder comprender la trascendencia del modelo de justicia penal acusatorio instaurado en México como consecuencia de la Reforma Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, resulta imprescindible conocer la evolución histórica del proceso penal, pues éste ha transitado por cuatro periodos a saber: el proceso penal acusatorio, canónico o inquisitivo, mixto y el derecho penal moderno este último el que se cimienta en el derecho penal antiguo, es decir acusatorio.

El sistema penal antiguo, afirma el maestro Julio Hernández Pliego: “Surge en Grecia y Roma, el cual se erige sobre el modelo de justicia acusatorio, cuyas características principales que los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, estaban encomendadas a órganos diferentes, por lo que actuaban de manera independiente, conformando de esta manera un triángulo procesal, el cual permitía un proceso de partes, que garantizaba la objetividad e imparcialidad en el juzgamiento”.⁷²

De esta manera, el referido académico sustenta: “La facultad de decisión era ejercida por el Juez, en su calidad de órgano del estado, el cual no podía abrir el juicio *ex officio*, pues requería de la acusación privada previa, posteriormente se admitió la intervención de

⁷²HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México D.F., Porrúa, 2015, p. 29.

cualquier ciudadano como denunciante, lo que permitió establecer la distinción entre delitos privados y públicos”.⁷³

Así, el sistema acusatorio antiguo, se encontraba cimentado en los principios de oralidad, publicidad y concentración, lo que se traduce en que el proceso era tramitado de manera verbal predominantemente, el desarrollo del mismo era presenciado por el público en general, y las pruebas así como los alegatos eran desahogadas y escuchados en una sola audiencia, debiendo el Órgano Jurisdiccional dictar la sentencia de manera inmediata, cabe señalar que para ello existía libertad probatoria y la libre valoración del juez respecto del material convictivo, que se traducen como la ilimitación del material probatorio así como que no existe una tasación del valor de la prueba por parte del Juzgador.

Respecto de la prisión preventiva en el sistema acusatorio antiguo el jurista Jesús Rodríguez señala que por lo que respecta a Grecia, “nunca llegó a imponer la pena de prisión por considerar que afectaba a la libertad, sustituyendo aquella por penas pecuniarias. Por tanto, puede inferirse que en Grecia la detención preventiva no tuvo ninguna aplicación”.⁷⁴

En Roma, durante el periodo monárquico, así como en los primeros años de la República, cuando el derecho se hallaba aún sometido a imperativos religiosos, los jueces penales y los magistrados podían a su discreción imponer la medida cautelar de prisión preventiva, la *coertio* era el único instrumento de persecución de los delitos, y llegó a constituir un poder arbitrario e ilimitado; sin embargo, el abuso y los excesos a que su empleo dio lugar, condujeron a la expedición de disposiciones, tales como las *leges porciae* a mediados del siglo VI, tendientes a reprimir tales prácticas abusivas.⁷⁵

Por su parte, durante la República, señala el jurista Jesús Rodríguez que: “Bajo la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, es decir, a partir de mediados del siglo V, aun cuando el rigor del derecho, ya para entonces laicizado, se prescindía del encarcelamiento del

⁷³HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México D.F., Porrúa, 2015, p.29.

⁷⁴Véase <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12091>

⁷⁵Cfr. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12091>

acusado, confiando su custodia, algunas veces, a los particulares (*custodia libera*), si bien, en la mayoría de los casos, el encausado quedaba en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos respondiesen por él como fiadores (*vades publici*). Ya a partir de las *Leges Iulia de vi publica et privata*, año 17, a. de J.C., los ciudadanos romanos estaban exentos, por prescripción legal, de tal medida, tratándose de ciertos delitos. Tal situación se justificaba por el hecho de que el sistema acusatorio, entonces imperante, otorgaba, conforme a la citada Ley de las Doce Tablas, plena igualdad al acusado y al acusador, debiendo ambos, a fin de no quebrantar tal principio de igualdad, permanecer en completa libertad, situación que, en el sistema de *judicia publica*, había desembocado en la supresión de la detención preventiva. Esta medida, sin embargo, era de rigor en los casos de crímenes contra la seguridad del Estado, de flagrante delito o cuando mediaba confesión”.⁷⁶

En lo que respecta a la época del Imperio: “Si bien la ley no prescribía la detención preventiva durante la instrucción del proceso, esta medida revistió las modalidades siguientes: *in carcelum*, reservada a los más graves crímenes. la cual debía cumplirse en una cárcel pública: *milite traditio*, que confiaba la custodia del inculpado a uno o varios militares, casi siempre ancianos, quienes se hacían responsables de aquél; y, *custodia libera*, la cual, ya utilizada en tiempos de la República, ponía al inculpado bajo la guarda de un particular. La conveniencia, oportunidad y elección de la medida a aplicar quedaba a la discreción del magistrado, quien, para decretarla, tomaba en cuenta la gravedad de la acusación y la personalidad del inculpado. Salvo en los casos de crímenes graves y de flagrante delito, no podía detenerse al inculpado sino en virtud de una orden emanada de un magistrado superior o del defensor de la ciudad”.⁷⁷

Finalmente, en los últimos tiempos del Imperio surgió cambio en la materia; admitidos los principios de que la detención preventiva no debía significar una pena ni mucho menos un suplicio, y de que nadie debía ser encarcelado sin estar convicto, aun en el caso de delitos graves, las simples presunciones no bastaban para reducir a prisión al imputado, era imprescindible contar con evidencias concretas; igualmente, se procuró reducir la duración

⁷⁶<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12091>.

⁷⁷*Ídem.*

de la detención preventiva; la libertad provisional era de derecho, salvo en caso de flagrante delito o de crímenes que hubiesen sido confesados; se protegía al inculpado contra detenciones ilegales.⁷⁸

Posteriormente surge el proceso penal canónico o inquisitivo, el cual es creación de la iglesia, mismo que como afirma el jurista Francisco Acuña surge en el año de 1204, “cuando Inocencio III aprueba el establecimiento del instituto que le dio el nombre a dicho sistema, representando el poder absolutista de los gobernantes de la época”,⁷⁹ en donde como afirma Hernández Pliego “se preponderaba el interés del grupo en el poder, extendiéndose hasta los siglos XVIII y XIX. Sus principales características eran el predominio del interés social frente al individual; la forma secreta en la tramitación; la estrictión o anulación del derecho de defensa; la limitación de la prueba, la figura de la prisión preventiva del inculpado, el desequilibrio entre las partes, así como la figura del procesado solo como objeto de juzgamiento”.⁸⁰

Es a partir de esta etapa en que el derecho penal se erige como un medio a través del cual estado ejerce su poder coercitivo contra los acusados.

En esta etapa, la prisión preventiva “era considerada se le consideraba como un *remedium extraordinarium*, en otras palabras, se le aceptaba como un mal repugnante pero necesario”,⁸¹ de esta manera, durante el medievo, la detención pierde su carácter excepcional ya que la captura se convierte en operación preliminar indispensable a fin de someter a tortura al inculpado y arrancarle una confesión”.⁸²

Más tarde aparece el proceso penal mixto, llamado así por estar constituido por los elementos del proceso penal acusatorio romano y del inquisitivo, el cual se identifica con la

⁷⁸<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12091>.

⁷⁹Cfr. Acuña Griego, F. “*El principio acusatorio en el proceso penal mexicano (monopolio de la acción penal por un órgano del Estado)*”, Revista de la Facultad de Derecho de México,

⁸⁰HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México D.F., Porrúa, 2015, p.31.

⁸¹<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/12091>

⁸²Cfr. *Ídem*.

idea del equilibrio social y particular, teniendo origen Finalmente con las ideas de Cesare Beccaria, consolidadas estas la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, se establecen los cimientos del Derecho Penal Moderno, ya que a partir de los postulados de estos se incorpora de manera paulatina al proceso penal los principios jurídicos de debido proceso, legalidad, *ultima ratio*, y presunción de inocencia entre otros al proceso penal, “entendidos estos como las propiedades fundamentales de un marco normativo y se emplea también cuando alguien se refiere al propósito o al fin perseguido por una ley”.⁸³

Al respecto, el maestro Jaime Cárdenas Gracia, señala que los principios son “exigencias de tipo moral que establecen derechos humanos o fundamentales, que a diferencia de las reglas se pueden cumplir progresivamente y no necesariamente como ocurre con las reglas, que se acatan o no y si no se cumplen, se puede actualizar la consecuencia jurídica; además tienen una dimensión de ponderación y se valoran en los casos concretos sometidos a los tribunales en relación con otros principios. Los principios forman parte del sistema jurídico por razón de su contenido y no como las reglas que integran el sistema jurídico por razón de su origen, esto es, porque existe una autoridad competente que las ha emitido siguiendo el procedimiento previsto”.⁸⁴

Esto es, los principios son preposiciones de contenido moral que revisten todos los órdenes normativos de un Estado, con el objeto de preservar el interés general sobre el particular, por ello son una parte esencial en el Derecho Procesal Penal.

Ahora bien, México no es la excepción en la evolución del sistema de justicia penal, por ello, para los efectos de la presente investigación, partiremos del modelo de justicia penal mixto, el cual fue ley vigente hasta el hasta el 18 de junio de 2016, fecha en la que entró en

⁸³Cfr. BARBERIS, Julio, “*Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*”, México, revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/7796/7033>.

⁸⁴CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Cultura Jurídica México, 2016, p. 110.

vigor el sistema de justicia penal acusatorio. Este modelo mixto fusionaba principios tanto del sistema acusatorio como del inquisitivo, tal y como afirma el jurista Francisco Acuña Griego, quien señala que “recoge las excelencias del sistema inquisitivo y del sistema acusatorio, cuyas generales son: la acusación está reservada a un órgano del Estado; la instrucción es escrita; como forma secundaria se señala la publicidad y la oralidad en este sistema”.⁸⁵

No obstante lo anterior, como afirma el jurista Sergio Ramírez, “este modelo mixto de justicia penal se cimentaba en el principio de legalidad, pues este se encuentra a la cabeza de los principios, ya que recoge la reacción que apareció a finales del siglo XVIII en contra de la justicia arbitraria, facultada para crear delitos y sanciones, sin norma legal preexistente que dispusiera los tipos aquellos y las características de éstas”.⁸⁶

En armonía con lo anteriormente expuesto, como señala el maestro Víctor Manuel Solís “el principio de legalidad el resultado de la evolución del derecho penal, el cual reconoce ante todo la trascendencia que conlleva el respeto a los derechos humanos y a las garantías fundamentales de igualdad, libertad y seguridad jurídica a favor del ciudadano, al punto que corresponde al Estado aplicar la norma penal con la capacidad punitiva que le es inherente, considerando a este mecanismo como una forma de prevención de la política criminal, atendiendo siempre al principio de intervención mínima acorde al cual el Derecho Penal servirá tan solo como último recurso para sancionar una conducta que afecte el orden social”.⁸⁷

⁸⁵Cfr. ACUÑA GRIEGO, F. *El principio acusatorio en el proceso penal mexicano (monopolio de la acción penal por un órgano del Estado)*, Revista de la Facultad de Derecho de México, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26613/23979>.

⁸⁶GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del derecho mexicano, derecho penal*, México D.F., Mc Graw Hill, 1998, p. 23.

⁸⁷SOLÍS BUITRÓN Víctor Manuel, “A Cien Años de la Constitución de 1917”, *El principio de legalidad en materia penal, a la luz de la constitución actual*, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2016, p. 162.

Es decir, el sistema penal mixto mexicano como paradigma de un Derecho Penal Moderno, tenía sus cimientos en el principio de legalidad, el cual se traduce en el límite de actuación del órgano jurisdiccional, pues este exige la exacta aplicación de la norma tanto sustantiva como adjetiva al caso en concreto, es decir, por virtud de dicho principio la actuación judicial no debía decretar una sentencia, sin que se encontrara acreditado con pruebas fehacientes y directas el cuerpo del delito, además de la probable responsabilidad del acusado en su comisión.

Ahora bien, previo a continuar con el tema objeto de estudio, analizaremos las principales características del proceso penal mixto, haciendo referencia a las instituciones y sujetos que intervienen en el proceso, que habrían de ser los “personajes del proceso penal”. Posteriormente se indicarán las etapas o fases del procedimiento, pues precisamente de estas figuras surge la necesidad de la Reforma Constitucional en materia penal que más adelante abordaremos, ya que si bien es cierto proceso penal pretendía consolidarse como un derecho penal moderno, en la práctica cotidiana se demostraba lo contrario, pues los derechos tanto de la víctima y del imputado estaban limitados, y el procedimiento plagado de actos que entorpecían la procuración y administración de la justicia.

Así pues, los “actores” del drama penal de corte mixto, vistos dogmáticamente por el jurista Carlos Barragán Salvatierra se identificaban y clasificaban de la siguiente manera:

Principales. El Ministerio Público; el Órgano Jurisdiccional, el probable responsable, el ofendido o víctima y el Órgano de la Defensa.

Necesarios. Los testigos, peritos, intérpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los menores e incapacitados (padres, tutores, curadores).

Auxiliares. La policía, secretarios, oficiales, directores y personal de los establecimientos carcelarios.⁸⁸

⁸⁸BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3ª. Ed, México D.F., Mc Graw Hill, 2009, p 107.

Para lo que interesa al presente trabajo, nos referiremos únicamente a los clasificados como sujetos principales, es decir el Ministerio Público, la víctima u ofendido y el probable responsable, de los cuales el protagonista era desde luego el Ministerio Público, autoridad encargada de la investigación de los delitos y el curso de la acusación, pues gozaba del imperio del ejercicio de la acción penal, por lo que de esta manera se limitaba el ejercicio de los derechos de la víctima, quien desde la presentación de la denuncia y hasta su constitución como coadyuvante ante el Órgano Jurisdiccional era un simple espectador.

Por su parte, el acusado se encontraba en una situación de total vulnerabilidad, pues la propia Carta Magna permitía que éste fuera representado por sí, por abogado o por persona de confianza, lo que desde luego se traduce en una nula defensa técnica adecuada, teniendo que demostrar su inocencia, combatiendo el poder punitivo del Estado.

En ese orden de ideas se hace patente que el proceso penal mixto era omiso en garantizar los Derechos Fundamentales de la víctima u ofendido y del acusado, pues su objeto era demostrar el poder sancionador del Estado frente a las conductas antisociales dejando en el olvido a quien había sufrido los efectos del delito o bien era utilizado como herramienta coercitiva para lograr objetivos particulares, ello como resultado de la tramitación oculta de la indagatoria.

Por lo que hace al proceso, éste se conformaba por los procedimientos de Averiguación Previa, la preinstrucción, instrucción, primera instancia, segunda instancia, ejecución y los relativos a inimputables, mismas en las que el común denominador era ejercer y demostrar el poder punitivo del estado, pues el probable responsable quedaba a merced del órgano acusador el cual violentando los principios de contradicción, publicidad e intermediación, ejercía indiscriminadamente su imperio de la potestad punitiva, ello ya que la investigación era tramitada en secreto, lo que permitía que existieran una serie de irregularidades en la valoración de los elementos probatorios, lo que se traducía en que la Autoridad Jurisdiccional convalidara las actuaciones ministeriales, motivo por el cual el proceso penal era utilizado preponderantemente para demostrar el poder punitivo del estado

y consecuentemente como un medio de presión por parte de los particulares y por qué no del propio Estado.

En consecuencia, en la etapa de la pre instrucción, es decir una vez que el Ministerio Público ejercía la acción penal y el acusado era presentado ante el Juez de la Causa surgía la imposición de la prisión preventiva como medida para garantizar que el procesado no se evadiera de la acción de la justicia, pues en dicha fase ente otros, se determinaba o no, que con los elementos probatorios aportados por la Autoridad Ministerial se acreditaba el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado y en consecuencia en caso de ser catalogado el delito atribuido al acusado como delito grave, el Juez fijaba la prisión preventiva como medida cautelar, la cual era regla y no la excepción, pues así lo disponía el artículo 20. Apartado A, Fracción I, numeral que establecía:

“Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”.

La clasificación del delito era el resultado del cálculo del término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, el cual si de 5 años, era declarado como delito grave, consecuentemente el Órgano Jurisdiccional debía imponer al procesado prisión preventiva,

situación que con el tiempo se tradujo en la saturación del sistema carcelario, pues al ser un procedimiento escrito este se volvía lento y burocrático, impidiendo la publicidad en las actuaciones, pues solo quien acreditaba un interés jurídico tenía acceso al expediente, lo que se traducía en que derivado de la carga de trabajo, la presencia del Juez en las audiencias era nula.

En suma, la falta de reconocimiento de los derechos de la víctima u ofendido y del imputado, así como del propio espíritu predominantemente inquisitivo que regía el proceso penal, surge la necesidad un nuevo paradigma en la procuración y administración de la justicia penal, ello con objeto de para garantizar la seguridad jurídica de los actores del drama penal, pues el proceso penal vigente hasta el 18 de junio de 2016 solo transmitía a la sociedad una imagen de un sistema penal lento, corrupto, impune e injusto, situación que se tradujo en la falta de confianza de la ciudadanía hacia las instituciones de procurar y administrar justicia y consecuentemente en la Seguridad Pública.

2. El garantismo penal como génesis del derecho penal moderno

La obra de Beccaria intitulada “Tratado de los Delitos y de las Penas” constituye el esbozo del garantismo penal, pues en esta justifica la necesidad de que la justicia penal de la época estuviera cimentada en los principios de debido proceso, legalidad, ultima ratio, lesividad, inmediatez, publicidad y presunción de inocencia ello con la finalidad de garantizar los derechos de los “actores” del drama penal.

