



**UNIVERSIDAD LATINA, S.C**

INCORPORADA UNAM

---

---

CAMPUS CUERNAVACA  
FACULTAD DE DERECHO

**PRESUNCIÓN DE LA INOCENCIA FRENTE A LA PRISIÓN  
PREVENTIVA OFICIOSA**

**TESIS**

PARA OBTENER EL TITUTLO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

**INGRID CERVANTES ZARATE**

ASESOR: HÉCTOR ROA MARTÍNEZ

CUERNAVACA, MORELOS.

ENERO 2016



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## INDICE

Introducción

### **Capítulo 1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS CAUTELARES EN LIBERTAD EN DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO DE MORELOS.**

#### **1.1 Presunción de Inocencia**

1.1.1 Definición.....	6
1.1.2 Historia de su Evolución.....	12
1.1.3 Marco internacional.....	15
1.1.4 Objetivos Normativos.....	16

#### **1.2 Prisión Preventiva.**

1.2.1 Definición.....	20
1.2.2 Historia de su Evolución en el Derecho Mexicano.....	26
1.2.2.1 Evolución Constitucional.....	26
1.2.2.2 Evolución Jurisprudencial.....	30
1.2.3 Marco Internacional.....	33
1.2.4 Objetivos Normativos.....	37
1.2.5 Requisitos sobre la Procedencia.....	41
1.2.6 Efectos de la Prisión Preventiva.....	43

#### **1.3 Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio**

1.3.1 Definición.....	45
1.3.2 Objetivos Normativos.....	47
1.3.3 Requisitos sobre la Procedencia.....	52

### **CAPÍTULO 2 LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 2008 Y 2011.**

#### **2.1 La Reforma Constitucional sobre seguridad y justicia del 2008.**

2.1.1 Antecedentes de la Reforma Constitucional.....	53
2.1.2 Presunción de Inocencia en la Reforma Constitucional.....	60
2.1.3 Medidas Cautelares en la Reforma Constitucional.....	74

#### **2.2 La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos 2011.**

2.2.1 Antecedentes de la Reforma Constitucional.....	76
2.2.2 Principio pro persona.....	78
2.2.2.1 Vinculación del principio pro persona con otros principios de interpretación favorable.....	84

### **CAPÍTULO 3 COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.**

<b>3.1</b>	Problemática actual de la Prisión Preventiva de Oficio.....	96
<b>3.2</b>	Presunción de Inocencia como Derecho Humano Fundamental y la Prisión Preventiva Oficiosa.....	100
<b>3.3</b>	Propuesta: Reducir la Prisión Preventiva de Oficio.....	119
<b>3.4</b>	Conclusión.....	123

### **CAPÍTULO 4 FUENTES DE INFORMACIÓN.**

4.1	Bibliografía.....	127
4.2	Bibliografía especializada.....	129
4.3	Repertorio Normativo.....	130
4.4	Diccionarios.....	130
4.5	Fuentes Digitales.....	131

## INTRODUCCIÓN

Prisión preventiva y presunción de inocencia son dos conceptos cuyo tratamiento y análisis siempre ha generado un amplio debate. Algunos consideran la necesidad de uno en perjuicio de otro, mientras que otros exponen que en ningún caso se puede lesionar el derecho a presumirse inocente. Este enfrentamiento se hace latente cuando una persona es considerada sospechosa de cometer un ilícito y sometida a un proceso penal.

Alberto Binder, se refiere al derecho a la libertad y lo contrapone a la presunción de inocencia, al afirmar, incluso, que los seres humanos que caminan por las calles no son inocentes, ya que la inocencia es un concepto referencial, que solo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que esa persona pueda ser culpable, ya que la situación normal de los ciudadanos es de “libertad”; la libertad es el ámbito básico de toda persona, sin referencia alguna al derecho o al derecho procesal.

La inocencia del imputado es considerada como un principio rector del proceso penal, de ineludible observancia por la autoridad judicial principalmente, y por aquellas otras autoridades encargadas de la persecución del delito. La persona imputada de infracción penal debe ser considerada como inocente en tanto en cuanto la autoridad judicial, dentro de un proceso penal, no establezca que es culpable mediante una sentencia o resolución.

La presunción de inocencia es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de no autor mientras no se expida una resolución judicial firme. La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad, es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos en materia procesal penal.

La presunción de inocencia significa, primero que nadie tiene que construir su inocencia; segundo, que solo una sentencia declarara esa culpabilidad

jurídicamente construida, que implica la adquisición de un grado de certeza, tercero, que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial y cuarto; que no puede haber ficciones de culpabilidad; la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

Conjugar el principio de presunción inocencia y la prisión preventiva durante la sustanciación de un proceso penal, constituye una tarea bastante áspera y espinosa en el debate jurídico-penal. Existe una lucha por hacer valer las garantías individuales frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, en donde el hombre durante años ha luchado para obtener el pleno reconocimiento y respeto mínimo del derecho fundamental a la libertad; sin embargo, este se ve restringido por el *ius puniendi* del Estado cuando se comete un hecho reprochable jurídicamente, teniendo como respuestas el encarcelamiento, incluso preventivo.

La trascendental reforma de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 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 Política de los Estados Unidos Mexicanos (2008) propone un sistema garantista de respeto a los derechos de la víctima, del ofendido y del imputado; consagrando como derecho fundamental la presunción de inocencia para éste último, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (20,B.I.).

Con lo anterior deja de ser un principio teórico del derecho y ahora representa una garantía procesal ineludible que se analiza en este trabajo en virtud de la problemática que genera con relación a la prisión preventiva y de manera específica con la admisión de la culpabilidad del procesado como requisito para la apertura del juicio sumario oral.

Es por ello que resulta importante, plantear la siguiente interrogante: ¿La prisión preventiva vulnera o no el principio de presunción de inocencia?

## Capítulo 1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, LA PRISIÓN PREVENTIVA Y MEDIDAS CAUTELARES EN LIBERTAD EN DERECHO PROCESAL PENAL ACUSATORIO DE MORELOS.

### 1.1 Presunción de Inocencia.

#### 1.1.1 Definición.

La defensa de cualquier derecho siempre evidencia posiciones más liberales o progresistas, frente a otras más conservadoras. Cada posición cuenta con una gama importante de métodos de interpretación y argumentación desarrollados por la ciencia jurídica. Sin embargo, en un Estado de Derecho democrático el conflicto que surge de tales posiciones siempre será atendido por tribunales independientes e imparciales, capaces de generar criterios científico-jurídicos que —en teoría— resolverán de mejor manera el conflicto. Resolver de la “mejor manera” no es tarea fácil. Si esto fuera así, no existirían teorías de la argumentación jurídica diferentes ni debates académicos entre quienes las sostienen. Al final del día, los jueces también nutren sus resoluciones de juicios de valor que sirven para dotar de significado a conceptos como proporcionalidad y razonabilidad. Para parafrasear a Ferrajoli respecto de la presunción de inocencia, el principio de jurisdiccionalidad exige que la acusación penal en contra de una persona sea sometida a prueba en un juicio regular; el objeto del proceso penal es la prueba de la culpa, no la prueba de inocencia. [Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 549]. La presunción de inocencia no es un simple principio de interpretación ni una regla probatoria, sino un derecho con significado práctico a lo largo del proceso penal que garantiza una protección especial a las personas acusadas de algún delito. Por tanto, como derecho de la persona imputada, el respeto y ejercicio efectivos de la presunción de inocencia van más allá de la verdad y de la justicia. Entender este punto no ha sido fácil para el orden jurídico mexicano. A menudo somos testigos de prácticas institucionales y escuchamos expresiones de funcionarios públicos que transgreden de manera directa la presunción de inocencia. Procuradores que exigen la prueba de inocencia en lugar

de autoexigirse la prueba de culpabilidad; manifestaciones que acentúan la noción de —presunto culpable” sobre las de persona y dignidad humana. Quienes sostienen esta visión, tal vez olvidan que, históricamente, la negación de la presunción de inocencia prevaleció en regímenes antiliberales como el fascismo [Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, p. 495]. La presunción de inocencia está en constante tensión con otros derechos, en particular con los de las víctimas a salvaguardar su integridad o a contrarrestar posibles riesgos de reincidencia, en protección al derecho de la sociedad a la seguridad ciudadana, así como con el derecho a la libertad de expresión o de información. En la defensa de cualquiera de estos derechos siempre existirá el interés de una persona o grupo frente al interés de la —sociedad” [S. Trechsel, *op. cit.*, p. 11]. Por ello, en el proceso penal los derechos humanos se ven sometidos constantemente a la consideración del legislador y al escrutinio judicial. Son derechos que han cobrado relevancia a partir del desarrollo de la teoría y práctica del garantismo penal elaboradas con base en un contexto de legado fascista que heredó —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” [Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, pp. 192-193]. En ese sentido, [...] el garantismo se vincula a la tradición clásica del pensamiento penal liberal y expresa la exigencia, propia de la Ilustración jurídica, de minimización de ese —terrible poder” —como lo llamó Montesquieu— que es el poder punitivo, mediante su estricto sometimiento a la ley: en concreto, mediante el sometimiento a la ley penal del poder penal judicial y mediante el sometimiento a las normas constitucionales del poder penal legislativo [Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, pp. 192-193] El temor que un mal sistema de justicia puede infundir a los y las ciudadanas indica su falta de legitimidad [L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 549-550] Así, el reto de cualquier sistema de justicia penal es dotar de contenido a ciertos principios positivizados, de manera ambigua, como —debido proceso” y generar certidumbre respecto de los elementos del derecho a un juicio justo, en particular del de presunción de inocencia mediante el desarrollo de jurisprudencia que vincule de manera efectiva a todas las autoridades y a terceros.



Así, este fascículo tiene como objetivo definir el principio de presunción de inocencia de acuerdo con los parámetros de derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional y presentar algunos de los problemas que la aplicación de este derecho ha tenido en la práctica en México, que por muchos años han contrarrestado su efectividad como derecho de defensa de las personas.

El principio de inocencia, en su carácter de *in dubio pro reo*, existe desde el Derecho Romano. Es un principio que dejó de ser relevante durante la Baja Edad Media debido a las prácticas inquisitivas prevalecientes, en que la duda sobre la inocencia significaba culpabilidad [Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid España, Editorial Trotta, p. 550-551].

El antecedente moderno más remoto se encuentra en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la Revolución Francesa de 1789, que da fundamento a la necesidad de un juicio previo para cualquier persona. [Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos* p. 492]. El artículo 9o. de la Declaración señala:

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

Desde finales del siglo XIX el principio fue duramente atacado debido a la “revolución autoritaria de la cultura penalista” [Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid España, Editorial Trotta, p. 550].

De acuerdo con Vélez Mariconde:

[...] el positivismo criminológico [...] llegó a definir como absurda esta garantía de la seguridad individual, al menos en ciertos casos (confesión, delito en flagrante, delincuentes habituales, reincidentes o por tendencia); para ellos, la hipótesis sólo sería admisible si se trata de un delincuente ocasional que ha rechazado la imputación, y, aun en ese caso, durante cierto periodo del procedimiento, porque

el encarcelamiento preventivo, fundado en la sospecha evidente o en la probabilidad de que la imputación sea cierta, la remisión a juicio del acusado, la sentencia no firme, y hasta la misma imputación fundada que abre una persecución penal, revelan que al imputado no se lo presume inocente sino, antes bien, culpable. [Citado por J. B. J. Maier, *op. cit.*, pp. 492-493].

El pensamiento liberal, dice Maier, —aprecia la máxima como elemento fundante del proceso penal y le otorga un contenido material indiscutible, que influye sobre las principales instituciones procesales (la prueba, la sentencia, la situación del imputado, las medidas de coerción)”.

La presunción de inocencia es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal que informa la actividad jurisdiccional como regla probatoria y como elemento fundamental del derecho a un juicio justo. La presunción de inocencia tiene como consecuencia que:

El imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata en verdad de un punto de partida político que asume —o debe asumir— la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo. [Citado por J. B. J. Maier, *op. cit.*, pp. 491].

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. De este modo, un juez no puede condenar cuando la culpabilidad no ha sido verificada más allá de toda duda razonable; esto es, —cuando los órganos de persecución penal no han podido destruir la situación de inocencia, construida de antemano por la ley”.

En opinión de Pliego, —presunción” debe entenderse en el sentido de lineamiento que exige cierto tratamiento de las personas que no han sido condenadas, y dichas personas —deben ser tratadas de una manera compatible a la posibilidad de

que sean inocentes”; inocencia entendida como libertad de culpa. [*Julio Antonio Hernández Pliego, El proceso penal mexicano, p. 273. Según el autor, en el proceso penal el término inocencia “no tiene un significado ético sino exclusivamente jurídico”*]. Así, es factible esperar dos tipos de conducta hacia la persona acusada. La primera consiste en no tomar medida alguna que tenga como consecuencia la restricción de la presunción de inocencia, y la segunda estriba en evitar cualquier declaración de culpabilidad antes de la sentencia; incluso, una vez declarada la inocencia, se ha considerado que la expresión de sospecha de culpa debe prohibirse.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido en diversas tesis aisladas el contenido complejo y la evolución de la presunción de inocencia. De acuerdo con el máximo tribunal, el contenido del principio indica dos significados concretos. Primero, como regla probatoria con dos dimensiones, como regla que impone la carga de la prueba a quien acusa (Ministerio Público) y como principio in dubio pro reo, y segundo, como derecho fundamental de toda persona sujeta a juicio.

Desde este punto de vista, la presunción de inocencia es una regla que impone la carga de probar la culpabilidad a quien acusa. Todos los textos legales que regulan la presunción de inocencia en México asumen en su definición la presunción de inocencia hasta que no se dicte sentencia definitiva de acuerdo con la ley. No obstante, en la actualidad no todas las causas iniciadas en el sistema penal mixto, y sobre todo en el acusatorio, alcanzan esa etapa. Existe una vasta cantidad de actos procesales previos que no culminan en la etapa de juicio, ya sea el perdón de la víctima, criterios de oportunidad, suspensión del proceso a prueba o procedimientos abreviados. Maier señala que durante el procedimiento existen actos procesales que admiten la probabilidad positiva acerca de la imputación, como la prisión preventiva. La probabilidad positiva funda el progreso de la persecución penal y, por ello, basta para la consignación o formulación de imputación, el acto de formal prisión o la vinculación a proceso, la acusación y la apertura de la etapa de juicio.[ *J. B. J. Maier, op. cit., pp. 496-497*]. Por otra parte,

hay actos procesales en los que la persona imputada de un delito admite su culpa, es decir, confiesa. Aquí es necesario hacer una distinción: en la tradición civil romana, que nutre el sistema penal mixto en México, la confesión es materia de valoración en conjunto con el catálogo de pruebas considerado por los códigos procesales, mientras que en la tradición jurídica anglosajona, la que da origen al sistema acusatorio, la confesión prácticamente tiene efectos de sentencia. En cualquiera de los dos casos, la confesión dificulta justificar la presunción de inocencia, [S. Trechsel, *op. cit.*, p. 161.] pero no la destruye, pues es necesario que la culpabilidad sea reconocida por una resolución judicial. Cabe recordar que en los actos procesales en los que se da la admisión de culpa por parte de la persona imputada, ésta debe ser hecha sin que medie coacción alguna [*Derecho reconocido por el artículo 8.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos*].

Todos estos actos exigen acciones probatorias en el proceso penal con el fin de dar lugar a la probabilidad positiva de la que habla Maier, los cuales, concatenados, lleven a generar la convicción del juez para condenar o absolver.

El principio de presunción de inocencia, como regla probatoria, se constitucionaliza en el apartado A, del artículo 20, de la siguiente manera: —“La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”. La perspectiva de regla probatoria del principio indica una visión orientada hacia el resultado. Esto quiere decir que tanto la autoridad que acusa como los jueces deben estar abiertos siempre a la evidencia que se presenta durante el juicio, la cual puede cambiar su opinión personal sobre la culpabilidad de la persona acusada; incluso si la evidencia en su contra es avasalladora de inicio[S. Trechsel, *op. cit.*, p. 163].

Al respecto, tienen prohibido hacer cualquier declaración antes de que se dicte sentencia que pueda afectar la presunción de inocencia del defendido. Aquí, el derecho a un tribunal imparcial cobra la mayor importancia; con base en estos supuestos, entonces, se evitarán condenas injustas y se protegerá la equidad del procedimiento.[*Respecto del derecho a un juez independiente e imparcial y la*

*presunción de inocencia, la resolución del caso Polay Campos por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los “jueces sin rostro” señaló que, en dicho sistema, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, y tampoco asegura el respeto a la presunción de inocencia. Cf. Comunicación núm. 577/1994: Perú. 20/10/1997. CCPR/C/61/D/577/1994].*

### 1.1.2 Historia de su Evolución.

Siendo una idea inherente al ser humano considerado como un ser social, la importancia de la inocencia se ha manifestado en diversas épocas de la humanidad. El jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones: —Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente—. De alguna manera esa idea persistió no solo entre los romanos sino en las naciones tocadas por la influencia de ese imperio; con el agregado de bondad y comprensión incorporado por el cristianismo. Durante la Edad Media, el sistema de “justicia” se sustentaba en una represión solo explicada por las ansias de poder absoluto de unos cuantos; eran normas precarias en cuanto a garantías del acusado; la clase gobernante no tenía prejuicio alguno en admitir pruebas ilegales y en recurrir al uso indiscriminado de la tortura como un medio válido para obtener la confesión. El acusado no era considerado un simple sospechoso; antes bien, se le estimaba y se le trataba como culpable; por tanto, a él le correspondía el deber de destruir las pruebas o las simples conjeturas de culpabilidad, para demostrar su inocencia. Al finalizar esa época emblemática de la inquisición (1670), en Francia se dictó una ordenanza que incluía el siguiente párrafo: —Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos” [Julio Antonio Hernández Pliego p. 86] Fue esa ordenanza la que posteriormente (segunda mitad del siglo XVIII) motivó severas críticas de Voltaire, quien postuló —desde entonces— el juzgamiento por jurados en juicio oral y público y se pronunció a favor de otras garantías para el acusado: asistencia de defensor, íntima convicción en la valoración de la prueba, supresión

de la tortura. En la época de la Revolución francesa, los pensamientos que sirvieron de sustento ideológico al movimiento armado provienen principalmente de las mentes de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, y se sintetizaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En ese texto no podía dejar de referirse a la presunción de inocencia, como una fórmula para reivindicar la dignidad de la persona del gobernado frente al Estado. En su artículo 9 se establece: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable” (todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable). En Inglaterra el que fuera niño genio del utilitarismo, Jeremías Bentham, expresó ideas que coincidían en lo sustancial con la máxima basada en la inocencia de la persona; adujo que el acusado debía ser escuchado en juicio y darle la oportunidad de probar, ya que —así lo entendía el pensador inglés— —~~todo~~ ser humano es inocente por naturaleza”.

Mientras que en el mismo siglo de la Revolución francesa, en Italia Beccaria también consideró de un rango predominante al mismo principio en su Tratado de los delitos y de las penas (1764), en una parte de su capítulo XVI, dice: —...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”. Incluso este humanista italiano fue más allá en el tema de considerar la inocencia como un principio básico del proceso penal, pues se opuso abiertamente al encarcelamiento preventivo, al cual consideraba una pena anticipada, y que por tanto sólo podía aplicarse cuando se actualizarán suficientes requisitos legales. En la misma tónica se pronunció por la conveniencia de separar los recintos carcelarios entre acusados y convictos, razonando que —un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida” [*Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, 3ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1988, p. 61*].

La doctrina del Derecho penal tiene otra cúspide importante en el siglo XIX, con la denominada Escuela Clásica italiana, en la que destaca Francesco Carrara, quien respecto al estado de inocencia expresó: El postulado de que parte la ciencia en

esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad(...) con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón.

Sería mentira decir que en la historia moderna del Derecho penal ha existido un total y rotundo consenso en la voluntad de preservar la inocencia en el proceso criminal. Ejemplo claro de oposición la encontramos sobre todo en la que se conoce como Escuela Positiva Italiana (finales del siglo XIX), fundada principalmente por las ideas de Rafael Garofalo y Enrico Ferri. Garofalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque su tesis admite que no conviene condenar al imputado anticipadamente, pues debe tener oportunidad de demostrar la inocencia. De igual manera, Enrico Ferri afirmaba que la presunción de inocencia en el proceso penal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia o los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica. Por los mismos fueros la llamada Escuela Técnico-jurídica, en voz de su máximo exponente Vincenzo Manzini, niega la existencia de la presunción de inocencia a favor del imputado, incluso puede decirse que niega la inocencia como un estado natural o normal del ser humano; sintetiza sus ideas en el razonamiento siguiente: el establecimiento de la presunción de inocencia sería una cuestión insensata, dado que la experiencia ha demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables y que el orden natural de las cosas hace presumible la procedencia de la imputación.

### 1.1.3 Marco Internacional.

La primera referencia jurídica sobre la importancia de la libertad, y por ende de la condición de inocente, se encuentra en el Corpus Iuris Civile [Romero Arias, Esteban, *La Presunción de Inocencia*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p.18], en el cual Ulpiano manifiesta:

*“Satius est, impunitum relinqui facinus nocentes, quam innocentem damnari”*

Lo cual se traduce a que nadie puede ser condenado por simple sospecha, ya que es mejor dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.

No obstante, el inquisitivo sistema medieval más adelante vendría a romper con toda la idea anterior, para no ser hasta 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que quedase asentada en la doctrina legal como un principio esencial del proceso penal, bajo la premisa de impedir que los sometidos a proceso fueran tratados como verdaderos reos del delito imputado, considerando este principio como la protección contra los excesos represivos de la práctica común.

De esta manera, con el natural y subsecuente desarrollo jurídico de este principio, se consolidó como un freno a los abusos policiales y judiciales y fortaleció la idea de que la presunción de inocencia de todo imputado sólo podía ser desvirtuada a través de una acusación fundada en pruebas irrefutables que no dejaran duda de la responsabilidad y que asimismo la aportación de esa prueba le correspondía a los órganos de impartición de justicia, ya que el acusado no necesita acreditarla. Así, en el numeral 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano se establece de manera sucinta que:

*–Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”*

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos [Diario Oficial de la Federación el 7 de Mayo de 1981], en su artículo 8.2 establece que:



*–Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [*Diario Oficial de la Federación el 20 de Mayo de 1981*] a su vez indica en su numeral 14.2 que:

*–Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.*

El artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [*Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948*] contempla también que:

*–Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa”.*

#### 1.1.4 Objetivos Normativos.

La observancia del principio de presunción de inocencia se traduce para el juez, durante el proceso penal, sin importar la fase de éste, por supuesto de acuerdo a los requerimientos probatorios que impone la ley (no es lo mismo demostrar una probable responsabilidad criminal que la responsabilidad criminal plena, por ejemplo), en los siguientes efectos prácticos:

**A.** *La carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, es decir, al Ministerio Público.*

Es una fórmula que pudiera parecer obvia pero que con inexplicable frecuencia perdemos de vista, confundida en un mal planteamiento de los fallos. En ocasiones, los razonamientos fáciles y la inercia de condenar llevan a los juzgadores a revertir la principal obligación de probar, sustentando la condena en la circunstancia de que el acusado no probó su versión de hechos, sin analizar de

manera conveniente si el órgano de acusación probó eficazmente, sin duda alguna, la existencia del delito y la responsabilidad del imputado.

***B. El acusado debe ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial.***

El concepto de independencia, bien entendido, supone que el juzgador en todo caso sólo es súbdito de la justicia, de la verdad y de la razón; a nadie en particular le debe sus decisiones, aunque ciertamente debe cumplir con el verdadero sentir social exclusivamente en la interpretación adecuada de la ley. El juez es obviamente parte del Estado, pero debe ser la parte más objetiva y reflexiva de éste. No puede, por ende, prejuzgar la inocencia ni decidir con base en factores que estén fuera de los hechos del juicio y de las normas aplicables. Cuestión que no es fácil y a veces exenta de popularidad si se piensa que hay casos e imputados que antes de la sentencia del juzgador, prácticamente ya han sido enjuiciados y condenados por gente ajena a las partes en el proceso, como son los medios informativos o por personajes con cierto protagonismo público. José Manuel Bandrés con especial atino escribió que la independencia del Poder Judicial se manifiesta por la separación de los órganos judiciales de otros poderes del Estado y además con la atribución de la actividad netamente jurisdiccional exclusivamente a los jueces, así como la no subordinación de los juzgadores al Poder Ejecutivo o a cualquier otro poder del Estado. El propio Bandrés agrega:

La independencia del juez debe traducirse en la libertad de decisión del juez al afrontar sus resoluciones; independencia interna que se ejerce frente a las partes interesadas en el proceso, rodeándose el juez del hábito de la imparcialidad, pero además frente a la propia organización judicial, que debe abstenerse de injerirse en las funciones jurisdiccionales de otros jueces, sino es por la vía del recurso.

***C. El acusado no puede ser obligado a declarar en su contra.***

Es el sentido del denominado —~~de~~ derecho a guardar silencio”; lo que implica no solamente la ausencia de cualquier tipo de presión para obtener el eventual reconocimiento de culpabilidad, sino la supresión total de consecuencias legales

por negarse a declarar o por no hacerlo en algún momento determinado. De esa manera, resultaría contrario a la presunción de inocencia concluir en alguna resolución que el imputado es culpable (o que se presume su culpabilidad) solo porque se negó a declarar o por haberlo hecho con posterioridad a la primera oportunidad que tuvo en el procedimiento.

***D. Para condenar a alguien el juez debe estar plenamente convencido, fuera de toda duda razonable, de la culpabilidad del enjuiciado.***

Implica asumir de entrada, sin reticencias, obviamente sin prejuicios, la inocencia del imputado, con la conciencia de que nuestras resoluciones no son un acto meramente declarativo, sino que implica afectar los bienes más preciados de los gobernados, como son la libertad, la dignidad y el patrimonio; por tanto, se debe estar seguro de que se aplica una sanción a quien, para su desgracia, la merece. Parte necesaria de este efecto legal de la presunción de inocencia es el aforismo in dubio pro reo recogido en diversas tesis jurisprudenciales de nuestra Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados, en las cuales en esencia establecen que el alcance del mismo es la absolución del acusado ante la ausencia de prueba plena. De especial mención es la tesis de la Primera Sala de nuestra Suprema Corte, correspondiente a la novena época, cuyo rubro es: —PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO. ESTÁ PREVISTO IMPLÍCITAMENTE EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS” [*Novena Época, tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, agosto de 2005, p. 300, núm. De reg. 177,538*].

