



UNIVERSIDAD ALHER ARAGÓN
INCORPORADA A LA UNAM

LICENCIATURA EN DERECHO
CLAVE DE INCORPORACION 895209

**“LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL
EN CONTRA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A PARTIR DE LA REFORMA
DEL 2011 EN DERECHOS HUMANOS.”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

IRVING JOEL HERNÁNDEZ CÁRDENAS

ASESOR

Lic. Moisés Alejandro García Grijalva.
CED. PROF. 4833468

NEZAHUALCÓYOTL, MÉXICO, SEPTIEMBRE DEL 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS.

A mis padres, Joel Ángel y Margarita, por ser mi guía y mi motivación de superación, estar siempre presentes en las facetas de mi vida y mostrarme el camino indicado para conseguir los sueños que uno tiene desde la infancia, les agradezco con todo mi corazón la manera en que siempre han estado para mí, como han fortalecido mi camino y por ser las personas más importantes en mi vida, por enseñarme donde debo pisar y hacia donde debo de caminar, por quererme a su modo y demostrarme que en ellos puedo encontrar a las mejores personas que existen en la vida, gracias por todas las oportunidades que me han otorgado y porque a pesar de mis errores, siempre han sido ustedes los que me han dado su confianza y amor incondicional.

A mis abuelos, Esteban (RIP) y Nicolasa, por ser la experiencia en mi vida, darme los mejores padres y convertirse en los pilares que con el paso de los años me han apoyado en el desarrollo y fortalecimiento de mí persona, por ser amor incondicional en todo momento y mostrarle lo grande de la vida.

A mis hermanas, Pamela y Guadalupe, y mi sobrino Emiliano, por la felicidad infinita que me otorgan día con día, el ser ejemplo en mi vida y darme la enseñanza del valor de la familia, actuar conmigo en pasos firmes y precisos y ser mi sobrino, la personita que le viniera dar más alegría a mi vida.

A mis tías, tíos y primos, por ser personas de confianza a las cuales les agradezco el apoyo a lo largo de mis estudios, por demostrarme un cariño sincero.

A mis profesores, que han forjado mi vida a través del estudio, pero en especial a mi asesor y amigo el Lic. Moisés Alejandro García Grijalva por ser una persona paciente y que ha confiado en mí y mis capacidades, por darle el interés adecuado a mi preparación para una nueva vida, una vida profesional.

A mis amigos, porque de cierta manera compartieron tiempo y espacio, en esta vida, de los cuales he aprendido cosas buenas y hasta vivido cosas malas, pero siempre llevando lo mejor de cada una de sus personalidades, por mostrarme el valor de la lealtad y forjar un grupo de jóvenes con ambiciones de ver un mundo diferente.

ÍNDICE.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN CONTRA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA APARTIR DE LA REFORMA DEL 2011, EN DERECHOS HUMANOS.

INTRODUCCIÓN.....	I
OBJETIVO.	IV
HIPÓTESIS.	V
METODOLOGÍA.	VI

CAPÍTULO I NOCIONES BÁSICAS.

1.1 CONCEPTOS DE DERECHO Y DERECHO PENAL.	2
1.1.1 CONCEPTO DE DERECHO.	2
1.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.	2
1.2 DEFINICION DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	4
1.2.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN.	6
1.3 TIPOS DE PRESUNCIÓN.	8
1.3.1 Presunción como argumento.	9
1.3.2 Presunción como razonamiento demostrativo.	9
1.3.3 Presunción como medio de prueba.	11
1.3.4 Presunción como fundamento lógico.	12
1.3.5 Presunción legal.	12
a) Absoluta (PRESUNCIÓN IURIS ET DE IURE).	12
b) Relativa (PRESUNCIÓN IURIS TANTUM).	13

1.4 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE INOCENCIA.	14
1.4.1 Concepto.	14
1.4.2 Definición.	14
1.5 ELEMENTOS LEGALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	15
1.5.1 ACTIVIDAD PROBATORIA.	15
1.5.2 LA CARGA DE LA PRUEBA.	16
1.5.2.1 El derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo.	16
1.5.2.1.1 Fuentes formales del derecho.	17
1.5.2.1.2 Naturaleza jurídica de las declaraciones del imputado.	17
1.5.2.1.3 El silencio del imputado y sus consecuencias jurídicas.	18
1.5.3 LA OBLIGACIÓN DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	18
1.5.4 EL DEBIDO PROCESO.	19
1.5.4.1 El derecho de la presunción de inocencia.	20
1.5.4.2 La comunicación previa y detallada al inculpado de la imputación formulada.	22
1.5.4.3 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías judiciales.	23
1.5.4.4 La concesión al inculpado del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.	23
1.5.5 OBTENCIÓN DE PRUEBAS.	24
1.6 EL PRINCIPIO DE <i>IN DUBIO PRO REO</i>. (DEFINICIÓN).	24
1.6.1 DIFERENCIA ENTRE EL PRINCIPIO DE <i>IN DUBIO PRO REO</i> CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	29
1.6.2 EL PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i> EN LA JURISPRUDENCIA.	32
1.6.3 EL PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i> EN LA DOCTRINA.	34

CAPÍTULO II ANTECEDENTES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1 ANTECEDENTES DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES.	37
2.1.1 SISTEMA PENAL INQUISITIVO.	37
2.1.2 SISTEMA PENAL ACUSATORIO.	38
2.1.3 SISTEMA PENAL MIXTO.	38
2.1.4 SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO.	39
2.2. ORIGEN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO ROMANO.	40
2.3 ANTECEDENTES EXTERNOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	41
2.3.1 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DEL 26 DE AGOSTO DEL 1789 (ART. 9).	42
2.3.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS DE 1948 (CARTA DE SAN FRANCISCO).	42
2.3.3 CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONVENIO (ROMA 1950) PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.	43
2.3.4 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (ART. 14.2).	43
2.3.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA (ART. 8).	44
2.3.6 DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.	45
2.4 ANTECEDENTES INTERNOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	45
2.4.1 DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA DE 1814.	46
2.4.2 CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.	46

CAPÍTULO III ANÁLISIS A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 10 DE JUNIO DEL 2011 SOBRE DERECHOS HUMANOS

3.1 ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.	49
3.1.1 LA POSICIÓN DE MÉXICO ANTE EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (1945-1994).	55
3.1.2 LOS AÑOS OCHENTA, LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.	59
3.2 PRINCIPALES MODIFICACIONES SUSTANTIVAS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.	59
3.2.1 CAMBIO DE LA DENOMINACIÓN DEL CAPITULO I, DEL TITULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN.	60
3.2.1.1 El texto previo a la reforma del título primero, capítulo I de la Constitución.	63
a. La nueva denominación del título primero, capitulo I.	63
b. Algunos de los cambios al artículo 1º. Constitucional.	64
c. Cambios al artículo 15 constitucional. El control de constitucionalidad y de convencionalidad de los tratados internacionales.	65
d. Los cambios al artículo 89 constitucional. Derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.	66
e. Cambios del artículo 105, fracción II, Control abstracto de convencionalidad.	67
f. La elevación a rango constitucional de las normas de derechos humanos, previstas en tratados internacionales y en el artículo 133 constitucional.	67

3.2.2 MODIFICACION AL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO PRIMERO CONSTITUCIONAL.	68
3.2.3 DEBER DEL ESTADO DE RESPETAR, GARANTIZAR, PROTEGER Y PROMOVER LOS DERECHOS HUMANOS.	72
3.2.3.1 Obligación de Respetar.	74
3.2.3.2 Obligación de Garantizar.	74
3.2.3.3 Obligación de reparar las violaciones a los Derechos Humanos.	75
3.2.4 LAS NORMAS Y REFORMAS DE DERECHOS HUMANOS PREVISTOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.	75
3.2.4.1 Cambios sustantivos o al sector material.	76
3.2.4.2 Cambios operativos o al sector de garantía.	76
3.3 LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS.	78
3.3.1 MULTILATERALISMO TRADICIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.	79
3.3.2 LOS AÑOS DE TRANSICIÓN.	79
3.3.2.1 Las relaciones con las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC) de derechos humanos.	81
3.3.3 MULTILATERALISMO LIBERAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.	82
3.3.3.1 Los derechos humanos como prioridad de la política externa de México.	82
3.3.3.2 Actores externos, tratados internacionales y derechos humanos en México.	83

3.4 REPARACIÓN DE FUENTE INTERNACIONAL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.	85
3.4.1 REPARACIÓN DE FUENTE INTERNACIONAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.	86
3.4.2 ARTICULO 63.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	89
3.4.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO ILÍCITO EN EL DERECHO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.	91

CAPÍTULO IV EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN CONTRA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A PARTIR DE LA REFORMA DEL 2011 EN DERECHOS HUMANOS.