Es el caso que con la publicación en 1989 de Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, el jurista italiano Luigi Ferrajoli crea un andamiaje en torno al llamado garantismo, el cual será objeto de estudio principal en la presente investigación, pues esta obra constituye la recepción de la teoría del garantismo, no omitiendo señalar que precisamente esta fue pieza fundamental en la Reforma en Justicia Penal y Seguridad Pública, pues en los dictámenes y debates se hizo patente que el sistema de justicia acusatorio es garantista al regirse por los principios de presunción de inocencia, de publicidad, contradicción, concertación, continuidad, intermediación e imparcialidad, de esta manera surge la interrogante

¿Qué es el garantismo? A lo que Ferrajoli contesta en su obra que el garantismo es teoría y práctica jurídica pues afirma que: “Teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo”.⁸⁹

De tal suerte que como afirma el propio Ferrajoli, el garantismo “se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la ilustración jurídica, de minimización del poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley”.⁹⁰ Así, el garantismo resurge y se perfecciona con el objeto de minimizar la violencia y exceso que tradicionalmente han caracterizado al poder punitivo del estado.

En ese tenor, la teoría del garantismo afirma Ferrajoli se sustenta en tres tesis: en la primera el jurista italiano señala que existe un nexo entre garantías y justificación externa o política del derecho penal, la segunda que existe un nexo entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción y finalmente en la tercera, el garantismo representa la base de una teoría crítica y filosofía política del derecho penal.

Por lo que respecta a la primera tesis a la que Ferrajoli identifica como garantismo y justificación externa del derecho penal señala que: “El derecho penal se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y solo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada”.⁹¹

Bajo esta premisa el jurista italiano vincula al garantismo penal con el derecho penal mínimo, defendiendo la necesidad de que el poder legislativo genere normas a partir de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos, así como normas sustantivas

⁸⁹FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, Ciudad de México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de México, 2006, Colección lecturas jurídicas, Serie estudios jurídicos número 34, p 10.

⁹⁰*Ibidem*, p. 11.

⁹¹*Ibidem*, p 12.

y adjetivas penales que permitan minimizar las penas a partir de las garantías tanto de los no desviados y de los desviados, al respecto afirma que “este nexo se funda precisamente sobre el segundo de los objetivos asignados al derecho penal por el paradigma garantista en adición al tradicional de la prevención de los delitos: el objetivo de la minimización de la violencia punitiva. Las garantías, en efecto —todas las garantías, desde las penales de la taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad hasta las procesales de la presunción de inocencia y del contradictorio—, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afflictividad de las penas”.⁹²

En suma, en la primera tesis del garantismo, Ferrajoli establece la necesidad de que el creador de la norma, es decir el Poder Legislativo no solo genere normas para minimizar el tradicional poder punitivo del Estado, sino que prevenga la comisión de delitos, estableciendo la necesidad de que, para imponer una pena, se garanticen garantías y principios tanto en la norma penal sustantiva y adjetiva.

Por su parte la segunda tesis identificada como garantismo y legitimación penal Ferrajoli explica que existen dos tipos de democracia, la política y la constitucional, “en el primer supuesto democracia equivale a la primicia de la voluntad popular y por lo tanto a la mayoría, este se traduce en un derecho penal orientado hacia las formas de derecho penal máximo, esto es un derecho penal represivo, carente de límites y garantías, en donde se defiende la mayoría de los no desviados y se castiga a la minoría de los desviados”.⁹³

El autor italiano que como parte del pacto social que constituye la Carta Magna surge la llamada democracia constitucional o de derecho, la que permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del derecho penal y de la pena, al respecto afirma que “la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho” y que hace referencia no a quién puede decidir (la mayoría, en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir

⁹²FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, Ciudad de México, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de México, 2006, Colección lecturas jurídicas, Serie estudios jurídicos número 34, p13.

⁹³*Ibidem*, p 15.

ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa, e históricamente ha sido, el campo emblemático de reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de derecho”.⁹⁴

Sobre el particular, Ferrajoli identifica aquello que en las constituciones se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría, es decir la igualdad de los ciudadanos y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público.⁹⁵

Al respecto Ferrajoli apunta que “las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no sólo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del derecho penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales. El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción, no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, es decir la taxatividad y materialidad y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales, de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, es decir del derecho a la refutación conferido a la defensa. No se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o a la voluntad de la mayoría”. En ese sentido, ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable.

Finalmente, en la tesis relativa al garantismo como teoría crítica y filosofía política del derecho penal, Ferrajoli afirma sobre este que es “una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho penal desde un punto de vista axiológico externo. De ahí su dimensión proyectiva además de normativa. En efecto, la doctrina filosófica del garantismo elabora los modelos normativos del derecho penal como ley del más débil, es decir, como sistema de

⁹⁴FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, Ciudad de México, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de México, 2006, Colección lecturas jurídicas, Serie estudios jurídicos número 34, p 15.

⁹⁵*Ibidem*, p.16.

garantías para la tutela de los derechos de todos: de los que sufren los delitos y de los que sufren los procesos y las penas. Pero esa filosofía provee también los criterios de crítica y de deslegitimación externa de los rasgos de injusticia de un derecho penal concreto o de sus normas o instituciones particulares, en cuanto sean contrarias o incluso sólo inadecuadas a tales fines justificativos”.⁹⁶

Por su parte, como teoría jurídica, garantismo es “una teoría empírica y al mismo tiempo normativa sobre el deber ser del derecho penal desde el punto de vista jurídico interno de los principios de justicia incorporados en nuestros ordenamientos, y en particular en nuestras constituciones”.⁹⁷

En suma, para Ferrajoli, el garantismo es sinónimo de “estado constitucional de derecho”, es decir, de un sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública.⁹⁸

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL

Como consecuencia de lo obsoleto que resultaba el sistema de justicia penal mixto, con la finalidad de transitar hacia un modelo de justicia propio de un estado moderno, el 29 de septiembre de 2006 el Diputado Jesús de León Tello, del Grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó iniciativa que marcó el punto de partida del proceso legislativo que más tarde daría como resultado la Reforma en materia de Justicia Penal y Seguridad, la

⁹⁶FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo penal*, Ciudad de México, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de México, 2006, Colección lecturas jurídicas, Serie estudios jurídicos número 34, p 17

⁹⁷*Ibidem*, p.18.

⁹⁸*Ídem*.

cual será analizada en las siguientes líneas, ello con el objeto de conocer el espíritu del nuevo proceso penal mexicano.

Dicha iniciativa fue presentada ante la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, misma a la que se sumaron un total de 10 iniciativas procedentes de diversos Grupos Parlamentarios, a las que se sumaron la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal en turno, las que eran coincidentes en señalar que “el sistema de justicia penal mexicano había dejado de ser eficaz, por lo que urgía 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”.⁹⁹

Motivo por el que era necesaria la Reforma a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, así como las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución Federal, pues de esta manera era posible impulsar un nuevo paradigma que permitiera migrar de un modelo de justicia penal mixto preponderantemente inquisitivo, a uno garantista como lo es el modelo de justicia penal acusatorio y oral, en el que como señala el propio Dictamen “se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último. Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad; la primera, para asegurar una trilogía procesal en la que el ministerio público sea la parte acusadora, el inculpaado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos”.¹⁰⁰

Para ello, era necesario incorporar nuevas figuras jurídicas al proceso penal, tales como la oralidad, los requisitos para librar una orden de aprehensión, el Juez de Control

⁹⁹Dictamen de 1ra. Lectura. 1ra.Vuelta. DIPUTADOS 12/DIC/2007, p.15

¹⁰⁰*Ídem.*

(artículo 16), los mecanismos alternos de solución de controversias, la defensoría pública de calidad (artículo 17), la prisión preventiva (artículo 18), el término para resolver la situación jurídica del imputado así como el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa (artículo 19), las reglas del proceso penal acusatorio, así como los derechos del imputado y de la víctima, (artículo 20), el Ministerio Público y la Policía como dupla encargada de la investigación de los delitos (artículo 21), la prohibición de la pena de muerte y la tortura, se establece la proporcionalidad de las penas (artículo 22), las Facultades del Congreso Federal para expedir leyes generales en materia penal y de bases de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno (artículo 73 fracciones XXI y XXIII), la potestad de los Estados de la República para regular la policía en términos de su propia Ley de Seguridad (115, fracción VII), los Derechos y Obligaciones laborales del personal castrense, Ministerio Público, Peritos y miembros de las instituciones policiales (123, apartado B, fracción XIII).

Figuras que desde luego se encontraban contenidas en las diversas iniciativas, mismas que derivado del consenso político entre los Legisladores, hicieron posible que en fecha 12 de diciembre de 2007 las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Justicia presentaran y sometieran a debate el Dictamen del Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual fue aprobado en lo general y en lo particular, con mayoría calificada, enviándose al Senado, en donde en sesión de 13 de diciembre de 2008 se hicieron reformas al proyecto, devolviéndose a la Cámara de origen, con la finalidad de eliminar del proyecto las facultades que se pretendían conceder del Procurador General de Justicia para tener acceso a documentación de carácter fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y toda que tenga el carácter de reservado y confidencial, con previa autorización judicial, lugar en donde se aprobó el Dictamen en fecha 26 de febrero de 2008.

En fecha 28 de febrero de 2008 se turnó el Proyecto a las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos en el Senado que habían conocido del Dictamen, sometiéndolo a votación el 6 de marzo de 2008, aprobándose con 71 votos en pro y 25 en contra.

Por lo que restaba en términos del artículo 135 de la Constitución federal el voto de la mayoría de las legislaturas de los estados y del entonces Distrito Federal, siendo el caso que la Comisión permanente, en sesión de 28 de mayo de 2008, dio cuenta a sus integrantes, que se habían recibido 19 oficios de las legislaturas locales, con voto aprobatorio para el Proyecto de Reforma, motivo por el que el 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, siendo oportuno señalar que conforme al artículo segundo transitorio de la citada reforma, se estableció que la implementación del sistema penal acusatorio no podría exceder del plazo de 8 años,¹⁰¹ por lo que a partir de esa fecha comenzó la transición del sistema de justicia penal inquisitivo o mixto al sistema de justicia penal acusatorio y oral en los Estados de la República, para lo cual fue necesario dotar de infraestructura y personal a las Autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, así como iniciar los trabajos legislativos para expedir el nuevo orden normativo que permitiera la entrada en vigor de la Reforma, evidenciando así la magnitud del nuevo modelo de procuración e impartición de justicia penal.

Ahora bien, para los efectos de la presente investigación nos avocaremos al estudio de las figuras que jurídicas que se contienen en los Reformados artículos 18, 19 y 20, de la Constitución Federal, los que hacen referencia a la prisión preventiva oficiosa, así como los principios del proceso penal, derechos de la víctima e imputado y etapas del procedimiento.

La prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar que el Juez del Control impone al imputado una vez que este ha sido vinculado a proceso por hechos que la ley señala como delito, aclarando que existen tres tipos de prisión preventiva a saber, la prisión preventiva oficiosa, la prevista en el artículo 19 Constitucional, la justificada y legal, previstas estas en el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, numeral que a la letra reza:

¹⁰¹Véase Diario Oficial de la Federación, 18 de junio de 2008.

“...Artículo 167. 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...”

Respecto a la prisión preventiva justificada, esta será solicitada por el Ministerio Público, precisamente justificando la necesidad de su imposición teniendo como premisa el 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, por su parte la prisión preventiva legal se actualiza en el caso en que 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.

Al respecto, la prisión preventiva como el legislador la concibió en la Reforma en materia de Justicia Penal resultaba un avance significativo en contraste con el proceso penal mixto, sin embargo, la ampliación al catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa previsto en el artículo 19 Constitucional atenta en contra del espíritu garantista del propio sistema de justicia penal acusatorio, pues partiendo de los principios de *ultima ratio* y excepcionalidad, pues esta medida cautelar debe ser decretada cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar el proceso así como la seguridad de la víctima y testigos o bien por que el imputado haya sido sentenciado por delito culposos.

Sin embargo, se advierte que para que se decrete esta medida es necesario que previamente se haya vinculado a proceso al imputado, acto que será decretado por el Juez cuando existan datos de establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, situación que a la luz de la

presente investigación parece generar un acto que vulnera los propios principios del proceso penal, pues basta con la existencia de datos para decretar la vinculación a proceso y en su caso imponer la prisión preventiva como medida cautelar, ello sin que exista un juicio de valoración dogmático en los elementos que integran la descripción típica, lo que se traduce en un acto que atenta contra el principio de legalidad y contradicción sobre el que está cimentado el Derecho Penal moderno, situación que será analizada en el siguiente capítulo.

Lo anterior es así ya que en el proceso penal acusatorio desaparece la tasación en la valoración de la prueba y como ya se señaló, basta con la existencia de datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, situación que nos lleva a colegir que basta con la simple denuncia de la víctima y la existencia de algún indicio para que el Juez de Control vincule a proceso al imputado y si el hecho que la ley señala como delito de prisión preventiva oficiosa, el acusado permanecerá bajo esta medida cautelar, al respecto el artículo 20, Apartado “A”, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos señala que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica.

Ello en concordancia con lo dispuesto por el artículo 265 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual reza: “El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios”.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de sus Tribunales Colegiados de Circuito ha establecido la necesidad de aplicar el test de racionalidad que procede aplicar para el estudio de los datos de prueba, a partir de los cuales puede establecerse que se ha cometido un hecho imputado como delito, señalando que “en la premisa fáctica se requiere para la aceptación o rechazo de una teoría: a) Una hipótesis (teoría del caso): Es una proposición que tiene como sustento un hecho captado por medio de los sentidos. b) Los

enunciados que integran la hipótesis; razonamientos con cierta probabilidad o verosimilitud.

c) La verificabilidad de los enunciados, mediante la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y, la valoración debe ser racional, es decir, aquella que en su práctica emplea elementos o reglas racionales, lógicas, máximas de experiencia, método científico y pensar reflexivo, para valorar e interpretar los resultados de la aportación de datos de prueba en conjunción con lo alegado para determinar qué puede dar o considerar como probado, que en última instancia no es más que evaluar el grado de probabilidad, con fundamento en los medios disponibles, si puede considerarse como verdadera una hipótesis sobre los hechos. d) La aceptación o rechazo de la hipótesis, mediante la argumentación de la hipótesis aceptada y la refutación, por contrastabilidad, de la rechazada”.¹⁰²

En ese sentido, se reitera que por una parte no es necesario acreditar los elementos del cuerpo del delito ni la tasación de los datos de prueba, sino que el Juez a través de la valoración de los hechos a través de la retórica del operador jurídico, los datos de prueba, así como la actualización del caso en concreto a la hipótesis normativa a los que se suma lo lógico y las máximas de la experiencia, el Juez deberá de resolver sobre la vinculación a proceso y consecuentemente la imposición de la prisión preventiva oficiosa, situación que se traduce en un ejercicio subjetivo que dependerá del proceso cognitivo del Juzgador.

Contrario a lo que ocurría en el sistema penal mixto en donde el Juzgador se ceñía a las reglas que establecía el Código adjetivo, en el cual se asignaba un valor a cada prueba aportada, *verbigracia* los documentos públicos, los que como establecía el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 250, hacían prueba plena.

3. *Los principios del proceso penal acusatorio*

La instauración del proceso penal se traduce no solo en un cambio en las instituciones y orden normativo, sino que exige el cumplimiento, de una serie de reglas básicas que

¹⁰²Tesis XVII.1o.P.A. J/19 (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 31 de agosto de 2018, Núm de Registro 2017728.

derivan de su propia naturaleza, sin las cuales su eficacia y perfectibilidad se desvirtúan en la práctica, nos referimos a la presunción de inocencia, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, principios que se encuentran consagradas en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, los principios del proceso penal dotan de seguridad jurídica, a los actores del drama penal, a la luz de la reforma, el proceso tiene como objeto principal 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. De esta manera a través del principio de publicidad, como afirma el jurista Sergio Casanueva, “el proceso penal se vuelve más transparente de manera que la comunidad tiene la información relativa al examen de asunto en cuestión”.¹⁰³

Por su parte la contradicción, como afirma el mismo jurista consiste en “la posición antagónica que asumen las partes, aun cuando no se limita a la postura de la pretensión de la parte actora frente a la demandada, sino en general a la fijación de la Litis, en la fase postulatoria o cognoscitiva, y a la terea del Juzgador en cuanto a que este es un tercero ajeno a la relación, quien ha de resolver la controversia, y es este tercero, investido de la facultad jurisdiccional del Estado, quien debe de escuchar a ambas partes y en su momento dictar la sentencia que debe resolver la controversia de manera razonada y fundamentada, independientemente de que se sujete o no a determinadas fórmulas”.¹⁰⁴

Es decir, el proceso penal acusatorio permite que las partes estando en igualdad, justifiquen sus pretensiones el Órgano Jurisdiccional, quien de manera imparcial deberá tomar en consideración los argumentos y pruebas incorporados al juicio para resolver la controversia de manera motivada y fundada.

Por lo que hace al principio de concentración, el maestro Gerardo Urosa señala que “en el sistema acusatorio se pretende que, salvo casos excepcionales, el mayor número de

¹⁰³Cfr. CASANUEVA REGUART, Sergio E, *Juicio oral teoría y práctica*, México D.F., Porrúa, 2008, p. 84.

¹⁰⁴*Ibidem.* p. 86.

diligencias posibles se realicen en una audiencia pública, de manera aglutinada, estando presentes los testigos, peritos y con la intervención libre de las partes, ya sea para refutar los cargos o ratificar la acusación correspondiente; ya que este principio se traduce en el enlace natural que tiene entre sí las parte del proceso, formando una unidad que se extiende sin interrupción, por lo que se debe proseguir por impulso procesal o resolución judicial, evitando que se prolongue indeterminadamente”.¹⁰⁵

En otras palabras, consagra la obligación del Tribunal de enjuiciamiento para recibir las pruebas y alegatos de las partes en el menor número de audiencias, evitando así dilaciones que afecten el razonamiento final del Juzgador.