Pues establece una suerte de derivación del principio in dubio pro reo del diverso de presunción de inocencia. A pesar del reconocimiento de que la duda beneficia al enjuiciado, hay que admitir que a veces en la práctica se dan sentencias condenatorias ante la duda, pensando que eso es lo que se espera de los juzgadores y que es menos problemático dejar, en todo caso, la determinación absolutoria a los tribunales revisores.

***E. El acusado debe beneficiarse de todos los medios para su defensa.***

Es decir, al imputado no se le deben poner obstáculos. Al contrario, se le deben de facilitar los medios para que obtenga las pruebas que requiera para su defensa, pues hay que entender el hecho de que muchas veces se encuentra privado de su libertad y por tanto limitado para obtener sus pruebas. Por otra parte, tal vez la más importante, en esencia se trata de un particular que se enfrenta a la fuerza y el poder del Estado; por tanto debe tratar de equilibrarse tal diferencia de fuerzas.

*F. La actividad probatoria de cargo debe sujetarse estrictamente a las reglas del debido proceso.*

De ello se desprende la obligación de que las pruebas de cargo se obtengan de manera lícita, de acuerdo con las normas legales que rigen en materia procesal, bajo pena de nulidad absoluta (es decir, ni siquiera podrían considerarse parcialmente para sustentar una condena). Habría que agregar que tales probanzas no sólo deben cumplir con reglas formales sino con una congruencia lógica interna y externa, esto es, verosímiles por sí mismas y en la medida en que se relacionan unas con otras; hay necesidad, pues, de que el juzgador, bajo esos dos lentes (el de la formalidad legal y el de la lógica) justiprecie los elementos probatorios en que se basa la acusación.

*G. Un mínimo de molestias y consecuencias para el imputado, como efecto del proceso.*

Si hay que decidir entre dos o más opciones en relación con el acusado durante el proceso, debe escogerse siempre la que implique menos consecuencias negativas. Ello no se circunscribe a cuestiones de fondo, sino en cualquier punto inherente a la situación del reo. Vale decir que incluso el hecho de que en nuestro país exista una clasificación legal de delitos considerados como graves y el impedimento para que el inculcado de alguno de tales ilícitos pueda estar en libertad durante el proceso, es vista como una circunstancia que atenta contra el principio de presunción de inocencia. Obviamente ello no es culpa de los juzgadores, es la ley la que así lo determina expresamente.

## **1.2 Prisión Preventiva.**

### 1.2.1 Definición.

Antes que nada, y a fin de posibilitar algunas especificaciones conceptuales y terminológicas, debemos precisar que se entiende o, mejor dicho, cual es la noción que sobre la prisión preventiva se ha tenido y se tiene en la actualidad. Naturalmente, desde el punto de vista histórico, doctrinal y legislativo la detención preventiva ha sido entendida y, por tanto definida de muy diversas maneras. El concepto sobre esta institución, en consecuencia, ha variado según el sistema procesal acusatorio, inquisitivo o mixto, imperante en determinadas épocas o en ciertos países, y diferirá de acuerdo con el o los autores que se tomen en cuenta, así como en función de los sistemas legales considerados.

Históricamente, es bien sabido, el sistema acusatorio no concebía el encarcelamiento del inculcado sino hasta después de dictada la sentencia definitiva; en cuanto al sistema inquisitivo, este reducida el proceso al examen del inculcado, y su captura y encarcelamiento eran una operación preliminar e indispensable entre los medios de coerción para descubrir la verdad.

En cuanto a la doctrina, las innumerables definiciones propuestas han dado lugar, incluso, a su clasificación en diversos grupos, según sea que las mismas sigan o se aparten de alguna corriente doctrinaria o se ajusten o no a la definición propuesta por algún autor en particular. Es innecesario, por largo y reiterativo, proceder no ya a examinar a fondo, sino simplemente a citar toda la extensa gama de definiciones de la prisión preventiva. Únicamente quisiera hacer hincapié en que, por un lado, la gran mayoría de tales definiciones solo son parcialmente explicativas de lo que es y en lo que consiste esta medida y, por el otro, que todas ellas admiten como indispensable para lograr los fines del proceso la presencia del inculcado ante el órgano jurisdiccional, presencia que, se considera, solo es factible asegurar mediante la prisión preventiva.

Desde el punto de vista legislativo, sea a nivel interno o en el plano internacional, la mayor parte de las legislaciones vigentes hoy en día vinculan la prisión

preventiva al procedimiento de instrucción; y las pocas que se apartan de esta sistemática lo hacen por diversas razones, dogmáticas o de otra índole, de las cuales podemos haber caso omiso aquí, ya que de ninguna manera afectan el hecho de que detención preventiva es una medida que implica el encarcelamiento de una persona en tanto se decide sobre el mérito de la acción emprendida en su contra; por regla general, salvo la excepción unánime tratándose de casos de flagrante delito y en algunos países tratándose también de casos de urgencia, su imposición está condicionada a la existencia de una orden o mandato judicial y su aplicación, expresamente reconocida como excepcional, queda reservada para los delitos graves.

Ahora bien, de todo lo anterior, y de ninguna manera exentos de incurrir en la misma parcialidad explicativa antes señalada, podemos inferir que la prisión preventiva sería: la medida privativa de la libertad, impuesta excepcionalmente al pres supuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de sentencia firme.

En consecuencia, esta institución prevista y organizada actualmente por la totalidad de las legislaciones del mundo, reviste, en opinión propia, cuatro caracteres esenciales, a saber: primero, se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal; segundo, que debe imponerse solo de manera excepcional; tercero, en virtud de un mandato judicial, y cuarto, hasta el momento en que se pronuncia la sentencia definitiva sobre el fondo.

Por otra parte, si etimológicamente detención, en tanto que acción de detener, ambos términos en latín: el primero de detentio-onis: privación de la libertad, arresto provisional; el segundo de detinere: detener, poner en prisión), implica el hecho del aprisionamiento, y preventiva, tomada no en el sentido de acción encaminada a evitar anticipadamente que un hecho se produzca, sino en su aceptación propiamente jurídica y referida a la detención, es decir, la que es aplicable a aquel que debe responder de una acusación formulada en su contra, no vemos el por qué deba diferenciarse la detención de la aprehensión o captura de una persona, siendo todos estos términos sinónimos; o bien distinguir entre

detención y detención preventiva, llámese a esta última custodia, reclusión o prisión preventiva; o incluso subdividirla en periodos sucesivos.

Tal es el caso, por ejemplo, en México, donde, con base en el artículo 16 de la Constitución, se considera que: —al detención se presenta en tres hipótesis diferentes: a) detención por cualquier individuo, en caso de delito flagrante; b) detención por autoridad administrativa, justificada por la urgencia, y c) detención por orden de la autoridad jurisdiccional (orden de aprehensión)”. Y se agrega: —~~e~~ todo caso la detención, en sentido estricto, concluye al dictarse el auto de formal prisión.” Sin embargo, al mismo tiempo se reconoce que: —al preventiva, no es otra cosa que la prolongación y acentuamiento de la detención”.

Por nuestra parte, creemos que las tres hipótesis antes señaladas se refieren no tanto a la detención como a la aprehensión. En efecto, el citado artículo 16, entre otras prescripciones, establece, primero, una regla general y, luego, dos excepciones en materia de aprehensión o detención, utilizando aquí, obviamente, este segundo término como sinónimo del primero. Ahora bien, siguiendo no el orden de la Constitución sino el de las tres hipótesis en cuestión, estas repetimos, se refieren concretamente al acto de la mera aprehensión; la primera, porque dicho artículo 16, al referirse a la excepción en los casos de flagrante delito, señala expresamente que —~~c~~ualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata...”, la segunda, puesto que el mismo artículo 16, al disponer que —~~s~~alamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial”, utiliza, como aparecerá más claro en la tercera hipótesis, detención como sinónimo de aprehensión y, al mismo tiempo ordena, como para la primera hipótesis que la puesta del inculcado a disposición de la autoridad judicial sea inmediata, es decir, tan pronto como la aprehensión ocurra.

Confirman lo anterior, la fracción XVIII del artículo 107 de la propia Constitución al disponer que:

—también será consignado a la autoridad o a gente de ella al que, realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de un juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes. Si la detención se verificare fuera del lugar en que reside el juez, al término mencionado se agregara el suficiente para recorrer la distancia que hubiere entre dicho lugar y en el que se efectuó la detención”.

Por otra parte, se sostiene que dicha prisión preventiva —comprende dos periodos a saber:

1) aquel que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta la condena privativa de libertad o el de libertad por falta de méritos, y 2) el que comienza con la pronunciación de sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate”. Sin embargo, al mismo tiempo y en forma por demás confusa, se hacen las afirmaciones siguientes: —La aprehensión o detención de una persona es el acto que origina la privación de su libertad. Esta privación se manifiesta en su estado o situación que se prolonga... durante el proceso penal propiamente dicho...” y —se traduce en la prisión preventiva, la cual obedece a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido quede a disposición de la autoridad judicial, por una parte, o la sentencia definitiva que, como requisito *sine qua non* de todo juicio penal, establece el artículo 19 constitucional, por la otra”. De la misma forma se agrega que: —Aunque se esté proveído el que estrictamente implica el comienzo de la prisión preventiva, está en realidad se inicia desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del juez”; y se termina recalcando: —En síntesis, la prisión preventiva, en sus dos periodos indicados, se manifiesta en la privación de libertad que sufre el sujeto desde que se aprehendido por mandato del juez o puesto a disposición de este, hasta que recae sentencia ejecutoria en el proceso respectivo”.



En opinión propia, la prisión preventiva se inicia a partir del momento en que una persona es aprehendida en cualquiera de las tres hipótesis contempladas por el artículo 16 de la Constitución. En apoyo de lo anterior, baste hacer notar que la constitución, en su artículo 20, fracción X, *in fine*, ordena categóricamente que: —“Ertoda pena de prisión que imponga una sentencia, se computara el tiempo de la detención”, y, por un lado, ya hemos visto que la constitución emplea detención como sinónimo de aprehensión y, por el otro, se admite que tal prescripción debe interpretarse en sentido amplio, o sea, que en tal computación debe quedar comprendido el tiempo transcurrido en detención, *stricto sensu*, y en prisión preventiva.

De todas formas, de aceptarse una subdivisión, por lo demás innecesaria dados los términos contundentes de la Constitución en materia de imputación, la detención preventiva comprendería tres y no dos periodos como se afirma. Es decir, el primero que empezaría con la aprehensión, en cualquiera de las tres hipótesis indicadas, hasta la puesta de la persona aprehendida a disposición de la autoridad judicial; el segundo correría a partir del momento en que la autoridad judicial tiene a su disposición a la persona aprehendida, hasta la orden de prisión preventiva o el de libertad por falta de pruebas; y, el tercero, que iría desde que se dicta la orden de aprehensión, hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Por otra parte, aceptando la subdivisión de la detención preventiva en dos periodos. Y haciendo partir el primero desde el momento en que la persona queda bajo la autoridad judicial, lo cual no tendría ninguna repercusión en los casos de flagrante delito y urgentes, puesto que la puesta del inculcado a disposición de la autoridad judicial debe ser, según sea el caso, sin demora o inmediatamente, es decir, sin sujeción a ningún termino, en el caso de la aprehensión por el Ministerio Publico, o sea por la policía judicial, se dejaría fuera de la imputación de la pena para el tiempo transcurrido desde la aprehensión del inculcado por estas autoridades, hasta su consignación al juez, en franca contradicción con la propia Constitución.

En fin, del hecho mismo de que la Constitución, en su artículo 19, primer párrafo dispone que: —Ninguna detención podrá exceder del termino de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión...” aparece claro también lo siguiente: primero, que en este caso concreto se está dando al termino detención la dimensión y la significación misma de la detención preventiva, ya que para que una detención que excede de tres días pueda, según reza la constitución, —justificarse”, es decir, confirmarse o convalidarse y, por ende, no concluir, sino mantenerse o prolongarse, se requiere la existencia del citado auto de formal prisión, y, segundo, que en tal virtud resulta erróneo diferenciar detención de prisión preventiva ya que, designase como se quiera a la detención posterior a tal auto, el hecho es que de todas formas dicha medida significa, antes y después del auto, una sola y misma cosa, o sea la privación de libertad del presunto responsable [*Ignacio Burgoa, Las Garantías Individuales, 6ª edición, México, Editorial, Porrúa, 1970, p. 617*].

A semejante confusión ha contribuido, desde luego, la gran variedad de términos utilizados muchas veces en forma anárquica e indiscriminada tanto por la literatura especializada como por la legislación, sea esta nacional o internacional.

Para referirse con diversos nombres a una sola y misma institución, es decir a la prisión preventiva.

Pudiera parecer superfluo o irrelevante proceder a tal precisión terminológica. Sin embargo, no es así si se toma en cuenta que la determinación del inicio, duración y terminación de la prisión preventiva son de fundamental importancia para, entre otras cosas, la imputación de la pena o la fijación de la indemnización por detención excesiva, según sea el caso.

Ahora bien, al igual que la noción de prisión preventiva, la reglamentación sobre esta medida ha variado y evolucionado según la época y el país de que se trate, así como conforme a las preocupaciones o tendencias imperantes en el momento de la elaboración de las disposiciones pertinentes.

## 1.2.2 Historia de su Evolución en el Derecho Mexicano.

### 1.2.2.1 Evolución Constitucional.

Desde su texto original, nuestra Constitución vigente señalaba en su artículo 20 el derecho de todo individuo a ser puesto en libertad en los juicios del orden criminal, sujeto a que otorgara fianza: —~~según~~ según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad, u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla”[*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 20*]. Asimismo, se señaló que la prisión preventiva no podrá exceder el tiempo que la ley señalara como pena máxima al delito que se imputara al inculcado. Desde la publicación de tal numeral y hasta la fecha, el estándar para la imposición de prisión preventiva ha sufrido seis modificaciones constitucionales, siendo que hasta la reforma del 3 de septiembre de 1993, se atendió a la duración de la posible pena a fin de determinar si procedía o no la libertad provisional bajo **caución**.

Por su parte, el límite a su duración, sólo se ha modificado en una ocasión, mediante la reforma del 18 de junio de 2008.

En efecto, en la señalada reforma del 3 de septiembre de 1993, el artículo en cuestión sufrió una modificación relevante, en tanto la libertad provisional se condicionó a que —~~no~~ se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio” [*El texto completo del artículo después de dicha reforma es el siguiente: Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculcado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. El monto y la forma de caución que se fije deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial*

*podrá disminuir el monto de la caución inicial. El juez podrá revocar la libertad provisional cuando el procesado incumpla en forma grave con cualquiera de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso].*

Entonces, para determinar si una persona sujeta a proceso debía confinarse en prisión preventiva, se modificó el criterio original atinente a la duración de la pena, adoptándose el diverso relativo a la gravedad del delito. A esta reforma siguió la del 3 de julio de 1996, en la que además se establecieron parámetros para dictar la prisión preventiva aun en casos de delitos no graves.

Ahora, debe notarse que los parámetros que establecía la Constitución tenían un denominador común: quedaba en manos del legislador ordinario el determinar en qué casos se debía dictar prisión preventiva o no, pues podía aumentar las penas o incluir a los ilícitos que estimara en una lista de delitos graves. Asimismo, cuando se cambió el parámetro para conceder la libertad provisional bajo caución (de uno que podríamos llamar temporal a uno que evaluaba la gravedad de delito), las legislaciones secundarias adoptaron dos formas en que se podría determinar en qué casos se estaría ante delitos graves. En el Distrito Federal y los Estados de Tabasco y Veracruz, se insistió en remitir a la medida aritmética de duración de la posible pena para determinar si se trataba o no de un delito grave.

En las demás entidades federativas se confeccionó una lista sobre los delitos que habrían de considerarse como graves, cuyo número va de dieciocho delitos (Guanajuato y Guerrero), hasta treinta y ocho en el caso de Jalisco. En los Estados restantes, los delitos considerados como graves son un promedio de veintiocho, y todas las legislaciones guardan relativa consistencia en torno a los delitos considerados graves, pues reiteradamente se incluyen los que afectan al desarrollo sexual de las personas, a la vida y la integridad física y el patrimonio, por ejemplo. Finalmente, tratándose del Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su artículo 194 una lista de setenta y siete delitos, número considerable que puede explicarse porque dicha lista, además de incluir los delitos que usualmente se incluyen en los demás Códigos, encierra también a aquellos que son del orden federal. En todo caso, es oportuno destacar que es posible que

haya sido tal remisión al legislador secundario la que provocó el aumento en el uso de la prisión preventiva, ya sea por el aumento en las penalidades atribuidas a los delitos que ha ocurrido durante los últimos años, o bien, por la manera en que se configuraron algunos tipos delictivos. Más adelante abordaré específicamente este aspecto y su posible incompatibilidad con los estándares internacionales de la materia. De cualquier forma, debe tenerse presente que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 implica un cambio esencial en el esquema de prisión preventiva en nuestro país ya que, en principio, sustrae del ámbito de la legislación secundaria la determinación de los casos en que puede dictarse esa medida (el propio numeral hace una lista a ese respecto). Asimismo, señala ante todo que la prisión preventiva sólo podrá dictarse como último recurso cuando otras medidas sean ineficaces para garantizar la comparecencia del inculpado y la seguridad de las víctimas, entre otros, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Por ello, aun cuando el numeral en cuestión continúa remitiendo a la legislación secundaria para determinar ciertos aspectos de la libertad provisional bajo caución, lo cierto es que se ve más limitada la potestad del legislador secundario para definir en qué casos podrá dictarse prisión preventiva. Es importante notar también que se limitó a dos años el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, modificando el límite anterior consistente en el tiempo que pudiera imponerse como pena máxima de prisión por el delito juzgado. Las modificaciones en cita se reflejan en los 19 y 20, apartado b, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que disponen:

*Artículo 19... 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, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y*

*explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso. Artículo 20... B. De los derechos de toda persona imputada: (...) IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

Conforme a lo expuesto, existen dos sistemas que regulan la imposición de la prisión preventiva en nuestro país. El primero, contenido en las normas constitucionales previas a la reforma procesal penal del 18 de junio de 2008, en el que deberá dictarse prisión preventiva en los casos de delitos graves, así como en caso de delitos no graves, siempre que se reúnan ciertas circunstancias. Este esquema regirá hasta que se cumpla la condición prevista en el artículo segundo transitorio del decreto del 18 de junio de 2008. *[Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto. A manera de aclaración, el pasado veintiuno de enero el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 36/2012, en la que confirma lo expuesto. Dicha contradicción derivó del diverso decreto de reformas a la Constitución del 14 de julio de 2011, en el que se incluyó en la lista de delitos en los que debía dictarse prisión preventiva la trata de personas, y en el Decreto relativo se estableció que*

*entraría en vigor al día siguiente de su publicación. Véase la tesis con número de registro electrónico 291,470, de rubro y texto siguientes: “PRISION PREVENTIVA. Sólo hay lugar a ella por delitos que merezcan pena corporal”].* Por otra parte, el sistema contenido en los artículos reformados mediante dicho decreto, en el que se hace un catálogo constitucional de delitos que ameritan dicha medida dejan una facultad residual al legislador secundario para determinar la existencia de delitos graves tratándose de seguridad de la nación, así como el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

#### 1.2.2.2 Evolución Jurisprudencial.

Como en cualquier otro tema, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionada con la prisión preventiva en nuestro país ha sufrido una evolución constante. En los criterios publicados durante la Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación, la Corte reconocía (en términos de la Constitución Federal vigente en la época), que sólo por delito que mereciera pena corporal había lugar a decretarla [*Tesis con número de registro electrónico 291,470, de rubro y texto siguientes: “PRISION PREVENTIVA. Sólo hay lugar a ella por delitos que merezcan pena corporal”].* Más relevante aun, con una aproximación realista al derecho, señalaba que aun cuando la técnica jurídica no permitía considerarla como una pena corporal, lo cierto es que tenía el mismo efecto, a saber, la privación de la libertad [*Tesis con número de registro electrónico 292,038, de rubro y texto siguientes: “PRISION PREVENTIVA. Aun cuando técnicamente considerada no es una pena corporal, produce, sin embargo, el principal efecto de ella, como es la privación de la libertad”].* No obstante, la jurisprudencia un poco más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la materia revela que ha sido un tema en donde se ha echado de menos al garantismo que, cabe decir, vive un resurgimiento desde hace diez años. En primer lugar, encontramos cierta disparidad en torno a los motivos que, de acuerdo con la Corte, fundan la prisión preventiva; por una parte, una tesis de su Primera Sala señala que se justifica en virtud de la —presunción de culpabilidad en

la comisión de un delito” [Tesis con número de registro electrónico 193,381, de rubro y texto siguientes: *Prisión Preventiva. debe realizarse en un lugar separado y bajo un régimen distinto de los que se destinan y aplican a la prisión como pena. De una interpretación teleológica e histórica del artículo 18 de la Carta Magna, deriva que la prisión preventiva y la prisión como pena se fundan en supuestos diferentes y persiguen finalidades diversas; la retención de los procesados tan sólo se funda en la presunción de culpabilidad en la comisión de un delito, en tanto que la reclusión de los sentenciados se sustenta en la certeza de que han cometido un delito; lo que produce en favor de los procesados la prerrogativa de permanecer completamente separados de los sentenciados, sin posibilidad alguna de convivencia por razones de justicia y dignidad, y mantenerse a salvo de las influencias criminales de éstos, condición que, por lo mismo, se satisface si un mismo centro se destina a albergar a inculpados y sentenciados, con tal que se conserve esa separación física; asimismo, no podrán ser sometidos a un régimen de tratamiento en la internación igual que el diseñado para los sentenciados, pues si la estancia de estos últimos se funda en la determinación de que han perpetrado un delito y han adquirido, por añadidura, el carácter de delincuentes, el régimen de tratamiento interno será de trabajo y educación con el fin específico de lograr su readaptación social, lo cual, desde luego no debe imponerse a los procesados por el hecho mismo de aún no compartir el estatus de delincuentes], afirmación que parece conflictiva con el principio de presunción de inocencia. El Tribunal Pleno hace, sin embargo, una aproximación diferente, apuntando que la prisión preventiva: —tiene a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad” Asimismo, la Segunda Sala apuntó que el derecho a la libertad provisional bajo caución deriva del hecho de que si bien una persona —presuntivamente cometió un delito”, lo cierto es que no todos los ilícitos alteran igualmente el orden social, y en cuando tal alteración es menor, no está justificado que pasé el proceso dentro de la prisión [Tesis con número de registro electrónico 191,336, **LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SE JUSTIFICA POR LA MAYOR ENTIDAD DE LA GARANTÍA DE LIBERTAD, SOBRE EL***



*CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, Y POR LA CIRCUNSTANCIA DE QUE CIERTOS DELITOS PRODUCEN EN EL NÚCLEO SOCIAL UN IMPACTO MENOR QUE NO JUSTIFICA LA PERMANENCIA DEL PROCESADO EN EL CENTRO DE RECLUSIÓN].*

Más allá de los dictados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a los fines de la prisión preventiva, ésta también realizó algunos pronunciamientos sobre casos en los que la prisión preventiva podría concederse o no. Por ejemplo, apuntó que si se acusa a una persona de la comisión, en grado de tentativa, de un delito considerado como grave, se le deberá sujetar a prisión preventiva, pues aun cuando no se actualice el resultado típico: —~~en~~ manifestaciones inequívocas de la gravedad de la conducta del agente y de la peligrosidad que éste representa para la sociedad [...] pues la acción de quien intenta pero no consuma es tan reprobable como la acción consumada”. Asimismo, apuntó que si una legislación local establecía requisitos menores a los constitucionales para otorgar el beneficio de la libertad provisional bajo caución, no resultaba violatorio del artículo 20 de la Constitución Federal, en virtud de que resulta más favorable al procesado.

La revisión de esta evolución jurisprudencia revela que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha visualizado la prisión preventiva como una medida cautelar tendente a proteger a la sociedad del riesgo que implica una persona que, presuntivamente, cometió un delito. Bajo ese esquema, se ha generado que la prisión preventiva resulte la regla y no la excepción, pues la libertad sólo podría otorgarse a quien, a pesar de haber cometido el delito, no resulte un riesgo social inminente, adicional a la conducta probablemente realizada. Esta postura que permeó en nuestro sistema penal durante muchos años, fue incluso asumida por la doctrina:

*De acuerdo con la naturaleza y el fin del proceso penal, las leyes que lo regulan imponen la necesidad de restringir la libertad personal, porque de lo contrario sería imposible asegurar la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional y, en consecuencia, el proceso quedaría paralizado al dictarse auto de inicio, de radicación o cabeza de proceso. De esta manera, es necesario el*

*aseguramiento de quien ha delinquido para propiciar la tranquilidad de quienes sufrieron la violación. [Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal, 3ª edición, McGraw Hill, México, 2009, p. 276.]*

Ahora, estos criterios son anteriores a la reforma constitucional de junio de 2008, a partir de la cual, parece que tanto la judicatura como el foro en general miran al proceso penal de una forma diferente, impulsados adicionalmente por la reforma constitucional en materia de derechos humanos que parece haber puesto un nuevo foco de atención en la materia. Por ejemplo, entre abril y mayo de 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal organizaron un foro al que asistieron jueces y magistrados para la discusión de las propuestas de reforma al sistema penal, propuestas que, a la postre, conformarían el texto constitucional como hoy lo conocemos. En relación con el artículo 19, se aplaudió que se reconocieran los principios de subsidiariedad y excepcionalidad, y en relación con este último, apuntaron que la prisión preventiva: —sólo procederá cuando otros mecanismos de cautela no sean suficientes para las finalidades establecidas” [Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 329-331.]