4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	96
4.1.1 CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.	97
4.1.2 FINES Y CARACTERES.	100
4.1.2.1 Personal.	103
4.1.2.2 Excepcional.	104
4.1.2.3 Taxativa temporalidad.	105
4.1.2.4 Judicialidad.	106
4.1.2.5 Proporcionalidad.	106
4.1.2.6 Instrumentalidad.	107
4.1.3 IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY ADJETIVA PENAL.	108
4.1.4 APLICACIÓN INDEBIDA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	108
4.1.5 PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL O ARBITRARIA.	109
4.1.6 LÍMITES Y CESACIÓN.	110
4.1.6.1 Duración de la prisión preventiva.	111

4.1.7 NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	112
4.1.7.1 Criterios sustantivistas o metaprocesales.	112
4.1.7.2 Criterios procesalistas y otros criterios.	113
4.1.8 PROCEDENCIA.	113
4.1.9 RECURSOS.	114
4.1.10 CONSECUENCIAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	115
4.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS ANTECEDENTES.	115
4.2.1 CRITERIO QUE HAN REGULADO LA PRISIÓN PREVENTIVA, DESDE 1917, EN MÉXICO.	118
4.2.2 CRITERIOS DE LOS DELITOS GRAVES EN RELACIÓN A LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA REFORMA DE 1993.	119
4.2.3 INCORPORACION DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCION MEXICANA.	119
4.2.3.1 Importancia política de la prisión preventiva.	120
4.2.4 REQUISITOS FORMALES PARA EL DICTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	120
4.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	121
4.3.1 FUENTES FORMALES DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	122
4.3.2 SENTIDO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	122
4.3.3 LA PRIMERA FACETA Y EFECTO DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA.	123
4.3.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SE APLICA A TODA RESOLUCION JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA.	124
4.3.5 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES.	125
4.3.6 PRINCIPIO DE INOCENCIA Y SITUACIONES EXTRAPROCESALES.	125

4.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO DE JUSTICIA PENAL MEXICANO.	126
4.4.1 ASPECTO LOGICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	126
4.4.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MEXICO.	127
4.4.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS JUECES PENALES.	129
4.4.4 LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN LAS ETAPAS DEL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO.	130
4.4.4.1 Presunción de inocencia y medidas cautelares.	131
4.4.4.2 Prisión preventiva, libertad provisional y presunción de inocencia.	132
4.5 LAS CONTRADICCIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA PARA CON LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.	134
4.5.1 OTROS PRINCIPIOS, PRINCIPIO DE FAVOR <i>LIBERTATIS</i> Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE DERECHOS HUMANOS Y <i>PRO HOMINE</i> .	135
4.5.2 ARTICULO 1. SEGUNDO PARRAFO, INTERPRETACION CONFORME AL PRINCIPIO <i>PRO PERSONA</i> .	136
4.5.2.1 Reconocimiento de los Derechos Humanos.	136
4.5.2.2 Igualdad en los Derechos Humanos.	137
4.5.2.3 Restricción y suspensión de los derechos humanos.	138
4.5.2.4 Principio de interpretación de conformidad.	138
4.5.2.5 Tutela Estatal de los Derechos Humanos.	138
4.5.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRISIÓN PREVENTIVA.	138
4.5.4 REVISIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.	139
4.5.5 RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA.	139

4.5.6 CONTRADICCIÓN ENTRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	139
4.5.6.1 Presunción de inocencia y la prisión preventiva.	140
4.5.7 PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO.	142
4.6 FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	143
4.6.1 POR EL PELIGRO DE FUGA DEL IMPUTADO.	143
4.6.2 PARA ASEGURAR LA EJECUCIÓN DE LA PENA.	144
4.6.3 POR LA PELIGROSIDAD DEL IMPUTADO.	145
4.6.4 POR LA OBSTACULIZACIÓN O ALTERACIÓN DE PRUEBAS.	146
4.6.5 ABUSOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	146
4.6.6 FINES U OBJETIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	147
4.6.7 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	147
4.7 LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.	148
4.7.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.	149
4.7.1.1 Constitucionalidad de la prisión preventiva.	150
4.7.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.	151
4.7.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.	152
4.7.3.1 Aspectos normativos.	152
4.7.4 DERECHOS QUE PROTEGE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	152
4.7.4.1 Detención arbitraria e ilegal según la Corte.	153

4.8 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA.	153
4.8.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES.	156
4.8.2 PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PROVISIONAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.	157
4.8.3 PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	159
4.8.4 PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL.	160
4.8.5 LIBERTAD CAUSIONAL.	161
4.8.5.1 Reparación del daño.	163
4.8.6 SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	164
CONCLUSIONES.	VII
REFERENCIAS.	IX

INTRODUCCIÓN.

En la presente tesis se abarca un tema esencial en lo concerniente a los derechos fundamentales emanados de la Constitución y de los cuales se abordará en especial, al principio de presunción de inocencia en el sistema de justicia penal mexicano con la nueva implementación de dicho principio en el sistema acusatorio en México, enfrentando así a la medida cautelar denominada, prisión preventiva, partiendo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio del 2011, para darle importancia a la presunción de inocencia en los juicios orales, que hoy en día son una realidad en su aplicación en el Ciudad de México, partiendo de sus aplicaciones en otras partes de la República, como es el caso de Chihuahua y el Estado de México, que son dos de las entidades federativas que han tenido un gran éxito en la aplicación de los juicios orales en materia penal.

El principio de presunción de inocencia no se encontraba establecido como tal en la constitución mexicana, sin embargo, de la interpretación del artículo 20 de nuestra constitución, se podía encontrar la esencia de este principio, y que a través de la presente investigación, se busca analizar, como medio de defensa en un juicio acusatorio penal, esto es a partir de la reforma sobre Derechos Humanos, donde ya se hace referencia al mismo, ya que ninguna persona puede ser considerada culpable hasta que una sentencia firme lo dictamine y es entonces cuando se debe de entrar en la aplicación de medidas cautelares que los mismos ordenamientos legales estipulan, los cuales hasta la fecha, no son aplicados en la práctica en México, por lo que con la implementación de los juicios orales en toda la República, significa un gran avance para el principio de presunción de inocencia, ya que estaría la protección de los derechos de los individuos y en este caso del imputado, que es quien va ser protegido con dicho principio.

Las medidas cautelares son medios por los cuales se efectúan o se llevan a cabo precauciones en materia penal para evitar alteraciones en las averiguaciones y

dentro de estas se encuentra la prisión preventiva, que va en contradicción con el principio de presunción de inocencia, ya que la prisión preventiva es una medida cautelar que consiste en una petición del Ministerio Público o Fiscal, al Juez para que la establezca, argumentando que es para evitar que el imputado se sustraiga de toda acción penal.

Esta medida va en contra del principio de presunción de inocencia y lo están vulnerando, ya que, como derecho fundamental y emanado de nuestra Constitución, no se puede privar a persona alguna del derecho de libertad sin motivos suficientes y menos si no existe una resolución firme donde se haya comprobado su culpabilidad, es ahí cuando entramos en total desacuerdo con la aplicación de esta medida cautelar ya que al encerrar a personas injustificadamente se estarían vulnerando sus derechos y afectando su dignidad, lo que para algunos de los organismos internacionales referidos en el presente trabajo, es contrario a Derechos Humanos.

México ha efectuado la ratificación de varios convenios y pactos de referencia a los Derechos Humanos y al principio de presunción de inocencia para garantizar a los gobernados, una mayor seguridad, mismos que serán analizados dentro de la presente tesis, en especial los preceptos que corresponden a la presunción de inocencia como Derecho Fundamental.

También con esta reforma al sistema acusatorio se busca que en el debido proceso exista, menos índice de irregularidades como se ha ido conformando en otros países, en los cuales México se basó para que dentro de su realidad, social, económica y política se aplicara dentro de su territorio dicho sistema, debido a que en esos países latinoamericanos han existido grandes resultados, teniendo numerosos índices, en donde el imputado no es castigado hasta que no se le dictamino su completa responsabilidad, porque si bien es cierto que muchas veces se da prisión preventiva, para evitar alteraciones en la investigación dando motivo a que ya no se lleve a cabo una defensa adecuada por la existencia de la violación a sus derechos, por lo cual fue necesario la creación de un Código Nacional de

Procedimientos Penales que regule en todo el territorio nacional el procedimiento y maneje los mecanismos para un enjuiciamiento pronto y expedito.

En la presente tesis analizamos que en el debido proceso es de suma importancia un derecho a favor del imputado, que se refiere a que no puede ser obligado a declararse culpable, y en su caso tiene derecho a guardar silencio, así como a tener una defensa y asesoría digna, antes de su declaración sin que persona alguna intervenga o trate de impedir.

Dentro de la investigación, se analizan los diversos supuestos con los cuales se podría evitar la prisión preventiva, refiriéndonos a lo que, hoy se encuentra plasmado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, que es el principio de presunción de inocencia, así también se maneja un listado de las medidas cautelares aplicables en nuestra legislación.

Cabe señalar que el principio de presunción de inocencia lo encontramos dentro del artículo 20 Constitucional, así como las reformas en materia de Derechos Humanos del 2011, de las cuales partiremos, para poder darle un sentido explícito al contenido, y poder así demostrar la importancia de la presunción de inocencia dentro de nuestra Constitución y de los tratados Internacionales.

OBJETIVO.

En la presente tesis, se pretende analizar, al principio de presunción de inocencia como derecho humano, situación que en varias ocasiones, en la práctica los jueces penales en las distintas instancias, al momento de dictar la resolución que corresponde, no consideran.

Así mismo, resaltaremos las características que hacen único a dicho principio, distinguiéndolo de otros principios que se aplican en los procesos penales, como es el caso del *in dubio pro reo*.

Razón por la cual, en ésta investigación haremos referencia a las normas contenidas en nuestra Constitución que sirven de base a dicho principio, así como a los Instrumentos Internacionales, que a partir de la reforma de 2011 en materia de Derechos Humanos, son parte activa y trascendental dentro de los diversos procesos jurisdicciones, en especial en materia penal.

HIPÓTESIS.

En este trabajo recepcional, no podríamos decir que exista una hipótesis como tal, puesto, desde el inicio hemos concebido a la presunción de inocencia como principio fundamental que cualquier individuo, tiene en su beneficio, respetando en todo momento, las restricciones que la propia constitución establece, tanto para los nacionales como para los extranjeros que habitualmente residan en su territorio o se encuentren de tránsito.