Por su parte, el jurista Jesús González, señala que “el principio de continuidad se erige como el medio a través del cual se asegura la concentración de todos los actos y diligencias de las partes y del Tribunal en el proceso penal oral; y es también por estas razones que el debate penal oral debe continuar sucesivamente durante todas las audiencias consecutivas, que en realidad, constituyen la prolongación de la audiencia inicial, con sus debidos recesos, durante el tiempo que fuera necesario, hasta su conclusión”.¹⁰⁶

Finalmente, el principio de inmediación, “impone al tribunal la obligación de decidir de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba rendidos en el juicio, este principio dota de validez al juicio. Se busca que el juez permanezca en contacto permanente con el acusado durante todo el proceso.”¹⁰⁷

En suma, a través de los principios de presunción de inocencia, publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación es que el proceso penal acusatorio

¹⁰⁵U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa, pp. 34- 35.

¹⁰⁶GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. Jesús, *Los juicios orales en México. Su debida impartición de Justicia*, México D.F., Trillas, p. 143.

¹⁰⁷CASANUEVA REGUART, Sergio E, *Juicio oral teoría y práctica*, México D.F., Porrúa, 2008, p 84.

se erige como un derecho penal moderno, respetuoso de los Derechos Fundamentales de las partes involucradas en el proceso.

4. *Los sujetos del proceso penal*

Los sujetos del proceso como ya se ha señalado, son los actores de lo que ha dado llamarse el drama penal, pues se hallan vinculados legalmente en un juicio criminal, al respecto el Código Nacional de Procedimientos Penales reconoce en su numeral 105 como sujetos del procedimiento penal son la víctima u ofendido, el asesor jurídico, el imputado, el defensor, el ministerio público, la policía, el órgano jurisdiccional, la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional de proceso.

a) La víctima u ofendido.

Tanto la Constitución como el Código Procedimental Penal se desprende que se utiliza como sinónimos los términos víctima y ofendido, sin embargo, como lo señala el maestro Reyes Loaeza, “el sujeto pasivo del delito es aquella persona física o jurídica sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta delictiva. La cual puede analizarse en dos vertientes: la primera, como sujeto pasivo de la conducta, y la segunda, como sujeto pasivo del delito”.¹⁰⁸

En otras palabras, se considera como víctima a la persona que ha sufrido directamente el daño provocado por el hecho delictivo, en cambio el ofendido es la persona que resiente indirectamente el daño sufrido por la víctima ante un hecho delictivo.¹⁰⁹

Es importante señalar que la Constitución de manera enunciativa en su artículo 20, apartado “C” señala los derechos que la víctima u ofendido, a estos se suman los previstos en los artículos 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales, 7 de la Ley General de

¹⁰⁸Cfr. REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial, a la luz de la reforma constitucional*, México D.F., Porrúa, 2016, p. 15.

¹⁰⁹GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. Jesús, *Los juicios orales en México. Su debida impartición de Justicia*, México D.F., Trillas, 2015, p. 212.

Víctimas, así como los previstos en los Tratados Internacionales de los que México es parte, dentro de los cuales por citar algunos se encuentran recibir asesoría jurídica, coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban todos los datos de prueba con los que cuente, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, recibir atención médica y psicológica, a que se le repare el daño, a solicitar medidas cautelares y providencias para la protección y restitución de sus derechos e impugnar ante la Autoridad Judicial las omisiones del Ministerio Público.

b) Asesor jurídico.

El artículo 110 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las víctimas u ofendidos en cualquier etapa del procedimiento podrán designar a un Asesor jurídico, el cual deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado, quien deberá acreditar su profesión desde el inicio de su intervención mediante cédula profesional. La intervención del Asesor jurídico será para orientar, asesorar o intervenir legalmente en el procedimiento penal en representación de la víctima u ofendido.

En ese orden de ideas es evidente que el asesor jurídico como afirma el Maestro Gerardo Urosa Ramírez “es un consejero judicial a favor de la víctima. Con el cual se pretende un mayor equilibrio a favor de la víctima u ofendido, al fungir como un profesional que puede representarlo, con facultades para intervenir en el mismo nivel de defensor, y que, en su caso, puede solicitar la efectiva reparación del daño o proponer la solución de conflictos mediante acuerdos reparatorios equitativos, entre otras funciones de coadyuvancia que puedan surgir a lo largo del procedimiento”.¹¹⁰

c) El imputado.

El Código adjetivo establece en su numeral 112 que de manera genérica, se denominara imputado a quien sea señalado por el Ministerio Público como posible autor o

¹¹⁰UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa, 2015, p.53.

partícipe de un hecho que la ley señale como delito, es decir “el sujeto que, mediante cualquier acto del procedimiento penal, sea señalado como posible autor de un hecho punible o partícipe en él”.¹¹¹

En otras palabras, es la persona a la que se le atribuye la comisión de un hecho que la ley señala como delito.

Al igual que la víctima u ofendido, la Constitución de manera enunciativa en su artículo 20, apartado “B” señala los derechos del imputado, a estos se suman los previstos en los artículos 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como los previstos en los Tratados Internacionales de los que México es parte, destacando entre otros a que se presuma su inocencia, a declarar o guardar silencio, a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes, le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado.

d) El defensor.

“Es el abogado que patrocina y defiende en juicio a cualquiera de las partes”,¹¹² el renovado sistema acusatorio pretende la profesionalización de la defensa, dejando viejas prácticas y vicios al exigir la cédula profesional correspondiente.¹¹³ En contraste con el sistema penal mixto, el derecho de defensa debe realizarse por un experticial como lo es un abogado titulado y no a través de persona de confianza como se estilaba, precisamente es un abogado titulado la persona mediante la cual el imputado puede ejercer este derecho, el cual en palabras de Ferrajoli, consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado.

¹¹¹REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial, a la luz de la reforma constitucional*, México D.F., Porrúa, 2016, p. 42

¹¹²CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, 19ª Ed, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 112.

¹¹³U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa, 2015, p.55.

Como apunta el jurista Norberto Hernández, “los juicios orales no son un “concurso de oratoria” ni una “influencia extranjerizante”, sino un método dialéctico, abierto y democrático de encontrar la verdad y de validar ante los actores del proceso y la sociedad las resoluciones de un tribunal, en ese sentido, los abogados tendrán que argumentar y los jueces tendrán que tomar decisiones y justificarlas instantáneamente y en público, en un contexto en que toda la comunidad estará al tanto de y dispuesta a discutir los pormenores de un caso que convoque su atención, para ello el sistema incentivará a que, en un entorno de juego justo, los abogados exploren todas las armas legales disponibles, investiguen todos los hechos desconfíen de toda la información, detecten todas y cada una de las debilidades en el caso de la contraparte, construyan su propio caso sobre la base de que la contraparte hará lo mismo y, en consecuencia, cada defecto del caso propio implicará un mayor riesgo de perder”.

e) El Ministerio Público.

Se le considera como el representante de la sociedad, al “Ministerio Público le corresponde practicar las diligencias que implique exigir información tendiente a integrar la averiguación o búsqueda de la verdad histórica”,¹¹⁴ para ello deberá cumplir con las obligaciones que enmarca el artículo 131 del Código Nacional de procedimientos Penales.

f) La policía.

Es la encargada de llevar a cabo materialmente, la investigación de lo acontecido; su actividad es dirigida y vigilada por el Ministerio Público.

La policía recabara la información necesaria respecto de los hechos delictuosos de que tenga noticia, dando aviso inmediato al Ministerio Público y sin que ello implique la realización de actos de molestia; impedirá que los hechos se lleven a consecuencias

¹¹⁴UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa, 2015, p.57

ulteriores; detendrá en flagrancia a quien realice un hecho que pueda constituir un delito; identificará y aprehenderá por mandamiento judicial o ministerial a los imputados.

g) El órgano jurisdiccional.

“El Juez es el órgano encargado de resolver mediante la aplicación de la Ley, un conflicto de intereses que le ha sido planteado. A diferencia del sistema penal mixto, la función jurisdiccional de primera instancia deja de ser competencia exclusiva de un solo Juez, amén de que existirán otros para diversas funciones, como lo son: Jueces de Control o Garantía, Jueces de Juicio Oral, Jueces de Ejecución de Sanciones y Tribunales de Segunda Instancia”¹¹⁵

h) La autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso

Tendrá por objeto realizar la evaluación de riesgo del imputado, así como llevar a cabo el seguimiento de las medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso, en caso de que no sea una institución de seguridad pública se podrá auxiliar de la instancia policial correspondiente para el desarrollo de sus funciones,¹¹⁶

5. Las etapas del proceso penal acusatorio

El proceso penal se comprende por las etapas de investigación, intermedia y de juicio oral, las que a continuación se detallan:

a) Etapa de Investigación.

¹¹⁵U ROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa, 2015, p.57

¹¹⁶Véase Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 176.

Como afirma el maestro Everardo Moreno, es “el inicio de la investigación es el punto de partida del proceso penal, el cual comienza en el momento en que el Ministerio Público o cualquier autoridad, o inclusive la policía, se enteran de la comisión de hechos que puedan constituir la comisión de un delito”.¹¹⁷

La etapa de investigación tiene como finalidad la recolección de indicios y datos de prueba que permitan a la Representación Social en su oportunidad realizar la acusación del imputado, durante esta etapa el Ministerio Público indaga la verdad material e histórica de los hechos delictivos hasta conseguir descubrirlas.

La fase de investigación afirma el jurista Jesús González comprende: “desde la interposición de la denuncia o querrela, con las que se pone en marcha la investigación, hasta el ejercicio de la acción penal con la formulación de imputación de los hechos delictivos al inculpado; aunque también la representación Social puede archivar la Carpeta de Investigación cuando no encuentre elementos suficientes para imputar los hechos delictivos al imputado; asimismo puede suspender la investigación, manteniéndola en reserva cuando el indiciado ha desaparecido; o puede tomar la decisión de no investigar, aplicando el principio de oportunidad”.¹¹⁸

Dicha etapa prosigue una vez vinculado a proceso el imputado con la etapa de investigación complementaria y concluye con la formulación de la acusación por el Ministerio Público, que marca el inicio de la etapa intermedia.

b. Etapa intermedia.

La etapa intermedia se divide en dos fases, una escrita y otra oral, la primera comienza con el escrito por virtud del cual el Ministerio Público hace del conocimiento del Juez de su acusación.

¹¹⁷MORENO CRUZ, Everardo, *El nuevo proceso penal en México y el código nacional de procedimientos penales*, 2 Ed., Ciudad de México, Porrúa, 2016, p. 70.

¹¹⁸GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. Jesús, *Los juicios orales en México. Su debida impartición de justicia*, México D.F., Trillas, 2015, p. 147.

La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de medios de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral. En esta etapa las partes ofrecen los medios de pruebas en los que se basa su hipótesis acusatoria o de defensa.

Durante el desarrollo de esta etapa surge un debate entre las partes sobre la viabilidad y la relevancia, legalidad y pertinencia de cada uno de los medios de prueba ofrecidos por cada una de las partes. De esta manera, la etapa intermedia es un filtro de los medios de prueba, tal y como lo dispone el artículo 344 del Código Nacional de Procedimientos Penales, “la etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio.

Esta etapa se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

c. Etapa de Juicio.

Juicio es sinónimo de proceso para sustanciar toda clase de controversias judiciales; aunque también se utiliza para designar la última etapa de un proceso penal, en la que un tribunal razona y juzga sobre la causa penal sometida a su consideración, en esta etapa se decide y finaliza la primera instancia del proceso penal, es precisamente en esta etapa en donde se resolverán las cuestiones esenciales del procedimiento, respecto la legislación adjetiva señala: El juicio es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación en el que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el proceso penal acusatorio está conformado por tres etapas a saber: la de investigación que comprende dos fases, la de investigación inicial y la investigación complementaria, la etapa intermedia o de preparación del juicio y finalmente la de juicio, en las que tanto la víctima como el imputado se encuentran en igual para ejercer sus derechos y consecuentemente acreditar sus pretensiones, siendo el caso que el génesis de la implementación y puesta en marcha del proceso penal acusatorio tiene como finalidad evitar que se llegue a la etapa de juicio, lo anterior en virtud de que como ya que existen medios alternos de solución de conflicto, así las cosas con dicho proceso se busca que solo los delitos más graves sean los que lleguen a la etapa de juicio, con la finalidad de despresurizar el sistema carcelario.

V. UNA APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Los Derechos Humanos: entre el positivismo y el iusnaturalismo*

El doctor Jorge Carpizo afirma que sobre la naturaleza de los Derechos Humanos existen dos perspectivas principales “una sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico. La segunda manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural”.¹¹⁹

Señala que el positivismo que “el orden jurídico es el que otorga la calidad de persona al ser humano; “es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos”.¹²⁰

Por lo que respecta a la concepción del derecho natural señala que “el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y

¹¹⁹CARPIZO, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29.

¹²⁰*Ídem.*

a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina derechos humanos”.¹²¹

De igual manera apunta el Doctor Carpizo que para el derecho natural “el hombre sólo puede realizarse dentro de la comunidad social, y esta comunidad no tiene otro fin que servir a la persona. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común, y ésta consiste en que cada hombre viva como persona; es decir, con dignidad humana”¹²²

En ese tenor, colige que “los derechos humanos constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para lograr vivir con dignidad”.¹²³ De esta manera la dignidad humana se erige como el común denominador de los derechos humanos tanto para el derecho positivo como para el natural.

De esta manera el concepto clave para entender los derechos humanos es la dignidad humana, la cual señalan los juristas Mauricio Beuchot Y Javier Saldaña, “la dignidad de la persona supone que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológica y una superioridad en el ser”.¹²⁴

Por su parte el jurista Humberto Nogueira señala que la dignidad humana es “el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad”.¹²⁵

¹²¹CARPIZO, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29.

¹²²*Ídem*.

¹²³*Ídem*.

¹²⁴BEUCHOT, Mauricio y Saldaña Serrano, Javier, Derechos humanos y naturaleza humana, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 52.

¹²⁵NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009, pp. 11 y 14.

Acorde con lo anterior el Jurista Rogelio López señala que “el concepto de dignidad esta aparejado con el de “no humillación” en sus distintas manifestaciones: directa o sutil, individual o grupal, simbólica o representativa. En este contexto, la dignidad de la persona tiene por objeto la no humillación y el reconocimiento del ser humano como tal. Es decir, el valor de las personas por el solo hecho de serlo, esta dignidad intrínseca, que no es otorgada por un estatus social, talentos o poderes, sino por el simple hecho de pertenecer a la especie humana”.¹²⁶

En ese orden de ideas, la dignidad humana se erige como un principio que reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna, es decir los derechos humanos tiene como génesis filosófico a la persona, la cual derivado de sus atributos esenciales goza un sistema de protección contra los actos de autoridades que afectan la esfera jurídica de la persona.

De esta manera podemos entender a los derechos humanos como “el conjunto de atribuciones reconocidas en los instrumentos internacionales y en las Constituciones para hacer efectiva la idea de la dignidad de todas las personas y, en consecuencia, que puedan conducir una existencia realmente humana desde los ámbitos más diversos, los que se imbrican, como el individual, el social, el político, el económico y el cultural”.¹²⁷

2. Evolución histórica de los Derechos Humanos

Derechos Humanos de Primera Generación o también conocidos como Derechos Civiles y Políticos. Surgen con la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo

¹²⁶LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. (2018). La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 51(151), 135-173. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2018.151.12292>

¹²⁷CARPIZO, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29.

del monarca. Impone al Estado respetar siempre los Derechos Fundamentales del ser humano como es el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, entre otros.¹²⁸

Son derechos en los que prima, ante todo, la reivindicación de un espacio de autonomía y libertad frente al Estado; lo que plantean estos derechos humanos es la no interferencia del Estado en la vida de los ciudadanos y ciudadanas.¹²⁹

Con el paso del tiempo los derechos humanos de primera generación fueron insuficientes y necesitaban ser complementados. Por ello a fines del siglo XIX y principios del XX, debido al auge del movimiento obrero y a la aparición de partidos de ideología socialista, se empieza a calificar a los derechos civiles y políticos como meras “libertades formales”, en sentido marxista, si no se garantizan, a su vez, otro tipo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales.¹³⁰

De esta manera surgen los Derechos Humanos de Segunda Generación o Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que se plantearon por primera vez en el mundo en la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, no sin antes haber transitado por una revolución (Revolución Mexicana de 1910). Constituyen una obligación de hacer del Estado y son de satisfacción progresiva.

Derechos Humanos de Tercera Generación, también llamadas Derechos de los Pueblos o de Solidaridad. Surgen en nuestro tiempo como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que lo integran. Derecho a la autodeterminación, a la independencia económica y política, a la identidad nacional y cultural, a la paz, a la coexistencia pacífica, al entendimiento y confianza, a la cooperación internacional y regional, a la justicia internacional, al uso de los avances de las ciencias y la

¹²⁸SOLÍS GARCÍA, Bertha, Evolución de los derechos humanos.

¹²⁹Cfr. GÓMEZ, ISA Felipe, “Derechos humanos: concepto y evolución”, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, Universidad del País Vasco, <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/61>

¹³⁰Cfr. GÓMEZ, ISA Felipe, “Derechos humanos: concepto y evolución”, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, Universidad del País Vasco, <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/61>

tecnología, a la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, a proteger el medio ambiente y patrimonio común de la humanidad, a contribuir al progreso que garantice la vida digna y la seguridad humana.¹³¹

3. Características

El jurista Jorge Witker señala que son universales “porque son aplicables a todas las personas sin distinción alguna.” Afirma que “no importa la raza, el color, el sexo, el origen étnico, la religión el idioma, la nacionalidad la edad, la orientación sexual, la discapacidad o cualquier otra característica distintiva, pues estos derechos son de y para todos. Esta característica también se refiere a que son derechos aceptados por todos los Estados”.¹³²

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que la universalidad consiste en “que estos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana, pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona”.¹³³

Son inalienables, es decir a nadie puede cancelársele o destituírsele y, al mismo tiempo, nadie puede renunciar a ellos, puesto que son inherentes a las personas.¹³⁴

¹³¹SOLÍS GARCÍA, Bertha, Evolución de los derechos humanos.