Lo anterior deja entrever que, tan pronto entren en vigor tales reformas, la jurisprudencia podría dar un vuelco al concebir a la prisión preventiva en forma diferente a como se hizo durante varios años, pues parece haber un consenso en el sentido de que resulta necesario hacer un proceso penal más garantista y alejado de las prácticas que han puesto en entredicho sus resultados.

### 1.2.3 Marco Internacional.

La prisión preventiva es una medida que los tratados internacionales de los que México es parte reconocen. En efecto, el artículo 9º, párrafo tercero, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, reconoce que

aunque la prisión preventiva no debe ser la regla general, el otorgamiento de la libertad sí puede estar subordinado a garantizar la comparecencia al proceso. *[Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad, personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.]*

Al interpretar esta disposición en su comentario general número 8, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas apuntó que la prisión preventiva debería ser —~~ex~~cepcional y lo más breve posible” *[Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Comentario General no. 08, Derecho a la libertad y a la seguridad personal (art. 9), 1982, p. 3.]*

Por su parte, el artículo 7, párrafo quinto, de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que la persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de la continuación del proceso. *[ART. 7 Toda persona detenida o retenida deber ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.]*

Se advierten entonces, diferencias normativas importantes respecto del referido artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues para la Convención Americana la prisión preventiva sólo estará prohibida si la persona no es juzgada en un plazo razonable (no señala excepcionalidad). Para ahondar en los alcances de esta norma, es oportuno destacar que en su informe 2/97. [*Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2/97, 11 de marzo de 1997, consultado en el sitio <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>*], relativo a la prisión preventiva en Argentina, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó por reconocer la grave situación que atraviesan aquellos que están sometidos a esta medida. Además, señaló que en algunos casos, el uso de la prisión preventiva, unido con la dilación en la tramitación de los juicios, provocaba que gran cantidad de personas reclusas estén en espera de sentencia [*Por poner un ejemplo y retomando lo expuesto por Guillermo Zepeda Lecuona, en el 2005, 42.8% de las personas en prisión no habían recibido sentencia. Véase Zepeda Lecuona, Guillermo op. cit, p. 231.*]. En este contexto, apuntó algunos aspectos de suma relevancia a efecto de considerar la convencionalidad de una medida de prisión preventiva: por ejemplo, que ésta debe durar un plazo razonable, pues de lo contrario adquiriría el carácter de pena anticipada. Asimismo, se señala la posibilidad de que la prisión preventiva se prolongue, siempre que concurren ciertas justificaciones, a saber: la posibilidad de que se haya cometido un delito grave; el peligro de fuga; el riesgo en la comisión de nuevos delitos; la necesidad de investigar el delito y la posibilidad de colusión; el riesgo de presión sobre los testigos, o la preservación del orden público. Señaló también que la gravedad del delito, no es una razón suficiente para prolongar la prisión, sino que debe estar unida con algún otro motivo que demuestre la imperatividad de la medida. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) también se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en torno a la prisión preventiva. Así, encontramos que su primera sentencia al respecto fue el caso Suárez Rosero, en donde adoptó la postura del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que la prisión preventiva debe ser la excepción,

y no la regla, apuntando además que, en caso contrario: —se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

Posteriormente, la ColDH se pronunció nuevamente sobre el tema en cuestión en el caso del Instituto de Reeducción del Menor, en el que recordó que la prisión preventiva es la medida restrictiva de la libertad más severa que se puede aplicar, por lo que debe tener un carácter excepcional, justificado por los principios de necesidad y proporcionalidad. Finalmente, hizo énfasis en que debía durar el tiempo estrictamente necesario, pues de lo contrario se convertiría en una pena anticipada. [*Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112228, párr. 228-229. En términos similares se pronunció en: Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, y Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.*].

El derecho a la libertad impone límites a la prisión preventiva, y cuando el trámite del juicio tarda una temporalidad que sobrepasa lo razonable, el Estado debería imponer medidas restrictivas de la libertad menos lesivas. Además, que la prisión preventiva no puede prolongarse si no subsisten las razones que motivaron su adopción en un principio. —las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. —Y también: —al privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar. En un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este orden de ideas se señala que la prisión preventiva es

aceptable en ciertos casos. De hecho, su revisión más precisa revela que está limitada cuando su duración sobrepasa un plazo razonable, y que será entonces cuando será necesario justificar especialmente su imposición. Entonces, la jurisprudencia interamericana revela un enfoque cualitativamente diverso al adoptado en nuestro país, pues la prisión preventiva no se ve como una medida tendente a evitar el riesgo que podría representar el posible culpable, sino como providencia tendente a asegurar los fines del proceso penal, la comparecencia del inculpado y la eventual ejecución de la sentencia.

#### 1.2.4 Objetivos Normativos.

El artículo 19, párrafo segundo, constitucional, establece que el Ministerio Público solo 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 este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

El anterior precepto constitucional, expresa las finalidades de la prisión preventiva, las cuales se han transcrito en la letra en negrilla solamente dos de ellas coinciden con las del pensamiento literal clásico, las relativas a garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (para evitar su fuga o que evada la justicia) y el desarrollo de la investigación (evitar que el imputado altere las pruebas), que son necesidades procesales.

Al respecto, el doctor Sergio García Ramírez, ávido en expresar sus comentarios a las reformas constitucionales, un mes después de haber sido estas aprobadas por el congreso de la Unión, es decir, sin haber concluido el procedimiento de dicha reformas, publicó un libro en cuyo prólogo compara a tales reformas con un vaso con agua potable y transparente con ciertas gotas de veneno. Advierte que la reforma pretende solucionar cuatro problemas: **Impunidad, corrupción, incompetencia y envejecimiento del orden procesal.**

Respecto al primer punto, refiere que de ser ciertas las cifras estadísticas o si la realidad es menos grave, es pertinente preguntar: ¿Cuál era la solución razonable, eficaz y duradera?, a lo que se responde con la pregunta, ¿La reforma constitucional?, ¿Otras reformas?, o ¿La aplicación adecuada de las normas vigentes? [García Ramírez Sergio, *La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 22].

García Ramírez, al comentar el artículo 19 constitucional reformado señala que contiene respecto de la prisión preventiva, interesantes disposiciones, pues una son progresistas y otras preocupantes o negativas. Que en principio la prisión preventiva pugna con el principio de presunción de inocencia; sin embargo, hasta la fecha no ha sido posible suprimir esa forma de prisión o sustituirla por otros medios que aseguren eficazmente la marcha del enjuiciamiento.

Destaca que se ha generalizado la opinión, inclusive en el ámbito internacional, de que la prisión preventiva debe reservarse para supuestos excepcionales y vincularse con las necesidades del enjuiciamiento, conforme a un criterio riguroso sobre esta restricción del derecho a la libertad del presunto inocente y no bajo un concepto **laxo**. Rigen las reglas legitimidad de legalidad, excepcionalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y mínima duración. El carácter excepcional de la prisión preventiva se recogió en el dictamen de la Cámara de Diputados, en el que se analiza la frontera para las medidas cautelares, derivada del principio de proporcionalidad: la medida debe guardar proporción con la necesidad que se trata de resolver, en virtud de las características de esta y de los fines procurados. Una medida desproporcionada sería un abuso inaceptable. [García Ramírez Sergio, *La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 100].

Enfatiza que en el dictamen de la Cámara de Diputados, se considera que dichas medidas deban ser proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela, lo cual considera inexacto, ya que la medida cautelar debe ser proporcionado a la necesidad de la cautela, no al delito imputado. Lo que debe

ser proporcional al delito es la pena, por lo que no es debido disponer una relación automática entre ciertas categorías de delitos y privación cautelar de la libertad.

Que el dictamen **yerra de nuevo**, a propósito de la aplicación de esta medida a los inculcados de delitos graves, al mencionar que bastara acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. Que esto está mal porque la prisión preventiva se subordina a la entidad del delito y no a la necesidad de cautela. El incrementar los delitos graves ha tenido como consecuencia cárceles saturadas. [García Ramírez Sergio, *La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 101].

Asevera que lo acertado es el criterio general para la aplicación de la medida, es decir, debe ser requerida por el Ministerio Público, con salvedades (que empeñan el sistema) impuestas al juzgador. Al no existir alternativa entre prisión preventiva y libertad provisional, cuando el Ministerio Público no solicite la prisión, se mantendrá la libertad del sujeto, sin necesidad de garantía, la que al parecer opera por sí, según el segundo párrafo del artículo 19; sin embargo, el tercer párrafo habla de revocación de la libertad de los individuos vinculados a proceso, lo cual hace suponer que se ha concedido dicha libertad y que se considera volver sobre la decisión adoptada, revisarla, revocarla. El juez no podrá ordenar la prisión cuando el Ministerio Público no la haya solicitado, salvo en los casos que se señalaran, pero tampoco es razonable que el juzgador deberá acordar favorablemente toda medida de prisión que requiera el Ministerio Público. El acuerdo judicial deberá sustentarse en la satisfacción de las finalidades de la prisión preventiva, enunciadas en el segundo párrafo. Es pertinente el espíritu general de la norma a favor de medidas cautelares no restrictivas de la libertad, en tanto que el Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares (legítimas y no privativas de libertad) no sean suficientes para alcanzar los fines que aquella se propone servir.

Y en cuanto a los fines de las medidas aseguradoras del inculcado. Plasmados en el artículo 19 constitucional, señala que no son extraños a la legislación y doctrina



del proceso, los cuales hay que valorarlos a la luz de las reglas mencionadas, para apreciar su legitimidad. Las medidas pretenden:

- 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;
- Cuando el imputado este siendo procesado;
- Cuando el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Al respecto, advierte que el artículo 19 constitucional es *erróneo al anunciar las finalidades de la prisión preventiva y omitir los principios o reglas que les confieren legitimidad y admisibilidad, en cada caso* (no en series de caso, categorías de delitos o de personas), con lo cual deja el marco general a la construcción legislativa o jurisprudencia, en lugar de hacerlo en la constitución, con fronteras precisas. [García Ramírez Sergio, *La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 102].

La finalidad en algunos supuestos son controvertibles, no lo es la clásica: garantizar la comparecencia del imputado en el juicio (sustracción a la acción de la justicia), ya que no debe existir juicio en ausencia. La finalidad relativa al desarrollo de la investigación, estima que es cuestionable porque puede propiciar la aplicación desbordada de la medida privativa de libertad, sobre todo si carece de reglas o principios que acoten a título de criterios de legitimidad, los supuestos de restricción de la libertad.

La referente a la *protección a la comunidad*, también la considera que abre la puerta al uso excesivo de la prisión preventiva, lo cual pugna con el espíritu de moderación, pero además dice que no basta aludir a la víctima y testigos, ya que hay otros participantes como el Ministerio Público, peritos, investigadores, etc., que no fue intención de incluirlos en el concepto comunidad, pero si lo estuviesen sobra la alusión de las víctimas y testigos.

Por lo que se refiere a que cuando el imputado está siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, considera que no tienen que ver con los fines la prisión preventiva y por ello no permite valorar su pertinencia. Que el legislador desconfió de las personas que se hayan en estos supuestos, considerándolos de antemano peligrosos o candidatos a la evasión; es decir, no pondera **casuísticamente** si lo son, sino que acepta en bloque la posibilidad de disponer en tales supuestos la prisión preventiva. La racionalidad de la medida en estos casos se halla a cargo del Ministerio Público, ya que están regidos, como los restantes que prevé el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, por la expresión de que el Ministerio Público solo podrá solicitar al juez la prisión preventiva, así como el propio juez, que no está obligado a resolver favorablemente las peticiones de prisión que formule el Ministerio Público.

#### 1.2.5 Requisitos sobre la Procedencia.

Es indiscutible que la determinación de los requisitos o, en otros términos, la fijación taxativa de los casos y de los límites en los que se juzga necesario imponer la detención preventiva al encausado, corresponde exclusivamente a la ley.

De ahí que, partiendo precisamente de la reglamentación existente al respecto, durante largo tiempo se haya considerado como una regla general el que los juicios deberían llevarse a cabo con la presencia del acusado.

En efecto, y si damos por descontado que la prisión preventiva procede únicamente en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad, todas las legislaciones han adoptado una entre dos posibles pero diferentes actitudes, o mejor dicho, procedimientos o sistemas distintos, uno directo y otro indirecto, a fin de determinar la procedencia de esta medida. Conforme al primero, es decir, al directo, la prisión preventiva se autoriza en los casos de delitos cuya pena máxima rebase el límite marcado por la ley sustantiva como excluyente de su aplicación; de acuerdo con el segundo, ósea el indirecto, la detención preventiva es

obligatoria en todos los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad, si bien se admite la excarcelación del prevenido, sea mediante fianza o causación, en el supuesto de que cierto límite de la pena, en abstracto, fijado por la propia ley sustantiva, no se vea rebasado.

Ahora bien, tomando en cuenta que el segundo sistema, que es el que adoptan una gran mayoría de legislaciones vigentes, no hace ninguna discriminación en cuanto a los delitos leves, sino que basta con que el delito este sancionado con pena corporal para que el imputado deba ser sometido a detención preventiva, y puesto que de lo que se trata en realidad es de precisar cuándo y en qué casos existe la necesidad de aplicar tal medida y no la de saber si la prisión preventiva habrá de mantenerse o haberse cesar, la doctrina se ha pronunciado, preferentemente, por el primer sistema.

Al mismo tiempo, es unánime la opinión doctrinal de que los casos en que se contemple la privación de la libertad del inculpado, quede estrictamente limitados a los delitos graves, ya que es en estos casos donde puede revelarse la necesidad de tal medida, en función del grado de peligrosidad que presente el inculpado. No falta, desde luego, quienes la reserven a los delitos muy graves, el primero, y gravísimos, el segundo. Lo anterior muestra claramente la tendencia doctrinal que quiere ver en la detención preventiva una medida de aplicación verdaderamente excepcional y limitada, no solo a los casos estrictamente indispensables, sino, también, en cuanto a su duración.

Por otra parte, la doctrina es acorde al considerar que imposición de la detención preventiva al presunto responsable de la comisión de un delito punible con pena privativa de la libertad, está condicionada a la existencia de las ordenes o mandamientos correspondientes, cuya expedición por escrito, de confiarse por regla general y de manera exclusiva a la autoridad judicial competente; esta, por su parte, solo habrá de decretarla cuando, exceptuados los casos de flagrante delito, existan fundados indicios que hagan presumir razonablemente la culpabilidad del imputado y previa comprobación, además, tanto el cuerpo del delito como de que se han cumplido las demás condiciones que señale la ley

respectiva para que tal medida sea procedente. [*González Bustamante, J.J. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ediciones Botas, 1945 p. 13*].

Ahora bien, independiente de la natural complejidad que entraña la determinación concreta de los casos en los que se considera imprescindible recurrir a la prisión preventiva, si tomamos en cuenta que los riesgos que se tratan de prevenir se presentan de manera distinta con cada inculcado y según sea la naturaleza y gravedad del delito que se le imputa, su grado de peligrosidad, su condición moral, familiar y profesional, y su posición social y económica, y, por la otra, que es únicamente una extrema e imperiosa necesidad la que justifica el sacrificio de la libertad personal en aras del legítimo y supremo interés de la justicia.

#### 1.2.6 Efectos de la Prisión Preventiva.

Entre las medidas privativas de la libertad personal, ninguna otra es susceptible de ocasionar consecuencias tan graves e importantes como las que implica la detención preventiva; consecuencias, claro está, para el individuo privado de su libertad como ya apuntábamos en nuestra introducción, pero al mismo tiempo, tanto para la economía del Estado, como para la administración de justicia.

Para el individuo por dos razones fundamentales; primero, porque mediante su sujeción a esta medida se le priva de uno de los bienes más preciados del hombre como es su libertad física; y, segundo, porque esta medida, aun cuando no es considerada propiamente como una pena, produce casi todos los efectos de esta, ya que afecta, a quienes son objeto de ella, probablemente con tanto o más rigor que a aquellos que ya han sido reconocido como culpables. [*Zavaleta Arturo J., La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria, Buenos Aires, Ed. Arayu, 1954, p. 93*].

En efecto, la prisión preventiva es una fuente infalible y, al parecer, inagotable, de toda una serie de sufrimientos e influencias nefastas. Sufrimientos físicos, morales y materiales, que pueden serle infligidos desde el momento mismo de su detención, e influencias nocivas que derivan del hecho de recluir al inculcado en

un establecimiento penal cuyas condiciones en general, en todo tiempo y en todos los países, se han distinguido no precisamente por ser establecimientos carcelarios modelos, en los que impere una recta administración y se siga una sana política criminal, sino, todo lo contrario, en construcciones inadecuadas, insalubres, cuando no siniestras, donde el detenido, sustraído de su medio habitual, impedido de realizar las actividades que le permiten proveer el sustento para sí y para su familia, vera llegar, a corto plazo e inexorable, el desprestigio, el descredito, la ruina y la miseria; donde, hacinado y en malsana promiscuidad con delincuentes habituales y peligrosos, sean condenados o se encuentren también sujetos a proceso, espera una justicia que no llega o llega tarde, de modo tal que la detención preventiva viene a convertirse en un verdadero atentado contra los derechos humanos del inculpado y en una imposición de la fuerza.

Tales penalidades, cuyos efectos perjudiciales son en muchos aspectos irreversibles e irreparables, serán desde luego más graves cuando quien debe soportarlas es un individuo que ha delinquido por primera vez; pero, ¿Qué trascendencia y que grado de gravedad revestirán cuando quien debe padecerlas resulta declarado inocente a la postre? Hay muchos hombres que jamás deberían salir de la cárcel, pero muchos otros que nunca deberían haber pisado ninguna. Sin embargo, las cifras estadísticas de los más diversos países, muestran con toda evidencia los millares de personas que son privadas de su libertad para, después de un proceso más o menos largo, ser declaradas inocentes.

De ahí también una consecuencia importante, al menos por la onerosa, para el erario, el cual debe destinar sumas considerables no solo para la construcción y mantenimiento de locales de reclusión, sino también para sufragar el sostenimiento tanto de un elevado número de inculpados que esperan ser juzgados, como del aparato carcelario requerido a fin de garantizar la presencia del inculpado ante el órgano jurisdiccional.

De ahí por tanto las graves y dolorosas, y por ello mismo odiosas, consecuencias de que se hace culpable la justicia cuando, valgan la redundancia y la paradoja, sacrifica la libertad personal en aras del legítimo y supremo interés de la justicia.

No sin justa razón llevo a decirse que si se llegara a escribir la historia de las víctimas de la prisión preventiva, institución a la cual, tal parece, toda idea de justicia le es extraña, en ella podría leerse una de las más terribles acusaciones contra la sociedad.

Tampoco es de extrañar que, en múltiples ocasiones, los más sensibles de espíritu hayan clamado por la supresión total y definitiva de esta institución; ni que, los más prudentes, contemplan la posibilidad de restringir su aplicación a los más estrechos límites, excluyéndola completamente en algunos casos y sustituyéndola, en otros, por medidas menos drásticas y radicales.

En resumen, el conflicto entre libertad persona y justicia subsiste, las críticas arrecian y se multiplican, y las reformas se imponen.

### **1.3 Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio.**

#### 1.3.1 Definición.

Cautelar (del latín cautela) es un verbo transitivo, que significa —prevenir”, —prever”. Y cautela (del latín cautela, de catus, cauto) —precaución y reserva con que procede”

El proceso penal puede ser observado como un vehículo o medio de expresión de la función jurisdiccional que cuenta con tres finalidades establecidas de conformidad con la teoría: de cognición, ejecución y cautela. [*Constantino Rivera Camilo, “El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Puebla, México, núm. 24, 2009, pp. 254-277.*] El primer objetivo comprende la primera fase del proceso en donde el imputado se lleva ante un Juez de Control y un tribunal oral en el cual se da conocimiento de un posible hecho constitutivo de delito. El segundo constituye la sentencia y el cumplimiento de una sanción, y el tercero busca garantizar la eficacia del proceso. En este sentido, para que se desarrolle de forma idónea el conocimiento y la ejecución procesal de un hecho constitutivo de delito, se crearon

las medidas cautelares con el objeto central de lograr la “garantía de eficacia del acto jurídico pretendido” [José Acosta, *El proceso de revocación cautelar. Levantamiento, modificación, caducidad y nulidad de las medidas cautelares, Argentina, Rubinzal y Culzoni Editores, 1986, p. 13.*] para prevenir la posible comisión de un hecho que merme o ponga en riesgo el éxito del proceso, por lo que la persona legitimada para ello “puede solicitar al juzgador, a manera de prevención, que la persona contra quien va a enderezar una acción, haga o deje de hacer una cosa”. [Miguel Ángel Nieto, *Temas de derechos humanos, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2003, p. 37.*] Su utilidad, de conformidad con José Acosta, tiene que ver más con el éxito de la administración de la justicia que con el interés de los individuos, en tanto que su naturaleza de tutela anticipada restringe libertades o derechos de los imputados en función de la posibilidad de realización de un acto [José Acosta, *op. cit.*, p. 14.] que pudiera llegar a lastimar el buen desarrollo de la justicia. En este sentido, se establecen ciertas medidas que prevén la posible comisión de un hecho, incluso antes de que éste llegue a desarrollarse, de este modo, se contemplan problemáticas que pudieran surgir en el proceso. Si bien estas medidas han sido comunes en el sistema penal mexicano, pese a la instauración del sistema penal acusatorio, la forma de concebirlas e imponerlas difiere en el sistema inquisitivo, puesto que se restringen las libertades de los imputados y la imposición de la medida cautelar debe observar ciertos requerimientos en su proceso de aplicación. Esto es porque el sistema acusatorio, además de desahogar el sistema penal, también se inserta en una concepción garantista en donde se busca proteger los derechos de la víctima y del ofendido, así como los derechos del imputado. Es decir, se toma en cuenta el principio de presunción de inocencia, y de conformidad con las reformas constitucionales de los derechos humanos. De esta manera, dado que la medida cautelar restringe derechos y libertades, éstas deben de ser impuestas bajo la más estricta evaluación y de acuerdo con los siguientes principios:

1. Jurisdiccionalidad. Hace referencia a que toda medida cautelar debe de ser impuesta ante un juez. Si bien el Ministerio Público es quien solicita la imposición

de la medida, el Juez de Control es quien deberá valorar el hecho concreto y las características del imputado a fin de poder determinar la pertinencia de la imposición de la pena. [*Constantino Camilo Rivera, op. cit., p. 155*].

2. Igualdad. Para poder imponer una medida cautelar debe citarse a una audiencia en donde ambas partes tendrán la posibilidad de argumentar y discutir sobre la procedencia o no del uso de alguna medida. Esto mismo atiende al principio de contradicción consignado en artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que permite anteponer los argumentos de cada una de las partes a fin de estimar, de manera razonable, la mejor solución para asegurar el proceso y proteger a la víctima u ofendido.

3. Principio de buena fe. Toda parte procesal deberá conducirse con propiedad, respeto y bajo el manifiesto de decir la verdad, de esta manera, se permite valorar la congruencia de la imposición de las medidas, pues todas ellas deben de estar configuradas acorde con la situación específica del hecho y del imputado. Bajo estos tres principios primordiales se estructura una visión de la medida cautelar que tiene por fin observar el caso específico de la víctima u ofendido y del imputado y, de esta manera, preservar la seguridad del proceso. A su vez, con el sistema penal acusatorio se eliminan los formalismos y se permite el desarrollo de la imposición de las medidas desde una perspectiva más ágil e informal, lo cual evita la dilación y permite una mayor eficacia. Por ello, en la presente investigación se analiza de forma concreta su utilidad en el sistema.

### 1.3.2 Objetivos Normativos.

La principal función de las medidas cautelares es garantizar la eficacia y la seriedad de la función jurisdiccional. Contrariamente a lo que podría imaginarse, lo que se persigue con el dictado de las medidas cautelares no es proteger los derechos subjetivos de los administrados, sino impedir que las sentencias judiciales se transformen en una ficción jurídica de complejo, sino imposible, cumplimiento. En este sentido, lo que se quiere asegurar con su dictado es no sólo



el interés privado de las partes, sino la operatividad de la sentencia a dictarse, en el sentido de que lo sentenciado pueda ejecutarse y de que por el transcurso del tiempo el objeto del litigio no haya desaparecido y haya convertido la cuestión en abstracta o insubstancial.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y su fundabilidad depende de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, más no de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal.

En pocas palabras, las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el período que transcurre entre la interposición de un causa y la decisión final de ésta, sobrevenga cualquier acontecimiento que imposibilite u obstaculice la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución definitiva.

El punto de partida de establecer los objetivos normativos, es señalar que no se puede otorgar la misma función procesal material de la pena que a la que cumple la privación de la libertad por una medida cautelar. En consecuencia, no se puede recurrir a la detención preventiva, para obtener algunas finalidades propias de la pena. En otras palabras, la prisión preventiva, en tanto medida cautelar, sólo puede tener una función procesal. El carácter procesal de la detención, por tanto, conlleva que la privación de la libertad sólo pueda ser usada para garantizar —al correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.

Desde esta perspectiva [*Bovino, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Reforma de la Justicia Penal. Imparcialidad. Víctima. Encarcelamiento Preventivo. Derecho comparado. Juicio., Buenos Aires Argentina, Editores del Puerto, 1998, p. 121 - 167*] se señala que la característica principal de la coerción procesal es la de no tener un fin en sí misma. Es siempre un medio para asegurar el logro de los fines del proceso (instrumento del instrumento, como correctamente advertía Calamandrei). Así pues, dado que las medidas que lo

integran no tienen naturaleza sancionatoria (no son penas), sólo se conciben en cuanto sean necesarias para neutralizar los peligros que puedan cernirse sobre el descubrimiento de la verdad o la actuación de la ley sustantiva. Lo anterior implica que resulte completamente ilegítimo detener preventivamente a una persona con fines retributivos o preventivos (especiales o generales) propios de la pena (del Derecho Penal Material) o considerando criterios tales como la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el acusado cometa nuevos delitos. De hecho, desde esta posición se señala que estas finalidades no están dirigidas a realizar la función procesal del encarcelamiento preventivo, y por ello, su consideración resulta ilegítima para decidir acerca de la prisión preventiva. Por tanto, la prisión anterior a la sentencia de condena, sólo resulta legítima en la medida en que se utilice exclusivamente para garantizar la comparecencia del acusado al procedimiento penal y, eventualmente, para asegurar la ejecución de la sentencia de condena. Esta exigencia impide, en consecuencia, el uso material del encarcelamiento cautelar. El Estado está obligado a no utilizar la prisión preventiva como imposición anticipada de la sanción penal y, por ello evitar una interpretación sustantiva de la prisión preventiva. En consecuencia, las medidas cautelares solo tienden a proteger la realización de funciones procesales, que pueden ser puestos en peligro de dos maneras diferentes:

- Cuando el imputado obstaculiza la averiguación de la verdad, y
- Cuando el imputado se fuga e impide la aplicación del Derecho Penal Material (peligro de fuga).