Dicho principio, debe ser considerado, como parte fundamental dentro de lo que hoy en día se conoce o denomina como bloque constitucional, aplicable a los distintos procesos jurisdiccionales y en beneficio, en éste caso, del imputado.

Independientemente de la clasificación tradicional de los derechos humanos y las garantías constitucionales (Igualdad, Libertad, Seguridad Jurídica y Propiedad), en su conjunto protegen a los gobernados, recordando los principios pro persona y la figura de la interpretación conforme, vigentes a partir de la reforma de 2011.

METODOLOGÍA.

En general debemos recordar que el derecho es dinámico, pues históricamente el tema central de nuestra tesis ha sido debatido, razón por la cual, nos fue indispensable recurrir a los métodos histórico, comparativo, de análisis y su caso del método inductivo.

Por lo que se manifiesta dentro de la presente tesis, el ius positivismo, por lo que se refiere que es un derecho positivo de orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos. Ya que las normas del derecho positivo son creadas por seres humanos pueden modificarse arbitrariamente, y efectivamente son diferentes en distintos tiempos y entre pueblos diferentes.

Así también se considera importante la mención del ius naturalismo, por ser las normas del derecho natural las que deben ser deducidas de la naturaleza y, por no ser obra humana son inmutables, validas siempre y en todos lados y, no como las leyes positivas creadas por los hombres.

La doctrina del Derecho Natural afirma que logra su derecho justo inmanente en la naturaleza, al deducirlo o inferirlos de ella.

CAPÍTULO I.

NOCIONES BÁSICAS.

1.1 CONCEPTOS DE DERECHO Y DERECHO PENAL.

Para poder empezar con nuestro tema, haremos referencia a algunas definiciones que nos permitirán tener mayor comprensión del mismo y lo cual nos facilitara el entendimiento de la presunción de inocencia y su importancia dentro del derecho penal.

1.1.1 CONCEPTO DE DERECHO.

La palabra “derecho” proviene del vocablo latino *directum*, que significa no apartarse del buen camino, seguir el sendero señalado por la ley, lo que se dirige o es bien dirigido. En general se entiende por Derecho, conjunto de normas jurídicas, creadas por el estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento está previsto de una sanción judicial.¹

Una vez comprendido el significado etimológico del derecho podemos analizar a uno de los grandes estudiosos del derecho en México. El Doctor Eduardo García Máynez señala que:

“El Derecho es el conjunto de normas que imponen deberes y normas que confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia”²

Refiere el autor que es el modo en que la sociedad puede estar en una mutua convivencia regida por normas que tanto otorgaran facultades, también impondrán deberes con las que los ciudadanos se deberán de alinear para la sana convivencia dentro de una sociedad.

1.1.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

Dentro de la ciencia del derecho nos dirigiremos a una de sus ramas la cual es la fundamental para la comprensión de nuestro tema. El derecho penal, lo

¹ https://poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf. Consultado el 3 de Enero del 2017 a las 17:00.

² *Ídem*.

entendemos a simple, percepción y sin necesidad de conocer de derecho como el regulador de los hechos o actos delictivos o ilícitos de las personas, pero para una mayor explicación recurrimos a la Doctrina para un análisis más profundo de dicho concepto.

Para el criminalista español Eugenio Cuello Calón, el Derecho Penal es “el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad”.³

Otra importante definición la encontramos con LISZT que va a definir al derecho penal como:

“El conjunto de reglas establecidas por el estado, que asocian al crimen como hecho, a la pena, como su legítima consecuencia”.⁴

Una definición más clara de lo que es el derecho penal en México, la encontramos en las palabras de Raúl Carranca y Trujillo, quien estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es “el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.⁵

Esta última definición es la más adecuada con lo que representa la rama del derecho y la que nos va a guiar durante todo el trabajo presentado, por lo que para Castellanos Tena, el Derecho Penal en sentido subjetivo es en realidad “el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”.⁶

³ García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, 63a. ed., México, Ed. Porrúa, 2011, p. 141.

⁴ Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, parte general, 51 Ed, México, Ed. Porrúa, 2012, p. 5.

⁵ *Ibídem* p. 6

⁶ *Ídem*.

1.2 DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En primer lugar debemos entender que el término “principio” proviene del latín “*principium*”, “primer instante del ser de una cosa; origen, base, fundamento, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; causa primaria o primitiva de una cosa, o aquello de que otra cosa procede de cualquier modo”.⁷

Se infiere que el principio es el origen o nacimiento de todo un engranaje jurídico, cuya base y estructura se encuentra fundado en él. Si ese principio en su cimentación adolece de deficiencias, como consecuencia lógica todo lo que se construya sobre la base del mismo padecerá de esos mismos vicios. Por el contrario, si esa base se encuentra debidamente cimentada, todo lo que se estructure en torno a la misma soportará cualquier intento por tirar su estructura.

Por lo que respecta al término “presunción” proviene del latín “*praesumptio*”, que significa: “acción y efecto de presumir; cosa que por ministerio de ley se tiene como verdad”.⁸ Este término no significa un dogma absoluto, sino que se encuentra sujeto a una verdad de la que se refiere a que no exista prueba en contrario que la destruya.

La palabra “*inocencia*”, proviene del latín “*innocentia*” que significa: “exención de toda culpa en una mala acción o en un delito”.⁹

Para Juan Palomar de Miguel, la presunción de inocencia es:

“Aquella que ampara, en los enjuiciamientos de tipo liberal, a los acusados, cuya responsabilidad debe probar el acusador para fundar la condena”.¹⁰

Entiéndase este principio de legalidad, basado en el tipo normativo no es defensa de los delincuentes ni un artilugio usado por los defensores técnicos, sino

⁷ Espinoza, Ricardo, *La Presunción de Inocencia en el Sistema Acusatorio Mexicano*, México, Ed. Novum, 2012, p. 87.

⁸ Ídem.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

realmente una garantía para que los individuos tengan la tranquilidad en la medida que no cometan hechos descritos por la ley penal están actuando en el marco de la ley.

Orlando Poblete Iturralde, señala que:

“La presunción es una prohibición de considerar culpable sin mediar condena o un estado determinado a una persona, el principio trata del mantenimiento y la protección de la situación jurídica de inocencia del imputado y del procesado mientras no se produzca prueba concreta capaz de generar la certeza necesaria para establecer la autoría y la culpabilidad propias de una declaración judicial de condena firme”.¹¹

Debemos entender por principio de presunción de inocencia el derecho subjetivo que tiene todo imputado de ser tratado y considerado inocente durante el desarrollo de un procedimiento penal, hasta en tanto exista una sentencia firme que lo declare formal y materialmente culpable y que pueda enderezarse en su contra un juicio por su poder ilícito. Una persona sometida a un procedimiento penal no se le debe presumir su culpabilidad, sino su inocencia; el acusador (órgano del estado) debe demostrar fehacientemente la culpabilidad plena de esa persona.

Para Alberto Binder la presunción de inocencia es:

“Constituye 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, en tanto no se expida una resolución judicial firme”.¹²

La presunción de inocencia significa:

- Que nadie tiene que “construir” su propia inocencia;
- Que solo una sentencia declarara esa culpabilidad jurídicamente construida que implica la adquisición de un grado de certeza;

¹¹ Espinoza, Ricardo, op cit, nota 7, p. 88

¹² Ídem.

- Que nadie puede ser tratado como culpable, mientras no exista esa declaración judicial; y
- Que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.¹³

Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, “*inocencia*” significa: “el estado del que está limpio de culpa” y “excepción de culpa en un delito o en una mala acción”. A su vez dice que inocente es: “el que está libre de culpa” y “el que no daña, el que no es nocivo”.¹⁴

1.2.1 CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN.

El concepto de presunción lo encontramos en las partidas del Derecho Español, donde según el Diccionario de la Real Academia Española, en su décima edición de 1970, la palabra presunción se deriva de los términos latinos *prae* y *sumere*, esto es, tomar antes, anticiparse; es una creación de subjetiva de sospecha, conjetura, lanzando juicios de opinión ante una o varias probabilidades.¹⁵

Desde el punto de vista jurídico la presunción no constituye un medio de prueba, sino parte de la operación probatoria o normas sobre la carga de la prueba o una norma que determina una relación o situación jurídica o atribuye un status.

Los antiguos latinos entendieron que *praesumere* era conjeturar, usurpar funciones en los campos personales o públicos, adoptar una pose, figuración, calidad no propia cercana a una actuación teatral, propia de la comedia o drama, producto de una condición personal de alta autoestima.¹⁶ Pero el aristócrata latino, cultivado intelectualmente reprobó esa noción, diciendo que es algo indigno de análisis, de controversia, planteándola como simple sospecha.

¹³ Espinoza, Ricardo, op cit, nota 7, p. 88.

¹⁴ Martínez Cisneros, German, “Iter Criminis”, *Revista de ciencias penales*, número tres, quinta época, agosto 2011, p. 64

¹⁵ Escobar López, Edgar, *La Presunción o Estado de Inocencia en el Proceso Penal*, 1998, Colombia, Ed. Leyer, p. 25.

¹⁶ Ídem.

La presunción es un mecanismo por el que se suponen hechos o actos de la vida, basado en la generalidad, que no consta directamente, pero que resulta de interés en determinadas circunstancias de tiempo, lugar y modo. También presunción es un producto de la actividad mental del hombre que, utilizando métodos logístico-racionales profiere juicios o conceptos que la experiencia le indica, la mayoría de las veces acertados.

La presunción se utiliza igualmente para determinar los estados generales del hombre, la buena salud, la buena fe, la honradez, la inocencia, la legitimación del gobernante, la jurisdicción y competencia de los jueces en asuntos de su instrucción y juzgamiento, que son situaciones de ocurrencia general susceptibles de ser confirmados o desvirtuados. La presunción tiene como base o fundamento racional principios físicos y morales aceptados por la sociedad.