¹³²WITKER, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*; Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 3.

¹³³ Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, abril de 2013, Tomo 3, página 2254.

¹³⁴WITKER, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*; Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 3.

En ese tenor, Richard Foltin señala que “un derecho que no puede ser restringido o revocado por las leyes humanas”. A veces llamados derechos naturales, los derechos inalienables “fluyen de nuestra naturaleza como personas libres”.¹³⁵

Por indivisibles e interdependientes, el Doctor Jorge Witker señala “que los derechos humanos están relacionados entre sí de tal forma que para ejercer plenamente determinado derecho será necesaria la intervención de otro u otros”.¹³⁶

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que “la interdependencia e indivisibilidad, se traducen en que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente”.¹³⁷

Son progresivos, porque afirma el Doctor Witker “se establece cada vez más un piso mayor de derechos, sin poder retroceder, conculcar ni desconocer los derechos ya establecidos en el ordenamiento jurídico”.¹³⁸

De esta manera afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la progresividad constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse

¹³⁵<https://share.america.gov/es/que-es-un-derecho-inalienable/>

¹³⁶WITKER, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*; Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 3.

¹³⁷Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, página 2254.

¹³⁸WITKER, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*; Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 4.

en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales; así, este principio exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.¹³⁹

VI. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional en materia de derechos humanos constituye pieza fundamental hacia la consolidación de México como un Estado democrático, no solo porque se transita del reconocimiento de las garantías individuales entendidas estas como los derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna,¹⁴⁰ al reconocimiento de los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales de los que México es parte, así como por el sistema de límites y vínculos por parte de todos los Poderes del Estado para la garantía de los derechos fundamentales de los gobernados.

Al respecto es importante señalar que si bien es cierto el Ejecutivo Federal había signado y ratificado un sinnúmero de Tratados Internacionales, lo cierto es que derivado del de la propia redacción del artículo 133, se desprendía que los Tratados Internacionales se encontraban en un nivel jerárquico inferior a la constitución, ello partiendo a la luz del ejercicio de la soberanía y del principio *pacta sum servanda*, lo cual era concordante con el criterio del Máximo Tribunal en cuanto a que si bien se reconoce la “fuerza obligatoria” de

¹³⁹Tesis: I.4o.A.9 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 3, página 2254.

¹⁴⁰Tesis: P./J. 2/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, p 5, Registro: 199492

los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.¹⁴¹

Sin embargo, derivado de los compromisos internacionales, así como al avance que México tuvo en la década de los noventa, en materia de derechos humanos, a través del establecimiento como organismos constitucionales del Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otros surge la necesidad del propio estado para reconocer los Derechos Humanos, por ello el 16 de diciembre de 1998 la entonces Secretaria de Relaciones Exteriores, Rosario Green, depositó ante la sede de la Organización de los Estados Americanos en Washington el instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte, acto que se tradujo en un acto de fortalecimiento del Estado de Derecho en México, pues con ello se reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta aceptación como lo señaló en dicho acto la entonces Secretaría de Relaciones Exteriores, “la aceptación de la competencia de la Corte Interamericana constituye un hito en el tránsito de mi país hacia una sociedad cada vez más democrática, abierta y respetuosa de los derechos inalienables de todos sus integrantes”¹⁴²

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.¹⁴³

¹⁴¹Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 151-156, Sexta Parte, p 196, registro 50698.

¹⁴²Véase <http://www.oas.org/OASpage/press2002/sp/A%C3%B1o98/121698.htm>.

¹⁴³Véase https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm.

Como consecuencia de lo anterior, ya para el año 2011 México había sido declarado responsable internacionalmente de violaciones de derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a saber: Jorge Castañeda vs México, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México, Caso Radilla Pacheco vs México, Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú vs México y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, situación que impulsó la Reforma del artículo 1º Constitucional.

De esta manera, con la finalidad de armonizar el texto constitucional a las exigencias internacionales adquiridas por parte del Ejecutivo Federal, en fecha 8 de noviembre de 2007, la Diputada Holly Matus Toledo, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, presentó iniciativa con proyecto de decreto que reforma el artículo 1 y adiciona el 133 de la Constitución federal, la cual fue turnada para su estudio, análisis y dictamen a la Comisión de Puntos Constitucionales, a la que se sumaron 4 iniciativas así como la recomendación de Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos formulada por la Oficina en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de este último se desprende que: “Es menester que los derechos humanos estén establecidos de manera clara en la Constitución puesto que en ellos deben de estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo; e su contenido deben de estar los criterios reguladores que rijan el actuar del poder judicial y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el poder legislativo”.

“De esta manera la reforma al artículo 1º propuso distinguir claramente derechos humanos y garantías. La modificación protege cabalmente los derechos humanos y las garantías individuales, porque ya no existirá distinción entre derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales, Así, la única diferencia sería su origen”.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con proyecto de Decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Derechos Humanos, Cámara de Diputados 23 de abril de 2009, p.43

En efecto, el texto constitucional de la época, del que se desprende que “en el territorio nacional, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que esta misma establece,” limitaba el ejercicio de los derechos públicos subjetivos contenidos en los tratados internacionales.

De esta manera, comenzó el trabajo legislativo para incorporar al texto constitucional, el reconocimiento a los Derechos Humanos, siendo el caso que el 8 de abril de 2010, el Senado de la República aprobó con modificaciones el dictamen planteado, incorporando reformas a los artículos 3º, 15, 18, 29, 97 y 105 Constitucional.

El 15 de diciembre de 2010 se aprobó con modificaciones el proyecto de reforma constitucional en materia de derechos humanos y fue enviado de nueva cuenta a la Cámara de Senadores, que el 8 de marzo de 2011 aprobó el proyecto, y el 9 de marzo de 2011 se publicó el dictamen. Devolviéndolo así a la Cámara de Diputados, para ser aprobado el 23 de marzo de 2011.

La Cámara de Senadores, como cámara revisora, remitió la reforma a las legislaturas de los estados para concluir el proceso el 1 de junio de 2011 con los votos que se tenían hasta esa fecha: 21 aprobatorios y uno en contra de las legislaturas estatales, motivo por el que el 10 de junio de 2011 finalmente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Reforma por la que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reforman diversos artículos de la Constitución, reconociendo de esta manera los Derechos Humanos como derechos públicos subjetivos para quedar el artículo 1º en los siguientes términos:

“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”.

De esta manera México comenzó una transición hacia un modelo de estado constitucional, “entendido este como aquel que no se limita a programar solo las formas de producción del derecho a través de normas procedimentales sobre la elaboración de las leyes, sino también sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a principios de justicia positivamente inscritos en la Constitución”,¹⁴⁵ pues a la luz de la Reforma se transita a un sistema que reconoce ante todo a la persona como eje fundamental de la sociedad y a los derechos que le resultan inherentes, los cuales son intrínsecos al ser humano por la simple circunstancia de su propia humanidad y superiores a cualquier otro que se oponga o transgreda el principio conocido como *pro persona*, el cual el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma, de tal suerte que 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.

¹⁴⁵FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2000 p. 99.

Como se desprende del Artículo Primero de Nuestra Carta Magna, en relación con el numeral 133, en orden al Principio General de la Jerarquía Normativa, serán Ley Vigente y Suprema en toda la Unión, las disposiciones contenidas en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las contenidas en los Tratados Internacionales y/o Convenciones de Derecho Internacional debidamente suscritas por el Estado Mexicano y ratificadas por sus órganos internos, siempre y cuando no estén derogadas.

Específicamente en orden a la Reforma en materia de Derechos Humanos referida, se reconoce el denominado control convencional difuso, pues el mandato constitucional le otorga facultades a los órganos del Estado para ejercer un control constitucional a fin garantizar el respeto a los Derechos Humanos contenidos en la Carta Magna, haciéndose extensiva esta prerrogativa al respecto de aquellos que se encuentren recogidos en los Tratados Internacionales y Convenciones de Derecho Internacional en los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, pues ante todo, constituye derecho vigente en el ámbito espacial de su validez, tal y como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio jurisprudencial con el rubro “Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”, el cual reza: “De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las

disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.

En ese orden de ideas, la Reforma Constitucional se traduce en una transición de México como un estado de derecho, de un estado constitucional democrático en donde se deberán respetar los Derechos Fundamentales de los ciudadanos sin distinción alguna.

Además, la aludida Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos cobra mayor relevancia en virtud de que da origen a la apertura de la Décima Época de la Jurisprudencia y Tesis que emiten nuestros Máximos Tribunales Constitucionales, pues evidentemente transforma radicalmente la aplicación e interpretación normativa en los criterios que a partir de este momento se pronuncien, mismos que deberán ajustarse a la propia Reforma.

VII. CONSIDERACIONES FINALES DE LA SEGUNDA PARTE

Las Reformas Constitucionales en Materia de Justicia Penal y Derechos Humanos constituyen pieza fundamental en la transición de México hacia una democrático constitucional, en estas el contrato social de la Constitución es sinónimo de la igualdad entre los ciudadanos y la garantía de sus derechos fundamentales, la libertad personal que no puede ser sacrificada a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público, lo que se traduce en una protección a la dignidad humana y en consecuencia el establecimiento de un modelo de estado garantista.

Sin duda alguna el proceso penal acusatorio se erige como paradigma en la procuración e impartición de justicia penal, representa un proceso garantista que tiene como objeto principal 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, en donde la prisión es una excepción y no regla, pues cuando se actualiza en el mundo fáctico alguna de las hipótesis normativas previstas en el Código sustantivo de la materia se busca que prevalezca la restitución de los bienes jurídicos afectados por el delito, pasando a segundo plano el poder coercitivo del estado a través de las penas privativas de la libertad, cabe señalar que el proceso penal se vuelve transparente y garante de los derechos fundamentales de los sujetos procesales, pues al verificarse la aplicación de los principios rectores, se logra una verdadera impartición justicia penal.

Por su parte la incorporación de la observancia de los Derechos Humanos por parte de las autoridades estatales, constituye un gran avance en la consolidación del Estado de Derecho, pues solo a través de la observancia y respeto de los mismos se garantiza la dignidad de los gobernados. Siendo oportuno que este paradigma constitucional es el que se encuentra más armonizado en el orden jurídico nacional, pues los medios de control de la constitucionalidad garantizan el respeto a los Derechos Fundamentales, siendo garante de ello en demasía el Poder Judicial de la Federación.

TERCERA PARTE

LA AMPLIACIÓN AL CATALOGO DE DELITOS DE PRISIÓN PREVENTIVA: ANTAGONISTA DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

*“...La libertad es el derecho a respirar
y cuando le ley es demasiado estricta
apenas se puede respirar, sin libertad
el hombre se colapsa...”*

(Van Sant, 1997)¹⁴⁶

I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA TERCERA PARTE

Como punto de partida de esta parte es importante recordar que las Reformas en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, así como en materia de Derechos Humanos de 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011 respectivamente, constituyen el punto de partida para la transición hacia un nuevo paradigma de un Estado garantista, es decir un modelo de estado moderno en el que existe un sistema de límites y vínculos por parte de todos los Poderes del Estado para la garantía de los derechos fundamentales de los gobernados.

Sin embargo, con el objeto de enviar un falso mensaje de justicia, el poder legislativo ha trastocado el espíritu de ambas Reformas, ampliando el catálogo de delitos que ameritan la imposición de la prisión preventiva de manera oficiosa, hipótesis normativas que se encuentran contenidos en el artículo 19 de la Constitución Federal, lo que resulta como se verá más adelante, en un retroceso al paradigma garantista, pues como se verá más adelante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011 determinó que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que indica la norma constitucional, por ello resulta

¹⁴⁶VAN SANT, Gus (Director). (1997). *Mente indomable* [Película]. Lawrence Bender Producción.

inconcluso interponer medio de defensa en contra de la imposición de la medida cautelar a través de los recursos previstos en el derecho interno, dificultando de esta manera la posibilidad de que una persona que a la que se le ha impuesto la medida cautelar de prisión preventiva recobre su libertad, pues preliminarmente se puede afirmar que para lograr la revocación de dicha medida cautelar es necesario recurrir la vinculación a proceso y sus efectos, en específico la prisión preventiva automática.

II. LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Como ya se ha apuntado, el 18 de junio de 2008 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Reforma en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, en la que otros se Reformó el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en dicho numeral se estableció que ninguna detención ante autoridad judicial podría exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado hubiera sido puesto a disposición de un órgano jurisdiccional, sin que esta se justificara con un auto de vinculación a proceso en el que se expresara: 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 así como la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.¹⁴⁷

Por su parte, la fracción segunda establecía que el Ministerio Público sólo podría solicitar al Juez de Control la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no fueran 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 estuviera siendo procesado sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Respecto a la medida cautelar de la prisión preventiva se establecía que el Juez de Control ordenaría prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada,

¹⁴⁷Cfr. Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008.

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.¹⁴⁸

Es decir, en el texto génesis de la Reforma Penal, el artículo 19 contemplaba 8 hipótesis normativas en las que el Juez de Control debía imponer al imputado la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, acto que desde luego era acorde con la Reforma en Materia de Justicia penal pues se establecía un sistema de límites y vínculos por parte de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia para la garantía de los derechos fundamentales de los gobernados, pues la prisión preventiva en el texto constitucional debía ser impuesta a la luz de los principios de *ultima ratio* y excepcionalidad lo que en consecuencia se traducía en el respeto a los Derechos Fundamentales del imputado. De esta manera y en armonía con el artículo 20 Constitucional el proceso en efecto cumplía con su objeto de esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen.

Es el caso que pese a los esfuerzos por parte del Gobierno Federal y Estatal para implementar el sistema de justicia acusatorio en todo el país, lo cierto es que a 5 años de su entrada en vigor falta mucho camino para su perfeccionamiento, así como de políticas públicas en materia de educación y trabajo que permitan prevenir la comisión de delitos, situación que ha frenado el éxito de la Reforma al sistema penal, generando nuevamente un clima de inseguridad y desconfianza en las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, situación que ha sido aprovechada y capitalizado políticamente a través del llamado populismo punitivo, entendido este como “la adopción de políticas punitivas por parte de los responsables políticos con la convicción de que éstas reducen la criminalidad, refuerzan el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades delictivas y, sobre todo, resultan atractivas para determinados sectores del electorado”.¹⁴⁹

¹⁴⁸Cfr. Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2008.

¹⁴⁹DE LA TORRE, Verónica, & Alvarez, Alberto Martín. (2011). Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. Perfiles latinoamericanos, 19(37), 33-50.

En otras palabras, el derecho penal y en específico la prisión preventiva ha sido utilizada políticamente para enviar un falso mensaje de justicia, haciendo creer a la ciudadanía que en efecto se está castigando con cárcel a quien comete conductas que la ley señala como delito, sorteando de esta manera la obligación de la Autoridad Ministerial para ejecutar una verdadera investigación.

Es por ello que el 18 de septiembre de 2018 comenzó el trabajo legislativo para Reformar el párrafo segundo del artículo 19 y de esta manera ampliar el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, pues la Senadora Nancy De la Sierra Arámburu, del Grupo Parlamentario del Partido del Trabajo, presentó iniciativa con proyecto de decreto para reformar el numeral en cita, a esta propuesta se sumaron 6 iniciativas con proyecto de reforma para ampliar catálogo de delitos en los que se actualiza la medida cautelar de prisión preventiva.

Dichas iniciativas fueron turnadas a las Comisiones de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos del Senado para su estudio, análisis y elaboración del respectivo dictamen, del cual de su lectura se desprende que la reforma al artículo 19 de la Constitución Federal tiene sustento en el derecho penal del enemigo, pues para las dictaminadoras, la ampliación del catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa sería aplicada a “aquellos sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley requieren un tratamiento especial (enemigos), diferenciando del que se les da a los ciudadanos normales; la violación sistemática de la ley por parte de los enemigos se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, a fin de dar vigencia a la prevención general positiva”.¹⁵⁰

Ello en armonía con la afirmación que hace precisamente Günter Jakobs en su teoría del derecho penal del enemigo, a través de la cual efectúa una justificación en el tratamiento para ejercer este tipo de Derecho, el cual radica en la ausencia de alternativas a esta forma de derecho de combate. Ello, porque los enemigos ni quieren ni pueden comportarse de otra

¹⁵⁰Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa. p. 16.

manera. Lo que obliga al Estado a buscar formas jurídicas que puedan garantizar una reacción acorde al comportamiento de esos delincuentes que hacen del delito una forma de vida.¹⁵¹

Bajo tal premisa se elaboró el Dictamen en la Cámara de Senadores, estableciendo la necesidad de tratar como enemigos del estado a las personas que comenten o participan en la comisión de delitos tales como la violencia sexual contra menores, el feminicidio, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, por lo que a criterio de las Dictaminadoras, es imperativo la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, ello tomando en consideración que:

[...]La imposición de la prisión preventiva oficiosa no es una medida punitiva, sino una medida cautelar, la cual no se establece de manera arbitraria ni inmediata a la detención. Para que el Juez proceda a ordenar la prisión preventiva oficiosa, ésta debe estar sujeta al auto de vinculación a proceso, y esto sucede sólo si el Ministerio Público aporta elementos de convicción que, una vez analizados por el juzgador, se determinan como suficientes para presumir la probable comisión del delito por parte del imputado y con ello iniciar el proceso jurisdiccional en su contra. Esto dentro de las reglas del debido proceso penal, acusatorio donde el Ministerio Público tiene la carga de la prueba.

¹⁵¹*Cfr.* Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa. p. 17.