Se debe destacar, también que las tendencias más recientes marchan en dirección contraria, pues sólo admiten un único supuesto legítimo de peligro procesal. En este sentido cita Alberto Binder quien considera: —~~Q~~e el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado” [*Binder Alberto, Introducción al Derecho Penal, p. 199*] En todo caso, estas posiciones se fundamentan en la

presunción de inocencia por lo que, en líneas generales, abordaremos algunos aspectos de este principio en el proceso penal. El principio de presunción de inocencia corresponde al derecho fundamental de toda persona a no ser considerado culpable de la comisión de un delito, hasta que no se haya demostrado su responsabilidad en la comisión de un delito en un proceso ante un tribunal en el que haya tenido un efectivo derecho de audiencia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que este principio se traduce en que —el gobernado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito” [*Novena Epoca, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002 Tesis: P. XXXV/2002 Pagina: 14 (jurisprudencia)*], siendo, por lo tanto, obligación del Ministerio Público demostrar la responsabilidad del acusado. La presunción de inocencia es una derivación del principio del debido proceso y descansa sobre tres premisas. Por un lado está relacionada con las bases axiomáticas del derecho procesal penal, ya que presupone que el derecho penal va dirigido a personas con libre albedrío y capacidad para evitar las conductas prohibidas. Por otra parte, la presunción de inocencia implica un valor social: la convicción de que es peor condenar a un inocente que dejar impune a un culpable. Finalmente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia representa un elemento de compensación a favor del inculpado, que se ve enfrentado al poder del Estado [*García Ramírez señala que “el proceso penal se convierte en un tema delicado y trascendental donde se resuelve el conflicto más severo entre intereses en juego, encarnados por personajes desiguales”. Sergio García Ramírez, La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo? P. 261*]. En el procedimiento penal mexicano la vigencia del derecho a la presunción de inocencia ha sido tradicionalmente limitada. Por una parte, durante las primeras fases del proceso, es decir durante la averiguación previa y la preinstrucción (que hace las veces de etapa intermedia), la presunción de inocencia prácticamente desaparece. Entre los factores que facilitan esta ausencia está el hecho que este derecho no siempre había sido considerado parte de la tradición jurídica mexicana [*Es significativa la poca atención que en los mismos manuales de derecho procesal penal se le*

*dedica a este derecho fundamental, lo que demuestra que durante la formación de los futuros abogados este derecho es soslayado, por ej. cfr. (Hernández Pliego, 2002)], que no estaba expresamente contenido en la Constitución y, todavía más importante, que la jurisprudencia mexicana no ha desarrollado ningún criterio similar al beyond a reasonable doubt [Al respecto, la primera vez que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sostuvo expresamente esta cláusula fue en la decisión In re Winship [397 U.S. at 364] en 1970] del proceso penal en la tradición del common law [De hecho, como señalamos en el punto correspondiente a los efectos perversos del criterio jurisprudencial de “inmediatez”, la jurisprudencia mexicana constituye uno de los elementos que juegan en contra de la vigencia de este principio]. Así se puede observar que en la práctica medidas cautelares personales como el arraigo domiciliario y la prisión preventiva son reglas de aplicación general, sin apenas tomar en cuenta las circunstancias específicas del inculpado. En México la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del acusado ha sido señalada como una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a las normas de la Convención Americana, ya que vulnera el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia [Informe N 2/97 de la CIDH, sobre Argentina. En dicho informe la CIDH señaló asimismo, que sólo por razones legítimas se puede justificar la prisión preventiva de una persona durante un plazo prolongado. Sin embargo, la Comisión indicó que tiene la convicción de que, en todos los casos, deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual. Las justificaciones que mencionó la CIDH en dicho informe son: la presunción de que el acusado ha cometido un delito, el peligro de fuga, el riesgo de comisión de nuevos delitos, la necesidad de investigar y la necesidad de colusión, el riesgo de presión sobre los testigos, y la preservación del orden público].*

### 1.3.3 Requisitos sobre la Procedencia.

El nuevo Código Procesal Penal, en el marco de este nuevo sistema acusatorio, además de contener normas básicas que estructuran el nuevo proceso penal, en cuanto a los sujetos procesales, sus actuaciones, las medidas de privación de libertad, los recursos, etc., regula principios, que orientan todo el funcionamiento de este nuevo sistema.

Es precisamente, en cuanto a las medidas de privación de libertad dictadas durante el proceso que dirigiremos nuestra atención, por cuanto, estas se establecen para cautelar los fines del procedimiento, pero a la vez, al tener una naturaleza subjetiva, inciden en los derechos y garantías fundamentales de las personas, como es la libertad y seguridad individual del imputado.

## CAPÍTULO 2 LOS DERECHOS CONSAGRADOS EN LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 2008 Y 2011.

### **2.1 La Reforma Constitucional sobre seguridad y justicia del 2008.**

#### 2.1.1 Antecedentes de la Reforma Constitucional.

El Derecho constitucional mexicano respecto de los fines de la pena muestra una evolución representada por tres conceptos:

1. Regeneración, concepto utilizado por el Constituyente de 1917.
2. Readaptación social, noción institucionalizada en la reforma constitucional de 1964-65.
3. Reinserción social o reintegración social, términos adoptados como sinónimos en la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008.

Los cambios registrados en el uso del lenguaje denotan un deslave de su carga extrajurídica: se ha avanzado mucho desde que, en los debates del Constituyente de 1917, el diputado José María Truchuelo sostenía que —el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente en privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque” [*Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, t. III, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 735*]. Se presuponía entonces que el delito convertía al infractor en una persona degenerada, o evidenciaba que ya lo era.

En su momento, la idea de la readaptación significó un avance considerable, ya que el sentenciado dejó de ser un degenerado; no obstante, pasó a ser considerado un desadaptado. Esta evolución implicó el cambio del sujeto responsable concebido como moralmente atrofiado, a otro visto como mental o psicológicamente desviado. En ambos casos, el sujeto del Derecho penal se convierte en objeto de un tratamiento.

El paso constitucional reciente, en el que se considera a la persona responsable como desintegrada o meramente desinsertada de la sociedad constituye un rompimiento con las categorías morales y psicológicas previas. Se detiene el trasvase de las características del delito a su autor y se abre una oportunidad para poner al Derecho penitenciario en línea con el Derecho penal de acto, eliminando vestigios del Derecho penal de autor en nuestro sistema jurídico para considerar al infractor como sujeto tanto para el Derecho penal sustantivo como para el procesal y el penitenciario.

Al prescindir de la carga extrajurídica, el concepto de reinserción social se armoniza con el principio de presunción de normalidad del infractor en el sentido de que las normas penales están dirigidas a personas cuerdas, intimidables con las normas penales, es decir, imputables. Como lo sostiene Alessandro Baratta, —~~ha~~ infracciones realizadas por individuos normales e infracciones realizadas por individuos con anomalías‘; existen, igualmente, anomalías precedentes y subsiguientes a la infracción” [Alessandro Baratta. “¿Resocialización o control social?”, en AA.VV. *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Cárdenas Editor, México, 1991, p. 79.]

Es obvio que semejantes —~~an~~omalías” no deben ser de tal magnitud que coloquen al sujeto en el terreno de la inimputabilidad, sino que se trata aquellos pequeños y grandes defectos que todos tenemos. El Derecho penal, en todas sus expresiones, no está dirigido a una categoría específica de individuos, sino a todos nosotros; al pecador estándar.

Para aproximarse al significado normativo del concepto de reintegración social adoptado en 2008, resulta útil partir de la distinción entre los principios y las reglas que hace Gustavo Zagrebelsky:

*Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuestos de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar*

*algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos se puede entender su alcance [Gustavo Zagrebelsky. El derecho dúctil, Trotta, Madrid, 1995. p. 110].*

Si la reinserción social se concibe como principio permite evitar la interpretación literal de la reinserción social como regla, según la cual significaría “regresar a la sociedad”. Semejante lectura partiría de la idea simbólica de que las y los reclusos están “fuera de la sociedad”, como si se ubicaran en un universo paralelo y que cuando tienen contacto telefónico o directo con una persona en libertad, lo hacen “desde fuera de la sociedad”, mientras que su contraparte está “en la sociedad” (lo que es más difícil de explicar mientras más íntimo es el contacto).

Pareciera absurdo que el fin de la pena fuese que la persona “saliera de la sociedad” simplemente para que regresara a la misma, si no se entendiese que la persona “vuelve” de alguna forma transformada; pero si aceptamos que la infracción penal no supone la desviación moral o mental surge una serie de interrogantes: ¿en que consistiría el tratamiento correspondiente?, ¿qué pasaría con los sentenciados a trabajo en favor de la comunidad y otras penas no privativas de la libertad en las que no se hace referencia alguna al tratamiento?, ¿habría una lista de delitos que suponen un sujeto activo desviado y otros que sólo se cometen como error que no ameritan un tratamiento? En el caso del homicidio doloso, ¿algunas personas lo cometen sin dejar de ser gente de bien, mientras que la otras ya no lo eran aun antes de consumarlo?

La lista de interrogantes se podría prolongar y, en un ejercicio ad absurdum, podría sugerirse que, como parte de las tareas de prevención del delito, se instrumentase un programa similar a las campañas de vacunación para aplicar un test que detecte tendencias delictivas en la población nacional y en los visitantes extranjeros para aplicar el tratamiento correspondiente antes del paso al acto.

Aquí resulta pertinente recurrir de nuevo al pensamiento de Alessandro Baratta: “La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena



carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esa finalidad” [Alessandro Baratta, *op. cit.*, p. 74].

En el mismo sentido, en el dictamen de la Cámara de Diputados en la materia se sostiene que —~~una~~ institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad” [Dictamen de la Cámara de Diputados con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal, 12 de diciembre de 2007, p. 30. Consultada en <http://www.setec.gob.mx/docs/dict1212.pdf> el 16 de septiembre de 2010].

Si queremos hacer una interpretación más acorde con los principios, la reinserción social ha de ser despojada de su pretensión curativa para asumirla sencillamente como un conjunto de derechos y de criterios de justicia penitenciaria, cuyo contenido se definirá en la manera como se instrumenta cada tipo de sanción penal. Tratándose de la pena de prisión, la reinserción social se desplaza así del sujeto infractor a las condiciones de cumplimiento de una sanción específica; el tratamiento pierde su sentido de medio terapéutico de control social, propio del modelo que concibe al infractor como un enfermo disfuncional, para convertirse en servicio, cuando la naturaleza de la pena lo requiere, como sucede con los servicios de protección a la salud hacia los internos que padezcan enfermedades físicas o mentales.

El reto es pasar del tratamiento correctivo al tratamiento o trato digno con el derecho a estancias decorosas, respeto a la integridad personal, servicios educativos, oportunidades de empleo, acceso a atención médica y posibilidad de actividades culturales y deportivas, entre otros servicios. Así tiene sentido que este trato sólo se brinde a los reclusos, pues si se le concibe como tratamiento correctivo, sería motivo de preocupación que se tuviere por cumplida una pena sin que el infractor se haya sometido al mismo, como ocurre con quienes cumplen penas distintas a la de prisión.

Cuando estamos frente a una pena no privativa de la libertad, la reinserción social obviamente no implica los servicios propios del régimen en reclusión, sino el cumplimiento de la pena con apego a Derecho. Una interpretación de la reinserción social como regla y no como principio conduciría a considerar inconstitucionales las penas sustitutivas a la de prisión, puesto que no se estarían utilizando los medios que señala la Constitución (educación, trabajo y los demás) para “lograr la reinserción social del sentenciado y procurar que no vuelva a delinquir”.

Desde la postura adoptada, la reinserción social es la satisfacción de estándares constitucionales en el cumplimiento de las sanciones penales.

En el concepto propuesto se desplaza el objetivo de la transformación del individuo hacia el marco jurídico en el que deben actuar tanto quienes aplican una pena como quienes la cumplen. Ello tiene importantes implicaciones para el control de legalidad que asumirán los jueces de ejecución de la pena. Considerando que es propio de los principios —“ciliarse recíprocamente”, [Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 125] la reinserción social para cada sanción penal que se imponga —desde la multa hasta la prisión por varias décadas— deberá estar en armonía con los principios constitucionales aplicables.

Debe advertirse que el nuevo lenguaje constitucional mexicano ha rebasado al usado por diversos instrumentos internacionales en la materia. Entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [Adoptada en 1969 y en vigor desde 1978] en cuyo artículo 5, numeral 6, se dispone: —“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. En el mismo sentido, el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [Adoptado en 1966 y en vigor desde 1976] dispone: —“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Por su parte, la Regla 59 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, [Adoptadas en 1955. No se considera una fecha de entrada en vigor por tratarse de un documento declarativo o de *soft law*] admite que para cumplir con el tratamiento

son admisibles —~~to~~s los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza”.

El pensamiento de Luigi Ferrajoli nos permite entender la inspiración correccional de los instrumentos internacionales (y de numerosos textos constitucionales en el mundo) por —[la] convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional [italiano] y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, autora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante” [Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid, 1995, p. 720*].

Las Naciones Unidas, como proyecto humano al fin y al cabo, no fueron ni son ajenas a las corrientes políticas y culturales a las que alude Ferrajoli y asumieron el pensamiento correccionalista. Sin embargo, ello no invalida lo aquí sostenido por dos razones:

En primer lugar, porque los preceptos generados en el sistema de Naciones Unidas (o en el Sistema Interamericano) han de ser interpretados de manera acorde con el resto de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), lo que implica respetar límites como la dignidad de la persona, que está en el corazón de todos los derechos humanos o las garantías de debido proceso adoptadas tanto por la propia Convención Americana y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido son aplicables las cláusulas de salvedad o armonización contenidas en los instrumentos convencionales referidos, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se dispone: —Artículo 30. Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

En segundo lugar, porque ante cualquier contradicción entre el DIDH y el derecho de origen nacional, habría que aplicar el principio pro homine y atenerse a la norma que mejor proteja a la persona de manera que, por ejemplo, un tratamiento psicológico sin el libre consentimiento del recluso, o la negativa a la reducción parcial de la pena a partir del resultado de sus estudios de personalidad, no podrían considerarse como medidas benéficas para el interno. En este sentido, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita in loco a México, consideró que los estudios de personalidad aplicados en el sistema penitenciario de nuestro país contravienen disposiciones de la Convención Americana: [*Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de derechos humanos en México, 1998. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm> el 16 de septiembre de 2010*].

270. [El derecho a la libertad personal]. El artículo 18 de la Carta Magna establece que ~~os~~ gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social de los delincuentes”.

271. Al decir ~~stema~~ “sistema penal” y ~~readaptación~~ “readaptación social de los delincuentes”, la Constitución, conforme a los estándares universales, se está refiriendo a las cárceles de ejecución de penas y a las personas que ya han sido sentenciadas condenatoriamente, y a las cuales se les llama ~~delincuentes~~ “delincuentes”. Las otras personas recluidas pero no sentenciadas se llaman ~~procesados~~ “procesados, presuntos responsables o imputados”, a quienes no se está refiriendo el artículo 18 en mención.

272. No puede, por tanto, aplicarse el ~~estudio~~ “estudio de personalidad” tendiente a justificar seudocientíficamente la peligrosidad social de un procesado, para sacarlo del grupo social de los ~~malos~~ “malos”, aplicarle la etiqueta y entregarlo desnudo al juez, para que tenga más elementos de condena y para justificar aún más la decisión judicial. Ello resulta contrario a los derechos humanos, y en particular a los principios de legalidad penal, presunción de inocencia y garantías judiciales.

273. Es así como la Ley de —Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de mayo de 1971, establece que el tratamiento basado en el estudio de la personalidad podía agravar la incriminación, procurándose iniciar el mismo desde que la persona quede sujeta a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que el procesado dependa.

274. En esta norma que viola el principio de la presunción de inocencia, por cuanto aún no se ha comprobado la responsabilidad del indiciado, no se tuvo en cuenta la técnica jurídica, pues la ley se llama de —Readaptación Social de sentenciados” y, sin embargo, se aplica también a los procesados.

715. [Conclusiones y recomendaciones finales. El derecho a la libertad personal]. Que [el Estado mexicano] elimine el sistema de estudios tendientes a determinar el índice de peligrosidad de un individuo y los llamados —estudios de personalidad”, por ser contrarios a la Convención Americana.

#### 2.1.2 Presunción de Inocencia en la Reforma Constitucional.

Las Reformas Constitucionales 2007-2008 fueron publicadas el 18 de junio de 2008 y de los documentos emitidos por las Cámaras de Diputados y Senadores, sus proyectos y dictámenes, claramente se desprende que, por cuanto al principio de presunción de inocencia, éste se plasmó en acatamiento a los Tratados Internacionales suscritos por México, con escasos comentarios por cuanto a su trascendencia e importancia y sin debate alguno al respecto.

En efecto, en la iniciativa presentada por los diputados César Camacho Quiroz, Felipe Borrego Estrada, Raymundo Cárdenas Hernández y Faustino Javier Estrada González, se propone —una ampliación de derechos para las personas vinculadas a un proceso penal, como la presunción de inocencia y delimitar el uso de la prisión preventiva”.

Los diputados Javier González Gaza, Raymundo Cárdenas Hernández, Ricardo Cantú Garza y otros, mencionan las diversas ventajas que trae aparejadas el proceso acusatorio: sus principios permiten que los ciudadanos cuenten con una garantía de debido proceso que hace posible salvaguardar el derecho a la —presunción de inocencia”, al reconocer que la prisión preventiva suele ser empleada como regla y la consecuencia es que, de acuerdo con un muestreo representativo del CIDE, en las cárceles de Morelos, Distrito Federal y el Estado de México en 2006, se revela que el 82 por ciento de los procesados lo está por delitos patrimoniales y montos menores a cinco mil pesos, sin hacer mayor análisis al respecto. Señalan asimismo que en la Reforma, se reconoce expresamente el derecho a la presunción de inocencia y agregan que el principio permite enmarcar el proceso como una práctica para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito y mientras no se satisfaga, —ninguna persona puede ser considerada culpable ni sometida a pena”. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada. Debo acotar en relación con este comentario, que en la reforma sigue vigente la posibilidad de la prisión preventiva —si derecho a libertad provisional bajo caución”, lo que contradice lo aseverado por los Diputados que se mencionan, además de que ellos mismos se refieren, al hablar del —arresto”, como una inclusión adecuada y necesaria a nivel Constitucional. ¿Acaso resulta esto congruente con el principio universal que nos ocupa?

Por otro lado, agregan otros diputados que aparte del significado que el uso indiscriminado de la prisión preventiva tiene en relación con la presunción de inocencia, hay que añadir consideraciones de —carácter económico” para demostrar la necesidad de que su uso se limite. De acuerdo con el especialista Guillermo Zepeda Lecuona, cada preso en México tiene un costo directo de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones de pesos al mes. —Sería de cantidades considerables que podrían ser perfectamente dedicadas a otros fines si la población penitenciaria se limitara a aquellas personas que han recibido una sentencia condenatoria o aquellas que, estando vinculadas a un proceso penal, presentan un riesgo objetivo de fuga o de entorpecimiento en el desarrollo del juicio. —De esta manera se podría

salvaguardar su presunción de inocencia y el Estado Mexicano se ahorraría cuantiosos recursos económicos.

Después de leer el párrafo anterior, puede observarse claramente que el menor interés de los señores diputados en cuanto a la prisión preventiva, es la violación clara al principio de inocencia que con ella se consume y las graves consecuencias sociales que representa.

Por otra parte, ni siquiera pudieron pensar que esas cantidades de —~~abro~~” de las que hablan, tendrían que ser usadas en programas de prevención por una parte y de trabajo y educación para aquellos procesados que pudieran estar en libertad durante el proceso [<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic./20071211-VIII-html> 6 oct 2008].

Para los efectos de este trabajo, consideramos importante incluir algunos de los artículos Constitucionales reformados que inciden de una manera directa o indirecta en el principio de presunción de inocencia, para estar en posibilidad de compararlos con los anteriores, vigentes hasta el día 17 de junio y verificar si en su caso, éstos representan en verdad un cambio positivo para la procuración e impartición de justicia en nuestro país y principalmente si en efecto y como tanto se ha venido anunciando y promocionando, esta reforma implica un verdadero avance hacia un Estado Democrático de Derecho en el que finalmente se reconoce íntegramente el principio de presunción de inocencia en nuestro país.

En el decreto de la Reforma Constitucional que se menciona, se reformaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, pero habremos de transcribir ahora solamente aquellas partes reformadas de algunos de los artículos citados, para estar en aptitud de compararlos con sus correlativos antes y después de la reforma.

Para iniciar este somero análisis y por ser precisamente el tema de este artículo, consideramos de primordial importancia establecer en primer término lo

establecido en el artículo 20 Constitucional reformado, en su apartado B. fracción I.

**“...B. De los derechos de toda persona imputada: I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.”**

Debemos señalar en primer término, que en nuestro concepto este ordenamiento no está respetando íntegramente el principio de —presunción de inocencia” al implicar que ésta se desvanece al emitirse —sentencia por el juez de la causa”, lo que elimina la gran cantidad de resoluciones de segunda instancia e inclusive de Amparo, en las que se revoca la resolución de jueces y magistrados para declarar la inocencia del procesado. Consecuentemente, la presunción no debe desvanecerse sino hasta que exista resolución firme, debidamente ejecutoriada. Pero además no puede concebirse, como veremos más adelante, que un principio universal como es el que analizamos, admita regímenes de excepción tratándose de delitos previamente determinados.

Considerando que uno de los mayores retrocesos que en materia de derecho procesal penal se han dado en esta Reforma, es precisamente lo establecido en el artículo 16 que establece: —**N** podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin 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**”.

Recordemos que la anterior exigencia para librar una orden de aprehensión consistía en que debía tratarse de un hecho que la ley señalare como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad —**YEXISTAN DATOS QUE ACREDITEN EL CUERPO DEL DELITO Y QUE HAGAN PROBABLE LA RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO**”.



Como puede observarse con toda claridad, en la reforma se ha eliminado el concepto de —~~cu~~po del delito” reduciéndose obviamente los requisitos para su integración, al igual que los datos necesarios para hacer probable la responsabilidad del indiciado, lo que indudablemente permitirá detenciones e incluso —~~Auto~~s de Vinculación a Proceso” con mucha mayor facilidad.

Al respecto, el Doctor Sergio García Ramírez en su magnífica obra —~~La~~ Reforma Penal Constitucional (2007- 2008)” nos dice que:

—~~Los~~ asuntos de mayor relevancia, que la RC (reforma constitucional) no resuelve acertadamente y que ponen en riesgo la orientación general del sistema penal, en lo concerniente a la libertad de las personas, son el objeto de la prueba y la intensidad de ésta. En otros términos, ¿qué hay que probar para que el Estado, a través del aparato penal, pueda afectar la libertad de un individuo y someterlo a proceso penal, o —~~in~~cularlo” a proceso, como reza la RC (sic), con expresión muy discutible? ¿Cuál debe ser la fuerza o eficacia de la prueba que soporte el ejercicio de la acción, y en su hora, el auto de vinculación y, posteriormente, la sentencia?

Como hemos visto, en el dictamen de los diputados se patrocina una decadencia considerable de la exigencia probatoria y con esa decadencia se han desvanecido derechos de los ciudadanos. . . Una perspectiva menos garantista -o francamente autoritaria-, como la que campea en diversos extremos de la RC (sic), llega a otras conclusiones: facilitar la limitación de los derechos de los ciudadanos, sin someterla a prueba clara, amplia y suficiente sobre la existencia de un delito imputable, así sea en grado de probabilidad, a la persona cuya libertad se afecta. Sobra ponderar las consecuencias que en nuestro medio puede tener esa laxitud.” [García Ramírez, Sergio. “La Reforma Penal Constitucional 2007-2008”, Porrúa, México, 2008, pp. 46-47].

Los párrafos séptimo y octavo del propio artículo 16 reformado, nos generan igualmente gran preocupación pues indudablemente son violatorios de garantías individuales y crean inclusive un doble sistema penal:

Art. 16 párrafo séptimo: —~~a~~ autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días.”

Art. 16, párrafo octavo: —~~Por~~ delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”

Después de leer los anteriores párrafos, lo primero que debe establecerse es que en nuestro concepto denota una absoluta falta de técnica legislativa el incluir la descripción de un tipo penal en el ámbito constitucional y lo que es peor, en el Capítulo de Garantías Individuales. De cualquier forma, como la Constitución nos remite a ~~los~~ “términos de la ley de la materia” consideramos importante recurrir a ella para su completa definición, para verificar claramente la ausencia total del principio de presunción de inocencia en la ~~La~~ “Ley Federal de Delincuencia Organizada”:

Artículo 1 —~~La~~ presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

Artículo 2 —~~Cuando~~ tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas ~~por~~ “ese solo hecho”, como miembros de delincuencia organizada.”

En este mismo artículo, se mencionan los diversos ilícitos que deberán ser contemplados dentro de este rubro, a saber: Terrorismo, contra la salud, falsificación o alteración de moneda, operaciones con recursos de procedencia ilícita, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, asalto, secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos y todo aquello relacionado con la denominada —~~p~~artería”.