Los tratadistas de derecho probatorio han ensayado numerosas definiciones de presunción, es por eso que en su obra de indicios, el profesor *Gianturco* sostiene que la presunción consiste en *“el repetirse en forma normal los mismos fenómenos, de orden natural y psicológico, en determinadas circunstancias, según la experiencia estadística y las constataciones experimentales, probando y volviendo a probar, induce a la consideración de que aquella que sucede y ha sucedido continuara verificándose en el porvenir en las mismas circunstancias y bajo las mismas condiciones”*.¹⁷

El maestro *Carnelutti*, entiende el termino presunción en dos sentidos: *“A. Como objeto utilizado para la deducción al definir el indicio, basado en la experiencia y supone o presume la existencia de un hecho indicador, y B. Como la deducción misma”*.¹⁸ Así, entonces, hay presunción cuando de la existencia de un hecho conocido se deduce la de uno desconocido.

¹⁷ Ellero, Prieto, *De La Certidumbre en los Juicios Criminales*, 2005, Colombia, Ed. Leyer, p. 39.

¹⁸ Rocha Alvira, Antonio, *De La Prueba en Derecho*, 2013, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, p. 526.

Para el profesor *Alvira, Rocha*, la presunción es *“un juicio, formado por la verdad de algo, por lógica relación que muestra con otro hecho y dado por cierto. Es medio de prueba indirecto para conseguir la verdad y sustancialmente puede catalogarse como criterio, hijo de la razón, por oposición a los medios de prueba históricos, en que los hechos se reflejan en los sentidos. Como se establece la deducción, la presunción adquiere la categoría de indicio”*.¹⁹

Esto es que la presunción consiste en un proceso inductivo, racional y lógico, que considera como probable un hecho o circunstancia, teniendo en cuenta las reglas de la experiencia o de la ciencia, deduciendo una verdad racional, consistente en la existencia de un hecho, dándolo por cierto..

La experiencia constituye un conjunto de conocimientos empíricos del hombre, aun no sistematizados, razonados ni con objetivos científicos, manejados con sentido común y practicados espontáneamente, con una cultura media. Por su parte la ciencia estudia, analiza, los objetos y mutaciones de la naturaleza, de la sociedad, el pensamiento y del hombre con las características de un objeto definido, sistematización de información y un método de trabajo.

Por ello podemos afirmar que la presunción tiene como base única la experiencia y, por ello, es especulativa, movediza e incierta, debe tomarse como un principio universal aplicable a toda clase de procesamientos, que se imponen en todos los niveles de la vida social y respecto de todas las imputaciones de cualquiera naturaleza que surjan contra las personas.

1.3. TIPOS DE PRESUNCIÓN.

En este apartado hablaremos de la existencia de cuatro posibles presunciones, manejando en que consiste cada una y sus medios por los cuales podrían ser aplicadas a fondo, ya que manejan la veracidad del hecho ya existente del cual se quiere descubrir la verdad, manejando a la presunción como un indicio.

¹⁹ Escobar López, Edgar, *op. Cit, nota 15, p. 27.*

1.3.1 PRESUNCIÓN COMO ARGUMENTO.

Según el Diccionario Filosófico de M. M. Rosental y P.F. Iudín, en lógica, el término argumento significa “juicio”, aducido para confirmar la veracidad de cualquier otro juicio, igualmente quiere decir “premisa de la demostración, llamada también fundamento o razón de la demostración; a veces se da el nombre de argumento a la demostración entera”.²⁰

La presunción como argumento consiste, en un juicio o conjunto de juicios que sirven para confirmar la veracidad de otro juicio o sistema de juicios, pero también se le denomina fundamento o razón de la demostración por ser una premisa de la demostración de las cosas o situaciones determinadas.

El hombre, por necesidad, siempre tiende a no empeorar su propia condición, sino a mejorarla, pretende alejar los males y atraer los bienes. Por ello, aun a condiciones de la verdad, se inclina a manifestar lo que le favorece y no lo que le perjudica, para liberarse del mal que representa la sanción penal, dejándose llevar en su testimonio más por la disculpa que por la confesión, aunque sea autor o participe del hecho punible que se investiga, salvo excepcionales casos donde se presenta el reconocimiento del delito, con el fin de obtener beneficios procesales favorables.

La presunción de inocencia ampara a todo ciudadano cuya culpabilidad no haya sido comprobada, y realza de ese modo la credibilidad en las atestaciones del acusado, esa credibilidad que trata de reducir la presunción de mendacidad que se deduce del interés en la causa.

1.3.2 PRESUNCIÓN COMO RAZONAMIENTO DEMOSTRATIVO.

Por razonamiento se entiende la operación discursiva en cuyo transcurso, de uno o varios juicios, denominados premisas del razonamiento, se infiere un nuevo juicio que se desprende lógicamente de las premisas, el paso de las premisas a la conclusión siempre se efectúa observando alguna regla de la lógica. El separar en

²⁰ Escobar López, Edgar, *op. Cit*, nota 15, p. 28.

el razonamiento sus premisas y la conclusión, y el establecer su estructura, constituyen su análisis lógico.

Resulta que el análisis de los razonamientos sirve para poner de manifiesto la forma lógica de los mismos. El razonamiento es una forma de pensar en la cual transcurre la cognición del mundo exterior en el grado del pensamiento abstracto. Todo razonamiento verdadero ha de satisfacer un requisito, si sus premisas son verdaderas, ha de ser también verdadera la conclusión.

En el proceso real del pensar, a menudo se omiten algunas de las premisas del razonamiento y no se formulan de manera patente las reglas y normas aludidas que se encuentran en la base del propio razonamiento. Ello abre la puerta a posibles errores. La lógica establece los medios para diferenciar los razonamientos acertados de los que no lo son y con ello, facilita que los errores lógicos se eviten o se corrijan.

Para que una demostración sea correcta no solo es necesario que sean verdaderos sus juicios iniciales, base de la demostración, sino que, además ha de ser correcto cada uno de los razonamientos que entran en su composición. Por su forma, los razonamientos se dividen en varios tipos, la división más general es la que los clasifica en deductivos e inductivos.

La presunción como razonamiento demostrativo es una operación mental discursiva donde de uno o varios juicios, denominados premisas de razonamiento, se infiere un nuevo juicio llamado conclusión o consecuencia, mediante la estricta observación de las reglas lógicas de la inferencia. El razonamiento es una forma de pensar, por medio del cual se conoce el mundo exterior en el grado de pensamiento abstracto, donde la demostración está destinada a producir un conocimiento verdadero sobre algo.²¹

En el proceso penal se busca el conocimiento verdadero sobre los hechos que se investigan y su atribución a determinada persona, la presunción es un

²¹ Escobar López, Edgar, *op. Cit*, nota 15, p. 30.

razonamiento demostrativo y no un argumento, porque mediante un juicio no se busca la veracidad de otro juicio.

Debemos entender la presunción como la actividad mental, en la cual el individuo parte de un hecho conocido y mediante la aplicación de las reglas de la experiencia induce- deduce, otro hecho desconocido. Por ello la presunción tiene ciertas relaciones de identidad con el indicio, pero también se diferencian desde el punto de vista conceptual y práctico.

1.3.3 PRESUNCIÓN COMO MEDIO DE PRUEBA.

La presunción de inocencia tiene dos modalidades, una verdad probatoria y una verdad jurídica, porque se fundamenta en la observación exacta de los hechos. En cambio la presunción cuando es de menor culpabilidad es una verdad jurídica, pero no una verdad probatoria, es una verdad jurídica en el sentido de que no estando comprobada la mayor culpabilidad, no puede reconocerse y esto no la convierte en una verdad probatoria, puesto que no es cierto que el acusado cometa el delito de la manera menos criminosa posible, es decir, pretendiendo ocasionar el menor mal social, jurídico e individual.

Por medio de prueba, refiriéndonos correctamente a la presunción, debemos entender los elementos o instrumentos, como los testimonios o documentos, utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos.

No deben confundirse las fuentes con los medios de certeza, porque las fuentes son los sentidos de quien juzga y las referencias ajenas, en cambio, los medios de certeza consisten en las pruebas y en las presunciones. Solo las pruebas se pueden considerar como instrumentos de verificación, pero esto es un error porque solo se refiere a la ejecución del delito a través de las pruebas, donde el funcionario judicial juzga según los datos que se le ofrecen, pero no en todos tiene y exige la prueba. Por eso la doctrina se ideó un sustituto de la prueba, gracias al cual una circunstancia de hecho se tiene por cierta y se llama presunción.

1.3.4 PRESUNCIÓN COMO FUNDAMENTO LÓGICO.

Un mecanismo lógico es representado en la presunción, por el simple hecho de la observancia del jurista, claro ejemplo sería cuando las presunciones son numerosas y suelen estar allí donde menos se piensa, así, una persona que se presenta ante un juez con faldas, no existiendo otros datos que delaten su sexo contrario, sería considerada por el juez como una mujer y, sin embargo, podía no ser mujer porque realmente la identidad personal se admite solo con que uno se presente como tal o cual.

Ante las presunciones, los servidores públicos, judiciales, cuyas argumentaciones llevan a proferir una medida de aseguramiento en desatención de alguna persona deben, cuando se trata de presumir, andar con mucha cautela, así no puede ser más censurable la precipitación en los procesos, sobre todo la de funcionarios que tienden a deducir más bien la culpabilidad penal de la inocencia.

1.3.5 PRESUNCIÓN LEGAL.

a) Absoluta (presunción *luris et de iure*).