Los integrantes de estas Comisiones dictaminadoras, estamos conscientes que la reforma constitucional planteada no resuelve per se el problema de inseguridad ni es en sí una medida dilatoria de la comisión de delitos, ya que el problema está más allá por la falta de impunidad y solidez de los expedientes presentados por los agentes del ministerio público al momento de solicitar el acto de vinculación a proceso frente al juez y sustentar la acusación. Por ello sabemos que además de la reforma se deben de acompañar medidas de formación y capacitación de los operadores del sistema de justicia penal en nuestro país, fundamentalmente en la capacitación a los Ministerios Públicos, mayores recursos para los departamentos que llevan a cabo las investigaciones y una mayor cantidad de defensores públicos; la finalidad de esta modificación no es inhibir la comisión de delitos, sino contar con la certeza de que en los delitos de mayor impacto, los imputados permanecerán bajo custodia del sistema de justicia penal, asegurando así a las víctimas y el buen manejo de la investigación[...]¹⁵²

Es decir, el objeto de la Reforma al artículo 19 Constitucional constituye una medida dilatoria de la comisión de delitos ya que se reconoce la falta de trabajo de investigación, atribuido principalmente por la falta de capacitación de los operadores jurídicos, en específico el Ministerio Público y Defensores Públicos, omitiendo señalar que la falta de recursos es un obstáculo en la investigación, pues en la praxis es común encontrar con la falta de personal ministerial y pericial, al que se suma nula infraestructura y recursos materiales.

¹⁵²Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos Segunda, con Proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, pp. 54-55.

Sin embargo, tomando en consideración los argumentos de las iniciativas, el Dictamen fue aprobado en lo general y en lo particular por 91 votos a favor, 18 en contra y 0 abstenciones, por lo que se turnó a la Cámara de Diputados para sus efectos constitucionales, aprobando en lo general la minuta enviada por el Senado, señalando para ello que:

[...]De igual manera, esta dictaminadora considera que debido a la coyuntura de violencia, impunidad e inseguridad que afecta a las personas en todo el territorio nacional desde hace más de una década, y que ha rebasado el espíritu garantista del nuevo sistema de justicia penal, es que el Estado mexicano debe contar con los mayores instrumentos para proteger los derechos de la sociedad y generar un ambiente de certidumbre. Además de buscar disminuir la alta incidencia en la comisión de algunas conductas delictivas, altamente lesivas para las víctimas o bien para las mismas instituciones.

Lo anterior tiene como finalidad atender de manera eficaz la problemática de, impunidad e inseguridad, en la que hoy en día está inmerso nuestro país y el Estado mexicano. Situación que ha generado millones de víctimas, que es la misma población mexicana, ante los delitos de corrupción, uso indebido de los programas sociales y en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos. Esto sin que haya algún castigo o sanción a los responsables.

Esta situación anómala, lo único que acierta es la cifra negra, actualmente es muy alta. Motivo por el que nuestra legislación debe ser ajustada y fortalecida. Se trata de incentivar un cambio para proteger a las personas contra el riesgo de seguir siendo víctimas de algunos delitos, que se busca incorporarlos

al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, lo cual se pondera como excepción y transitoria, como una medida para proteger los derechos de la sociedad mexicana [...] ¹⁵³

Una vez discutido el dictamen emitido por la Cámara de Diputados, en fecha 19 de febrero de 2019, el dictamen fue aprobado con 377 votos a favor, 96 en contra y 5 abstenciones, por lo que en sesión ordinaria de fecha 4 de abril de 2019 se emitió la declaratoria de reforma constitucional en materia de prisión preventiva oficiosa. ¹⁵⁴

Finalmente, el 12 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto de reforma en materia de prisión preventiva oficiosa, el cual entró en vigor al día siguiente.

En ese sentido, es dable colegir que la Reforma al artículo 19 Constitucional lejos de combatir la inseguridad, violencia y falta de confianza en las autoridades se traduce en un recurso para justificar la incapacidad de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, así como del Poder Legislativo y Ejecutivo, para hacer valer el estado de derecho, pues como señaló el Ministro José Ramón Cossío Díaz en el voto en particular del amparo en revisión 374/2013: “el estado de derecho no tiene por qué diferenciar entre enemigos y amigos, sino sólo entre culpables e inocentes. Lo cual no admite excepciones a las reglas sino como hecho extra o antijurídico, dado que las reglas –si se toman en serio como reglas,

¹⁵³Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con modificaciones a la Minuta de Proyecto de Decreto, por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Prisión Preventiva Oficiosa, p. 41.

¹⁵⁴En la que del cómputo realizado por la secretaria diputada Karla Yuritzi Almazán Burgos dio fe de la recepción de 20 votos aprobatorios a la minuta con proyecto de decreto que reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prisión preventiva oficiosa, votos que corresponden a las legislaturas de los estados de Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, México, Michoacán, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y la Ciudad de México, dando cuenta con ello a la Cámara de origen para los efectos legales correspondientes, quien a su vez remitió al Ejecutivo, promulgó el decreto por el que se declara reformado el artículo 19 de la Carta Magna, en materia de prisión preventiva oficiosa.

y no como simples técnicas– no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Y en la jurisdicción el fin no justifica nunca los medios, dado que los medios, o sea las reglas y las formas, son las garantías de verdad y libertad, y como tales tienen valor para los momentos difíciles tanto más que para los fáciles; mientras el fin no es el éxito sobre el enemigo en todo caso, sino la verdad procesal obtenida sólo en el respeto de aquéllas y que padece gravemente cuando se las quebranta”.

Así, se reitera que a 5 años de la entrada en vigor del sistema de justicia penal la violencia y el crimen, así como la incapacidad del Estado para ofrecer respuestas eficaces, ha hecho perenne la desconfianza en las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia, generando un estado de zozobra en la población como consecuencia de la inseguridad que aqueja a la sociedad.

Ante tal situación se ha abierto la puerta al aprovechamiento político del miedo al crimen y al uso del populismo punitivo como estrategia para originar consenso acerca de las medidas de justicia expresiva adoptadas, y para capitalizar electoralmente la ansiedad de la población, es decir la adopción de políticas punitivas por parte de los responsables políticos con la convicción de que éstas reducen la criminalidad, refuerzan el consenso moral de la ciudadanía contra las actividades delictivas y, sobre todo, resultan atractivas para determinados sectores del electorado.

De esta suerte como se desprende del siguiente cuadro comparativo, se reitera, se transitó de un catálogo de ocho hechos que la ley señala como delitos que ameritan prisión preventiva oficio a veinte:

REFORMA 18 DE JUNIO DE 2008	REFORMA 12 DE ABRIL DE 2019
<p>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.</p>	<p>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 abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves</p>

	que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.
--	---

Así, este catálogo normativo resulta desproporcional y peligroso, pues es más sencillo para la autoridad ministerial y judicial privar de la libertad de manera automática a las personas a las que se les atribuye un delito, para investigar y recabar datos de prueba que permitan establecer que se cometió un hecho que la ley señala como delito y quien lo cometió, que realizar un verdadero trabajo de investigación y justificar la procedencia de la imposición de una medida cautelar que debería ser la excepción, demostrando así la incapacidad de las autoridades investigadoras quienes para enviar un mensaje de justicia necesitan de una medida cautelar tan excesiva como lo es la prisión preventiva oficiosa

III. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL COMO FIGURAS ANTAGÓNICAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

1. *El principio de Presunción de Inocencia como pilar del proceso penal acusatorio.*

Como se señaló en el capítulo primero, el proceso penal mixto que imperó en México hasta el 18 de junio de 2008 se caracterizaba por el predominio del interés social frente al individual; la estrictión del derecho de defensa; la limitación de la prueba, la imposición de la figura de la prisión preventiva del inculcado, la acusación es reservada a un órgano del Estado; la instrucción es preponderantemente escrita, situación que desde luego se traducía en una situación de desventaja para el acusado, quien era sometido por el poder coercitivo del estado, ya que al existir elementos de prueba que acreditaban el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de este, inevitablemente era sometido a la prisión preventiva, siendo así el Derecho Penal el medio a través del cual Estado ejercía su poder coercitivo y por lo tanto aprovechado por los particulares, por lo que era evidente la necesidad de una reforma al sistema de enjuiciamiento criminal para dotar al imputado de una serie de Derechos que permitieran un equilibrio entre las partes en el proceso penal.

De esta manera surge la necesidad de la Reforma al sistema de justicia penal, ello para garantizar el respeto de los Derechos Fundamentales de los sujetos del proceso penal, de esta manera la incorporación de un sistema de justicia acusatorio representa un modelo de justicia moderno y garantista el cual tiene como eje rector el principio de presunción de inocencia al texto constitucional, el cual como señala Luigi Lucchini es un un “colorario lógico del fin racional asignado al proceso y la primera y fundamental garantía que el procesamiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”.¹⁵⁵

Al respecto, para entender la importancia del Principio de Presunción de Inocencia es oportuno recordar como ya se ha señalado, los principios son preposiciones de contenido moral que revisten todos los órdenes normativos de un Estado, con el objeto de preservar el interés general sobre el particular, en ese sentido las Reformas en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en materia de Derechos Humanos se traducen como afirma el Doctor Miguel Ángel Aguilar: “en la adopción de criterios jurisprudenciales pronunciados por organismos internacionales, para una correcta comprensión del derecho, como un ente evolutivo y cambiante, de sus elementos axiológicos. Ahora se habla de principios constitucionales de un nivel superior a la ley, que bajo un contexto iusfilosófico, hace evidente para la dogmática jurídica, la importancia de la incorporación de principios jurídicos para armonizar los fines del orden público, cuya finalidad es la propia persona”.¹⁵⁶

Al respecto, el Doctor Humberto Nogueira señala que la presunción de inocencia es “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas

¹⁵⁵Cfr LUCCHINI, Luigi. *Elemento Di Procedura Penale*, Barbera, Florencia, 1905, p. 15.

¹⁵⁶AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México D.F., Instituto de la Judicatura Federal, México, p. 39.

en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”.¹⁵⁷

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que “el principio de presunción de inocencia 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”.

En otras palabras, el principio de presunción de inocencia constituye un Derecho Fundamental de toda persona imputada a ser considerado como inocente hasta que agotado un debido proceso en donde las pruebas producidas e incorporadas a Juicio sean valoradas en su conjunto por un Órgano Jurisdiccional y este determine la participación y responsabilidad del justiciable en el hecho que la ley señala como delito.

En ese sentido a través de la Reforma en materia de Justicia Penal se adoptó el sistema de justicia penal acusatorio, incorporándose al texto constitucional el Principio de Presunción de Inocencia, para ser precisos en el artículo 20, apartado B, Inciso I, estableciendo que es derecho de toda persona imputada que se le presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Juez de la causa,

¹⁵⁷NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1), 221-241. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>

texto que de manera casi idéntica se replica en el artículo 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el párrafo 2, del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en el artículo 8, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En otras palabras, como afirma el Doctor Miguel Ángel Aguilar “el principio de presunción de inocencia como derecho humano, tiene como base estructural el *ius puniendi* del Estado ya señalado, busca mantener un sistema equitativo de justicia que lo proteja frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia, lo que ha generado violaciones graves a los derechos de la persona, bajo el imperio de la ley, del yugo y justificación de un Estado totalitario, en el cual se restringe su dignidad”.¹⁵⁸

Precisamente esta es la premisa del presente trabajo de investigación en tanto que a la fecha el legislador lejos de promover la libertad de los imputados, pretende atentar en contra del principio de presunción de inocencia ampliando en la en la Carta Magna los hechos que la ley señala como delito en lo que se fijará la prisión preventiva como medida cautelar, pese a ello este catálogo como estudiaremos más adelante resulta constitucional, pero inconvencional.

En ese tenor, es dable colegir que el Principio de Presunción de Inocencia es un Derecho Fundamental que tiene toda persona acusada de un hecho que la ley señala como delito para ser tratado como inocente hasta que exista una sentencia definitiva, en la que valoradas por el Órgano Jurisdiccional todas las pruebas aportadas por las partes, se establezca la responsabilidad de justiciable en los hechos que se le atribuyen, pues solo de esta manera se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como lo son la dignidad humana, la libertad, la honra que podrían resultar vulnerados por actuaciones penales irregulares.

¹⁵⁸AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio*, Instituto de la Judicatura Federal, México D.F., 2015, p. 76.

Ahora bien, el principio de presunción de inocencia como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 466/2011, es un derecho que podría calificarse de “poliedrico”, pues tiene múltiples manifestaciones o vertientes cuyo contenido se encuentra asociado con garantías encaminadas a disciplinar distintos aspectos del proceso penal. Así, en la dimensión procesal de la presunción de inocencia pueden identificarse al menos tres vertientes del derecho: (1) como regla de trato procesal; (2) como regla probatoria; y (3) como estándar probatorio o regla de juicio.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento, consiste en establecer la forma en la que debe tratarse a una persona que está sometida a proceso penal. Aquí la finalidad de la presunción de inocencia es “impedir la aplicación de medidas judiciales que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable y, por tanto, cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”. En esta lógica, la presunción de inocencia comporta el derecho a ser tratado como inocente en tanto no haya sido declarada su culpabilidad por virtud de una sentencia judicial y se le haya seguido un proceso con todas las garantías.

Esta faceta del derecho es a la que normalmente se alude en los tratados internacionales de derechos humanos y en los textos constitucionales cuando hacen referencia a la presunción de inocencia. En este sentido, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 8.2 que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por su parte, la literalidad de la fracción I del apartado B del actual artículo 20 de la Constitución mexicana cubre esta vertiente del derecho, al establecer que los inculcados tienen derecho a “que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

La presunción de inocencia como regla probatoria, establece los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba aportados por el Ministerio Público para poder considerar que existe prueba de cargo válida y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado. En este sentido,

toda prueba aportada por el Ministerio Público en el juicio deberá respetar los principios que rigen el proceso penal para poder considerarse prueba de cargo válida al momento de la valoración probatoria.

Desde este punto de vista, la presunción de inocencia contiene implícita una regla que impone la carga de la prueba, entendida en este contexto como la norma que determina a qué parte le corresponde aportar las pruebas de cargo (*burden of producing evidence*, en la terminología anglosajona). En este sentido, el hecho de que las pruebas de cargo sean suministradas al proceso por la parte que tiene esa carga procesal también constituye un requisito de validez de éstas.

La presunción de inocencia como estándar de prueba, puede entenderse como una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona. Así entendida, la presunción de inocencia no aplica al procedimiento probatorio (la prueba entendida como actividad), sino al momento de la valoración de la prueba (entendida como resultado de la actividad probatoria).

De acuerdo con lo anterior, pueden distinguirse dos aspectos implícitos en esta vertiente de la presunción de inocencia: (i) lo que es el estándar propiamente dicho: las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y (ii) la regla de carga de la prueba, entendida en este contexto como la norma que establece a cuál de las partes debe perjudicar procesalmente el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba (*burden of proof*, en la terminología anglosajona). En este sentido, en materia penal la regla que establece la carga de la prueba es una regla de decisión que ordena absolver al imputado cuando no se ha satisfecho el estándar para condenar.

Al resolver el amparo directo en revisión 715/2010, esta Suprema Corte sostuvo que para poder considerar que existen indicios que constituyan prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el juez debe, entre otras cosas, cerciorarse al valorar el material probatorio disponible de que estén desvirtuadas las hipótesis de inocencia

efectivamente alegadas por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, descartar la existencia de contraindicios que den lugar a una duda razonable sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.

De esta manera, principio de presunción de inocencia se erige como un Derecho Fundamental que garantiza un proceso en el que el imputado se encuentra en condiciones de igualdad frente al órgano de la Representación Social y la víctima.

2. La Libertad Personal como Derecho Fundamental protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales

Al hablar de libertad personal lo primero que pasa por nuestro pensamiento es aquella capacidad física con la que contamos los gobernados que no estamos impedidas por mandato judicial alguno, para trasladarnos un punto a otro sin mayor complicación, ello en virtud de la seguridad jurídica que detentamos, traducida esta como la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, papeles, familia, posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad y si esta debe afectarlos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos por el orden jurídico nacional.¹⁵⁹

De esta manera como afirma el Doctor Ignacio Burgoa, “la libertad es una condición sine qua non, imprescindible para el logro de la teleología que cada individuo persigue, la libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona”.¹⁶⁰

Así el derecho fundamental de la libertad física, puede ser entendido como la libertad de movimiento, asociada a la seguridad jurídica, pues esta permite la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable.

¹⁵⁹Suprema Corte de Justicia de la Nación, Las garantías de seguridad jurídica, México, SCJN, pp 11-13.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 307.

En sentido amplio, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador*” “la libertad es la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona”.¹⁶¹

De esta manera, la libertad solo puede ser limitada en el territorio nacional cuando conforme lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

a) Mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho (artículo 14).

b) Exista mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, esto es mediante orden de aprehensión en que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. (artículo 16)

c) Cuando se imponga la medida cautelar de prisión preventiva, observando el catálogo de delitos que prevé la ley fundamental. (artículos 18 y 19)

Acorde con lo anterior el Tribunal Constitucional Español concibe a la libertad personal como “la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”.

¹⁶¹Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sido la excepción y ha fijado su postura sobre la libertad personal señalando que “es un Derecho Fundamental de primer rango, entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que está lícitamente permitido, luego, los actos que la restrinjan o limiten más allá de lo razonable, aun cuando no exista una determinación por escrito al respecto, violan ese derecho humano”.¹⁶²

De lo antes expuesto, podemos establecer que la libertad personal es el Derecho Fundamental de primer rango que permite a los gobernados de encontrar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular,¹⁶³el cual excepcionalmente puede ser gravado por el marco jurídico vigente, esto es primeramente debe de existir un procedimiento en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, en el que desde luego la Autoridad competente y previa denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión ejecute una orden de aprehensión o bien exista flagrancia, para posteriormente si es el caso, decretar una medida cautelar como la prisión preventiva oficiosa o justificada.