Si bien no puede negarse la gravedad de los anteriores ilícitos, esto en nuestro concepto no exige de manera alguna una —~~e~~y de excepción” para su tratamiento, sino en todo caso, de mejores métodos de investigación y por supuesto de una rigurosa preparación y selección de aquellos servidores públicos que habrán de encargarse de su persecución. Pero además, es necesario enfatizar que los párrafos ya transcritos e incluidos en la Constitución abren el camino, en nuestro concepto, a un —~~D~~oble Sistema Penal” en nuestro país, como atinadamente señala el eminente Maestro Sergio García Ramírez:

—En ~~p~~rimero término, existe un sistema penal —~~o~~rdinario” o —~~r~~egular”, en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas, surgidas, sobre todo, en el último tercio del siglo XVIII y que prosperaron a lo largo de los siglos XIX y buena parte del XX. En segundo término, comienza a existir un sistema nominalmente —~~e~~xcepcional” o —~~e~~xtraordinario”, con procedimientos —~~a~~justados” y garantías —~~i~~nitadas”, supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad. Desde luego, el sistema extraordinario tiene constantes avances sobre el territorio del otro, y al cabo de algún tiempo pudiera convertirse en ordinario. Habría operado una ley semejante a la que se predica en economía: la moneda mala habría desplazado a la buena. En este caso, el desplazamiento significaría erosión de libertades, mengua de garantías y retraimiento de la democracia.” [García Ramírez, Sergio. “La Reforma Penal Constitucional 2007-2008”, Porrúa, México, 2008, pp. 50-51].

En efecto, de acuerdo con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se otorga carácter jurídico a la privación de la libertad por —~~s~~ospecha”; a la denuncia anónima (retribuída en ocasiones con grandes sumas de dinero), a la intervención

de las comunicaciones privadas, a la actuación de agentes oficiales infiltrados en la vida y los negocios de las personas; a la negociación del derecho con los delatores, los —arrepentidos” y los —testigos protegidos”.

Toda la razón le asiste al Doctor Sergio García Ramírez en su obra ya citada, cuando afirma al referirse a las fuertes críticas que realizó en contra de la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada: —Lamento no haberme equivocado. Infectó la legislación y la práctica. Creó figuras inconstitucionales. Introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente, sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor: engendró una cultura penal que hoy lucha por sus fueros” [García Ramírez, Sergio. *“La Reforma Penal Constitucional 2007-2008”*, Porrúa, México, 2008, pp. 51].

También en relación con el —crimen organizado” el gran Maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, nos dice:

—A diferencia del capital productivo, el globalizado no es manejado por empresarios, sino por administradores de conglomerados, que son tecnócratas que deben obtener la mayor renta en el menor tiempo, para evitar que sus inversores busquen otro tecnócrata más eficaz a quien confiar sus recursos. Es así como estos operadores van venciendo escrúpulos, hasta que su actividad entra con frecuencia en una zona donde se torna confusa con la delincuencia económica y algunas veces caen víctimas de sus choques contra otros competidores y provocan catástrofes financieras con sorprendentes desmoronamientos de imperios de cartulina. Debido principalmente a este fenómeno se ha impulsado una legislación inquisitoria, con elementos provenientes de la edad media (espías, delatores, procedimientos secretos, posiciones de garante absurdas, etc.) aplicable a un nebuloso conjunto de infracciones designadas como —crimen organizado”, que motivó un número increíble de instrumentos internacionales. Se trata de un pseudoconcepto inventado por el periodismo y los políticos de la primera mitad del siglo pasado, sobre el que nunca la criminología había logrado un acuerdo, pero que ahora ha sido adoptado legislativamente para abarcar hipótesis conflictivas heterogéneas

que, como resulta obvio, no pueden neutralizarse con idénticas medidas, pues nadie puede sostener racionalmente que el secuestro extorsivo, el juego ilícito y el lavado de dinero puedan combatirse y prevenirse con iguales métodos. . . La verificación de que la mayor parte de estas actividades requieren el complemento de la corrupción pública, desató paralelas campañas de —caería de brujas” que, no por azar, nunca dan con los responsables del vaciamiento de países enteros. . . Tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar poder punitivo y la intromisión del estado en cualquier actividad económica desagradable al equipo de turno o que sea útil para eliminar o difamar competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones.” [Zaffaroni, Raúl. *El Enemigo en el Derecho Penal*. Ediciones Coyoacán, México, 2007, pp.65-66].

En la práctica, además, hemos podido constatar en nuestros años de experiencia en los ámbitos de procuración e impartición de justicia, la gran cantidad de errores e injusticias que se cometen en la persecución de los ilícitos mencionados. Así por ejemplo, en múltiples ocasiones los verdaderos delincuentes cuyo nombre y actividad obviamente no revelan, contratan los servicios de personas ignorantes y de muy escasos recursos, para servir como choferes o “macheteros” en la carga de ciertos artículos debidamente empacados, para ser entregados en determinado domicilio, en el que son detenidos al estar descargando —al mercancía”. Naturalmente, son acusados del delito de —delincuencia organizada” y sometidos en consecuencia al arraigo y a la prisión sin esperanza alguna de una adecuada defensa.

Debemos mencionar ahora que es precisamente en el artículo Constitucional en el que se instaura, para ser llevado a cabo en un plazo máximo de ocho años en todas las entidades de la República, el —proceso acusatorio y oral, que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación” y establece sus generalidades, a reserva de que si en alguno de los Estados de la República este proceso ya se ha incorporado, de acuerdo con el artículo 3º. transitorio de la propia reforma, serán plenamente válidas las

actuaciones procesales que se hubieran practicado con fundamento en tales ordenamientos.

En relación con los juicios orales, éstos tendrán que ser materia de trabajo diverso, dados los alcances que esta reforma tiene y la gran cantidad de cuestionamientos y dudas que suscita. Al respecto considero de primordial importancia el comentario que al respecto hace el Doctor Sergio García Ramírez en su obra —La Reforma Penal Constitucional” 2007-2008 a la que nos hemos venido refiriendo:

—~~by~~ quienes suponen que al cambiar las leyes cambia la vida; que los nuevos preceptos producirán de inmediato los efectos benéficos que cabría esperar, por el contrario, de modificaciones, transiciones, evoluciones o revoluciones de otro signo. Esta es la reforma —visionada”, que promete milagros y cosecha frutos magros. En muchos casos, el reformador construye sus proyectos sobre una hipótesis no acreditada: lo que se tiene no sirve para lo que se quiere; por lo tanto, es preciso modificarlo a fondo y cuanto antes. Rara vez se razona la insuficiencia o impertinencia de las disposiciones existentes de cara a la realidad que se pretende enfrentar con ellas. Se carece de datos, consideraciones persuasivas, honrados argumentos que demuestren la falla de las leyes y no de los hombres o las instituciones, -que son, en definitiva, los hombres- convocados a aplicarlas. Débilmente se pregunta: ¿qué sucedería si aplicásemos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de abolirlas y sustituirlas? Pregunta que muchos legisladores no suelen plantear y mucho menos responder.” [*García Ramírez, Sergio, Op. Cit. P.4*].

En efecto, si escuchamos las principales críticas a nuestro actual sistema judicial, éstas versan en primer término en contra de las policías y los Agentes del Ministerio Público, quienes son acusados, no sin razón, de corrupción, negligencia e ignorancia. Por lo que hace a los jueces, se les tiene, en muchos casos, como a personas ajenas a los procesos que se siguen en los juzgados a su cargo, por no estar presentes en las audiencias sin conocer siquiera a las personas que tienen sujetas a proceso y a las cuales van a sentenciar. Peor aún, se les acusa de

recibir dádivas por —ajustar” sus resoluciones a la conveniencia de alguna de las partes, sin que de estas críticas pueda sustraerse a los propios Magistrados.

Coincidimos plenamente, además, con lo aseverado por el Maestro Julio Antonio Hernández Pliego en el prólogo de su obra —El Proceso Penal Mexicano”: —Hasta hoy no hemos podido proscribir del proceso, cuestiones lacerantes como la corrupción, que aleja de la población los ideales de justicia, para convertirlos frecuentemente sólo en parte del discurso político, que sin sensibilidad, engañosamente, ofrece el juicio penal como bálsamo milagroso que sana todo padecimiento social, con lo que se permite que crezca la desconfianza en la policía, el Ministerio Público y los jueces, sin remover, en cambio, los verdaderos orígenes de la inseguridad ciudadana, que ofenden por igual los derechos de víctimas, inculpados, defensores y participantes en general en el escenario del drama procesal y transmiten con frecuencia sentimientos de desprotección y desamparo. . . La falta de respuesta inmediata a las dificultades sociales, es causante de frustración, porque en el mejor de los casos, el proceso garantista sólo es un paso para la solución de la problemática que implica la seguridad ciudadana, cuyo verdadero apoyo requiere no sólo de la integral transformación de la justicia penal —sustantiva, adjetiva y ejecutiva, sino del frontal combate a las verdaderas fuentes criminógenas, que deberá orientarse más que a la represión, a la prevención del delito, lo que implica una mayor cuota de inversión en programas y estrategias que con efectividad ataquen la pobreza, la insalubridad y la incultura” [Hernández Pliego, Julio Antonio, *El Proceso Penal Mexicano*, 2ª Ed., Porrúa, México, 2003, pág. XII].

En relación con el grave problema de la corrupción, reconocemos y admiramos aquellas honrosas excepciones que existen al respecto y que afortunadamente no son pocas. Sin embargo nos preguntamos: ¿Acaso no existen claros ordenamientos respecto a cómo debe llevarse a cabo el procedimiento penal? ¿Por qué no se sanciona con el rigor necesario a los servidores públicos que incumplen con su deber y traicionan la confianza de los ciudadanos?

Si no podemos responder adecuadamente a lo anterior, habremos de repetir, con el Doctor García Ramírez: ¿Por qué no aplicamos con entereza y puntualidad las normas que tenemos, antes de buscar otras soluciones?

Tendremos que esperar entonces, a que las reformas a los Códigos Adjetivos y Sustantivos que se avecinan, al igual que nuestra Constitución ya reformada, tengan la maravillosa virtud de cambiar a los hombres y a las Instituciones, para poder aceptar que éstas tuvieron alguna utilidad.

En relación con el artículo 21 Constitucional reformado, nos preocupa seriamente el que se haya establecido, en su segundo párrafo, lo siguiente: —Ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público.”, e inmediatamente después:” La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Al respecto consideramos de suma importancia preguntarnos: ¿No es acaso el Derecho Penal un Derecho Público, cuyo ejercicio corresponde al Estado? ¿No es del todo contradictorio, entonces, que se derive este ejercicio a particulares?, pero independientemente de lo anterior, de por sí grave, pensemos en lo siguiente: ¿Quiénes serán aquellos —particulares” que acudan directamente ante los jueces?. Obviamente, aquellos que tengan la capacidad económica para cubrir honorarios de los abogados que los representen y en su caso, además, el pago de peritajes de alto costo y otros gastos que necesariamente deberán llevarse a cabo. En consecuencia, debemos aceptar que ésta será una situación de privilegio para unos cuantos, dejando fuera del mismo a la gran mayoría de personas sin recursos que claman por justicia en este país.

Tampoco puede pasar desapercibido el hecho de que igualmente se incumple con el principio de presunción de inocencia, al limitar las prerrogativas de los ciudadanos sujetos a un proceso penal, sin haber recibido una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, al encontrarse establecido en el artículo 38 Constitucional, no reformado, lo siguiente: —Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:. . . II. Por estar sujeto a un proceso



criminal por delito que merezca pena corporal, a contar de la fecha del auto de formal prisión.”

Como puede observarse, ni siquiera se puso en consideración que de acuerdo con la multicitada reforma, ya no habremos de referirnos a un auto de formal prisión sino a un auto de vinculación a proceso, de donde tenemos que concluir que muy probablemente los señores legisladores desconocen u olvidaron este artículo Constitucional que contraviene, como ya dijimos, el principio de presunción de inocencia.

Hemos visto además, que en los artículos 18 y 19 Constitucionales de la reforma analizada existen una serie de limitaciones que se imponen a la libertad provisional, sin que pueda pasarse por alto que nuestro País al suscribir los Tratados Internacionales en los que se comprometió a reconocer y respetar el principio de presunción de inocencia, también se comprometió a indemnizar a aquella persona que habiendo sido privada de su libertad, sea declarada inocente al concluir el procedimiento, sin que esto aparezca de manera alguna en la Reforma Constitucional.

Por último, y al considerar que el principio de presunción de inocencia debe permear a todo nuestro sistema jurídico, no podemos estar de acuerdo con lo establecido en la Reforma Constitucional, en el artículo 123 fracción XIII del Apartado B, que señala:

Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o

—cualquier otra forma de terminación del servicio” fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, —si que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.”

Leído lo anterior debemos concluir que también en materia Laboral, Derecho Social por excelencia, se está violando el principio de presunción de inocencia y aún más, las garantías individuales de los ciudadanos, al dejarlos en total estado de indefensión y sin un futuro laboral que pueda garantizarles su manutención y la de su familia, a pesar de haber sido considerados inocentes por tribunales constitucionales.

Si bien la reforma contiene algunas normas positivas, como puede ser el establecimiento de mecanismos alternativos para solución de controversias, tendremos que esperar su aplicación regular para verificar su resultado. Por otra parte, aunque con ciertas dudas, debemos esperar las posibles bondades del juicio oral. De esta manera se debe concluir en acuerdo total, de nueva cuenta, con el Doctor Sergio García Ramírez, cuando dice con respecto a la Reforma que:

—Por otra parte, la misma reforma contiene novedades preocupantes, de signo autoritario, que conspiran contra el sistema penal de la sociedad democrática y ponen en predicamento derechos y garantías individuales. Estas novedades podrían imprimir un viraje pernicioso a los avances alcanzados con gran trabajo y ensombrecer el rumbo y el destino del orden penal mexicano. . . Al referirme a la reforma he utilizado un símil: parece un vaso con agua potable y transparente a la que se hubieran agregado unas gotas de veneno. Habrá que preponderar la naturaleza final de la bebida y la suerte de quienes la ingieran. Quiero decir: Habrá que ponderar con hechos, no con palabras.

Lo que se encuentra a prueba no es el discurso —o el modelo o el paradigma de la justicia penal, sino la justicia misma aplicada a una sociedad específica que aguarda, desde hace tiempo, innovaciones redentoras. Se halla a la vista el

peligro de “guantanimizar” la justicia penal mexicana. Por eso es posible subtítular esta obra con la gran interrogante que despierta la reforma constitucional: ¿democracia o autoritarismo?” [García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, p. XI].

### 2.1.3 Medidas Cautelares en la Reforma Constitucional.

En el proceso de reforma del sistema de justicia penal se encuentra el reto de establecer un proceso penal que, por un lado, permita de forma eficiente el combate a la delincuencia y, al mismo tiempo, garantice el pleno respeto a los derechos de las víctimas u ofendidos del delito y de los imputados. Estas dos finalidades, que impulsan el diseño del proceso en sentidos diferentes, deben ser equilibradas en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En la regulación de las medidas cautelares establecer este equilibrio es más complicado, quizá debido a que en su funcionamiento impactan claramente las insuficiencias institucionales, al igual que las presiones sociales -y es para compensar las primeras y paliar las segundas que encontramos el abuso de la prisión preventiva en los sistemas latinoamericanos- [Zepeda Lecuona, Guillermo, *“El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México.” Ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal*].

Ahora bien, la dificultad de la adecuada regulación de las medidas cautelares es que su uso no se justifica de la misma forma en que la pena privativa de libertad: como una medida retributiva o de prevención general. De hecho la ratio del establecimiento de la prisión preventiva es muy distinta, sólo se justifica en tanto se considera una medida cautelar, ya que no puede ser el adelanto de una pena.

Así pues, en un Estado de Derecho, la prisión preventiva solo puede regularse adecuadamente desde una correcta comprensión de su función de medida cautelar. Así, se pueden entender sus fines, las formas en que puede utilizarse y los límites que son inherentes a su utilización. Sin embargo, es evidente que el estudio de las medidas cautelares en la doctrina mexicana, hasta la reforma de 18 de junio de 2008, es especialmente pobre.

Esta situación de extrema debilidad o carencia de fundamentos doctrinales para una institución como el proceso penal en México no debería sorprendernos. De hecho, este problema no es exclusivo de la doctrina mexicana -aunque en México su crudeza es evidente- ya que desde hace muchos años se ha destacado la debilidad de la ciencia del derecho procesal penal frente al Derecho Penal y al Derecho Procesal Civil. De hecho, la doctrina mexicana recoge esta situación, ya que por un lado, existe un importante desarrollo de la ciencia del Derecho Penal, especialmente en lo que se refiere a la teoría del delito [*Al respecto pueden verse la mejor doctrina en la que destacan dos jóvenes penalistas: los trabajos de Díaz-Aranda, Enrique, entre otros Dolo, causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México, México, Porrúa, 2000; Derecho Penal, parte general, México; Porrúa*] y por otra existe una fuerte tradición de estudios desde el Derecho Procesal Civil, con lo que Ciencia del Derecho Procesal Penal está en la situación de cenicienta del proceso que hace más de 65 años Francesco Carnelutti, de forma magistral, denunció al escribir:

—Había una vez tres hermanas que tenían en común, por lo menos, uno de sus progenitores: se llamaban la ciencia del derecho penal, la ciencia del proceso penal y la ciencia del proceso civil. Y ocurrió que la segunda, en comparación con las otras dos, que eran más bellas y prósperas, había tenido una infancia y una adolescencia desdichadas. Con la primera le tocó dividir durante mucho tiempo la misma habitación; y aquella retuvo para sí lo bueno y lo mejor.”[*Carnelutti, Francesco, “la Cenicienta” en Cuestiones sobre el proceso penal, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería el Foro, 1994, pág. 15.*]

Esta situación es evidente que continúa hasta nuestros días. No existen estudios adecuados en muchos aspectos del derecho procesal penal pero en el tema de medidas cautelares se pueden apreciar dos carencias específicas:

- El estudio de la prisión preventiva no se ha desarrollado desde la naturaleza procesal de las medidas cautelares.

- En los casos excepcionales en que se ha abordado el estudio desde una perspectiva procesal de las medidas cautelares en el ámbito penal se ha hecho desde una perspectiva civilista, sin considerar que debe construirse una teoría desde las peculiaridades de los fines a los que sirve el proceso penal.

## **2.2 La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos 2011.**

### **2.2.1 Antecedentes de la Reforma Constitucional.**

La temática relativa a los derechos humanos se ha convertido en los últimos años en referente permanente de la opinión pública nacional y de la actividad de la sociedad civil organizada, que ha encontrado en la causa de la defensa y promoción de los derechos, un espacio incluyente y plural para la expresión y canalización de las demandas sociales.

Por otra parte, desde la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en 1990, el propio estado mexicano asumió como tema de ocupación y atención prioritario a los derechos humanos, como una necesidad tanto para la política interna, ante las crecientes demandas sociales respecto de la materia, así como en atención al desarrollo de la temática en el ámbito internacional, en el que cada vez más de los derechos humanos asumen nuevos espacios y protagonismo.

La sociedad civil ha realizado esfuerzos importantes que han provocado un increíble crecimiento de organismos especializados no gubernamentales, que han sido fundamentales en el crecimiento de la cultura de los derechos humanos en México.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada en junio de 2011 tiene una importante dimensión internacional y está llamada a ejercer un notable impacto de la conducción de la política exterior de México por diversas vías. Destacan al menos dos de ellas. Primero, se fortalece el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos precisando normas relativas a

los derechos humanos se interpretaran de conformidad con la Constitución y los propios tratados.

Ello, por ejemplo, dará una nueva dimensión al litigio de ciudadanos mexicanos ante las instancias internacionales de derechos humanos. Segundo, se introduce en el artículo 89, fracción X; —“el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos” como principio normativo que debe guiar la conducción de la política exterior, con lo cual se consagra jurídicamente la idea de que tales derechos son un componente esencial de la identidad política que México desea proyectar al resto del mundo.

El asunto no es menor: la modificación del artículo 89 constitucional se basa en la premisa de que los derechos humanos encarnan valores que son comunes a todos los mexicanos y, por ende, eleva su protección y promoción en el sistema internacional a una política de Estado que, como tal, responde al interés nacional por encima de las diferencias programáticas de los gobiernos en turno.

Aunque la reforma es en muchos sentidos un parteaguas, en lo que concierne a la política exterior y, especialmente a la modificación del artículo 89, no debe pensarse como un punto de partida, sino como el resultado de un largo proceso de transformación política y social mediante el cual la preocupación por la protección de los derechos humanos se incorporó en la agenda pública mexicana, este es un proceso que avanza desde la sociedad hacia la clase gobernante y desde ahí hacia las instituciones estatales; a lo largo de las décadas contó con el concurso de fuerzas sociales y políticas de diverso signo, por lo que es una conquista de todas ellas, y de ninguna de manera exclusiva. Esto es lo que da pie y fundamento sólido a la incorporación de la protección y promoción de los derechos humanos como principio que inspira a la política exterior del Estado mexicano: no es el producto de una retórica vacía, sino la cristalización de un consenso social, que con idas y vueltas, avances y contradicciones, hemos ido forjando los mexicanos respecto a que es lo que considera legítimo en el ejercicio de la autoridad estatal. Como sucede con el resto de los principios de política exterior, este es también el fruto de nuestra experiencia histórica. Sin embargo, reviste dos peculiaridades.

La primera es que mientras los demás principios se fraguaron como respuesta a las vicitudes de las relaciones internacionales del país (guerras, intervenciones extranjeras, etcétera), la protección y promoción de los derechos humanos tiene una matriz doble o intermestica: se finca sobre todo en las luchas democratizadoras correspondientes al ámbito político interno, aunque, es producto también de la dinámica de interacción con el resto del mundo.

En segundo lugar, los siete principios originales [*Los siete principios originales son: 1) la autodeterminación de los pueblos; 2) la no intervención; 3) la solución pacífica de controversias; 4) la proscripción de amenazas o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales; 5) la igualdad jurídica de los Estados; 6) la cooperación internacional para el desarrollo; 7) la lucha por la paz y seguridad internacionales.*], atañen primordialmente a las relaciones interestatales, mientras que el novel octavo principio se refiere a las relaciones entre autoridades políticas e individuos en todo el mundo y, por obligada consistencia, en la propia jurisdicción nacional. Esta singularidad refleja, sin duda, la evolución que han experimentado las relaciones internacionales a raíz de la globalización y la progresiva erosión de las fronteras entre el ámbito interno e internacional en temas tan variados como el medio ambiente, las enfermedades epidémicas, el crimen organizado y, por supuesto, los derechos humanos.

### 2.2.2 Principio *pro persona*.

La primera definición del Principio *pro persona* surgió en el marco de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) —un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran y amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma el principio *pro persona* conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la

excepción.”[CASTILLA, Karlos. *EL PRINCIPIO PRO PERSONA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Cuestiones Constitucionales*]

Tenemos en claro que al ser un tema viejo en el mundo, relativamente hablando (aun que en México esté de moda), las opiniones al respecto y las distintas definiciones del mismo varían de acuerdo al autor, tal es el caso del siguiente, es un criterio hermenéutico en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos y, de manera inversa, a la norma o a la interpretación menos restrictiva cuando se trata de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria [*Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Argentina, 1997, p. 81.*] Este mismo criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia nacional mediante una tesis aislada de rubro —Principio pro persona. El contenido y el alcance de los derechos humanos deben analizarse a partir de aquel.” [*PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUEL. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Décima Época, Libro V, Febrero 2012, Tomo 1, p.659.*]

Así mismo tenemos que De acuerdo con Martín Ábrego y Christian Courtis, el principio *pro persona* o *pro homine* consiste en —uncriterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos de suspensión extraordinaria. El principio coincide con el rasgo fundamental de derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”[*Principio definido por Martín Abrego y Christian Courtis, en La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editorial del Puerto, p. 163*]



En este orden de ideas tenemos que el termino *pro persona* se refiere a la aplicación del derecho que más favorezca al gobernado, o en otro sentido la inaplicabilidad del derecho que más perjudique al individuo.

Si bien es cierto el termino en México y su aplicabilidad son relativamente nuevos, ya existen antecedentes al respecto, tales como la aplicación retroactiva de la ley que más favorezca.

El artículo primero de la constitución política de los estados unidos mexicanos contempla la aplicación del principio *pro persona*

—Erlas 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...”

La correcta aplicación de la norma más favorable sin importar su jerarquía y dejando de lado la pirámide de Kelsen, al estar plasmado (el principio *pro persona*) en la norma constitucional, es de preponderante obligatoriedad en la correcta aplicación del derecho en México, tal es el caso de que al adoptar este principio y al ser México firmante del pacto de San José Costa Rica [*CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA CONFERENCIA suscrita*

*ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32)*

*San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969*], debe de ser primigenio dicho tratado al juzgar al reo ya que es este el que más lo beneficia.

La Convención Americana de Derechos Humanos o —~~P~~acto de San José de Costa Rica” de 1969, en su artículo 29:

—~~N~~ormas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...”

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 5.1 dispone:

—~~N~~inguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o —~~P~~rotocolo de San Salvador”, ratificada el 8 de marzo de 1996 que establece:

—~~A~~rtículo 4. No Admisión de Restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 5.1 dispone:

—Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”(Texto muy similar al de El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 5.1.)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo:

—Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión...Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad... Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”.

Asimismo en el artículo 30 se afirma que:

—Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

Todos estos instrumentos internacionales fueron firmados y ratificados por el Estado Mexicano, lo que los hace parte integrante del marco jurídico mexicano, sin menoscabo de sobrepasar o ir en contra de la constitución misma, de acuerdo con Seara Vázquez, —cuando los tratados no se pueden aplicar en el orden interno por ser contrarios a la constitución, esta situación es irrelevante para el derecho internacional, y el estado es responsable por la no aplicación de esa obligación internacional” [Citada por el Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco en el ensayo sobre el “Artículo 133” de la constitución mexicana, página 33.], y en este sentido y promoviendo el principio pro persona —al primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. (Ambas) interactúan en beneficio de los seres protegidos” Antonio Cançado [Citada por el Dr. Jorge Ulises Carmona Tinoco en el ensayo sobre el “Artículo 133” de la constitución mexicana, página 33].