De origen latino significa de pleno y absoluto derecho, sin admitir prueba en contrario, es imperativa, de orden público, afirmándose que no se presume sino se estatuye. La afinidad entre la norma imperativa y la presunción es evidente, *praesumere*, significa admitir sin demostración ni necesidad de prueba.²²

Esta presunción, exime del *onus probando* u obligación de probar a quien la invoca a su favor, da por probado lo que se presume, sin facultad legal para demostrar lo contrario, excluyendo el objeto de prueba, tanto el hecho presumido como la relación causal, no son objeto o materia de prueba.

Para precisar la clase de presunción se examina la ley, cuando se prohíbe la prueba en contrario, la presunción es absoluta, sin ser una generalidad, porque excepcionalmente pueden darse casos no prohibidos o que no son admisibles técnicamente, en principio esta presunción es indestructible.

²² Alfonso Rodríguez, Orlando, *La Presunción de Inocencia*, 1995, Santa Fe de Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 28.

La presunción absoluta caracteriza la prueba legal, de importancia en el pasado. Encuentra justificación teórica dado el naciente desarrollo de la técnica y la ciencia, se pretendía una justicia objetiva, exenta de errores, analizable por su intención pero reprochable por el resultado, calificada sin temor de exageración de bárbara, cometiéndose con ella arbitrariedades. Tiene el carácter de hecho evidente, incuestionable, inadmite prueba en contrario, es definitiva, y concluyente.

En el campo penal, no es aceptada, está descartada, es calificada de obstáculo que impide la búsqueda de la verdad real, sin permitir la saludable controversia probatoria, impone una medida legal, histórica y políticamente proscrita.

b) Relativa (presunción *luris tantum*).

Esta expresión latina, significa que la ley si admite prueba en contrario, se considera cierta mientras no se pruebe lo contrario, puede demostrarse la inexistencia del hecho legalmente presumido, aunque *prima facie* sean ciertos por antecedentes o circunstancias.²³

El doctor Rocha Alvira, sostuvo que es presunción relativa la que por antecedentes y circunstancias motivantes, determinadas por la ley permite probar lo contrario, permite que la destruyan, desvirtúen.²⁴

La vinculación entre el hecho base y el hecho consecuencia es flexible y se funda en el cálculo de probabilidades, que se toma como regla general por el legislador, pudiendo el juez apartarse de ella y aplicar en el caso concreto la regla contraria.

Desde el ángulo penal, la presunción relativa de responsabilidad ha desaparecido de la codificación positiva, conservándose en la medida, contenido y dirección que apuntale a los derechos ciudadanos, procesal y extraprocesalmente, jamás para conculcarlos, solo así son explicables dentro de la normatividad positiva.

La presunción de legalidad, de veracidad del dicho del testigo, la autenticidad de los documentos, de competencia del funcionario judicial, de inocencia del

²³ Alfonso Rodríguez, Orlando, op. Cit, nota 22, p. 30.

²⁴ Ídem.

procesado son características del proceso penal que ameritan un tratamiento especial, sin que pueda descalificarse desde un comienzo.

1.4. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE INOCENCIA.

1.4.1 Concepto.

El concepto de inocencia podría enunciarse diciendo que el hombre generalmente no comete actos criminales y es de ordinario, entonces, inocente. Por tanto la inocencia no es más que una especialización de la gran presunción general, por lo que lo ordinario o común se presume, y como, según el principio ontológico, presumiéndose lo ordinario o común, lo extraordinario es lo que debe probarse mediante la investigación penal a través de los agentes del Estado, ya que en cabeza del mismo está la obligación de la prueba.²⁵

La inocencia que protege a los individuos debe ser destruida por los órganos de la acusación o de la jurisdicción estatal, porque no es el imputado quien debe probar su falta de culpabilidad dado que se arribaría a un principio inverso, todos esos actos del órgano acusador, que fundamentalmente se cumplen durante el trámite proceso penal, afectan al acusado poniendo en tela de juicio su inocencia frente al posible hecho afirmado.

1.4.2 Definición.

La inocencia es un estado natural de las personas y está íntimamente relacionado con el principio de la inviolabilidad de la libertad individual y de la defensa misma.²⁶

El Código Nacional de Procedimientos Penales nos permite hablar legalmente, que se refiere a la preclusión de la instrucción o cesación de proceso, de hipótesis que, como consecuencia de su declaratoria por el órgano judicial competente,

²⁵ Escobar López, Edgar, *op. Cit* nota 15, p. 36.

²⁶ *Ídem*.

conlleva a la inocencia del imputado o acusado, según se trate de la investigación previa o de la instrucción propiamente dicha.

Por ello es preciso que distingamos entre la inhibición y la cesación del proceso, pues la primera tiene lugar cuando realizadas las averiguaciones propias de la investigación, el funcionario se abstiene de abrir formalmente la investigación mediante la resolución de apertura de la instrucción; la segunda, en cambio, se presenta cuando una vez proferida la resolución mencionada, se demuestra la existencia de cualquiera de las causales descritas en la norma y, por tanto, la acción penal se torna improcedente.

1.5. ELEMENTOS LEGALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Ya varias legislaciones en todo el mundo han incorporado a sus sistemas jurídicos, especialmente en sede constitucional, el principio de presunción de inocencia, lo elevaron a garantía constitucional. Debe de precisarse que este principio es un derecho procesal, es decir, que está dentro del desarrollo del procedimiento penal donde debe de ser aplicado y observado por las autoridades del Estado. Al igual que otros principios, el principio de presunción de inocencia tiene elementos estructurales.

1.5.1 ACTIVIDAD PROBATORIA.

Este primer elemento se encuentra estipulado a favor del imputado. Efectivamente es erróneo considerar que una persona imputada por algún delito deba demostrar su propia inocencia, sería tanto como demostrar hechos negativos de su conducta, lo que es jurídicamente imposible. Sin embargo, vale la pena mencionar que este principio parte del supuesto de que todos los hombres son buenos de por sí, por lo tanto, para culparlos como responsables, es necesario que se les haya juzgado y encontrado como culpables.

1.5.2 LA CARGA DE LA PRUEBA.

Otro elemento estructural del principio de presunción de inocencia es que la carga de la prueba la tiene el acusador; no así el acusado, quien únicamente va a realizar una mínima actividad probatoria.

Aparece el *ius puniendi* como facultad del Estado, ejercida a través de sus instituciones para ejercitar la acción penal en contra de una persona que comete algún delito y aplicar la pena correspondiente una vez llevado a cabo el procedimiento penal.

En la actualidad esta característica del *ius puniendi* es ampliamente reconocida por todas las naciones desde su inicio de integración de la averiguación previa; el estado se hace presentar por medio de sus instituciones jurídicas por medio del Ministerio Público. Este órgano es el encargado de imputar un delito a una persona de justificar o demostrar, la conducta antijurídica del mismo.

El ejercicio de la acción penal solo le atañe al estado monopolizador del *ius puniendi* y es este quien tiene que comprobar si una persona sigue siendo inocente o no.

La prueba debe contener los elementos y fuerza necesarios para que produzca la certeza plena del juzgador y así este llegue al convencimiento de que la conducta desplegada por el imputado se ajusta cabalmente al tipo, establecido en la norma penal.

1.5.2.1 EL DERECHO DE NO SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO.

Refiere a que es un Derecho de que el imputado no sea obligado a declarar acciones que lo perjudiquen así mismo o que alteren la veracidad de los hechos, manifestando que ninguna autoridad podrá obligarlo a dicha acción y que su declaración tiene que ser en presencia de un abogado defensor.

1.5.2.1.1 FUENTES FORMALES DEL DERECHO.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 No. 3, reconocen el derecho a toda persona acusada de no ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Dicho derecho se encuentra entre las garantías del imputado que es guardar silencio o en caso de consentir en prestar declaración, no hacerlo bajo juramento.

1.5.2.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES DEL IMPUTADO.

Este derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesar su culpabilidad está estrechamente unido al derecho a la presunción de inocencia y al derecho a la defensa, de los que constituye un derecho instrumental.

El derecho del imputado al silencio se encuentra compendiado en el principio *nemo tenetur*, que significa que nadie está obligado a delatarse o a obrar en su propio perjuicio. El silencio puede constituir una posible estrategia defensiva del imputado o acusado o de quien pueda serlo, o garantizarle la futura elección de tal estrategia.

El derecho a no declarar contra sí mismo se vincula con el derecho a la presunción de inocencia, ya que sitúa en la acusación la carga de la prueba, la que no puede invertirse haciendo recaer en el imputado o acusado la obligación de aportar elementos de prueba que produzcan autoincriminación.

El derecho a no declarar y a no confesarse culpable se vulnera cuando el imputado o acusado es forzado o inducido a declarar o cuando se le exige al imputado una declaración contra sí mismo.

Así mismo, es coherente con tal perspectiva la prohibición de empleo de métodos psiquiátricos, técnicos, químicos u otros destinados a debilitar o eliminar la voluntad del imputado, mediante hipnosis, drogas y otros medios, como asimismo el trato degradante o la tortura física o psíquica, los que transforman al imputado

en objeto e instrumento del proceso y no en sujeto del mismo, afectando esencialmente la dignidad de la persona humana.

1.5.2.1.3 EL SILENCIO DEL IMPUTADO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

El silencio total del imputado o acusado o la negativa total a declarar no puede considerarse en el proceso penal como indicio o contra indicio, como ninguna consecuencia jurídica favorable para el imputado, ya que la constitución y los tratados de derechos humanos le garantizan el derecho a permanecer en silencio.

Cuando el imputado esté dispuesto a declarar deben garantizársele la asistencia letrada y la posibilidad de comunicarse con su abogado en privado, la eventual asistencia de un intérprete si no habla o no comprende el idioma del tribunal o es sordomudo y la garantía de haberse hecho con libertad tanto la declaración como su contenido.