Ahora bien, a la luz de la Reforma en materia de Derechos Humanos, el Derecho Fundamental a la libertad personal se encuentra “garantizado” en los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello, como se desprende del caso *López Álvarez vs Honduras* “es obligación de los Estados no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la

¹⁶²Tesis: II.3o.P.4 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2, p. 1435

¹⁶³*Cfr.* BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª Ed, México D.F., Porrúa, 2011, p. 304.

gravedad del delito que se le imputa no son, por si mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. De esta manera el uso desmedido de la prisión preventiva infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, pues esto equivale a anticipar la pena”.¹⁶⁴

Sin embargo, como ya se ha señalado, resulta la restricción de la libertad a través de la prisión debe excepcional y último recurso, pues su imposición de manera automática a partir de datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que el imputado participó o lo ejecuto se traduce en la imposición de una pena sin sentencia.

3. *La protección de los Derechos Fundamentales*

Como afirma Carl Schitt, “la protección de la Constitución involucra todos los medios, instrumentos e instituciones que el Poder Constituyente ha estimado necesarios para mantener a los poderes políticos dentro de los límites de sus atribuciones, lo que permite un desarrollo armónico de sus actividades y repercute en los derechos fundamentales de los gobernados”.¹⁶⁵

En ese sentido, el artículo 1º vigente reconoce a las garantías individuales y Derechos Humanos contenidos en los Instrumentos Internacionales signados y ratificados como Derechos Fundamentales, mismos que las autoridades en el ámbito de sus competencias deberán de interpretar conforme al principio *pro persona*, es decir, de manera que favorezcan en todo tiempo a las personas la protección más amplia, estableciendo a los órganos del Estado a promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

¹⁶⁴Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006, párr. 69.

¹⁶⁵SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad Manuel Sánchez Sarto, Ed Labor, España, 1931, Cfr. Fix Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México D.F., Uduel, 1988, p 92.

De esta manera, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, de esta manera la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos hace posible la tutela y salvaguarda los Derechos Fundamentales de las personas que se encuentren en el territorio de la República Mexicana, pues estos deben de ser la razón de las políticas públicas que promueva el Ejecutivo; en su contenido deben de estar los criterios reguladores que rijan el actuar del poder judicial y sus fundamentos deben ser eje rector de las leyes y normas que emita el poder legislativo.¹⁶⁶

Es decir, a la luz del texto constitucional vigente, las autoridades debe de velar por el respeto de los Derechos Fundamentales de los gobernados, para ello ejercen el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, esto es que pueden inaplicar las leyes que atenten en contra de los Derechos Humanos, esto bajo el principio *iura novit curia*, el que como señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisa la metodología que posibilita su correcta realización, pues su resultado no es cualquiera, sino la expulsión de normas generales del sistema legal.

Así, la evaluación de la constitucionalidad de esas normas puede efectuarse siguiendo los siguientes pasos:

[...] I. Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional; II. Reconocer los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establezcan su alcance e interpretación; III. Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control; IV. Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos; V. Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de

¹⁶⁶Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con Proyecto de Decreto que Reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Derechos Humanos, Cámara de Diputados, 23 de abril de 2009, p. 43.

ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía; VI. Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y pro homine; y, VII. Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano. Lo anterior sin dejar de observar que en el control difuso de constitucionalidad ex officio, existen otros aspectos sustantivos e instrumentales que a la par deben considerarse, como son: a) la presunción de constitucionalidad de las normas del sistema jurídico; b) que algunas de éstas tienen por objeto cumplir con las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos, lo cual debe ponderarse para fijar los alcances de una decisión, sin que ello signifique que aquéllas no puedan resultar inconstitucionales; y, c) que un incorrecto control difuso de constitucionalidad, también puede ser reparado mediante los recursos en un control difuso de constitucionalidad ex officio a la inversa, es decir, así como un Juez de primer grado en ejercicio oficioso de control puede concluir equivocadamente que una norma general es inconstitucional, el tribunal de segunda instancia también le puede regresar la regularidad constitucional a la norma oficiosamente, pues de otra manera se permitirá la inaplicación de una norma que sí era constitucional[...]¹⁶⁷

Acorde con la metodología planteada por la Corte, resulta imprescindible que para que la Reforma tenga el impacto que el Constituyente deseaba, es necesario que realice un

¹⁶⁷Tesis: I.4o.A.18 K (10a.), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Época: Décima Época, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, p. 1762.

ejercicio de valoración de los requisitos para aplicar el Tratado Internacional, ello con la finalidad de inaplicar la norma cuando resulte contradictoria con el derecho humano, tomando en consideración el texto constitucional.

Pese a lo anterior no es extraño que las autoridades sean omisas en realizar los ejercicios que control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, por ello, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé medios a través de los cuales se pueden restituir al particular los Derechos Fundamentales que le han sido conculcados, retrotrayendo los efectos del acto de la autoridad que fue omisa en salvaguardar el referido Derecho Fundamental, nos referimos a los medios de control de constitucionalidad, que son derechos adjetivos, nos referimos pues a los organismos autónomos protectores de Derechos Humanos, el Juicio de Amparo, la Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad, los Medios de Control Constitucional en Materia Electoral y el Juicio Político.

Cabe señalar que con el reconocimiento de los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y el ejercicio del Control Difuso de la Constitucionalidad y Convencionalidad México se aproximaba hacia su consolidación como un Estado democrático, sin embargo, el 25 de abril de 2014 se publicó en el Semanario Judicial de la Federación la tesis jurisprudencial con el rubro “Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad Constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional,” la cual frenó el éxito de la Reforma, pues su texto a la letra reza:

“El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se

desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

De la literalidad del texto jurisprudencial que la Constitución sigue detentando la supremacía normativa del Estado Mexicano y aunque exista algún precepto que se anteponga a los principios *pro homine*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, pues basta con que exista la restricción al derecho fundamental en la propia constitución, se deberá atender a la disposición Constitucional, lo que se traduce en un retroceso a la protección de los Derechos Fundamentales de los gobernados.

En ese sentido al establecerse en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un catálogo de delitos por los cuales resulta aplicable la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, resulta inoperante y oficioso que por una parte, que los operadores jurídicos hagan valer razonamientos en torno al ejercicio del Control de Convencionalidad y el Órgano Jurisdiccional lo ejecuten, pues pese a que esta disposición en contrario a los Tratados Internacionales que México es parte, la Constitución como ley suprema autoriza la imposición de la medida cautelar.

No obstante lo anterior, el Derecho Internacional a través de los Tratados Internacionales reconoce medios de defensa de los Derechos Humanos, por lo que la única manera de erradicar paulatinamente la medida cautelar de la prisión preventiva será la interposición de procedimientos ante Órganos Jurisdiccionales Internacionales, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

IV. CONSIDERACIONES FINALES DE LA TERCERA PARTE

La Reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye un retroceso al paradigma garantista consagrado por las Reformas en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en Materia de Derechos Humanos, pues la ampliación al catálogo de delitos que ameritan la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa es contraria al paradigma garantista de la Constitución, pues, esta está cimentada en el Derecho Penal del Enemigo, la se sustenta en el hecho de que existen sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley requieren un tratamiento especial (enemigos), diferenciando del que se les da a los ciudadanos normales; la violación sistemática de la ley por parte de los enemigos se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, a fin de dar vigencia a la prevención general positiva, de esta manera quienes cometen un hecho que la ley señala como delito de las hipótesis a que se refiere el artículo 19 Constitucional son considerados enemigos y por ello requieren de una medida cautelar que permita evitar la comisión de otro delito por parte del acusado.

Esta situación se traduce en que la prisión preventiva oficiosa es contraria a los principios de excepcionalidad y ultima ratio, siendo un medio político, propio del populismo punitivo cuyo objeto es enviar un falso mensaje de justicia a la sociedad.

En ese orden de ideas, la prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar antagónica al Derecho Fundamental a la Libertad Personal y al Principio de Presunción de inocencia en virtud de que basta la existencia de datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito previsto en las hipótesis normativas a que se refiere el artículo 19 Constitucional para la imposición de esta medida cautelar, acto que desde luego se traduce en la imposición de una pena sin la existencia de una sentencia firme que decreta la responsabilidad penal del imputado y consecuentemente la violación al Derecho Fundamental a la Libertad Personal y al Principio de Presunción de Inocencia, mismos que debieron ser ponderados por el Legislativo durante el proceso legislativo, lo que imposibilita que el Órgano Jurisdiccional realice un ejercicio del contradictoria entre las partes, trastocándose la independencia judicial y el principio de contradicción.

CUARTA PARTE

LA AMPLIACIÓN DEL CATÁLOGO DE DELITOS DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN CONTRAPOSICIÓN AL NUEVO PARADIGAMA EN PROCURACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

“...La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres...”

Miguel de Cervantes Saavedra.¹⁶⁸

I. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA CUARTA PARTE

¿El artículo 19 Constitucional vigente es compatible con el espíritu garantista de las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en materia de Derechos Humanos? Esta interrogante constituye la principal hipótesis en el presente trabajo de investigación y para poder contestar esta interrogante, en los capítulos que anteceden se ha desarrollado un estudio dogmático sobre las teorías y conceptos como:

- a) Derecho Penal del Enemigo y Garantismo.
- b) De la prisión y de la pena.
- c) De los sistemas penales mixto y acusatorio.

¹⁶⁸https://www.educa.jcyl.es/educacyl/cm/gallery/Recursos%20Infinity/tematicas/webquirote/pdf/DONQUIJOTE_PARTE2.pdf

- d) Del Principio de Presunción de Inocencia y el Derecho Fundamental a la Libertad Personal y su marco normativo vigente.

A partir de ello, preliminarmente es dable colegir que en efecto resulta incompatible el texto vigente del artículo 19 Constitucional con el paradigma constitucional, en virtud de lo anterior en el presente capítulo procederemos a realizar un ejercicio lógico – jurídico que permita establecer como la prisión preventiva repercute al Principio de Presunción de inocencia y el Derecho Fundamental de libertad personal, por lo que a continuación desarrollaremos estos razonamientos.

II. RAZONAMIENTOS QUE SUSTENTAN LA INCOMPATIBILIDAD DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 CON EL PARADIGMA GARANTISTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Como ya se ha señalado, la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y de Seguridad Pública de 18 de junio de 2008 constituye el punto de partida para la transición hacia un modelo de justicia penal moderno, como lo es el sistema acusatorio, el cual representa un proceso transparente y democrático, pues supone el conjunto de preceptos destinados a limitar la función punitiva del Estado en garantía del ejercicio y desarrollo de los derechos fundamentales por sus titulares¹⁶⁹, materializados en los Principios que rigen al propio sistema acusatorio: Presunción de Inocencia, Publicidad, Contradicción, Concentración, Continuidad e Inmediación.

A partir de la instauración del sistema de justicia penal acusatorio, el objeto del proceso es el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, la procuración de que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, el cual además de ser más rápido, privilegia los Derechos Fundamentales de las partes, ello ya que el sistema penal acusatorio tiene cimientos en la teoría garantista,¹⁷⁰ la que señala Luigi Ferrajoli, “es

¹⁶⁹DOTÚ IGURI, María del Carmen, *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, España, Bosch, 2013, p. 111.

¹⁷⁰Véase Dictamen de 1ra Lectura 1ra. Vuelta. Diputados 12/DIC/2007 de las Comisiones Unidas de Puntos, p. 17.

la que inspira y promueve “la construcción” de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente en el derecho penal”,¹⁷¹ pues con la Reforma Constitucional en Justicia Penal, se privilegia la reparación del daño causado por el delito, de esta manera el sistema penal acusatorio, contempla un cambio de paradigma tanto en las instituciones, así como en el proceso de procuración e impartición de justicia, en ese sentido la pena de prisión constituye una excepción y no una regla, precisamente por virtud de que el paradigma penal se erige sobre la justicia restaurativa y ante su ineficacia se acciona el potestad punitivo del estado a través de la pena privativa de la libertad.

En ese sentido, de la literalidad del Dictamen de Primera Lectura del Senado de 13 de diciembre de 2007 se desprende que uno de los objetos de la Reforma Penal lo era evitar los excesos cometidos con la prisión preventiva, estimando procedente establecer los principios de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de la imposición de la prisión preventiva, pues toda medida cautelar representa un acto de molestia.

Al respecto es importante señalar que el principio de subsidiariedad o *ultima ratio* tiene como premisa que el derecho penal sólo debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio*, cuando otros medios resultan ineficaces, de esta manera impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas pero que pueden resultar más eficaces para la protección de bienes jurídicos. Vincula tanto al legislador, como creador de las normas penales, como al Juzgador, quien deberá aplicar la hipótesis normativa al caso en concreto, así como al Ejecutivo, por lo que hace al actuar de la Representación Social en el ejercicio de su función persecutoria del delito¹⁷²

Por su parte el principio de excepcionalidad implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por

¹⁷¹GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M.

¹⁷²Cfr. BARBERO, Santos Marino, *et al.*, *Libro ad honorem Sergio García Ramírez Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1998, p.1332.

eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.¹⁷³

De esta manera la prisión preventiva solo debería ser admisible cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para lograr la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación; la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera y otros Vs. Ecuador, en la que establece que “La decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado. En todo caso, la privación de libertad del imputado sólo debe tener como fin legítimo el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”.¹⁷⁴

De esta manera, la prisión preventiva solamente debe ser decretada cuando se justifique la necesidad de su imposición en donde existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y no así por mandato legislativo, pues de otra manera se atentaría contra la independencia judicial, como ocurre en el caso en concreto.

Pese a lo anterior el legislativo en con el ánimo de erradicar los delitos de alto impacto, incluyó en la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública un catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, tales como como delincuencia

¹⁷³Véase amparo en revisión 320/2016, 6 de octubre de 2016, Unanimidad de votos. Ponente: Édgar Bruno Cstrezana Moro, Secretario de Tribunal Autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del CJF, Secretario Juan Antonio Aca.

¹⁷⁴Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párrafo 143.

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 prisión preventiva oficiosa, esta medida resulta contradictoria con el modelo de justicia penal, sin embargo se justifica con el alto índice de violencia por el que atravesaba México, por ello desde entonces se debatía en el foro sobre la afectación de los derechos de las personas a las que se les imputa la comisión de un delito, pues la imposición de la prisión preventiva de manera automática vulnera el principio de presunción de inocencia y contradicción, así como los Derechos Fundamentales de debido proceso y Libertad Personal pues sin que se haya evaluado y justificado su procedencia por parte del Ministerio Público y sin que el imputado y su defensor hayan ejercido su derecho de contradicción en una audiencia ante el Juez de Control, este último, una vez que el Ministerio Público ha formulado su imputación, y se verifique el derecho a declarar al imputado, el Juez de Control procederá a resolver sobre la solicitud de vinculación a proceso y acto seguido sobre la medida cautelar que se ha de aplicar en el caso concreto.

Cabe señalar que la prisión preventiva en el sistema penal mixto era la regla y no la excepción, pues un gran número de delitos estaban considerados como graves, es decir que su término medio aritmético era mayor a 5 años, en ese sentido la prisión preventiva era utilizada indiscriminadamente en dicho modelo de justicia penal, por ello en la Reforma se consideraron inicialmente esas hipótesis normativas sobre las que se debía aplicar la prisión preventiva oficiosa, afirmando el legislativo en su dictamen que la decisión sobre medidas cautelares era revisable, pues el propio numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la posibilidad de 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.

En ese sentido es importante señalar que la propia Reforma Constitucional a través de la que se estableció el proceso penal acusatorio, el que como ya se ha dicho representa un modelo de justicia garantista reconoció la figura de la prisión preventiva oficiosa, la cual se traduce en una antinomia al proceso penal acusatorio, pues esta medida cautelar tiene génesis

en la teoría del derecho penal del enemigo, que tiene como premisa la clasificación de “enemigos” a aquellas personas que vulneran la norma penal y que por ello es necesario darles tratamiento de enemigos, imponiéndoles una “pena” para prevenir futuros delitos, dando así origen a la teoría de la prevención general positiva, al respecto la Corte Interamericana ha señalado que la determinación de privación preventiva de la libertad en forma automática a partir del tipo de delito perseguido penalmente, resulta contraria a las pautas, que mandan a acreditar, en cada caso concreto, que la detención sea estrictamente necesaria y tenga como fin asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia,¹⁷⁵

En ese tenor, la Reforma Constitucional al artículo 19 de la Constitución Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 12 de abril de 2019, a través de la que se amplía el catálogo de delitos por los cuales el Juez de Control deberá decretar la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, resulta contraria a la democracia constitucional actual, pues como ya se señaló en el capítulo que antecede, la solución del Legislativo para atender de manera eficaz la problemática de impunidad e inseguridad que se vive en el país lo es la imposición de esta medida cautelar para “incentivar” un cambio para proteger a las personas contra el riesgo de seguir siendo víctimas de algunos delitos.

Argumentos que resultan insuficientes para justificar la incorporación de más delitos al catálogo de la prisión preventiva oficiosa, pues el Derecho Penal no es un derecho preventivo, sino sancionador, es decir, cobra relevancia una vez que se han cometido las conductas sancionadas por la ley penal, por lo que en definitiva esta medida sin duda alguna no contribuirá a erradicar la violencia ni la delincuencia, más bien busca justificar la ineficacia en la procuración de justicia, pues basta que existan datos que establezcan que se cometió un hecho que la ley señala como delito y quien lo cometió para que se pueda decretar la prisión preventiva oficiosa como medida cautelar, enviando a la sociedad el mensaje de que el Estado ejerce su poder coercitivo y mantiene a los delincuentes en prisión.

¹⁷⁵Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párrafo 149.