Atento a esto y con el ánimo de proveer al gobernado del mayor número de beneficios se debe entender como norma suprema o primigenia a la que brinda mayor protección a los derechos humanos, en aras de respetar hacer valer y garantizar los derechos humanos. Así mismo debemos de entender que los estados firmantes de los distintos pactos e instrumentos tienen la obligación de respetar dichos tratados internacionales y a su vez proteger a sus connacionales y salvaguardar los derechos humanos.

Al ser México país firmante de diversos tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y según lo plasmado por nuestra carta magna, es menester de los jueces la correcta aplicación e interpretación de los diversos preceptos contenidos tanto en la constitución así como los que de los tratados emanen, por ende y haciendo uso de la facultad juzgadora de los tribunales, es

competencia de ellos ponderar la correcta aplicación y evaluación de los preceptos que más beneficien al ciudadano y que refieran una prerrogativa para el juzgado.

#### 2.2.2.1 Vinculación del principio *pro persona* con otros principios de interpretación favorable.

De manera paralela a los criterios descritos, el uso efectivo del principio *pro persona* requiere, sin duda, que los operadores jurídicos hagan uso de distintos elementos de la doctrina constitucional nacional en donde se detallan los alcances y particularidades de la interpretación de los derechos humanos en ciertos contextos. Entre dichos criterios a continuación se destacan aquellos que corresponden, además, con lo que la doctrina especializada en el tema ha denominado como la fuerza expansiva de los derechos humanos, la cual constituye una característica que se deriva de la propia naturaleza de estos derechos.

1. La presunción inicial es que todas las personas son titulares de todos los derechos, por lo que pueden exigir su protección de forma directa e inmediata ante las autoridades competentes. Esta afirmación se ha concretado en el principio-derecho a la igualdad, consagrado tanto en nuestra Constitución como en distintos tratados internacionales.

Para determinar si la distinción establecida en una norma secundaria, en cuanto a las cargas impuestas para el ejercicio o exigibilidad de un derecho humano por parte de un grupo o categoría específica de personas, está conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos, se deberá recurrir a los criterios establecidos por nuestra doctrina constitucional en cuanto al *test de igualdad*. Al mismo tiempo, en razón de éste, el juzgador deberá determinar si a) existe una finalidad constitucionalmente admisible para la distinción introducida por el legislador ordinario; b) la distinción está racionalmente conectada con el fin, y c) ésta

es proporcional, considerando los derechos y bienes afectados. Claro está que si tales derechos han sido reconocidos constitucional o internacionalmente como derechos humanos, el juzgador deberá aplicar un test de proporcionalidad estricto con el objetivo de determinar si la afectación generada por la distinción no es excesiva con respecto a la presunción inicial de que todas las personas deben poder ejercer y exigir sus derechos libremente y en igualdad de circunstancias.

Sin ahondar más de lo necesario en el tema, también es importante recordar que el principio-derecho a la igualdad no tiene un contenido autónomo, sino que se vincula y proyecta en otros derechos humanos. Además, en estrecha vinculación con lo que la Corte IDH ha denominado como *la interpretación evolutiva de los derechos humanos*, hay que destacar que el test de igualdad al que nos hemos referido no puede construirse desde la abstracción de las normas, sino que debe responder a las condiciones de vida actuales

2. Los derechos humanos no sólo son *derechos públicos subjetivos (función subjetiva)* sino que también constituyen *criterios objetivos (función objetiva)* que deben iluminar todo el sistema jurídico, las decisiones y actuaciones de las autoridades, e incluso las relaciones entre los particulares.

Aunque nuestra doctrina constitucional sólo ha reconocido de forma general la dimensión o función objetiva de los derechos humanos, centrandolo su análisis en su vigencia dentro de las relaciones entre particulares, el derecho comparado ha dado más luces con respecto al impacto real o concreto de dicha función [*En palabras del profesor colombiano Jaime Toledano Martínez, “[los derechos humanos] se erigen hoy como un medio de integración objetiva del Estado constitucional, es decir, son derechos que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad, y por tanto constituyen el componente necesario de la cultura del derecho de*

*todo Estado que se denomine constitucional [...] En otras palabras, los derechos [humanos] son los representantes de un sistema de valores concreto (de un sistema cultural) que resumen el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución [...] En consecuencia, las llamadas Constituciones vivas que incorporan los derechos [humanos] [...] no son obra de reglamentación normativa a secas, son además el espejo de una sociedad donde vemos su desarrollo y se manifiestan sus aspiraciones [...] Bajo esta perspectiva, los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o un particular (derechos de defensa). Esta relación jurídica bilateral indiscutiblemente presenta una vertiente sustancialmente subjetiva que garantiza al titular un estatus jurídico [...] Pero la gran novedad del constitucionalismo actual no se encuentra en la faceta tradicional subjetiva de los derechos [humanos] [...] De hecho, [estos] derechos [...] poseen además otra significación, esta vez objetiva [...] Esto es, junto al carácter jurídico-subjetivo de la norma fundamental, tal y como ya se ha apuntado, es posible extraer también contenidos de carácter objetivo”]. De manera particular, la jurisprudencia comparada ha utilizado la dimensión objetiva de los derechos humanos para darles efecto en las relaciones privadas (objeto de estudio de la siguiente sección) y para afirmar la dimensión positiva de las obligaciones estatales frente al desarrollo de los derechos humanos, más allá de si existe una prestación subjetiva individual que pueda ser exigida por una o un ciudadano. En otras palabras, la dimensión objetiva de los derechos humanos los proyecta en un campo de la actuación estatal que no necesariamente corresponde al cumplimiento de obligaciones concretas que pueden ser exigidas por los titulares de los derechos subjetivos. En esta proyección, los derechos humanos también son directrices y reglas de actuación legislativa, garantías procesales que deben ser observadas en la toma de decisiones en cuanto*

al diseño e implementación de acciones que puedan afectar los derechos humanos, exigencias sobre la participación de las personas frente al Estado, y principios para la organización de las instituciones y estructuras de poder, entre otros.

3. Los derechos humanos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, promoverlos y garantizarlos. Asimismo, éstos se proyectan en una dimensión horizontal, lo que implica la posibilidad jurídica de que se constituyan en límites de la actuación de los particulares.

En este contexto, es importante destacar que si bien se continúa sosteniendo la improcedencia del juicio de amparo en contra de actos de particulares, dicha limitación procesal no conlleva, una afirmación sobre la inaplicabilidad de los derechos humanos en las relaciones particulares. Así, al resolver un caso en concreto, el juzgador deberá tener en cuenta la importancia de interpretar las normas secundarias de tal manera que se dé plena eficacia a la dimensión horizontal de los derechos humanos.

Cualquier persona familiarizada con el lenguaje jurídico reconocerá inmediatamente máximas latinas como *in dubio pro reo*, *favor libertatis* o *pro actione*; así como otras formulaciones jurídicas de común aplicación en nuestro sistema jurídico, incluidos el principio del interés superior del menor o el principio protector en materia laboral. Nos preguntamos, entonces, ¿cuál es la relación entre estos mandatos de favorabilidad y el principio *pro persona*? Como punto de partida, es importante reflexionar sobre el contenido y alcance de estos otros mandatos de favorabilidad.

Cuando nos referimos a algún principio específico de favorabilidad será importante, entonces, determinar su contenido y alcance para establecer si, con base en él, es posible, por ejemplo, a) aplicar retroactivamente una norma más favorable; b) generar presunciones procesales a favor de alguna de las partes; c)



generar presunciones interpretativas a favor de alguna persona o categoría de personas, o incluso d) generar excepciones en el marco de otros principios o derechos reconocidos constitucional e internacionalmente [Véase, por ejemplo, *Tribunales Colegiados de Circuito, “Interés superior del menor. Debe ponderarse su preferencia en relación con otros principios constitucionales atento al caso concreto”, tesis aislada I.3o.C.1022 C en materia constitucional, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro vi, tomo 2, marzo de 2012, p. 1222*].

En otras palabras, los principios específicos de favorabilidad se determinan por la materia concreta a la cual se refieren e implican distintos tipos de ejercicios normativos que no necesariamente pueden ser duplicados en otros contextos. Estas particularidades, capturadas en algunas de las tesis jurisprudenciales y aisladas que a continuación se transcriben, no corresponden necesariamente al principio *pro persona*, el cual se presenta como un mandato general que repercute en todo el sistema jurídico.

Tesis jurisprudenciales y aisladas emitidas por el PJJ sobre distintos mandatos de favorabilidad específicos:

TITULO	CONTENIDO
Retroactividad de la ley y aplicación retroactiva. Sus diferencias.	El análisis de retroactividad de las leyes implica estudiar si una determinada norma tiene vigencia o aplicación respecto de derechos adquiridos o situaciones jurídicas acaecidas con anterioridad a su entrada en vigor. En cambio, el análisis sobre la aplicación retroactiva de una ley supone la verificación de que los actos materialmente administrativos o jurisdiccionales estén fundados en normas vigentes, y que en caso de un conflicto de normas en el tiempo se aplique la que genere un mayor beneficio al particular

	<p>[Primera Sala, “Retroactividad de la ley y aplicación retroactiva. Sus diferencias”, tesis de jurisprudencia 1a./J. 78/2010 en materia constitucional, en <i>Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta</i>, novena época, tomo xxxiii, abril de 2011, p. 285].</p>
<p>Principio in dubio pro reo. Está previsto implícitamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</p>	<p>El Tribunal en Pleno de la SCJN ha sostenido que de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la CPEUM deriva el principio de presunción de inocencia; y de esta inferencia, relacionada con los artículos 17, párrafo segundo, y 23 del citado ordenamiento, se concluye la existencia del principio in dubio pro reo, el cual goza de jerarquía constitucional [Primera Sala, “Principio in dubio pro reo. Está previsto implícitamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, tesis aislada 1a. lxxiv/2005 en materia constitucional y penal, en <i>Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta</i>, novena época, tomo xxii, agosto de 2005, p. 300].</p>
<p>Interés superior del menor. Su concepto.</p>	<p>Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores de edad vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus</p>

	<p>funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social [<i>Tribunales Colegiados de Circuito, “Interés superior del menor. Su concepto”, tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/16 en materia civil, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo xxxiii, marzo de 2011, p. 2188</i>].</p>
<p>Interés superior del menor. Debe ponderarse su preferencia en relación con otros principios constitucionales atento al caso concreto.</p>	<p>De conformidad con la CPEUM y los tratados internacionales signados por nuestro país, todas las autoridades deben velar por el interés superior del menor, el cual consiste, entre otras cosas, en asegurar a niñas, niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar, de forma tal que si bien deben velar por que los menores no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, ello tiene como excepción el interés superior del niño, como puede ocurrir en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres. Ahora, otro principio constitucional lo constituye el de seguridad jurídica, por virtud del cual las sentencias definitivas deben cumplimentarse al ser de orden público e interés general, más aún al tratarse de aquellas emitidas en las controversias del orden familiar. No obstante, tal principio no puede estar por encima del interés superior del menor de existir indicios que permitan advertir que, de cumplir con una sentencia –entrega de un menor a uno de sus</p>

progenitores—, éste se podría ver afectado en su psique y su integridad física, ante la existencia de conductas lesivas realizadas con posterioridad a la sentencia que se va a cumplimentar, pues de resultar ciertos los indicios de violencia, el cumplimiento de la sentencia conllevaría exponer al menor a todo tipo de peligros, desde agresiones físicas como psicológicas o hasta sexuales, que podrían dejar marcas de por vida. Por tanto, si el juzgador de lo familiar tiene conocimiento de cualquier indicio de riesgo que vulnere el interés superior del menor, debe someter el cumplimiento de la sentencia definitiva (seguridad jurídica) a dicho principio, por virtud de lo cual previo a ordenar el cumplimiento de una sentencia se debe allegar de las pruebas necesarias para valorar si se debe cumplimentar o no dicha sentencia. Máxime cuando en materia familiar las resoluciones no causan estado, en virtud de que éstas pueden y deben ser modificadas cuando existan nuevas situaciones de hecho que pudieran afectar los intereses de los niños [*Tribunales Colegiados de Circuito, “Interés superior del menor. Debe ponderarse su preferencia en relación con otros principios constitucionales atento al caso concreto”, tesis aislada I.3o.C.1022 C en materia constitucional, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, décima época, libro vi, tomo 2, marzo de 2012, p. 1222*].

<p>Principio in dubio pro operario. Sus alcances.</p>	<p>Del artículo 123, apartado A, fracción xxiii, de la CPEUM, así como de los artículos 966 y 979 a 981 de la Ley Federal del Trabajo, se advierte la intención del legislador de salvaguardar los intereses económicos de la clase trabajadora, reflejada en el principio in dubio pro operario; sin embargo, éste no puede entenderse en el sentido de que los conflictos deban resolverse invariablemente en favor de la parte trabajadora, sino en el de que las autoridades laborales deben ceñir su actuación a la aplicación de las normas y condiciones imperantes en cada caso particular [<i>Tribunales Colegiados de Circuito, “Principio in dubio pro operario. Sus alcances”, tesis de jurisprudencia II.T. J/31 en materia laboral, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo xxiv, septiembre de 2006, p. 1260</i>].</p>
<p>Pruebas en el juicio laboral. En su valoración es inaplicable el principio de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al trabajador.</p>	<p>El artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo contiene el referido principio, el cual está íntimamente vinculado a la interpretación de las normas de trabajo, en la medida en que permite elegir la más benéfica para el trabajador cuando exista duda sobre su sentido y significado jurídicos; por su parte, el artículo 841 de esta legislación otorga al juzgador la facultad de apreciar los hechos en conciencia y determinar libremente el valor que merecen las pruebas, con la única condición de que funde y motive su decisión. En ese sentido, se concluye que en la valoración de pruebas, los tribunales de trabajo</p>

	<p>no pueden apoyarse en el principio de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al trabajador, porque el propósito de éste consiste en disipar la duda en la interpretación de una norma laboral, mientras que la finalidad de las pruebas y, desde luego, de su apreciación, es determinar la veracidad de los hechos narrados en el juicio, lo que únicamente puede estar sujeto a las reglas de la lógica, del raciocinio, de la experiencia y del conocimiento [Segunda Sala, “Pruebas en el juicio laboral. En su valoración es inaplicable el principio de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al trabajador”, tesis de jurisprudencia 2a./J. 134/2010 en materia laboral, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo xxxiii, enero de 2011, p. 1088]</p>
--	--

Entonces, una vez que hemos definido que los mandatos de favorabilidad como el *in dubio pro reo*, *favor libertatis* o el principio protector en materia laboral tienen un contenido particular que contrasta con el mandato general del principio *pro persona*, regresemos a la pregunta inicial: ¿cuál es la vinculación entre aquéllos y éste?

Algunos autores han propuesto una relación de género-especie como respuesta a la cuestión planteada. Es decir, desde esta posición, el *pro persona* sería el principio general o marco mientras que los otros mandatos de favorabilidad serían una especie de *subprincipios*. Sin minimizar el mérito de esta propuesta, parece necesario reconocer que, como hemos señalado, el principio *pro persona* fue desarrollado, de inicio, en el marco del DIDH. Cronológicamente, la jurisprudencia internacional relevante no es anterior al reconocimiento, explícito o doctrinario, de

otros mandatos de favorabilidad a los que ya nos hemos referido. Con estas bases, parecería difícil poder afirmar, por ejemplo, que la máxima *in dubio pro reo* sea un subprincipio de un criterio hermenéutico que se desarrolló, en el mejor de los casos, de forma paralela e independiente del primero.

Más allá de estas consideraciones cronológicas, lo cierto es que todos estos principios coexisten actualmente en nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, otra forma de concebir la relación entre el principio *pro persona* y otros mandatos de favorabilidad sería hacer una analogía con el principio-derecho a la igualdad [*Un ejercicio analógico como el propuesto deberá tomar en cuenta que, como se discutirá más adelante, en contraste con el principio-derecho a la igualdad, el principio pro persona no incorpora un derecho sustantivo de las personas. En este sentido, para determinar si en un caso concreto se ha o no observado el principio, se deberá atender a la forma en que se ha dotado de contenido a un derecho en cuestión*]. Tal como ha afirmado el Pleno de la SCJN:

La igualdad se configura en nuestra Constitución federal como uno de los principios estructurales del orden jurídico, lo cual implica, que ha de servir como criterio básico para la producción normativa, así como a su posterior interpretación y aplicación [...] La Constitución plasma diferentes facetas de la igualdad, y se refiere a ella, a veces en un plano general y a veces en el contexto de un ámbito material específico. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 1º de la Constitución contiene una afirmación general del principio de igualdad en el disfrute de las garantías individuales que la misma otorga; en el tercer párrafo de dicho artículo se establece la prohibición de discriminar por varios motivos expresamente enumerados, y de cualquier otro modo que implique un menoscabo para la dignidad humana o para los derechos y libertades de las personas.

Inmediatamente después de esta afirmación, la SCJN destaca la forma en que otras disposiciones constitucionales –incluidos los artículos 2º, apartado B; 4º, 13, 14, 17 y 31– reconocen facetas específicas y concretas del principio general de igualdad. Con estas bases, la SCJN ha desarrollado una doctrina constitucional

respecto de la manera en que se deberá evaluar, en un caso concreto, si una ley o un acto de autoridad resulta violatorio del derecho a la igualdad.

En un razonamiento similar, entonces podría afirmarse que el principio *pro persona* es un criterio de interpretación que se proyecta en todos los derechos humanos reconocidos en nuestro sistema jurídico, ya sean de fuente constitucional o internacional. En tal sentido, su operación no se limita a la manera de interpretar un derecho determinado, como el debido proceso o la legalidad penal, sino que también informa todo el sistema jurídico e institucional. Consecuentemente, el principio *pro persona* es un mandato general de interpretación favorable que coexiste con otros mandatos específicos.

Considerando el análisis que se ha presentado, podemos concluir que, en su vertiente interpretativa, el principio *pro persona* se vincula directamente con la necesidad de dotar de sentido a las normas secundarias al atender a los mandatos constitucionales e internacionales de protección de la persona. En este sentido, el principio *pro persona* no es un sustituto de otros principios de interpretación clásicos sino que, más bien, establece una preferencia, *prima facie*, por aquella interpretación jurídicamente posible que resulte ser la más protectora para la persona en el caso concreto. Además, en esta sección se han propuesto algunas posturas que buscan explicar la relación que existe entre el principio *pro persona* y otros principios o mandatos de favorabilidad, reconocidos explícita o implícitamente en nuestro texto constitucional. No parece haber ningún fundamento para sostener que la incorporación normativa del principio *pro persona* en nuestro sistema implica la relegación de estos otros mandatos de favorabilidad. Por ende, es importante que nuestra doctrina constitucional continúe desarrollando criterios que sirvan para fundamentar, sobre bases más claras, la relación que guardan todos estos principios.



## **CAPÍTULO 3 COMPATIBILIDAD ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA.**

### **3.1 Problemática actual de la Prisión Preventiva de Oficio.**

El tema de la justicia penal en los Congresos Constituyentes ha sido un tópico ampliamente discutido. En lo inherente a la afectación de la libertad de los imputados sujetos a un proceso penal, podemos observar desde el Congreso Constituyente de 1857 (al discutir el artículo 20 constitucional) como los legisladores de aquella época plantearon problemas serios tales como detenciones arbitrarias y prolongados procesos con personas detenidas. La situación era tan complicada y grave que se discutió la posibilidad de cambiar de modelo procesal penal e instalar el jurado popular.

Este panorama no mejoro mucho durante prácticamente la segunda mitad del siglo XIX, tal como se desprende del diario de sesiones del Congreso Constituyente de 1917, en el que los legisladores manifestaron estos mismos problemas. Para solucionar estos y otros igual de graves se contempló en la Constitución de 1917 una serie de garantías individuales, entre ellas la que poder gozar de la libertad bajo caución durante el proceso, en aquellos casos en los que la pena no rebasara el término medio aritmético de cinco años.

En caso en los que se excediera dicho medio aritmético se estableció la utilización de prisión preventiva oficiosa, es decir, la afectación de la libertad individual de la persona sin discusión sobre la necesidad en su aplicación.

Desde la Constitución de 1917 hasta 1993 se reformo el marco constitucional en varias ocasiones a fin de establecer diversas fórmulas para determinar el monto de la caución para aquellos delitos en los que imputado podría enfrentar el proceso en libertad, una vez otorgada aquella.

Prácticamente durante casi todo el siglo XX la doctrina mexicana, salvo contadas excepciones, se mantuvo indiferente o alejada respecto a lo criticable de dicha

situación. La sociedad, incluyendo la comunidad jurídica de aquella época, identifico este fenómeno como algo normal, es decir, la aplicación de la prisión preventiva como un elemento natural del sistema procesal penal.

Otro aspecto a considerar es que dicha situación, por las discutible, se evidencio, más aun, a partir de los compromisos adquiridos por México con su adhesión a tratados internacionales en materia de procuración e impartición de justicia, pues en ellos se contempla que dicha medida cautelar solo debe aplicarse de forma excepcional en los casos de peligro de fuga, peligro de alteración de pruebas y para garantizar una debida protección de la víctima.

Sin embargo, tales supuestos no fueron atendidos y se optó por otros criterios; primero, se continuó, ambos con resultados similares: exceso en la aplicación de prisión preventiva.

En el primer criterio se contempló la fórmula del término medio aritmético, la cual consistía en la que suma de la pena mínima y la máxima no debía rebasar los cinco años para tener derecho a la liberta provisional bajo caución (se tenía que dejar de todas formas una garantía, a veces no asequible para los procesados), pero con las penas elevadas establecidas muchas personas quedaban en prisión preventiva. Por lo que toca al segundo, se estableció la prisión preventiva para todos los casos de delitos considerados graves a criterio de los legisladores de las diversas esferas competenciales. Se hizo un abuso de esta medida cautelar debido a que se incrementaron los delitos que, sin ser realmente graves, les fue asignada tal calificación.

La reforma de 1993 al artículo 20 constitucional contemplo el criterio de gravedad de los delitos para la aplicación de prisión preventiva. Se dejó a los legisladores de las diversas esferas competenciales: Federal, Distrito Federal y Estatal, el establecimiento de dichos delitos.

En la exposición de motivos de la reforma se adujo que los delitos graves se contemplarían en un catálogo limitativo que abarcara solo aquellos que lesionaran seriamente la paz y la tranquilidad pública. Por ende, los legisladores debían

actuar con extrema prudencia. A pesar de lo anterior, desde un inicio los legisladores establecieron una cantidad considerable de delitos graves, pero en el transcurso de los años siguientes se fueron incrementando de tal forma que se ha generalizado la aplicación de prisión preventiva.

Las consecuencias de dicha situación no son irrelevantes, ya que a cualquier persona procesada por algún delito calificado como grave debe aplicársele automáticamente prisión preventiva, sin que haya oportunidad de impugnar o discutir, atendiendo a criterios de política criminal o necesidad cautelar, la conveniencia o no de dicha medida. Para aquellos delitos no considerados como graves también debe aplicarse prisión preventiva, pero se deja abierta la posibilidad de obtener la libertad mediante caución. Aun en este último supuesto, si el Ministerio Público se opone y fundamenta su postura, el juez puede negar la libertad provisional, y en consecuencia el procesado quedar privado de su libertad durante el desarrollo del proceso.

Actualmente las cifras sobre la aplicación de prisión preventiva reflejan el abuso de dicha medida cautelar. Así, el 42% de las personas que se encuentran en la cárcel y reclusorios no han recibido condena que los declare culpables por el delito por el que se les procesa. 90 mil de las 210 mil personas privadas de la libertad en México se encuentran en prisión preventiva. [Guillermo Zepeda Lecuona; *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México, 1ª edición, OSJI, México, 2011*].

En los últimos diez años de la doctrina mexicana ha tomado como objeto de estudio el tema de la prisión preventiva y los casos en que debe ser considerada; así podemos encontrar algunas obras en las que se hacen fuertes críticas a la fórmula de catálogo de delitos graves, por ejemplo, Sergio García Ramírez advierte que pudiera ser indeseable que la ley estableciera supuesto de prisión preventiva es esencialmente injusta, sin perjuicio de las ventajas en su utilización desde una perspectiva práctica, y dicha medida cautelar presenta una tensión mayor entre el principio de presunción de inocencia. Comenta, además, que se trata de la afectación de un derecho apoyado en pronósticos, que se sustentan en

probabilidades, suposiciones, inferencias, conjeturas, vinculado tales consideraciones a otro tema no menos complicado como la peligrosidad del imputado. Finalmente, coincide con otros investigadores en el sentido de que se utiliza demasiado la prisión preventiva [*Sergio García Ramírez, Panorama del proceso penal, México, Editorial Porrúa, 2004, pp. 158*].

Antonio Caballero y Carlos Natarén coinciden en señalar que en México la aplicación, como regla general, de la prisión preventiva del procesado es una de las causas principales de la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. [*Antonio Caballero y Carlos Natarén Nandayapa, Carlos, El malestar de la justicia en el proceso penal mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.*]

En el derecho comparado también se plantean críticas sobre la aplicación de prisión preventiva. El jurista Julio B.J. Maier advierte que, desde una perspectiva del derecho procesal penal, resulta cuestionable como fórmula para evitar que no se logren los fines del procedimiento, pues la persona a quien se le aplica es reputada inocente hasta que una sentencia firme la declare culpable; además, la prisión preventiva, como todo encierro, tiene efectos cuestionables en la persona humana, muchas veces contrarios al fin que con él se persigue o desproporcionados respecto de él [*Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. 3ra. reimp. De la 2a. ed. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2004, pp 378*].

Es común encontrar códigos procesales en los que se distorsiona el diseño constitucional, pues se establece una serie de supuestos totalmente cuestionables en los que “justifica” la aplicación de prisión preventiva, por ejemplo: considerar ciertos delitos como inexcusables, en los cuales no puede otorgársele libertad al procesado; atender a la alarma social sobre hechos delictivos y presión de medios de comunicación a pesar de que exista peligro de fuga, y por último, bajo la premisa de la peligrosidad del autor resulta conveniente su aplicación para evitar nuevos delitos. Esta fórmula implica la utilización de la prisión preventiva con una medida de seguridad predictual.