El silencio parcial en una declaración libremente aceptada por el acusado, a diferencia del silencio total, forman parte de la propia declaración.

1.5.3 LA OBLIGACION DEL IMPUTADO DE DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La pregunta real de este elemento estructural y como fuente básica para contestar cualquier duda posible dentro del proceso penal es la de ¿Quién debe desvirtuar la presunción de inocencia en un procedimiento penal? A lo que la respuesta clave sería la que fue dictada por el Tribunal Constitucional de España, en una jurisprudencia, marcada con el número 31/1981, la cual en lo conducente al tema, nos dice:

La exigencia al acusador de prueba de cargo suficiente para formar la convicción del juzgador necesaria para condenar, es esta una consecuencia de la presunción de inocencia vinculada al peso de la prueba u *onus probando*.²⁷

Como se ha señalado no es el imputado o acusado quien debe probar, el peso de la prueba recae en el acusador y solo en cuanto logre probar, la presunción de

²⁷ Espinoza, Ricardo, op. Cit nota 7, p. 93.

inocencia logre desvirtuarse. Sobre la parte acusadora pesa, la carga de acreditar con pruebas validas, los elementos del delito, sus circunstancias constitutivas y la participación real del acusado.

Para el caso de aplicación en México, este mecanismo arroja aspectos claros para nuestro sistema ya que en primer lugar, no se le debe imponer al imputado la obligación de acreditar su inocencia, puesto que no está obligado a demostrar hechos negativos; y en segundo lugar, que debe ser el Ministerio Público el que tenga la carga de probar su acusación, de suerte que si no aporta pruebas idóneas y contundentes, el juez no pueda tener bases sólidas para dictar una sentencia condenatoria.

1.5.4 EL DEBIDO PROCESO.

Podemos encontrar la esencia del debido proceso en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se manifiesta que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Debemos entender por debido proceso “aquel procedimiento penal enfrentado por un imputado, en donde se observen, por parte de todas las autoridades, las garantías procesales contempladas a su favor en la ley”.²⁸ Por lo que, dentro de este elemento encontramos que el desarrollo del procedimiento y proceso penal se deben respetar plenamente las garantías procesales de todo imputado contenidas en el artículo 20 constitucional, como lo es el derecho de tener una defensa adecuada; el de no declararse culpable o de no producir su declaración; el de saber el nombre de su acusador; el de estar presente en el desahogo de los medios de prueba; en el de que su abogado esté presente en el desahogo de todas las diligencias; que las pruebas ofrecidas en su contra no hayan sido obtenidas violentando sus derechos fundamentales.

²⁸ Espinoza, Ricardo, op. Cit nota 7, p. 95.

Debemos entender por debido proceso aquel procedimiento penal enfrentado por un imputado, en donde se observen, por parte de todas las autoridades, las garantías procesales contempladas a su favor en la ley. Garantías tales como una adecuada defensa; el derecho de ser juzgado dentro del término establecido en la ley; el de no declarar si así lo desea; a la publicidad del proceso.

1.5.4.1 EL DERECHO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La constitución no asegura la presunción de inocencia sino solo determina que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. El derecho a la presunción de inocencia como derecho fundamental aparece por vía del bloque constitucional de derechos, como atributo del debido proceso asegurado por el artículo 8 de la convención americana de derechos humanos y el artículo 14 del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

Existe un derecho fundamental a la presunción de inocencia, emanado de la CADH, que forma parte de la constitución material, el cual como derecho esencial constituye una limitación a la potestad constituyente derivada y a los poderes constituidos.

Alejandro Silva Bascuñán comparte dicho criterio, al establecer en su tratado de derecho constitucional, que, el derecho a la presunción de inocencia está incluido en el del debido proceso, el cual garantiza a toda persona que la ley establecerá un procedimiento y una investigación racionales y justos.²⁹

Desde el punto de vista procesal, la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia. El derecho a la presunción de inocencia significa que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas, las cuales deben ser tales desde la perspectiva jurídica y, además, constitucionalmente legítima.

La Corte Interamericana determina que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y

²⁹ Espinoza, Ricardo, op. Cit, nota 7, p. 95.

acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme.

En el ámbito penal la presunción de inocencia presenta las siguientes características:

- a) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde en forma exclusiva a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una prueba de los hechos negativos.
- b) Solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio bajo la inmediación del órgano judicial y con respeto a los principios de contradicción y publicidad.
- c) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad que corresponde exclusivamente al orden jurisdiccional, al cual debe ser ejercida con la sola obligación de razonar el resultado de tal valoración.

Debemos precisar que el derecho a la presunción de inocencia no se reduce al campo estricto de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse aplicable a cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en la conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para ellas o un resultado que limite sus derechos.

Es necesario determinar que la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que atribuye la carga de la prueba de los hechos supuestamente delictivos a quienes tratan de articular la acusación, por tanto admite prueba en contrario y se destruye cuando ha existido una actividad probatoria suficiente.

Parece oportuno señalar que la presunción de inocencia supone un límite al ejercicio de ius puniendi del estado, límite que se proyecta sobre el régimen de la prueba en el proceso. Puede llegarse a vulnerar la presunción de inocencia como derecho fundamental si se produce una condena sin pruebas.

La presunción es un derecho de las personas, la cual para ser desvirtuada requiere que se demuestre la culpabilidad de la persona con pruebas fehacientes debidamente controvertidas, dentro de un esquema que asegure la plenitud de las

garantías procesales sobre la imparcialidad del juez y la íntegra observancia de las reglas en la ley para la indagación y aclaración de los hechos, la práctica y valoración de pruebas y la definición de responsabilidades y sanciones.

Por último podemos sostener que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, la que cuando no es por regla debe basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, ya que una medida de carácter desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar.

La llamada presunción de inocencia está compuesta de dos reglas complementarias entre sí. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine indicio*).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*).

1.5.4.2 LA COMUNICACIÓN PREVIA Y DETALLADA AL INCULPADO DE LA IMPUTACIÓN FORMULADA.

El derecho a ser notificado o informado de una imputación penal obliga a que nadie pueda ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a fin de evitar acusaciones sorpresivas.

El derecho que todas las personas tienen a ser informadas de la imputación que se haya formulado en contra de ellas es una garantía que busca establecer el adecuado equilibrio entre acusador y acusado en el proceso. La ruptura de este equilibrio en perjuicio del acusado o imputado al no conocer los cargos concretos en su contra puede producir indefensión por disminución indebida en las posibilidades de defensa de carácter legal que tiene el afectado.

Dicha información debe recaer en los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, los hechos constitutivos de delito, los cuales constituyen el objeto del proceso penal.

La calificación jurídica de los hechos recae en el tribunal, de acuerdo al principio *iura novit curia*. Todo sin olvidar que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio y que el principio señalado tiene importantes limitaciones, ya que referido debate puede modificar la calificación de los hechos y el delito que constituye.

Es necesario en todo proceso penal, que el acusado pueda conocer la acusación que se formula en su contra para poder defenderse contradictoriamente frente a ella, y que el pronunciamiento del juez debe efectuarse sobre los términos del debate, debiendo existir siempre una correlación entre la acusación y la sentencia.

Nunca es posible aceptar constitucionalmente la acusación implícita, lo que implicaría indefensión y vulneración del debido proceso, con la nulidad consiguiente.

1.5.4.3 EL DERECHO A LA INFORMACIÓN SOBRE LA ASISTENCIA CONSULAR EN EL MARCO DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES.

La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la materia a través de la opinión consultiva solicitada por México; donde se involucran diversos instrumentos internacionales como son la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Carta de la OEA, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

La Corte Interamericana al resolver la opinión consultiva determina que el derecho individual debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo.

1.5.4.4 LA CONCESIÓN AL INCULPADO DEL TIEMPO Y LOS MEDIOS ADECUADOS PARA LA PREPARACIÓN DE SU DEFENSA.

El derecho a una defensa implica el derecho imputado de comunicarse libremente con su abogado defensor, sin que dicha comunicación pueda ser obstaculizada, intervenida o impedida, lo que implicaría una afectación del derecho, el que quedaría restringido o vulnerado.

1.5.5 OBTENCIÓN DE PRUEBAS.

El hecho de tener por demostrada la culpabilidad de una persona a través del indicio y la presunción sería violatorio de los derechos fundamentales establecidos a favor del imputado, los cuales no pueden ser restringidos ni vulnerados. A decir de Orlando Poblete:

“La falta de certeza significa que el Estado no ha sido capaz de destruir el estado de inocencia que ampara al imputado, y por lo mismo ella debe conducirse a la absolución. El Estado debe destruir esa situación y acreditar la culpabilidad, si fracasa en su intento, el estado de inocencia se mantiene”.³⁰

El hecho de que en la actualidad los Tribunales Colegiados de Circuito sostengan el criterio de que mediante la prueba indiciaria se puede llegar a determinar la culpabilidad de una persona, por lo que desde una simple apreciación resulta violatoria del principio de inocencia, puesto que no se está demostrando claramente la culpabilidad de una persona mediante la prueba contundente o idónea, sino que esa culpabilidad se basa en un raciocinio del juzgador, la cual puede ser del todo alejada de una realidad, ya que no es más que una apreciación meramente subjetiva.