En ese tenor la prisión preventiva oficiosa, trastoca su propia naturaleza, transformándola de una medida cautelar de naturaleza procesal a una medida punitiva, pues se traduce en un castigo por la conducta atribuida pues como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Materialmente hablando, no hay una distinción entre la privación de la libertad por motivo de la prisión preventiva y la privación por motivo de una sentencia condenatoria; por lo tanto, la imposición mecánica de la prisión preventiva atendiendo al tipo de delito es violatoria del Principio de Presunción de Inocencia y del Derecho a la Libertad Personal”.¹⁷⁶

En efecto, si se parte de la premisa del artículo 19 en cuanto a que la conducta por la que el imputado es puesto a disposición de un Juez de Control, basta la denuncia y presumir indiciariamente la participación de este, para que la Autoridad Jurisdiccional decrete la medida cautelar objeto de estudio, liberando de esta manera al Ministerio Público de realizar un verdadero trabajo de investigación y en consecuencia justificatorio en el que exponga la necesidad de la imposición de esta medida cautelar, la que podría ser reemplazada por cualquier otra del catálogo que prevé el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que van desde la presentación periódica ante el Juez, la exhibición de una garantía económica, inmovilización de cuentas hasta la colocación de localizadores electrónicos, el resguardo en su propio domicilio hasta la prisión preventiva.

Cabe señalar que como se coligió en el capítulo primero la pena más grave que impone la ley penal es la es privación de la libertad personal, la que tiene lugar cuando se ha de imponer a quien se le ha demostrado a través de un proceso seguido en todas y cada una de sus etapas su participación o comisión y acreditado todos y cada uno de los elementos del cuerpo del delito, consecuentemente se ha hecho acreedor a ser castigado privándole de su libertad personal en un centro de reinserción.

Al respecto cabe recordar que el garantismo penal constituye un modelo de justicia penal en la que los órganos jurisdiccionales de la materia observan en todo momento los

¹⁷⁶Corte IDH. Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párrafo 149.

Derechos Fundamentales de los actores de la trama penal, en específico del imputado, pues es el sujeto más vulnerable ante el poder coercitivo del propio Estado, en ese tenor, Ferrajoli señala que para entender los fines de la pena es necesario justificar la legitimación del derecho penal: “Los fines de la pena se traducen en la justificación o legitimación de la pena, lo que equivale a hablar de la justificación o legitimación del derecho penal. Pues lo que caracteriza a este sector del ordenamiento jurídico es precisamente el hecho de establecer la pena como consecuencia jurídica de los supuestos fácticos denominados delitos”.¹⁷⁷

Es decir, debe de existir una congruencia entre la conducta desplegada y la pena aplicada en el caso en concreto, lo cual ocurre cuando el órgano jurisdiccional observa los principios y normas que administrados con los Derechos Fundamentales legitiman la sanción impuesta, la que de igual manera debe de establecer un mínimo sufrimiento para el delincuente y útil para la sociedad, expresado por Ferrajoli de la siguiente manera: “La pena debe ser útil para la mayoría conformada por los no desviados, en cuanto que les brinde seguridad social, pero también debe ser útil para la minoría conformada para los desviados, en cuanto suponga para ellos el mínimo sufrimiento necesario”.¹⁷⁸

Esta premisa es el resultado de la separación entre el derecho y la moral, así como el utilitarismo penal que hace Ferrajoli, el cual expresa de la siguiente manera “El fin de la máxima seguridad o el de la mínima aflicción. Aun cuando sea un presupuesto necesario, el utilitarismo no es sin embargo una condición de por sí suficiente para fundamentar en el plano teórico sistemas garantistas de derecho penal mínimo. ¿En qué consisten las utilidades aportadas y los daños prevenidos por el derecho penal? Y ¿Cuáles son los sujetos a cuya utilidad se hace referencia? De las respuestas a estas preguntas depende la configuración garantista de las concepciones utilitaristas de la pena”.¹⁷⁹

De esta manera es que la prisión preventiva oficiosa se transforma en una pena anticipada, que es incompatible con la dogmática del sistema penal acusatorio.

¹⁷⁷FERRAJOLLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed, Madrid, Trotta, 2001, p.260.

¹⁷⁸*Ídem.*

¹⁷⁹*Ídem.*

De igual manera, la prisión preventiva oficiosa contraviene el espíritu garantista del proceso penal acusatorio, en virtud de que atenta con la independencia judicial consagrada en el artículo 16 fracción XIII de la Constitución Federal, pues una de sus facultades por mandato constitucional lo es resolver en forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de medidas cautelares, garantizando los derechos tanto del imputado como de la víctima.

De esta manera, el génesis de la figura del Juez de Control se observa en el Dictamen de 1ra. Lectura. 1ra Vuelta de la Reforma Constitucional en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, el legislativo previó que para el cambio en el paradigma de procuración y administración de justicia acusatoria, se requería de jueces que se abocaran sólo a resolver las medidas, providencias y técnicas , así como jueces que se constriñeran a revisar las impugnaciones contra las determinaciones del ministerio público, y otros jueces más que se responsabilicen de substanciar el proceso hasta antes del juicio, de esta manera se determinó procedente incluir jueces denominados de control, que se responsabilizan de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, ordenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial, asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del ministerio público, y realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme los principios del sistema acusatorio.¹⁸⁰

Es oportuno recordar que la prisión preventiva no es la única medida cautelar, pues en la actualidad el Código Nacional de Procedimientos Penales reconoce la existencia de 14 medidas cautelares a saber: la presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; la exhibición de una garantía económica; el embargo de bienes; la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; la prohibición de

¹⁸⁰Véase Dictamen de 1ra Lectura 1ra. Vuelta. Diputados 12/DIC/2007 de las Comisiones Unidas de Puntos, pp. 28-29.

concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; 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; la separación inmediata del domicilio; la suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; la suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; la colocación de localizadores electrónicos; el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga y la prisión preventiva, medidas que son impuestas previa evaluación de riesgo emitido precisamente por la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso.

Esta evaluación de riesgos procesales consiste en un procedimiento administrativo, en el cual se recaban datos de carácter socioambiental de aquellas personas susceptibles de ser sujetas a un proceso penal, para ser entregada a las partes del procedimiento y, en su caso, con base en dicha información se determine y se imponga la medida cautelar idónea para evitar la sustracción de esa persona a la acción de la justicia, garantizar la seguridad de la víctima y garantizar la no obstaculización de la investigación, pudiendo ser solicitado dicha evaluación por cualquiera de las partes del procedimiento, es decir el imputado, su defensor, el ministerio público, la víctima u ofendido y el asesor jurídico.

Con el resultado de la evaluación las partes al momento de haber sido formulada la imputación o el auto de vinculación a proceso, a solicitud del Ministerio, Público de la víctima o de la defensa se procederá a debatir a través del contradictorio la necesidad de la imposición de las medidas cautelares, debiendo el Juez imponer la o las medidas cautelares señaladas en los párrafos que anteceden tomando en consideración los argumentos de las partes o la justificación del Ministerio Público, aplicando el criterio de mínima intervención, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso.

Resulta oportuno señalar que si bien, lo anteriormente expuesto se encuentra regulado en el Capítulo IV del Código adjetivo de la materia, resulta inverosímil que esta evaluación de riesgos no sea realizada en los Procesos Federales y que sorprendentemente la Ciudad de México realiza esta valoración de manera eficaz, aunque debatible en sus

conclusiones, ya que la persona que cuenta con pasaporte es considerada como persona con alto riesgo, permitiendo de esta manera el contradictorio correspondiente.

En suma, no existe duda alguna que la prisión preventiva oficiosa trastoca el espíritu garantista del sistema de justicia penal acusatorio, pues presupone la imposición de una pena privativa de la libertad con el objeto de prevenir la violencia y la delincuencia, ello bajo la justificación de la teoría del derecho penal del enemigo, la cual resulta antinomia del modelo de justicia que rige al sistema penal vigente por ello resulta incompatible su imposición en el proceso penal acusatorio, aunado a lo anterior se restringen las facultades del Juez de Control al no permitirle que las partes en ejercicio de los principios del proceso penal en específico el contradictorio, debatan sobre la pertinencia e idoneidad de la imposición de esta medida cautelar.

Por su parte, la prisión preventiva justificada y legal no resultan inconstitucionales ni inconvenientes por estar ajustadas a los estándares internacionales de la Corte Interamericana, esto es que existen indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, en contraposición, la prisión preventiva oficiosa si vulnera el principio de presunción de inocencia y la libertad personal al ser una medida que sin justificación alguna priva de la libertad a una persona sin que exista una sentencia definitiva dictada previo juicio en la que se tenga por acreditados los elementos del cuerpo del delito y la participación o ejecución del imputado en el mismo, traduciéndose en una detención arbitraria conforme a los tratados internacionales que México es parte.

Finalmente, en adición a lo antes expuesto es importante reiterar que uno de los objetos de la reforma en materia de justicia penal era despresurizar el sistema carcelario, sin embargo, a la luz de la presente investigación la prisión preventiva funge como un recurso del estado para enviar un falso mensaje de justicia, pues de la lectura del cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional se desprende que hasta julio de 2021, existían 220,866 personas privadas de su libertad, de las cuales 81,762 corresponden a personas procesadas del fuero común y 12,682 a personas procesadas del fuero federal, es

decir a la fecha se encuentran privadas de su libertad por virtud de la medida cautelar de prisión preventiva 94,444 personas.

De esta manera y en contraste, en agosto de 2013 existían 248,719 personas privadas de su libertad, de las cuales 80,822 corresponden a procesados del fuero común y 25,882 procesados del fuero federal, es decir 106,704 personas en prisión preventiva.

Los datos antes expuestos se desprende la necesidad de evaluar si la imposición de la prisión preventiva es realmente necesaria, partiendo del paradigma constitucional en procuración y administración de justicia y en derechos humanos, por ello los operadores jurídicos tenemos una labor, pues de la literalidad del transitorio cuarto de la reforma Constitucional al artículo 19, en un lapso de 5 años deberá evaluarse su continuidad, es decir el 20 de abril de 2024 deberá de ser replanteada la vigencia del catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva.

III. LA REPERCUSIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA (AUTOMÁTICA) AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD PERSONAL: DE LA DOGMÁTICA A LA PRAXIS.

En Principio de Presunción de Inocencia es un Derecho Fundamental que tiene toda persona acusada de un hecho que la ley señala como delito para ser tratado como inocente hasta que exista una sentencia definitiva, en la que valoradas por el Órgano Jurisdiccional todas las pruebas aportadas por las partes, se establezca la responsabilidad de justiciable en los hechos que se le atribuyen, pues solo de esta manera se garantiza la protección de otros derechos fundamentales, pues este principio es calificado como un derecho poliédrico, ello ya que protege Derechos Fundamentales tales como la dignidad humana, la libertad y la honra, los cuales podrían resultar vulnerados por actuaciones penales irregulares.

En ese tenor el jurista Sergio García Ramírez en su voto concurrente en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs Ecuador señala que:

El principio de presunción de inocencia es que guarda mayor congruencia con la justicia penal democrática, que pone a cargo del Estado acusador la comprobación de las imputaciones y del Estado juzgador la decisión sobre éstas, y continúa afirmando que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, éstas se organizan en torno a la idea de la inocencia, que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza. La experiencia histórica milita en este sentido.¹⁸¹

Por lo que hace a la prisión preventiva, apunta en su voto que un obstáculo al ejercicio de presunción de inocencia lo constituye las cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente de esta manera la presunción de inocencia representa un valor supremo para construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas.¹⁸²

El carácter y la esembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio -- juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculgado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad-- y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias.¹⁸³

¹⁸¹Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 32.

¹⁸²Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 34.

¹⁸³*Ídem.*

En ese sentido, la prisión preventiva se traduce un acto que revive el espíritu del sistema penal inquisitivo en donde el imputado debe de ser sometido a la privación de la libertad “mientras se investiga” en un centro de reinserción social, lo que desde luego se traduce en una pena, pues la privación de la libertad es sinónimo de pena corporal, ello sin que existan datos de prueba suficientes que acrediten el cuerpo del delito y la participación del imputado en el hecho que se le atribuye, pues como ya lo ha manifestado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con los datos de prueba que hagan razonable la participación o comisión del hecho delictuoso el Juez resolverá la vinculación a proceso del imputado y luego entonces la posibilidad de la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva.

Es oportuno señalar que existen tres hipótesis para la imposición de la prisión preventiva, esto es porque se trata de un hecho que se actualiza en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque el Ministerio Público ha justificado su imposición o bien 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 Código Nacional de Procedimientos Penales.

Al respecto, resulta relevante el criterio de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, el cual en la Sentencia 128/1995 de 26 de julio de 1995 ha señalado que la prisión provisional comporta, obliga a concebirla, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que, constitucionalmente la justifican y delimitan. Se trata de una medida justificada en esencia por la necesidad de asegurar el proceso y ese fundamento justificativo traza la línea de demarcación con otro tipo de privaciones de libertad y condiciona, a la vez, su régimen jurídico.

Momento esencial de ese régimen es la consideración de la presunción de inocencia que, opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la

consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva.

Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribiremos la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.¹⁸⁴

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha señalado que la prisión preventiva es: “Una medida excepcional y su imposición sólo procede cuando no haya otras idóneas para lograr el fin buscado, ya que es al Ministerio Público a quien corresponde demostrar la necesidad de aplicarla, pues al tener el carácter de excepcional, debe justificarse fehacientemente por qué ninguna de las restantes medidas cautelares resulta suficiente 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, pues así lo establece el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.¹⁸⁵

¹⁸⁴Sentencia 128/1995 de 26 de julio de 1995 Dictada por la La Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, compuesta por don José Gabaldón López, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González-Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón, Magistrados.

¹⁸⁵Tesis: XVII.1o.P.A. J/34 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, agosto de 2021, Tomo V, página 4739, Registro digital: 2023411.

De esta manera la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada con base en apreciaciones subjetivas del Juez de Control, verbigracia que la detención del imputado se efectuó fuera del Estado en el que se pretende su comparecencia, que viaja frecuentemente, cuenta con diversos domicilios, o por sus circunstancias económicas, que inciden en la posibilidad de trasladarse y abandonar la ciudad, es ilegal.

En ese orden de ideas, es dable colegir que la prisión preventiva oficiosa en efecto trastoca el principio de presunción de inocencia, pues al no encontrarse justificada dicha medida cautelar por parte del Ministerio Público, el imputado es sometido a sufrir una pena privativa de la libertad de manera anticipada, pues se reitera, bastan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito que el imputado participo o lo cometió para ser acreedor a estar bajo resguardo en un centro de reinserción social, sufriendo de una pena corporal hasta la culminación del proceso.¹⁸⁶

Ahora bien, por lo que hace a la libertad personal, en el capítulo que antecede se estableció que es un Derecho Fundamental de primer rango, consagrado por la Constitución Federal que permite a los gobernados de encontrar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular,¹⁸⁷ el cual excepcionalmente puede ser gravado por el marco jurídico vigente, esto es primeramente debe de existir un procedimiento en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, en el que desde luego la Autoridad competente y previa denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión ejecute una orden de aprehensión o bien exista flagrancia, para posteriormente si es el caso, decretar una medida cautelar como la prisión preventiva oficiosa o justificada.

¹⁸⁶Tesis: XVII.1o.P.A. J/34 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, agosto de 2021, Tomo V, página 4739, Registro digital: 2023411.

¹⁸⁷Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª Ed, México D.F., Porrúa, 2011, p. 304.

En armonía con lo anterior la Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 7.2 que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, por su parte, el numeral 7.3 del mismo ordenamiento establece que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios” de esta manera es dable establecer que la prisión preventiva puede ser armónica con la Constitución Federal y con los Tratados Internacionales de los que México es parte, ello siempre y cuando esta sea justificada en los parámetros de razonabilidad.¹⁸⁸

De esta manera para que la prisión preventiva no sea considerada como arbitraria es necesario que cumpla con los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a saber: a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho, b) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas.¹⁸⁹

Por lo que hace a los presupuestos materiales sobre la existencia de un hecho ilícito y que la persona acusada participó, la propia Corte Interamericana señala que este presupuesto no constituye en sí mismo una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención. Por el contrario, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y

¹⁸⁸*Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, No. 8: Libertad personal / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ), San José, C.R., Corte IDH, 2020.

¹⁸⁹*Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad.

La Corte ha considerado que la sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga, deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio.¹⁹⁰

Respecto al *test* de proporcionalidad, La Corte ha considerado la detención preventiva como una medida cautelar y no punitiva, que debe aplicarse excepcionalmente al ser la más severa que se puede imponer al procesado de un delito que goza del principio de presunción de inocencia. A su vez, este Tribunal ha indicado en otros casos que la privación de libertad de un imputado o de una persona procesada por un delito no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena. En consecuencia, ha indicado que la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

De esta manera, como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Hernández VS Argentina, corresponde a la autoridad judicial imponer medidas privativas de libertad cuando se acredite que: a) la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención; b) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; c) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto, y d) que resulten

¹⁹⁰Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hernández vs. Argentina, Sentencia de 22 de noviembre de 2019, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida .

En ese orden de ideas es importante rescatar que uno de los objetos de la Reforma al Sistema Penal lo era despresurizar el sistema carcelario, estableciendo como excepción la imposición de la prisión preventiva, de tal suerte que como lo ha afirmado la Corte Interamericana la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal, ya que éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso. Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.¹⁹¹

En ese sentido, si bien la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa representa una restricción expresa al ejercicio de la Libertad Personal, y un retroceso a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad contenidos en el artículo 1º Constitucional, sin embargo puede ser objeto de ser combatida a través de mecanismos de defensa de Derechos Fundamentales por ser contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Declaración Universal de los Derechos Humanos por tratarse de una detención arbitraria por no cumplir con los presupuestos que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues como se ha señalado basta con la existencia de datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que el imputado participó o lo cometió para que el Juez bajo su criterio

¹⁹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Norín Catrimán y otros (dirigente, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile, Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo reparaciones y costas)

de razonabilidad primeramente lo vincule a proceso y acto seguido le imponga la medida cautelar de prisión preventiva.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalando que si bien, conforme al actual estándar probatorio, para el dictado del auto de vinculación a proceso no se requiere la acreditación de la totalidad de los elementos del delito, ese estándar no debe conducir al extremo de que baste la denuncia para que se considere que existió el hecho delictuoso, pues una cosa es la pertinencia de la prueba, y otra, su contundencia; por lo cual, es indispensable que los datos de prueba permitan concluir que el hecho imputado encuadra en alguna descripción típica. De donde se sigue que el "hecho que la ley señale como delito" a que alude el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe forzosamente tener como nota distintiva el establecimiento de que la conducta desplegada por el imputado incursiona en el campo de lo ilícito, porque si de los datos de prueba sólo puede deducirse que el hecho es lícito, únicamente se estaría ante una mera conducta socialmente cotidiana, cuyos datos, aunque pertinentes, no podrán ser contundentes para afirmar, ni a título probable, que existe la posibilidad de que se haya cometido un delito y, por ende, ello sería insuficiente para vincular a proceso al imputado.

En ese sentido es dable señalar que la audiencia inicial en el proceso penal acusatorio se traduce en un juicio en donde la única oportunidad del imputado para librar la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa es demostrando en el término constitucional la existencia de una causa de exclusión del delito o bien un criterio de oportunidad. De otra manera la pena anticipada esta decretada o bien aplicarse solo en caso de flagrancia.

Por ello resulta trascendental que los operadores jurídicos al encontrarnos ante la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva recurramos a los medios de control de la convencional en sede interna y posteriormente ante el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, el cual tiene como mandato investigar los casos de detención impuesta arbitrariamente o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por

los Estados interesados, siempre que los órganos jurisdiccionales no hayan adoptado una decisión definitiva al respecto, de conformidad con la legislación nacional.

Para este procedimiento ante el Grupo de Trabajo consta de 4 fases a saber:

[...]Fase 1: Señalar la cuestión a la atención del Grupo de Trabajo, por lo general la actividad del Grupo se inicia por las comunicaciones que le envían las personas directamente afectadas, sus familiares o representantes o las organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos, aunque también puede recibir comunicaciones de los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales. El Grupo de Trabajo ha preparado un cuestionario modelo para facilitar la tarea de quienes presentan comunicaciones, o sea las "fuentes". El Grupo de Trabajo no requiere que se hayan agotado los recursos nacionales para declarar admisible una comunicación.

Fase 2: Ofrecer al gobierno la posibilidad de refutar las denuncias, el Grupo asigna gran importancia al carácter contradictorio de su procedimiento. En consecuencia, la comunicación se remite al gobierno interesado por la vía diplomática invitándolo a que, en un plazo de 90 días, comunique al Grupo de Trabajo sus comentarios y observaciones sobre las denuncias formuladas, tanto en lo que respecta a los hechos y la legislación aplicable como al progreso y los resultados de las investigaciones que se hayan ordenado. Si el gobierno desea que se prorrogue este plazo, debe informar al Grupo de sus razones para ello, de modo que pueda concederse un plazo adicional de un máximo de dos meses para responder.

Fase 3: Ofrecer a la fuente la oportunidad de presentar sus comentarios sobre la respuesta del gobierno, toda respuesta enviada por el gobierno al Grupo de Trabajo se transmite a la fuente para que ésta haga sus comentarios finales.

Fase 4: Opinión del Grupo de Trabajo, habida cuenta de la información reunida en el procedimiento contradictorio, el Grupo de Trabajo adopta en sesión privada una de las medidas siguientes:

a) si tras la comunicación del caso al Grupo de Trabajo la persona ha recuperado la libertad por la razón que sea, se archiva el caso; sin embargo, el Grupo de Trabajo se reserva, el derecho de emitir una opinión, caso por caso, sobre si la privación de libertad fue arbitraria o no, a pesar de la puesta en libertad de la persona interesada;

b) si el Grupo considera que no se trata de un caso de privación arbitraria de la libertad, emite una opinión en tal sentido;

c) si el Grupo considera necesario solicitar informaciones complementarias del gobierno o de la fuente, puede mantener el caso en examen hasta recibir dicha información;

d) si el Grupo considera que no está en condiciones de obtener información suficiente sobre el caso, puede decidir archivarlo provisional o definitivamente;

e) si el Grupo estima que se ha establecido el carácter arbitrario de la privación de libertad, emite una opinión en ese sentido y hace recomendaciones al gobierno. La opinión del Grupo se

envía al Gobierno, junto con las recomendaciones. Tres semanas después de esta notificación, la opinión se transmite también a la fuente para su información[...]¹⁹²

Por su parte el procedimiento, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza con la presentación de una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello una vez agotado los recursos judiciales internos. La Comisión investiga la situación y puede formular recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que hechos similares no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que los hechos ocurridos se investiguen y se reparen, para ello es necesario formular petición a través del portal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde el peticionario deberá de generar un usuario y contraseña y en donde expondrá los hechos sobre los que aduzca conculcaron sus Derechos Humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES DE LA CUARTA PARTE

De los razonamientos antes expuestos es dable colegir que la prisión preventiva oficiosa en efecto, es una medida cautelar que contraviene el espíritu garantista del sistema de justicia penal y consecuentemente vulnera el Derecho Fundamental de Libertad Personal, así como el Principio de Presunción de Inocencia, pues basta que el imputado sea acusado de cometer un hecho que la ley señala como delito previsto en el catálogo a que se refiere el artículo 19 Constitucional, para que solo con “indicios” el Juez de Control de manera automática decreta esta medida cautelar, sin oportunidad que las partes en ejercicio del contradictorio debatan sobre su procedencia, por ello resulta imprescindible que los operadores jurídicos construyamos un andamiaje que a largo plazo permita abrogar la prisión preventiva oficiosa como una medida cautelar.

¹⁹²*Cfr.* Folleto Informativo No. 26 El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

CONCLUSIONES FINALES DE LA INVESTIGACIÓN

Del desarrollo de la presente investigación pudimos establecer en el capítulo primero que del devenir histórico, el objeto del Derecho Penal ha sido imponer castigos a las personas a las que se les ha atribuido la comisión de un delito, ello con la finalidad de que a través del sufrimiento expíen la conducta desplegada y de esta manera se haga “justicia” a la víctima, así como de la evolución del derecho penal, las penas se han transformado hacia sanciones más “humanas” como lo es la privación de la libertad personal, en la que por el sentenciado se encuentra interno en un centro carcelario,

De igual manera, se han creado las medidas cautelares como mecanismos para garantizar el correcto desarrollo del proceso y consecuente lograr los fines del mismo, es decir, hacer efectivo el *ius puniendi*, asegurar la presencia del imputado en el juicio, asegurar los medios de prueba para el proceso favoreciendo la investigación, asegurar la reparación del daño, así como la protección de la víctima o el ofendido y a la propia sociedad, ello con la finalidad de erradicar la prisión preventiva.

De esta manera la prisión preventiva se erige como la medida cautelar más gravosa, pues se traduce en la limitación de la libertad personal del en un centro carcelario, sin la existencia de una sentencia definitiva debidamente fundada y motivada es acreedor al sufrimiento corporal y a su dignidad humana.

Por su parte en el capítulo segundo se estableció que las Reformas Constitucionales en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en Materia de Derechos Humanos constituyen un nuevo paradigma constitucional la cual postula como premisa la existencia de un sistema de límites y vínculos por parte de todos los Poderes del Estado para la garantía de los Derechos Fundamentales de los gobernados.

Por una parte el proceso penal tiene como objeto principal 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, en donde la prisión es una excepción y no regla, pues

cuando se actualiza en el mundo fáctico alguna de las hipótesis normativas previstas en el Código sustantivo de la materia se busca que prevalezca la restitución de los bienes jurídicos afectados por el delito, pasando a segundo plano el poder coercitivo del estado a través de las penas privativas de la libertad, por su parte la incorporación de la observancia de los Derechos Humanos por parte de las autoridades estatales, constituye un gran avance en la consolidación del Estado de Derecho, pues solo a través de la observancia y respeto de los mismos se garantiza la dignidad de los gobernados.

En el capítulo tercero pudimos establecer que la Reforma al artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye un retroceso al paradigma garantista consagrado por las Reformas en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en Materia de Derechos Humanos, pues dicha la ampliación al catálogo de delitos que ameritan la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa es contraria al paradigma garantista de la Constitución, pues, esta está cimentada en el Derecho Penal del Enemigo, la cual se sustenta en el hecho de que existen sujetos que por su tenacidad para vulnerar la ley requieren un tratamiento especial (enemigos), diferenciando del que se les da a los ciudadanos normales; la violación sistemática de la ley por parte de los enemigos se debe tratar dentro de la normalidad que implica la imposición de una pena, a fin de dar vigencia a la prevención general positiva, de esta manera quienes comenten un hecho que la ley señala como delito de las hipótesis a que se refiere el artículo 19 Constitucional son considerados enemigos y por ello requieren de una medida cautelar que permita evitar la comisión de otro delito por parte del acusado.

Esta situación se traduce en que la prisión preventiva oficiosa es contraria a los principios de excepcionalidad y ultima ratio, siendo un medio político, propio del populismo punitivo cuyo objeto es enviar un falso mensaje de justicia a la sociedad.

En ese orden de ideas, la prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar antagónica al Derecho Fundamental a la Libertad Personal y al Principio de Presunción de inocencia en virtud de que basta la existencia de datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito previsto en las hipótesis normativas a que se refiere el

artículo 19 Constitucional para la imposición de esta medida cautelar, acto que desde luego se traduce en la imposición de una pena sin la existencia de una sentencia firme que decreta la responsabilidad penal del imputado y consecuentemente la violación al Derecho Fundamental a la Libertad Personal y al Principio de Presunción de Inocencia, mismos que debieron ser ponderados por el Legislativo durante el proceso legislativo y que resulta imposible proteger por el Órgano Jurisdiccional, pues de igual forma se trastoca la independencia judicial y el principio de contradicción.

Finalmente, en el capítulo cuarto colegimos que la prisión preventiva oficiosa es una medida cautelar que contraviene el espíritu garantista del sistema de justicia penal y consecuentemente vulnera el Derecho Fundamental de libertad personal, así como el principio de presunción de inocencia, pues basta que el imputado sea acusado de cometer un hecho que la ley señala como delito para que solo con “indicios” el Juez de Control de manera automática decreta esta medida cautelar, sin oportunidad de debatir su procedencia, por ello resulta imprescindible que los operadores jurídicos construyamos un andamiaje que a largo plazo permita abrogar la prisión preventiva oficiosa como una medida cautelar.

Ahora bien, recordando que el objeto principal de la presente investigación era analizar la compatibilidad de la Reforma a través de la cual se amplió catálogo de delitos de que ameritan la medida cautelar de la prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 de la Constitución Federal con el espíritu garantista del paradigma de procuración y administración de justicia penal a la luz de las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en materia de Derechos Humanos y como su imposición repercute en el Principio de Presunción de Inocencia y el Derecho Fundamental a la Libertad Personal, podemos establecer que una vez realizado el estudio dogmático sobre las teorías y conceptos en los capítulos que anteceden, podemos establecer que efecto la reforma al artículo 19 Constitucional es incompatible con el espíritu garantista de las Reformas Constitucionales en materia de Justicia Penal y Seguridad Pública y en materia de Derechos Humanos, por ello la imposición de esta medida cautelar repercute en el principio de presunción de inocencia y el Derecho Fundamental de libertad personal, en consecuencia es

una medida que se contrapone al Control de la Convencionalidad, adoptado por virtud de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos.

En suma no existe duda alguna sobre la violación a Derechos Fundamentales como consecuencia de la imposición de la prisión preventiva, pues esta se contrapone al garantismo que constituye el paradigma constitucional, pues esta medida cautelar se caracteriza por “etiquetar” como enemigos a las personas que cometen los hechos que la ley señala como delitos que se encuentran en el catálogo a que se refiere el artículo 19 Constitucional, por ello resulta de suma importancia que los operadores jurídicos establezcamos mecanismos de defensa que permitan establecer que dicha medida es contraria al paradigma constitucional y en su oportunidad generar que el legislativo abrogue este catálogo de delitos de prisión preventiva.

La prisión preventiva constituye una medida cautelar que se erige como un mecanismo para enviar un falso mensaje de justicia, pues el espíritu del sistema penal acusatorio constituye un modelo de justicia restaurativa, que exige la profesionalización de los operadores jurídicos en todas las etapas procesales para evitar la desestimación de las acusaciones formuladas por la Autoridad Ministerial.

Es importante señalar que al concluir esta investigación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene pendiente de resolver la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulado, así como el Amparo en Revisión 355/2021, puesto que fueron retirados para una reestructura, pues en los respectivos proyectos los Ministros ponentes justamente plantean la inconventionalidad de la prisión preventiva, así como lo obsoleto del criterio plasmado en la Contradicción de Tesis 293/2011, pues esta es contraria a los Principios de los Derechos Humanos consagrados en el artículo 1º Constitucional.

FUENTES

Bibliografía

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia derecho humano en el sistema penal acusatorio*, México D.F., Instituto de la Judicatura Federal, México
- BARRAGÁN SALVATIERRA, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3ª. Ed, México D.F., Mc Graw Hill, 2009
- BARBERO, Santos Marino, *et al.*, *Liiber ad honorem Sergio García Ramírez Tomo II*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 1998
- BECCARIA Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015
- BEUCHOT, Mauricio y Saldaña Serrano, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41ª Ed, México D.F., Porrúa, 2011
- CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, México, D. F, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015
- CASANUEVA REGUART, Sergio E, *Juicio oral teoría y práctica*, México D.F., Porrúa, 2008
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México D.F., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Cultura Jurídica México, 2016
- DOTÚ I GURI, María del Carmen, *Los derechos fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, España, Bosch.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *Código Nacional de Procedimientos Penales con apuntes de derecho procesal penal oral acusatorio*, México, INDEPAC, 2014
- EMBRIS VÁSQUEZ, José Luis, *Medidas cautelares. Su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, México, D.F., Porrúa, 2011
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México D.F., Siglo XXI, 2009
- FERAJOLLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª Ed, Trotta, 2001
- FIX ZAMUDIO, Héctor y Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal*, México D.F., UNAM, 1991
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Proceso civil práctico*, t. IX, Madrid, España, La Ley – Actualidad, S.A., 2002

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del derecho mexicano, derecho penal*, México D.F., Mc Graw Hill, 1998,
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J. Jesús, *Los juicios orales en México. Su debida impartición de Justicia*, México D.F., Trillas
- HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, *Programa de Derecho Procesal Penal*, México D.F., Porrúa, 2015
- JAKOBS, Günter y Cancio Melía Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas Ediciones, S.L, 2003
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, México, D.F., Porrúa, 2004
- LUCCHINI, Luigi. *Elemento Di Procedura Penale*, Barbera, Florencia, 1905
- MORENO CRUZ, Everardo, *El nuevo proceso penal en México y el código nacional de procedimientos penales*, 2 Ed., Ciudad de México, Porrúa
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal*, México D.F, Porrúa
- QUINTINO ZEPEDA, Rubén, *Autojustificación de un dogmático*, México, D.F, ArQuinza, 2018
- ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general*, t. I, 1ª. Ed, Madrid, Civitas
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2003,
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México D.F., Porrúa, 2003
- REYES LOAEZA, Jahaziel, *El sistema acusatorio adversarial, a la luz de la reforma constitucional*, México D.F., Porrúa, 2016
- SOLÍS BUITRÓN Víctor Manuel, “A Cien Años de la Constitución de 1917”, *El principio de legalidad en materia penal, a la luz de la constitución actual*, México, Barra Mexicana Colegio de Abogados, 2016
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad Manuel Sánchez Sarto, Ed Labor, España, 1931
- UROSA RAMÍREZ, Gerardo Armando, *El Juicio Oral Penal Manual Teórico – Práctico*, México D.F., Porrúa

WITKER, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*; Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016

Legislación consultada

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Instrumentos Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sitios de Internet

Página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx>

Página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr>

Página oficial de la Organización de los Estados Americanos, <https://www.oas.org/es>

Electrónicas

ACUÑA GRIEGO, F. “*El principio acusatorio en el proceso penal mexicano (monopolio de la acción penal por un órgano del Estado)*”, Revista de la Facultad de Derecho de México, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26613/23979>.

BARBERIS, Julio, “*Los principios generales de derecho como fuente del derecho internacional*”, México, revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/7796/7033>.

CARPIZO, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29. Recuperado en 09 de noviembre de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es

- CARPIZO, Jorge. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29. Recuperado en 09 de noviembre de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es
- DE LA TORRE, Verónica, & Alvarez, Alberto Martín. (2011). Violencia, Estado de derecho y políticas punitivas en América Central. *Perfiles latinoamericanos*, 19(37), 33-50. Recuperado en 07 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532011000100002&lng=es&tlng=es.
- ENRÍQUEZ RUBIO, Hernández, H. (2013). *La prisión. Reseña histórica y conceptual*. *Ciencia Jurídica*, 1(2), 11-28. doi:<https://doi.org/10.15174/cj.v1i2.60>.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Sitio web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11439/10484>
- GÓMEZ, ISA Felipe, "Derechos humanos: concepto y evolución", *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Universidad del País Vasco, <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrar/61>
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio. (2018). La dignidad humana en México: su contenido esencial a SOLÍS GARCÍA, Bertha, *Evolución de los derechos humanos*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>
- MARINA GASCÓN, Abellán. (2018). *La teoría del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli "Derecho y razón"*. 3 de octubre de 2018, de Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Sitio web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11439/10484>
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1), 221-241. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>
- ONU, Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa, <http://www.hchr.org.mx/images/Prisi%C3%B3nPreventivaOficiosa.pdf>