### **3.2 La Presunción de Inocencia como Derecho Humano Fundamental y la Prisión Preventiva Oficiosa.**

La prisión preventiva ha desencadenado manifestaciones tanto a favor como en contra debido a la importante problemática que encierra.

Hay, en un extremo, quienes apoyan y defienden la existencia de la misma, a pesar incluso de las funestas consecuencias que acarrea en la vida de los seres humanos que han sido sometidos a esta institución; en otro extremo, hay una corriente que pretende abolirla.

Para los penitenciaristas el problema es más grave aún al no cumplirse con lo que establece la Constitución Federal de que procesados y sentenciados deberían permanecer separados. Esto origina que los problemas de la prisión sean también problemas que se suscitan dentro de la prisión preventiva, situación que no debería existir.

La cárcel es una invención reciente. Es una creación propia del modelo económico y social capitalista. Desde el nacimiento de la institución carcelaria se han producido multitud de discursos sobre la sociedad y sus instituciones penitenciarias, explicando formulas, mecanismos, estrategias y finalidades mediante las cuales se inventan y desarrollan los modelos carcelarios, micro espacios estructurales que representan y reproducen las características de las sociedades en las que se originan.

En las líneas subsecuentes se hará una relación de las ideas que se han expresado para justificar la existencia de la prisión preventiva, a la vez que criticaremos tales conceptos para demostrar que nada positivo se ha logrado con insistir en la permanencia de esta institución, y si, en cambio, se ha notado cada vez y de forma más acentuada que la prisión preventiva es contraria a todo principio humano y hasta legaliza, además que desde el punto de vista ético la validez de su implementación siempre ha sido insostenible.

En diferentes pensamientos jurídicos, la prisión preventiva se define como:

(...) una medida de seguridad, porque un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otro; una garantía para la ejecución de la pena, pues aquel podría ocultarse para evitarla; y un medio de instrucción pues los interrogatorios y careos del imputado son necesarios para la investigación, que no puede permitir que desaparezcan además los rastros del crimen, que se sobornen testigos y que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices. [*Hélie, Faustin, Traité de l'Instruction Criminelle, v. IV, Paris 1886, p. 606.*]

(...) la prisión preventiva es una medida de seguridad por cuanto que la realización de un crimen puede arrastrar a su autor a cometer otros, y en algunos casos, especialmente los que se realizan a la vista de otras personas, el delito inicial puede conducir a otras perturbaciones más o menos graves. [*Vela Treviño, Sergio, Miscelánea penal, México, Trillas, p. 45.*]

Cabe aquí la crítica al respecto, pues aunque exista la posibilidad de reincidencia no es un argumento válido para justificar la prisión preventiva de aquellos que siendo inocentes aguardan en espera de probar tal situación, por lo que ni siquiera se puede pensar en la reincidencia de alguien que no ha delinquido. Por otra parte, el hecho de que se aplique esta institución no ha frenado la reincidencia de quienes han delinquido y que vuelven a hacerlo, pero ahora dentro de la prisión.

La prisión preventiva es, según se dice, garantía de ejecución de la pena, porque estando el individuo privado de su libertad en forma anticipada, llegado el momento de la condena solo se cambia de denominación, y de procesado se torna a sentenciado, igual que la prisión preventiva se pasa a prisión definitiva, con la posibilidad manifiesta de que se ejecute la sanción impuesta. [*Vela Treviño, Sergio, op. cit, p. 45.*]

Dado que el argumento expuesto afirma, de manera tajante, que la causa criminal del individuo sujeto a proceso indudablemente arrojará una sentencia condenatoria, entonces cabría garantizar la sanción, pero ¿Qué pasa con los

sujetos que después de meses probados de su libertad obtienen una sentencia absolutoria de las sanciones?

Se dice también que la prisión preventiva es un medio de instrucción, puesto que la presencia del imputado es necesaria en el proceso, ya que en la búsqueda de la verdad deber ser interrogado cuantas veces se estime conveniente, actuar como órgano de prueba, permitir su identificación e individualización y, hablando procesalmente, es sujeto indispensable en la relación procesal. Por todo lo anterior resulta indispensable que la autoridad judicial instructora lo tenga a su disposición, y ello se logra, obviamente, por medio de la prisión preventiva. [*Ibidem*, p. 46].

Nadie mejor y más atinado para criticar con unas sencillas palabras el argumento planteado que Sergio Vela Treviño: ¡Qué pobre se siente, en verdad, una argumentación en la que la idea de la comodidad de unos es la base para que otros sacrifiquen su derecho a la libertad personal! Para que el juez trabaje menos y más cómodamente, que mejor que tener al presunto culpable privado de la libertad.

Al igual que las demás medidas cautelares, la prisión preventiva pretende garantizar las finalidades del proceso, por ende, resultara muy difícil sustentar la prisión preventiva y desacreditar, en consecuencia, la libertad del inculcado en razones de justicia estricta. Hay que recurrir a otras consideraciones, no exactas, por supuesto, de justicia, pero tampoco atenuadas solo a esta. Es aquí donde entran en escena otros valores que recoge el orden jurídico: dígame la seguridad, dígame el bien general.

Por esto se explica y justifica la privación preventiva de la libertad. Hay que asegurar la efectiva sumisión del inculcado a la justicia, garantizar la satisfacción de los intereses del ofendido, proveer condiciones de paz y seguridad a la sociedad, favorecer la concurrencia y actividad de los participantes en el proceso.

[...] no existe ninguna presunción de inocencia antes de la sentencia, sino un mero —~~est~~do de inocencia”. En rigor, trata de demostrar que si la persona esta privada

de libertad no hay presunción de inocencia, pues de lo contrario no estaría presa. Es un esfuerzo para partir de un dato óptico, y desde el mismo tratar de legitimar la realidad: en lugar de reconocer que un inocente está preso, se parte de que si está preso no debe ser tan inocente. [Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Proceso Penal y Derechos Humanos: códigos, principios y realidad", en *El proceso penal, sistema pena y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000].

Tratar de explicar dándole fundamento en la prohibición del proceso en ausencia, en un razonamiento que convierte una garantía en fundamento para la violación de un principio de superior jerarquía, como es el de inocencia: la prohibición del proceso en contumacia es una garantía que refuerza el principio de inocencia y en modo alguno puede legitimar su violación. Por otra parte, cabe preguntar como la legitiman los países que aceptan el proceso en contumacia. [Ídem]

Por último, Sergio Huacuja [Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, trillas 1989, pp. 98-99] resume la problemática en los siguientes términos: la prisión preventiva es la medida que menos se justifica, solo existen fundadas sospechas, indicios que hacen suponer que ha cometido o participado en un delito punible con pena corporal, lo que significa, en resumen, que se le aplica a un hombre todavía no declarado culpable por sentencia judicial firme; en segundo lugar, porque si de acuerdo con la ley y los tratados internacionales debe presumirse inocente al encausado, hasta que no se demuestre lo contrario, no puede restringírsele su facultad deambulatoria, lo que se traduce, indudablemente, en una violación flagrante del derecho fundamental del individuo a su libertad personal.

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



Y para finalizar, dice, es aquí, justamente, donde surge la interrogante: ¿Qué tiene mayor entidad, la sociedad o el hombre? La respuesta no tiene un carácter contundente, toda vez que ni el ser humano es autárquico ni el grupo social es superior; sencillamente el uno es presupuesto del otro. En el estado hallan los individuos su perfeccionamiento, pero sin ellos, aquel sería inconcebible: *ergo ubi homo, ibi societas* [Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva, México, trillas 1989, pp. 102*].

Por lo que Huacuja señala que la figura de la detención *lato sensu* se califica como una injusticia necesaria, ineludible y, por ello, todavía tolerable. Pero no pasa por alto el hecho de que la doctrina haya demandado la inmortalidad de su contenido aflictivo, lo cual representa el reto a superar; es un mal que debe evitarse, —es una medida excepcional que no debe considerarse sino a título de extrema y rigurosa solución y, en consecuencia, quedar estrictamente circunscrita dentro de los límites de necesidad impostergable”.

Y para concluir, dice que son las prácticas judicial y policiaca las que han suscitado las más enconadas censuras y denuncias al régimen penitenciario precautorio, y ha sido el talón de aquiles del enjuiciamiento penal mexicano, al grado que ya desde el siglo pasado llegó a considerarse como plaga.

De igual forma encontramos a quienes luchan tratando de encontrar todos los argumentos posibles para desaparecer tal institución, acusándola de injusticia, inservible, inhumana, etcétera.

[...] es un error grandísimo y causa múltiples daños el imponer a todos los delincuentes la pena de encarcelamiento y acumular en las cárceles, aunque sea por breves días, a personas honradas junto con individuos prejuizados y endurecidos por el delito. A parte del peligro del contacto y la vergüenza de la cárcel, que no se borra fácilmente, que exaspera el ánimo, las penas breves de encarcelamiento no solo no son útiles sino que perjudican al ordenamiento jurídico mucho más que la impunidad. Por esta y otras razones obvias, resulta completamente legitimada la cruz que autores precarios desde hace tiempo han

encendido contra las penas breves de encarcelamiento, denunciando sus vicios y tratando de buscar sus remedios. [Citado por Sarre Iguiniz, Miguel, *Las penas sustantivas de prisión, México, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp- 92*].

La cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no solo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de la privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento sin condena [...] [León Alvares, Enrique Rafael, *Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, 1992, p. 281*].

A menudo se escuchan voces en contra de que se siga manteniendo la prisión preventiva, como se encuentra actualmente, ya que se le acusa de:

- Ser tan estigmatizante como la pena misma;
- No permitir una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención contra el no vedado;
- Someter a los individuos al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, en principio, se reservan a los delincuentes más peligrosos;
- Aumentar la población reclusa, con las consecuencias de hacinamientos, mayores costos, más personal de vigilancia, etc.

Una sociedad donde impere la procuración y la administración de justicia eficientes y respetuosas del Derecho; en la que exista una seguridad eficientes y respetuosas del Derecho; en la que exista una seguridad pública basada en los derechos humanos y en el profesionalismo para la prevención y persecución del delito; una sociedad, en síntesis, evolucionada en los aspectos morales culturales y jurídicos, debe ser una sociedad en que se tienda a la eliminación de la prisión preventiva, pues esta no es más que la aplicación inversa del principio de que a

toda persona se le presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. —al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, por si acaso fuera culpable y, además, pretendiera evadirse” [Sarre Iguiniz, *op. Cit.*, pp. 106].

En las Naciones Unidas, en los órganos que especialmente se ocupan de la criminalidad y la justicia penal, los presos sin condena han sido siempre una preocupación permanente. Ya en 1957, cuando la Asamblea General adoptó las —Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” [Las reglas fueron adoptadas originalmente en 1955 en Ginebra por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, luego por el Consejo Económico y Sociedad ECOSOC en su resolución 663 del 31 de julio de 1957], este importante instrumento internacional —que mantiene notable vigencia- dedicó un capítulo especial a establecer las singulares consideraciones que corresponden a este tipo de presos. Y posteriormente en otros numerosos instrumentos, se regresa reiteradamente sobre el tema —para alertar a los gobiernos y a los poderes judiciales de todo el mundo que el uso de la prisión preventiva debe ser, realmente, excepcional” [Carranza Lucero, Elías, “Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales*, núm. 16 mayo de 1999, pp. 66].

Los juristas de la Organización de las Naciones Unidas —adverten la necesidad de la desinstitucionalización de la prisión durante el proceso. Y, al ocuparse de los presos que sufren condena sin haber sido condenados, mencionan el agravante de que muchos de ellos resultarían absueltos. Y sería difícil y humanamente irónico pretender hacerles comprender que no han sufrido una pena, sino solamente una medida cautelar tendiente al aseguramiento del proceso” [Zavala Agustín, “Los intimidatorios sistemas penales en América Latina, denunciados por las Naciones Unidas”].

Zaffaroni explica: —El problema más grave, por su frecuencia y extensión, es decir, por constituir la forma más usual de ejercicio del poder punitivo represivo, es decir, por haberse erigido en la pena más corriente, es el uso de una institución considerada siempre de naturaleza procesal penal, pero que para nosotros tiene una filiación penal: la prisión preventiva”.

Los esfuerzos que se han hecho para explicar dentro de los principios y garantías constitucionales e internacionales son, a nuestro juicio, completamente vanos. La prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia y, por ende, una pena anticipada a la sentencia. Creemos pertinente aclarar que no tiene el mismo significado jurídico la presunción de inocencia y la presunción de inculpabilidad.

La tesis según la cual el indiciado, imputado o procesado, no tiene a su favor presunción de inocencia sino de inculpabilidad, es veraz. La diferencia puede parecer frágil bajo el perfil lógico pero desde el punto de vista procesal arroja una diferenciación gradual entre ambas, pues mientras que la inculpabilidad se actualiza desde la averiguación previa hasta la fase pre-instructora, la de inocencia se manifiesta hasta la emisión de la sentencia definitiva, la cual al ser dictada por ejemplo con fórmula plena (sea porque el hecho no está tipificado como delito o porque el activo no lo cometió), es el resultado de un juicio global y definitivo que arroja tanto la no existencia del cuerpo del delito como de la responsabilidad penal. En cambio, la inculpabilidad se refiere a un juicio parcial encuadrado dentro de la presunta responsabilidad, suficiente según los artículos 16 y 19 constitucionales para justificar la necesidad de la prisión preventiva [Ojeda Velásquez, Jorge, “Los artículos 11, 17 y 18 constitucionales”, *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, núm. 8, Nueva Época, mayo-agosto de 2000, México, Gobierno del DF, pp 42-43].

Sirve de apoyo a lo anterior la tesis jurisprudencial número 66/99, aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 20 de octubre de 1999, por unanimidad de cinco votos, bajo el rubro:

**RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. MOMENTO PROCESAL EN QUE PUEDE PROMOVERSE.** El artículo 96 del Código Penal Federal establece que: “Cuando aparezca que el sentenciado es inocente, se procederá al reconocimiento de su inocencia, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales aplicable y se estará a lo dispuesto en el artículo 49 de este código”. Del texto anterior no se advierte el momento en que debe promoverse dicho reconocimiento de inocencia. Sin embargo, esa omisión se subsana con lo dispuesto por el Artículo Sexto Transitorio del Decreto de 30 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 13 de enero de 1984, por el que se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común para toda la Republica de Materia del Fuero Federal, el cual a la letra dice: “Artículo sexto. Para los efectos del reconocimiento de la inocencia del sujeto a que alude el artículo 96 del Código Penal, reformado en los términos del presente Decreto, se estará a lo dispuesto para el indulto necesario tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, según corresponda”. Asimismo el precepto 94 del ordenamiento legal antes invocado, señala que: “El indulto no puede concederse sino de sanción impuesta en sentencia irrevocable”. Ahora bien, no cabe duda de que el momento en que debe ser solicitado el reconocimiento de inocencia, es cuando exista sentencia irrevocable, que no pueda ser impugnada a traves de recurso ordinario, por virtud del cual puede mortificarse o revocarse, esto es, que la ley que rige ese procedimiento no admita ningún otro medio ordinario de defensa, pues no debe perderse de vista que el proceso penal, el juicio de amparo directo y el reconocimiento de inocencia son procedimientos diferentes. En efecto, el proceso penal tiene como finalidad el sancionar una conducta delictiva del sentenciado, por otra parte, el juicio de amparo directo su objetivo es analizar si la determinación emitida por el órgano jurisdiccional es violatorio de garantías y el reconocimiento de inocencia se contrae a determinar que el sentenciado en su concepto es inocente del hecho delictivo por el que fue sancionado, dado que existen pruebas que pretenden acreditar su inocencia, por lo que es válido afirmar que esos procedimientos tienen

*finalidades distintas. De ahí que el reconocimiento de inocencia sea procedente cuando se está en presencia de una sentencia irrevocable, y resulte innecesario que el sentenciado agote el juicio de amparo directo, pues este medio de defensa tiene el carácter de extraordinario el cual se rige por una disposición específica diferente a la contenida en el Código Federal de Procedimientos Penales.*

La prisión preventiva (al igual que algunas penas excepcionales) puede legitimarse como coacción directa en los casos en que la misma sea necesaria para detener una actividad lesiva en curso o para impedir una inminente, pero en los restantes casos es aún más irracional que una pena irracional, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una pena impuesta por la mera *notitia criminis*. No puede tener ninguna legitimidad la imposición de una pena a quien no se sabe si es autor de un delito.

Los intentos de legitimar la prisión preventiva circulan por dos carriles diferentes: los que le reconocen más o menos expresamente el carácter de una pena y tratan de legitimar como tal; y los que le desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida procesal. Son, respectivamente, las llamadas teorías sustantivista y procesalista de la prisión preventiva.

En la actualidad se discute la desaparición de la prisión preventiva porque, según sus abolicionistas, identifica al indiciado como culpable y choca con el principio de liberal democrático de presunción de inculpabilidad que todo imputado tiene como garantía procesal; sin embargo otros admiten su carácter excepcional para los casos en que el gobernado cometa delitos graves así señalados por la ley. Empero los procesalistas y la jurisprudencia insisten y justifican su utilización, fundamentalmente para lograr tres objetivos: en primer lugar, por su estrecha conexión con las exigencias procesales de carácter probatorio: para garantizar la presencia del imputado e impedir, al mismo tiempo, que destruya o enturbie las pruebas. En segundo lugar, por exigencia del proceso el cual mira a un resultado: garantizar la ejecución de la pena, respecto a la cual la prisión preventiva puede desarrollar la función que, en el proceso civil, es desarrollada por las medidas

cautelares. En tercer lugar, por finalidad de defensa social: evita que el imputado, al encontrarse libre, cometa otros delitos o sea víctima de uno de ellos, además de aplacar la eventual ira que se desarrolle en su confrontación por los familiares que sufrieron los resultados del delito. [Ojeda Velásquez, *op. Cit.*, p 39.].

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido alguno de estos criterios en las siguientes tesis jurisprudenciales:

**PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR.** *Independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional no está en contradicción con la garantía de audiencia; en efecto, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue y no de su carácter provisional. Fines que son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. No puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí, a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, se afectan un bien de alta jerarquía axiológica, como es la libertad, y no obstante que, en efecto, a veces tiene ese carácter (cuando no se impone pena) debe reconocerse que su ejecución afecta de manera inmediata y directa al derecho sustantivo de la libertad. Además, esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, de la Ley Fundamental, es decir que “en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computara el tiempo de la detención”. Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que esta y la prisión preventiva son idénticas.*

**PRISIÓN PREVENTIVA. ES UNA EXCEPCIÓN A LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD Y DE AUDIENCIA PREVIA. ESTABLECIDA CONSTITUCIONALMENTE.** *Si bien el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la privación de la libertad de una persona sin*

*previo juicio, también lo es que el artículo 18 de la misma Ley Suprema autoriza la prisión preventiva de quienes se encuentren procesados por delitos que merezcan pena privativa de libertad; por tanto, dado que ambos preceptos son de igual jerarquía y que conforme al artículo 10 de la propia Carta Magna las garantías de que ella otorga no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, la regla de que nadie puede ser privado de su libertad sino mediante juicio, se encuentra restringida en el caso de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de libertad. Si, la prisión preventiva constituye una excepción justificable a las garantías de libertad y de audiencia previa, previsto en el mismo artículo 14 constitucional, porque tiende a preservar el adecuado desarrollo del proceso y a garantizar la ejecución de la pena, así como también a evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.*

Ahora bien, analicemos lo anterior: la primera hipótesis referida a las pruebas, solamente, en nuestro concepto, justifica en parte a la prisión preventiva, pues esta se basa lógicamente en el temor de que el imputado destruya o enturbie las mismas al estar libre. Ente temor se funda en la hipótesis de que el procesado, para demostrar su inocencia, altere los hechos, lo cual presume de antemano que él se culpable. De ahí que este temor justifique la necesidad de asegurar su presencia en una cárcel preventiva.

La segunda hipótesis es la referida a la custodia preventiva como medida cautelar para garantizar la ejecución de la pena, pero ya habíamos dicho que puede ser justificable si todas las sentencias fueran condenatorias. Pero lo que no tiene razón de ser cuando después de ventilado el proceso, se dicta una sentencia absolutoria.

La última hipótesis es la que señala a la prisión preventiva como un tratamiento que es asimilable, y vinculado esto a la hipótesis anterior habrá que releer el artículo 20 constitucional, fracción X, tercer párrafo, que dispone: —~~en~~ toda pena de prisión (...) se computara el tiempo de la detención”.



Los argumentos sustantivistas apelan a conceptos tales como —satisfacción de la opinión pública”, —al necesidad de intimidar”, la urgencia por controlar la —alarma pública”, la —disuasión”, la —ejemplaridad social” y hasta la —adaptación”. La prisión preventiva se impone, para esta corriente, como una pena y la presunción de inocencia se sacrifica a las necesidades del orden.

En planteamiento es claro y autoritario, sin rodeos ni mayores discusiones. Zaffaroni afirma que —en la guerra como en el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia. Si alguno resulta recibiendo una pena que no le corresponde, el razonamiento es que en toda guerra sufren también los inocentes. En general, el pensamiento sustantivista no mueve a errores: es el pensamiento del derecho penal autoritario, expresado claramente por Garofalo y por Ferri en tiempos del positivismo y en los del fascismo por Manzini” [Zaffaroni, *op. cit.*, p. 12].

Un ejemplo claro del pensamiento sustantivista es el expuesto por Marco Antonio Díaz de León en su diccionario de Derecho Procesal Penal. El expresa su reconocimiento a la eficacia de la prisión preventiva al decir que:

Su justificación no deriva solo de la circunstancia de que, a virtud de estar acreditados el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, desde el inicio del proceso hasta que se dicta sentencia, debe soportar dicho inculpado las consecuencias procesales de su aparente conducta delictiva; tampoco encuentra su fundamento únicamente en la idea de no regresar a la sociedad al supuesto infractor, mientras se le juzga, para que no cometa más delitos, sino que, además de lo anterior, se le considera de utilidad a la justicia porque en este caso el imputado normalmente tiende a desaparecer del escenario procesal, dado la naturaleza del hombre, y es evidente, que en tales casos, independientemente de la suspensión indefinida del proceso, nunca se llegaría a la sentencia condenatoria por lo que esta resultaría prácticamente inejecutable.

Si el Estado, al asumir la función de administrar justicia, prohíbe a los gobernados la venganza privada, no puede, en situación como las indicadas, desentenderse

de las consecuencias que produciría la falta de seguridad jurídica, por lo cual debe proveer las medidas necesarias para prevenirlas, como lo es el caso de la prisión preventiva. [Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, T. II, México, Porrúa, 2000, pp. 1762-1763].

Como podemos observar, los procesalistas han afirmado que los objetivos son varios y señalan, entre otros, los siguientes: la efectiva realización del proceso; asegurar la ejecución de la sanción privativa de libertad; impedir que el acusado oculte, altere o destruya los medios probatorios; impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices para subvertir el proceso, mediante la distorsión de los medios probatorios; impedir la comisión de nuevos delitos por parte del acusado, etc.

Sin embargo (...) el análisis revela que el problema de los fines no es tan simple como lo suponen los procesalistas, dado que en relación al primero de los objetivos planteados: —al efectiva realización del proceso”, es válido apuntar que no es necesaria la prisión preventiva para llevar a cabo el proceso. Lo único necesario es que el sujeto acuda a la realización de todos los actos procesales en que se requiera su presencia; y para lograrlo, no hace falta tenerlo tras las rejas. Esto se demuestra con la realidad judicial, en la que un por ciento importante de procesos se realiza a pesar de que el inculcado se encuentre en libertad o, siéndolo, esta prevista en forma alternativa con otra diversa, o los casos en que el sujeto recupere su libertad mediante caución o protesta.

Por lo que respecta al —aseguramiento de la ejecución de sanción penal”, este objetivo se ve claramente reducido a los supuestos en que la punibilidad es necesariamente privativa de la libertad; y aun con esta reducción penal no queda asegurada cuando el sujeto obtiene su libertad caucional o bajo protesta, pues en tal situación se corre el riesgo de fuga.

En cuanto a que la finalidad de la prisión preventiva sea —impedir que el acusado oculte, altere o destruya los medios probatorios”, pueden oponerse como objeción los casos en que el sujeto tienen la firme convicción de su inocencia y, por lo

mismo, más bien va a colaborar para el esclarecimiento de la verdad a efecto de alcanzar su plena reivindicación. También puede oponerse las hipótesis en que el sujeto, aun no sintiéndose inocente, presta de buena fe su auténtica colaboración.

Tampoco son admisibles como objetivos, el “impedir que el acusado se ponga de acuerdo con sus cómplices para subvertir el proceso mediante la distorsión de los medios probatorios” o el “impedir la comisión de nuevos delitos por parte del acusado”. Basta con pensar en que un gran número de sujetos, desde el interior de la prisión preventiva, tienen bajo su control a los cómplices y dirigen la comisión de delitos; así, por ejemplo, los traficantes de drogas, los terroristas, los tratantes de blancas, etc. [*Islas de Gonzales Mariscal, Olga, “La prisión preventiva en la Constitución Mexicana”, en Jus Semper, num. 5, México, 1988, pp. 20-21*].

Doctrinariamente, se ha fundamentado que “la prisión preventiva, cautelar o provisora, no es una pena o una condena, sino una medida cautelar. Sin embargo, es evidente que, en lo material, es una pena, en el sentido de restricción de derechos y de infligir un dolor o castigo, y es por ellos que las legislaciones establecen en forma generalizada, que el tiempo transcurrido en prisión preventiva se computa como parte de la condena” [*Carranza Lucero, op. Cit., pp. 66*].

La sociología de la prisión no distingue entre los recintos destinados a la reclusión y a la ejecución de la pena. Las interacciones sociales de poder se edifican de manera semejante, lo que lleva a reflexionar sobre los efectos negativos que produce una simple medida precautoria y si los fines de esta justifican tal experiencia. [*Gonzales Vidaurri, Alicia, Control social en México DF, México, 1998, p. 137*].