1.6. EL PRINCIPIO DE *IN DUBIO PRO REO*. (DEFINICIÓN).

La presunción de inocencia no guarda relación con la práctica judicial porque a una persona se le presume culpable, por el hecho de haber rendido diligencia de

³⁰ Espinoza, Ricardo, Op. Cit, nota 7, p. 96.

indagatoria, por tener condenas anteriores, haber sido capturado en flagrancia, por haberse proferido en su contra resolución de acusación, lo que constituye un desconocimiento fácil de comprender acerca del mandato constitucional. Pero aun en esas circunstancias, no puede el juez olvidar que la presunción de inocencia debe presumirse hasta la emisión de una sentencia condenatoria en firme, ejecutoriada, que ya no admita ningún recurso ordinario o extraordinario.

La condición de inocencia solo puede fracturarse con la sentencia condenatoria en firme, pero de allí saldrá la judicatura únicamente en la medida del adecuado entendimiento del postulado constitucional y el estudio permanente por parte de los servidores judiciales que se emplean en el campo del derecho penal.

El *in dubio pro reo*, denominado también principio universal o general de la duda, es un principio universalmente aceptado en los estados de derecho y democrático-liberales, bajo la enunciación: “en los procesos penales toda duda debe resolverse a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla”.³¹

No procede la medida de aseguramiento, cuando la prueba sea indicativa de que el indiciado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad, se está dando aplicación al principio del *in dubio pro reo*, según lo afirma el profesor Pabón Gómez,³² en el entendimiento de que el término “indicativa” es meramente señalante en argumentación probabilística. Si tomamos el termino indicante como sinónimo de explicar, demostrar, probar nos parece que cuando el estatuto procesal penal dispone la no procedencia de medida asegurativa alguna, si se presentan las causales allí determinadas por el legislador, no se está aplicando el universal principio del *in dubio pro reo*.

La complicación interpretativa es cuanto a la aplicación del *in dubio pro reo*, en vez de la presunción de inocencia, se presente a nuestro modo de pensar por el uso de la expresión “pudo haber actuado” que contiene la norma. Pero la situación no es tal si tenemos en cuenta que el legislador, al hacer las normas, sienta

³¹ Escobar López, Edgar, op. Cit, nota 15, p. 140.

³² *Ibíd*em, p. 141.

situaciones generales y abstractas, sin que pueda concretizar situación alguna y mucho menos en tratándose de excluyentes de responsabilidad penal. Su facultad legislativa se queda en ese punto, lo demás que de allí sobrevenga, deberá ser objeto de valoración por parte del funcionario judicial en el evento concreto, conforme a la prueba.

En otras palabras el *in dubio pro reo* beneficia al procesado, cuando al momento de dictar sentencia que potencialmente desvirtúe la presunción de inocencia, ante elementos afirmativos e informativos que no permiten estructurar con certeza la responsabilidad penal. Es situación natural del hombre, la de ser inocente y libre, toda duda insalvable que aparezca dentro del proceso, debe beneficiarlo.

No es norma material ni principio rector del procedimiento penal ni criterio para interpretar o desentrañar el espíritu de la ley oscura o ambigua. Para el caso específico de la presunción de inocencia, tiene sede operativa al momento de valorar en conjunto los medios de prueba que obran en el proceso, ante la ausencia de certeza para imponer una sentencia que arrebatase la condición de inocente del procesado, ante una duda insuperable.³³

Ante la duda insalvable, la decisión judicial debe favorecer al procesado. Para la estabilidad de la sociedad, es menos dañino absolver a un culpable, dependiente al grado de convicción derivada de los medios de prueba que demuestren la existencia del hecho punible o la autoría o participación del procesado en la comisión del mismo, que condenar a un inocente.

Para que funcione el *in dubio pro reo*, se debe estar ante una duda de tal magnitud que sea insuperable, ofrece un grado de conocimiento mínimo, contrario a la certeza. Como la duda no es susceptible de ser recurrida, no es posible fiscalizar un estado subjetivo del hombre, no tiene presencia objetiva ni exteriorizada ni materializada en actos calificables y cuantificables, es imperceptible por sí misma, debe ser producto de una actividad y valoración probatoria, de la regular y activa búsqueda de la verdad real.

³³ Alfonso Rodríguez, Orlando, op. Cit, nota 22, p. 143.

Las creaciones racionales y arbitrarias del juez, no son estados de duda para aplicar tal beneficio, de tal magnitud que:

1. Que tenga relación con la esencia del proceso, el cometido de la acción, con la potencial responsabilidad penal del procesado.
2. Que no haya sido posible dilucidarla, a pesar de la juiciosa actividad jurisdiccional y la ayuda organismos auxiliares.

Si en la parte final del proceso, se mantiene la duda, a pesar de la actividad probatoria desarrollada, por la figura del *in dubio pro reo*, se falla en favor del ciudadano, manteniendo la condición natural y derecho político fundamental de inocente. La presunción de inocencia, se desvirtúa cuando el órgano sancionador tiene certeza moral e íntima convicción para condenar, que excluye la duda.

La duda debe hacer relación a la tipicidad, antijuridicidad o la culpabilidad. La punibilidad, es la consecuencia del delito.

Ya antes del reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia existía acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la aplicación del principio *in dubio pro reo* en los supuestos de duda sobre las cuestiones de hecho. Tanto es así que se entiende que este principio constituye el precedente inmediato de lo que hoy se conoce como presunción de inocencia.³⁴

El principio *in dubio pro reo*, con un importante arraigo en nuestra tradición jurídica y cuyo fundamento se sitúa en los principios *nulla poena sine crimene*, *nullum crimen sine culpa*, permitía evitar situaciones que desembocasen en un *non liquet* cuando finalizada la fase del juicio oral subsistían dudas cuya su operación había devenido imposible.

Durante el antiguo régimen, inocencia y culpabilidad no eran las únicas conclusiones a las que el juez podía llegar tras la valoración de la prueba. Por el contrario, había una tercera situación que consistía en la *semiculpabilidad* y que era la consecuencia de la duda judicial en torno a la culpabilidad del acusado

³⁴ Fernández López, Mercedes, *Prueba y Presunción de Inocencia*, 2005, Madrid, Ed. Iustel, p. 162.

como consecuencia de la inexistencia de *plena probatio*. En el sistema actual se adopta como criterio de decisión el principio de *in dubio pro reo*, el resultado habitual era la condena a una pena más leve a la que le correspondía al delito imputado.

Una razón más para pensar que el principio *in dubio pro reo* era desconocido en el sistema inquisitivo sobre la base de una idea. Se señala que ahí donde rige el sistema de prueba tasada no hay lugar para la duda judicial, puesto que la valoración de la prueba es independiente del conocimiento del juez y, puede ser incluso contraria al mismo.³⁵

La posibilidad de duda, como estado mental, no puede ser iluminada cualquiera que sea el sistema de valoración de la prueba, sino que, más bien, lo que sucede es que en los sistemas regidos por la prueba vinculada, esta no aparece como resultado de operación de valoración de la prueba, sino que su aparición sería concretamente en el momento de incluir un medio de prueba concreto en la norma que lo contempla como prueba tasada.

La idea apuntada por Bettiol da cuenta de la dificultad de concebir una norma para la resolución de los casos dudosos en el seno de un sistema en el que el convencimiento judicial es sustituido por el criterio del legislador.

Posteriormente con la influencia del pensamiento iluminista en el campo del Derecho, el principio *in dubio pro reo*, pasa ser considerado una garantía más del acusado de una infracción penal frente al arbitrio judicial, basada en razones de justicia universal, pero sin apoyo normativo alguno hasta la Declaración Francesa de 1789.

En el sistema procesal español anterior a la Constitución Española de 1978, se mantuvo, quizás de forma algo más atenuada, la idea de que el principio *in dubio pro reo* era una norma moral sin carácter vinculante alguno desde un punto de vista jurídico. No podía ser más expresivo el Tribunal Supremo al señalar que el *in dubio pro reo* no es otra cosa que un pensamiento jurídico basado en la *ideas*, que

³⁵ Fernández López, Mercedes, op. Cit, nota 34, p. 163.

orienta al juez, y que al no constituir un precepto penal sustantivo ni norma jurídica del mismo carácter carece de fuerza vinculante, y no es por ende alegable en casación.³⁶

En lo anterior nos referimos a que previo a la constitución española de 1978, el *in dubio pro reo* no era una norma empleada en los procedimientos jurídicos ya que era considerada como una norma moral, lo que no le daba validez jurídico dentro de los juicios españoles.

En cuanto al significado y alcance del principio *in dubio pro reo*, señala Sentís Meleno, que consiste en una máxima aplicable no solo en el proceso penal, sino que informa cualquier tipo de proceso, en la medida en que se trata de una norma procesal, independiente del ordenamiento jurídico material.³⁷

En cualquier caso, su vigencia y aplicación en el proceso penal no deja lugar a dudas, lo que no obsta para que hayan aparecido los primeros debates doctrinales y jurisprudenciales acerca del ámbito de aplicación de este principio. Para algunos autores el principio *in dubio pro reo* no es más que la expresión de la presunción en la idea latina, en su manifestación de regla de juicio, para la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia sus ámbitos de operatividad son diversos e, incluso, incompatibles.

1.6.1 DIFERENCIA ENTRE EL PRINCIPIO DE *IN DUBIO PRO REO* CON LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Resulta del todo necesario abordar la diferencia de ambos principios para evitar que sean confundidos, puesto que se refieren a aspectos completamente diferentes de un imputado, sujeto a un proceso de carácter penal.

El principio de *in dubio pro reo* es una locución latina que significa, en caso de duda, a favor del reo. Esta regla de derecho encuentra su sustento legal en el sentido de que si no hay pruebas suficientes y bastantes para demostrar la responsabilidad penal de una persona y tener bases para fundar y motivar una

³⁶ Fernández López, Mercedes, op. Cit, nota 34, p. 165.