Encontramos por una parte que la Constitución reconoce a la libertad personal como un bien valioso y de su análisis podemos deducir que su intención es protegerla, estableciendo un proceso penal de tipo acusatorio, donde la prisión preventiva cumple una función cautelar, de carácter excepcional, de corta duración en el tiempo y es medida indispensable para evitar que la persona sujeta a proceso se sustraiga o perturbe la acción de la justicia o afecte otros bienes

jurídicos. Pero, por otra parte, encontramos que la facticidad convierte a la prisión preventiva en una medida ordinaria de uso generalizado, de larga duración, en la que frecuentemente el sometimiento a esta institución sobrepasa los términos constitucionales y causa graves daños a los individuos que le sufren. Todas esas características, la convierten en una pena y hace que el proceso penal se transforme de tipo acusatorio en inquisitorio [*Ibidem*, p. 143].

Se ha demostrado que es altísimo el número de individuos sujetos a prisión preventiva o presos sin condena, y queda claro también que el uso de la medida cautelar de la prisión preventiva no tiene carácter excepcional; por el contrario se trata de una medida de uso generalizado, con las gravísimas consecuencias que se desprenden de ello. La población no solo se ve amenazada por la pena en caso de cometer algún delito, sino también estará siempre amenazada por la prisión preventiva en caso de ser solo sospechoso de haberlo cometido [*Ibidem*, p. 138].

Por su parte, Islas de González Mariscal cuestiona y critica el abuso de la prisión preventiva en los siguientes términos:

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

Sergio García Ramírez afirma que: (...) El hecho mismo de que se prive de la libertad a una persona antes de que se haya esclarecido su responsabilidad por la comisión de un delito, no ha dejado de inquietar a los juristas y de suscitar frontales embates contra la preventiva. Aquí se podría traer a colación la frase de San Agustín: —~~Lo~~ hombres torturan para saber si se debe torturar”; o recordad que la preventiva era en la lepra del proceso penal. A su vez concepción Arenal decía: —~~Im~~poner a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucha de la justicia”. Con razón Manduca afirma que —~~a~~ ciencia no ha dicho la última palabra” sobre esta institución, si bien adelante reconoce que —~~e~~l estado actual de moralidad y cultura, la prisión preventiva no puede abolirse: la exige una suprema necesidad social. [*García Ramírez, Sergio, el artículo 18 constitucional, México, 1967 p. 23*].

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el principio de culpabilidad (*nulla pena sine culpa*), que significa que la pena solo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del principio de inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Estas y otras garantías básicas del Derecho Penal están consagradas en instrumentos internacionales, entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8, y además están consagradas en todas con una redacción muy similar que —~~n~~adie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales”. De acuerdo con lo anterior se explica que:

(...) es evidente que existe un vacío constitucional al respecto, porque si bien el párrafo segundo del artículo 14 constitucional señala que la privatización de la libertad debe efectuarse 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, también lo es que

dicho precepto se refiere a la privación definitiva de la libertad, y no a actos de molestia temporales como lo es la prisión preventiva, cuya duración es directamente proporcional al tipo de procedimiento penal escogido: sumario (cuatro meses), u ordinario (un año) [Ojeda Velásquez, *op. Cit.*, p 42].

Así mismo señala que:

El constituyente originario expresó una indudable voluntad de salvaguardar a toda costa la libertad personal del gobernado, al señalar como regla general en el párrafo segundo del artículo 14 constitucional que: —Nadie podrá ser privado de la (...) libertad (...) sino 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 hechos”. Por otro lado, hay que tomar en cuenta que el artículo 18 constitución autoriza antes del juicio= la prisión preventiva de los procesados por delitos sancionados con pena privativa de la libertad personal; consecuentemente el proceso penal da lugar a la restricción de la libertad persona, instrumentada, sobre todo, en torno a la custodia preventiva, a fin de asegurar al imputado que no se sustraiga a la acción de la justicia y a garantizar no solo el adecuado desarrollo del procedimiento incoado en su contra, sino la posible ejecución de las penas impuestas. [*Ibidem*, p. 44].

Pero a fin de salvaguardar el equilibrio entre las garantías constitucionales de libertad y la de audiencia, en relación con la prisión preventiva que constituye una excepción justificable a las mismas, se estableció en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que:

I. Inmediatamente que lo solicite el juez deberá otorgarle provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio (...).

Este precepto refleja la voluntad del Constituyente de establecer la libertad personal como un derecho inviolable, manejando la excepción de que no surtirá efectos solo si el gobernado comete un delito previsto por la ley procesal como grave.

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los derechos nacional e internacional, para los presos sin condena se han invertido las etapas del proceso: durante la etapa de instrucción (en la que debe prevalecer el principio de inocencia) son probados de su libertad y materialmente condenados, y en la etapa del juicio (si es que este se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, porque las otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido o porque se les sobresee o absuelve.

Es evidente que estamos encerrando preventivamente en demasía, y que nuestros sistemas se orientan por el —principio de presunción de culpabilidad” y no por el principio de inocencia, además de que como es sabio, la prisión preventiva es la única y que se utiliza prácticamente sin alternativas para todo tipo de delitos. Cualquiera que sea la naturaleza del delito, las leyes penales responden siempre de la misma manera, con mayor o menor cantidad de prisión, pero siempre con esta única pena. [*Carranza Lucero, op. Cit., p. 67*].

La prisión preventiva no es una sanción, sino un medio para evitar que las personas que probablemente cometieron un delito se evadan de la acción penal; mientras no se comprueba su culpabilidad, la autoridad penitenciaria deberá abstenerse de tratarlas como si estuvieran cumpliendo una condena, cuando ni siquiera se ha demostrado la necesidad de readaptarlas, fin declarado de la pena privativa de libertad. La observancia por parte de las autoridades penitenciarias del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se plasma el reconocimiento de que todos los seres humanos deben ser tratados con dignidad, es esencial para esta población en desventaja, a la que debe respetársele su dignidad y sus derechos, así como velar por su integridad y seguridad física y psíquica [[www.cedhj.org.mx/recomendaciones/síntesis/reco3-1998.html](http://www.cedhj.org.mx/recomendaciones/síntesis/reco3-1998.html)].

El sujeto que ingresa en prisión destruye de alguna manera su sistema inicial de creencias, convirtiéndose en un interno que debe encontrar su nueva identidad dentro de aquella. Evidentemente, existe una contradicción inherente a la

aprobación de libertad: a través de la educación se busca que el interno pueda adaptarse a la vida en libertad, que aprende a vivir en ella, una pretensión que se contempla en la legislación mexicana y otras tantas del entorno mundial; así, se convierte en un interno que debe de encontrar su nueva identidad; este interno no aprovecha su experiencia para reflexionar sobre el delito cometido y haber un replanteamiento de su vida en el futuro, sino que interioriza los valores de esa cultura en la cual se halla inmerso.

A tal panorama habrá que agregar la situación que contempla el interno de angustia y ansiedad por su futuro, al sentirse y saberse inocente, al estar sujeto a un proceso y sin recursos económicos suficientes para hacerle frente a su precaria realidad. Miguel Sarre afirma que:

Mantener a una persona en prisión preventiva (encarcelamiento que por definición deber ser breve) o imponerle sanciones de prisión de corta duración, en nada contribuye a su reintegración social ni a garantizar la seguridad pública. Por el contrario, este encarcelamiento favorecerá actitudes y aprendizajes para cometer nuevos hechos delictivos. Esto es tanto más cierto cuando la persona ha sido objeto de procedimientos ilegales y arbitrarios, que la volverán más agresiva y más desconfiada de las instituciones, para generar mayor delincuencia, provocando consecuentemente, por parte de la sociedad civil, una demanda de mayor rigor policial y de medidas más represivas. Así ira creciendo la espiral de violencia, inseguridad y arbitrariedad policial, hasta llegarse a una sociedad fascistoide, en que cada ciudadano se siente impelido a portar armas y a defender sus derechos y su vida por su propia mano; en fin, a una sociedad en que impere la ley del más fuerte [Sarre Iguiniz, *op. Cit.*, pp. 92-93].

### **3.3 Propuesta: Reducir la Prisión Preventiva de Oficio.**

Al analizar de forma muy general el fenómeno de la prisión preventiva en México resulta evidente la irracionalidad con la que se aplica y las paradojas que se



derivan del exceso en su utilización. ¿Por qué entonces se mantiene esta tendencia? Existen tres razones fundamentales:

- Marco institucional y legal muy severo
- Incentivos de las corporaciones policiacas, procuradurías y jueces penales
- Saturación del sistema con las resultantes de prolongada duración de los procesos y la ausencia del juez en las audiencias (en algunos casos).

En cuanto al marco institucional, las leyes del país han optado por establecer catálogos de delitos graves, en los que no se puede acceder a la libertad durante el proceso penal. Ante la presión de la ciudadanía por resultados, los legisladores han decidido establecer sanciones más severas, entre ellas (como una sanción, más que como un requisito del proceso) la privación de la libertad durante el proceso. Se han multiplicado a tal grado las agravantes de los delitos, que es más fácil cometer un robo grave que uno simple, pues hay alrededor de una docena de agravantes o fruto de un discurso de emergencia frente al crimen. Entre las agravantes que convierte e inexcusable una conducta está la nocturnidad (que ya haya atardecido), el robo de instrumentos de trabajo de la víctima, hurto de productos agropecuarios, entre otros. La inflexibilidad de las categorías establecidas por la ley propician que la prisión preventiva, que fue concebida como una medida para garantizar el desarrollo del proceso, pierda esta naturaleza procesal y se convierta en sanción, pues salen sobrando, ante la presunción legal, las consideraciones particulares sobre el riesgo fundado de fuga, la peligrosidad real del procesado para la víctima, la investigación o la sociedad. Se ha hecho de la legislación mexicana un instrumento de gran severidad que está saturando de presos las cárceles.

Por lo que se refiere a los incentivos de las autoridades, la presión de la sociedad demandando resultados, hacen que la respuesta más rápida y fácil (pero injusta y muy costosa, económica y socialmente) sea ensañarse con quienes llegan al sistema. Las policías se han impuesto y difundido como meta aumentar el número de detenciones (y han establecido estímulos económicos para los aprehensores), en tanto que las procuradurías toman como un criterio de eficiencia de los agentes

del ministerio publico la cantidad de consignaciones y llegan a imponer a los funcionarios cuotas de consignación. Los jueces son censurados por las procuradurías y por los medios de comunicación cuando se libera de responsabilidad a los inculpados (ya procesados por la opinión pública como —culpables”), e incluso la cultura (o incultura) legal popular registra que al otorgarse fianza para garantizar la comparecencia al proceso y la reparación del daño, —se comprobó” la libertad, pareciera, que la persona pago para evitar la responsabilidad penal.

Los ministerios públicos optan por consignar los casos, aunque no necesariamente tengan suficientes indicios para hacerlo (incluso, para aumentar su productividad realizan varias consignaciones por los mismos hechos: una consignación por probo y otra por arma prohibida, por ejemplo). Los jueces, tiemblan antes de liberar al inculpado y prefieren que durante el proceso se esclarezcan los hechos. Además las autoridades no tienen alternativas: o liberan o detienen, consignan o procesan, no pueden reportar conciliación, acuerdos de reparación del daño; la dicotomía que prevé la legislación es solo la libertad o seguir adelante por la ruta penal.

En este contexto el uso intensivo del sistema penal, aunque sea irracional, es la acción dominante por parte de las autoridades, aun para los delitos más insignificantes. Así el sistema está dedicando demasiados recursos a casos menores.

Este uso intensivo, costoso e irracional del sistema penal lleva al tercer factor enlistado que explica el excesivo uso de la prisión preventiva: la saturación del sistema. Esta saturación propicia un exceso de trabajo en los órganos de justicia. Los tribunales mexicanos reviven cientos de expediente, que solicitan el desahogo de diversas diligencias y el desahogo de pruebas. La agenda de audiencias está llena y cuando alguna actuación se cancela o suspende, debe de esperar varia semanas, antes de poder ser reanudada. Los procesos duran así, varios meses y los términos constitucionales y legales con frecuencia son excedidos. De esta forma la prisión preventiva se extiende en México por varios meses. Si bien no hay

información estadística nacional sobre la duración de los procesos, algunas investigaciones empíricas muestran que la prisión preventiva en México duraría aproximadamente entre 105 y 176 días, antes de la sentencia de primera instancia, además de los costos humanos de la privación de la libertad sin sentencia.

Tras haber mostrado la dimensión de la prisión preventiva y haber analizado de manera global las principales causas del uso excesivo de esta medida cautelar, que ha dejado por mucho de ser un recurso extremo, es fundamental divulgar la evidencia sobre el uso excesivo de la prisión preventiva y los altos costos humanos y económicos y la ineficiencia que provoca en las políticas de seguridad y justicia, distraendo recursos vitales en casos, que en su mayor parte corresponden a la pequeña delincuencia, misma que podría ser mejor atendida y combatida con medidas menos costosas.

Lograr un cambio de actitud de la ciudadanía resulta fundamental para mejorar el entorno en la que se apliquen las propuestas; concienciar a la población sobre el abuso de la prisión preventiva y sus efectos perniciosos en la adopción de políticas efectivas para el combate de la delincuencia permitirían modificar paradigmas y restarle presión y aprobación social para políticas tan inefectivas como represoras. Ter precedencia en el cambio de paradigma y transformación para incrementar la calidad de justicia del sistema penal, esto es, medidas cualitativas, posteriormente, se pueden instrumentar medidas para eficientar al sistema (que impactan en términos cuantitativos) pero supeditando y orientando la eficiencia a principios de justicia y criterio de aplicación reformulados. Si antes de transformar los valores y criterios fundamentales del sistema se adoptan medidas para eficientar y optimizar el uso de recursos, se estaría aceptando seguir con los criterios errados abogando solo por reducir sus efectos. Es decir, tolerar el exceso en la aplicación de la prisión preventiva a cambio de que esta dure menos o admitir que el sistema puede equivocarse, pero que es preferible que la equivocación dure menos. Subir más rápido la escalera solo para percatarnos de que está apoyada en el muro incorrecto.

Un cambio de paradigma y la revisión del marco institucional implican pasar de la mera declaración del derecho a la libertad durante el proceso a construir garantías jurídicas que le den eficacia (pasar de los derechos a las garantías). Un primer elemento de esta transformación puede ser el ampliar la garantía estableciendo por ejemplo, que el probable responsable de un delito imprudencias o no violento cometido por una persona sin antecedentes penales, no puede ser sometido a prisión preventiva. Esta restricción garantizaría el derecho a un plazo razonable para ser juzgado, así como a la proporcionalidad de la medida cautelar respecto de la sanción que eventualmente pueda aplicarse tras el proceso.

Una transformación institucional que ilustraría un cambio de paradigma sería someter a análisis la posibilidad de que algunas conductas salgan de los códigos penales y que otras conductas que sigan siendo consideradas como delitos reciban penas alternativas a la prisión. De la misma forma es importante desarrollar las medidas cautelares alternas a la prisión.

Todas las reformas institucionales, orgánicas y procesales que llenen los procedimientos del sistema penal de equidad y justicia serán el mejor contexto para hacer de la prisión preventiva una medida cautelar (y no una pena anticipada) excepcional, provisional, proporcionada y socialmente legítima.

### **3.4 Conclusión.**

La forma en que se aplica la prisión preventiva (encarcelamiento de los inculpados durante el proceso) en México, tiene como principales implicaciones nocivas el uso excesivo de la medida y la ineficiencia en el uso de los recursos del sistema de seguridad ciudadana y de justicia penal.

Existe un uso excesivo de la medida porque la prisión durante el proceso ha dejado de ser una medida extraordinaria y excepcional, para convertirse en una medida cautelar de uso frecuente, contradiciendo nuestra Constitución y los instrumentos internacionales firmados por México. Produce ineficiencia porque

implica un uso irracional de la prisión, del sistema penal y de los recursos humanos y materiales dedicados a la seguridad pública y a la justicia. La prisión preventiva está consumiendo demasiados recursos que serían determinantes en otras áreas prioritarias de la seguridad ciudadana y la justicia penal, como la prevención y el combate al crimen organizado.

En primer lugar a las autoridades quienes enfrentan altos índices delincuenciales y bajo niveles de aprobación ciudadana derivados de políticas ineficaces de combate al crimen. Muchos de los descalabros en materia de seguridad se deben a la falta de recursos para anticiparse y prevenir la actuación de los grupos criminales, así como a los escasos recursos para investigar y procesar eficazmente a los ilícitos más graves. Las autoridades refieren los incrementos en las detenciones y encarcelamientos como evidencia de un mejor desempeño; sin embargo, este argumento no compensa a la impunidad y la ineficacia percibida por la ciudadanía en los delitos de mayor impacto social que son los más violentos, así como los perpetrados por el crimen organizado. Es por ello apremiante para el Estado una reforma institucional y procesal que permita transferir los recursos que actualmente se dedican a la persecución y sanción severa y costosa para los casos fáciles, destinándolos a mejorar la capacidad de respuesta frente a los delitos más graves en los que los inculpados cuentan con sólidas defensas legales.

También la sociedad se ve muy afectada por este inadecuado e ineficiente uso de los recursos. Mientras se mantenga esta política criminal extraviada, son pocas las posibilidades de que se reviertan los indicadores delictivos de los crímenes más graves, y que la tranquilidad y la paz regresen a las familias mexicanas, pues aunque las prisiones estén saturadas (con menos del 5% de criminales peligrosos y con una mayoría de delincuentes menores), la incidencia delictiva no se reduce. Por otra parte, cada vez más recursos son requeridos para el sistema penal con este uso ineficiente, en detrimento de los contribuyentes, así como de otros rubros presustales como la política social.

El uso excesivo de la prisión va en detrimento de la misma sociedad, que privilegia la sanción sobre la prevención, que incrementa las penas y reduce los derechos y la calidad de vida de las personas privadas de su libertad, deteriorando el capital social y la cultura de promoción y protección de los derechos humanos.

El día de hoy 90 mil de las 210 mil personas encarceladas en México no tiene sentencia, es decir están reclusas mientras dura su proceso, están en prisión preventiva. Son legalmente inocentes (hay presunción de que se es inocente hasta que no haya una sentencia condenatoria), pero en la práctica están padeciendo una sanción que debería ser solo para las personas legalmente declaradas responsables de un delito.

El fenómeno de la prisión preventiva está creciendo en nuestro país. Cada vez hay más personas en prisión y una proporción muy significativa están sujetos a prisión preventiva.

La privación de la libertad es una medida muy gravosa para la persona que sufre. Además de la invaluable pérdida de la libertad, se padece el distanciamiento de la familia, la pérdida del trabajo o de la escuela y la estigmatización social.

Por ello, la prisión es una medida extrema que debe reservarse para las conductas que más ofenden a las víctimas y a la sociedad. Las causales admitidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la aplicación de la prisión preventiva son solo tres: evitar la fuga del imputado (para garantizar su comparecencia al proceso para que este pueda efectuarse); evitar que el imputado pueda interferir con las investigaciones; y evitar la posibilidad de que el procesado cometa otros delitos.

Se ha optado por establecer un catálogo de delitos para los que el legislador asume que por sus características reúnen las tres condiciones para hacer procedente la aplicación de la prisión preventiva. De esta forma los delitos contemplados en este catálogo se tornan en —inencarcelables”, es decir, a quien es acusado de alguno de estos delitos, se les restringe el derecho constitucional (artículo 20, fra. I) de estar en libertad durante el proceso penal.

El crecimiento en la incidencia delictiva, la percepción social inseguridad y la demanda ciudadana de resultados en materia de seguridad, han impulsado a los legisladores a buscar en la amenaza de la prisión preventiva un elemento de disuasión, que desaliente a los potenciales delincuentes. De esta forma los delitos reciben cada vez mayores sanciones y el catálogo de delitos inexcusables crece. Debido al criterio legal tajante, no se pueden hacer valoraciones y aplicaciones en cada caso para verificar si el caso reúne las condiciones de procedencia de la prisión preventiva. Por el solo hecho de que una persona sea procesada por una conducta prevista como delito inexcusable, sufrirá prisión preventiva, independientemente de que por cuestiones personales o de las circunstancias en las que se dieron los hechos, permitieran admitir que no se dan las causales de procedencia de la prisión durante el proceso.

La gran cantidad de delitos previstos en los catálogos y la forma inflexible en que se aplica la medida cautelar de prisión preventiva explica el constante incremento en el número de personas que sufren la prisión preventiva.

El Estado dedica una parte muy significativa a los recursos dirigidos al sistema de seguridad ciudadana, procuración e impartición de justicia penal y ejecución de sanciones, a la operación del sistema carcelario. En México, la federación y los gobiernos de los estados dedican un presupuesto de miles de millones de pesos a sus dependencias encargadas de la readaptación social y de la operación y mantenimiento de los reclusorios.

## CAPÍTULO 4 FUENTES DE INFORMACIÓN.

### 4.1 Bibliografía.

Ignacio Burgoa, Las garantías individuales, 24ª edición, Porrúa, México, 1992.

Sergio García Ramírez, La Reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?, México, Editorial Porrúa, 2008.

Sergio García Ramírez, Panorama del proceso penal, México, Editorial Porrúa, 2004.

Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal, 3ª edición, McGraw Hill, México, 2009.

González Bustamante J.J. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ediciones Botas, 1945.

Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, 3ra Edición, Madrid Trotta, 1998.

Zavaleta Arturo J., La Prisión Preventiva y La Libertad Provisoria, Buenos Aires, Ed. Arayu, 1954.

Maier, Julio B. J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos. 3ra. reimp. de la 2a. ed. Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2004.

Hernández Pliego, Julio Antonio, El proceso penal mexicano. México, Porrúa, 2002.

Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, 3ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1988.

Romero Arias, Esteban, La Presunción de Inocencia, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985.



Bovino, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Reforma de la Justicia Penal. Imparcialidad. Víctima. Encarcelamiento Preventivo. Derecho comparado. Juicio., Buenos Aires Argentina, Editores del Puerto, 1998.

Ramón Gil Carreón Gallegos, Los derechos humanos y las garantías individuales en el constitucionalismo mexicano, Primera edición, FLORES EDITOR Y DISTRIBUIDOR, México, 2013.

Constantino Rivera Camilo, —Eproceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano”, Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de Puebla, México, núm. 24

José Acosta, El proceso de revocación cautelar. Levantamiento, modificación, caducidad y nulidad de las medidas cautelares, Argentina, Rubinzal y Culzoni Editores, 1986.

Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte General, 6ª edición, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, ESPAÑA, 2004.

Guillermo Zepeda Lecuona; ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México, 1ª edición, OSJI, México, 2011.

Martin Schönreich y Denise Tomasini-Joshi; Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana, 1ª edición, OSJI, México, 2010.

Guillermo Zepeda Lecuona; Los mitos de la prisión preventiva en México, 1ª edición, OSJI, México, 2010.

Antonio Caballero y Carlos Natarén Nandayapa, Carlos, El malestar de la justicia en el proceso penal mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

José Luis Tamayo Rodríguez, Manual práctico comentado sobre la reforma del Código Orgánico Procesal Penal, 1ª edición, MARA, Venezuela, 2003.

Hélie, Faustin, *Traité de l'Instruction Criminelle*, v. IV, Paris 1886.

Vela Treviño, Sergio, *Miscelánea penal*, México, Trillas.

Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, *Manual práctico de Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, ARTE, Venezuela, 2009.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, —*Proceso Penal y Derechos Humanos: códigos, principios y realidad*”, en *El proceso penal, sistema pena y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000.

Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, trillas 1989.

Antonio Berchermann Arizpe, *Derecho Penal Mexicano, parte General*, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2004.

Islas de Gonzales Mariscal, Olga, —*La prisión preventiva en la Constitución Mexicana*”, en *Jus Semper*, num. 5, México, 1988.

Gonzales Vidaurri, Alicia, *Control social en México DF*, México, 1998.

#### **4.2 Bibliografía especializada.**

TreChSel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*. Nueva York, Academy of European Law-European University 57 Colección de Textos sobre Derechos Humanos Institute/Oxford University Press, 2009, p. 10 (The Collected Courses of the Academy of European Law, vol. XII/3).

Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en la constitución mexicana. Una propuesta de reforma*, *insomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. No. 14, abril 2001.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comentarios a la Reforma Constitucional en Materia Penal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 329-331.

Poder Judicial de la Federación, El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional, 1ª edición, México, 2011.

Carranza Lucero, Elías, —Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa”, en Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales, núm. 16 mayo de 1999.

Ojeda Velásquez, Jorge, —Los artículos 11, 17 y 18 constitucionales”, Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, núm. 8, Nueva Época, mayo-agosto de 2000, México, Gobierno del DF.

#### **4.3 Repertorio Normativo.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Código Federal de Procedimientos Penales

Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos.

Código Penal del Estado de Morelos.

#### **4.4 Diccionarios.**

Ignacio Burgoa O, Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, octava edición, editorial Porrúa, México, 2005.

Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, T. II, México, Porrúa, 2000.

#### **4.5 Fuentes Digitales.**

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.205.htm>

[http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx\\_Servicios\\_Previos\\_al\\_Juicio\\_Morelos\\_U\\_NICEF1MP.pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_Servicios_Previos_al_Juicio_Morelos_U_NICEF1MP.pdf)

<http://judicial.glosario.net/terminos%20judiciales/presunci%F3n-de-inocencia-11641.html>

<http://www.cjf.gob.mx/reformas/documentos/ElnuevosistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>

[http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=42&Itemid=100](http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=42&Itemid=100)

[http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=43&Itemid=101](http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=43&Itemid=101)

[http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=category&layout=blog&id=45&Itemid=102](http://presunciondeinocencia.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=45&Itemid=102)

[http://www.reformajusticiapenal.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/2012\\_14\\_Agosto\\_UMECA.pdf](http://www.reformajusticiapenal.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/2012_14_Agosto_UMECA.pdf)

[www.cedhj.org.mx/recomendaciones/sintesis/reco3-1998.html](http://www.cedhj.org.mx/recomendaciones/sintesis/reco3-1998.html)