³⁷ *Ibíd*em, p. 166.

sentencia condenatoria debe declararse la absolución a su favor. Si este principio es una regla de derecho, es obvio que no puede ser considerada como un aforismo, en virtud de que se trata de una disposición jurídica, misma que se encuentra regulada por la ley como un caso de duda, no como un estado de duda.

El principio de presunción de inocencia, por su parte, es un derecho mínimo establecido a favor de todo imputado que enfrenta un procedimiento penal, de considerarlo inocente hasta en tanto no exista una sentencia que lo declare culpable en la comisión del delito imputado. Dicho principio acompaña al imputado desde el momento mismo en que es detenido y durante todo el desarrollo del proceso.

La presunción de inocencia implica que el órgano acusador tenga la carga de probar, es decir, que aporte las pruebas idóneas y contundentes que ayuden a demostrar la plena responsabilidad penal de un imputado. La presunción de inocencia pertenece a los derechos fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de derecho, es por ellos que a toda persona imputada debe reconocérsele el derecho subjetivo de ser considerado inocente, a lo que el principio de *in dubio pro reo* significa que ante la duda de la plena responsabilidad penal de una persona se le debe absolver.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo referente al principio de *in dubio pro reo*, a través de jurisprudencia establecida precisa que: "*Duda absolutoria. Alcance del principio in dubio pro reo. El aforismo in dubio pro reo, no tiene más alcance que el consistente en que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado.*"³⁸

La presunción de inocencia como derecho fundamental es un logro del derecho moderno que establece que el inculcado es en principio inocente si no medie sentencia condenatoria durante el proceso penal. La sentencia condenatoria solo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan. De no probarse que lo hizo o ante la

³⁸ Espinoza, Ricardo, Op. Cit nota 7, p. 103.

existencia de duda debe resolverse conforme a lo más favorable al acusado, esto es el principio *in dubio pro reo*.

Resulta inevitable el estudio de las relaciones entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* para determinar si se trata de figuras distintas o si, este último no es más que una faceta de la presunción de inocencia, cuestión esta sobre la que no es fácil encontrar consenso. Su estudio es necesario no por cuestiones meramente conceptuales, sin práctica alguna, sino porque tal distinción conlleva importantes consecuencias en relación con el control con las instancias superiores que pueden ejercer sobre la correcta aplicación de una u otra figura en vía de recurso.

Por lo que entre el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, deben reconocerse diferencias que enmarcan su identidad y campo de acción, pues tienen orígenes y fines distintos, dentro de los que destacan:

- a) La presunción de inocencia tiene presencia en todo el proceso, a lo que el *in dubio pro reo*, solo en una parte, cuando aparezca una duda que afecte el fondo del proceso.
- b) La presunción de inocencia esta cimentada sobre una condición objetiva mientras el *in dubio pro reo*, tiene operancia ante una situación subjetiva que es la duda.
- c) La presunción de inocencia exige actividad probatoria para que se le desvirtúe con seguridad, con certeza, y el *in dubio pro reo*, es el reconocimiento jurisdiccional de una duda, de un conflicto de pruebas de cargo y de descargo que no permiten fallar con seguridad.
- d) La presunción es la garantía para considerar a todo procesado como inocente, que produzca la certeza, desvirtúe, anule o, elimine la convicción de culpabilidad. Siendo que el *in dubio pro reo*, se dirige al órgano jurisdiccional como elemento de valoración probatoria, para que en casos que aflore la duda se absuelva al sentenciad.
- e) En la presunción de inocencia opera independientemente con o sin aporte probatorio amparado al procesado. El *in dubio pro reo* es una institución

observable cuando hay aporte de pruebas, debate y la consecuente valoración probatoria.

- f) Para que opere la presunción de inocencia, no es menester que se profería sentencia y menos que está motivada, mientras que el *in dubio pro reo*, necesariamente debe aplicarse en la sentencia y además con suficiente motivación.
- g) La presunción de inocencia es un derecho constitucional y garantía procesal, mientras que el *in dubio pro reo* es un método de aplicación de la ley.
- h) La presunción de inocencia opera en todos los procesos, y el *in dubio pro reo* solo opera en aquellos en que aparece la duda insalvable para fallar.

1.6.2 EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* EN LA JURISPRUDENCIA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha estado enfocando principalmente a establecer cuáles son los requisitos que debe reunir la actividad probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, “se ha detenido con lo que respecta a su carácter de regla probatoria”. Sin embargo, también ha tenido ocasión de manifestarse acerca de la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia y sobre su vinculación con el principio *in dubio pro reo*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación como máximo intérprete del derecho fundamental a la presunción de inocencia comenzó en 1981, en donde se afirmaba que la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial *in dubio pro reo* para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, si bien la presunción de inocencia tiene un alcance más amplio, el principio *in dubio pro reo* es una de sus manifestaciones.

No podía ser más claro que la presunción de inocencia, que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho, en el ámbito de la jurisdicción criminal a través del razonamiento del *in dubio pro reo*, relacionado con la valoración de las pruebas en caso de incertidumbre, pasó a convertirse en un amplio derecho fundamental al constitucionalizarse su existencia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que aunque la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* constituyen manifestaciones del principio genérico *favor rei*, cada uno de ellos opera en circunstancias diversas. La presunción de inocencia es aplicable en los supuestos en los que hay una total ausencia de prueba de cargo o, cuando las pruebas practicadas carecen de las garantías procesales exigidas, situaciones que, por sus efectos, vienen a ser idénticas.

Por otro lado, el principio *in dubio pro reo* constituye una regla de valoración dirigida al juez de instancia y aplicable únicamente cuando, llevada a cabo actividad probatoria que pueda entenderse de cargo, al órgano judicial le surgen dudas acerca de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito cuya presencia es indispensable para declarar la culpabilidad del acusado.

Así, el principio *in dubio pro reo* solo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, esta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

Señala Miranda Estrampes, en relación con los criterios empleados, al trazar la distinción apuntada, que, por un lado, el criterio para determinar la aplicación de la presunción de inocencia es objetivo, mientras que el criterio determinante en la aplicación del principio *in dubio pro reo* es netamente subjetivo, en la medida en que consiste en el estado de duda que surge en la mente del juez, al llevar a cabo la actividad de valoración de la prueba.³⁹

Esta distinción ha sido la idea principal en la que se ha apoyado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para negar relevancia constitucional al principio *in dubio pro reo* y, por tanto, vetar así su acceso al mismo por la vía del recurso de amparo. Para recurrir al recurso de amparo es necesario que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrara a conocer el Tribunal Constitucional.

³⁹ Fernández López, Mercedes, op. Cit, nota 34, p. 171.

Se puede entender que hace referencia a la imposibilidad de realizar un nuevo enjuiciamiento sobre los hechos que dieron lugar a la resolución que se recurre en amparo, lo que no impide que el Tribunal Constitucional examine la racionalidad de la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en la medida en que pueda resultar vulneradora de la presunción de inocencia o del principio *in dubio pro reo*.

En definitiva, la labor del Tribunal consiste en determinar si se ha producido una vulneración de la presunción de inocencia, para lo cual debe examinar la valoración de la prueba, lo que constituye un juicio acerca de la racionalidad de la valoración y no un juicio sobre la prueba misma.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiende a considerar que el principio *in dubio pro reo* es una de las manifestaciones de la presunción de inocencia y, merecedor de tutela jurisdiccional.

1.6.3 EL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO EN LA DOCTRINA.

Las posiciones de la doctrina han estado profundamente influidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que los argumentos utilizados vienen a coincidir en el diferente rango normativo de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, la diferente protección jurisdiccional que reciben uno y otro y los distintos ámbitos de aplicación de cada uno de ellos.

En primer lugar, la distinción entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, se suele fundamentar en el distinto rango del quejoso. Se dice que mientras la presunción de inocencia es un derecho elevado a la categoría de derecho fundamental, el principio *in dubio pro reo* no pasa de ser un mero criterio informador de la actividad valorativa de la prueba de los órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, y en relación con la diferente protección jurisdiccional, se señala que mientras la valoración de la presunción de inocencia, en tanto derecho fundamental, tiene acceso al recurso de amparo y al recurso de casación, la tutela

del principio *in dubio pro reo* es mucho más limitada, por constituir un instrumento interpretativo aplicable únicamente por el órgano judicial de instancia.

En último lugar, la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* operan en esferas no plenamente coincidentes, se considera que ambos tienen una raíz común que viene a confluir en el principio del *favor rei*. La presunción de inocencia esta llamada a resolver las situaciones en las que no existe verdadera prueba de cargo o, cuando la prueba practicada no reúne las garantías constitucionales exigidas. La presunción de inocencia impone la necesidad de que exista actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías como presupuesto de una sentencia de condena. Es precisamente en los casos en los que falte esa actividad probatoria, cuando la sentencia debe ser necesariamente, absolutoria por aplicación de este derecho fundamental. Por su parte, el principio *in dubio pro reo* encontraría aplicación en un momento posterior y en circunstancias diversas: existe mínima actividad probatoria para entender desvirtuada la presunción de inocencia pero, el juez se encuentra en un estado de duda irresoluble, respecto de la suficiencia de la prueba de cargo o respecto de la confrontación entre pruebas de cargo y descargo, como consecuencia del cual debe aplicar dicho principio.

CAPÍTULO II.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

2.1 ANTECEDENTES DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES.

Las instituciones procesales penales se han ido adaptando a las necesidades cambiantes de la historia. Se ha pretendido que, a través del proceso, se colmen presupuestos relevantes para la administración de justicia: como el obtener la verdad histórica o material, solucionar problemas sobre insuficiencia probatoria o carga de la prueba, fijar términos y reglas para el ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas y términos para plantear recursos; con miras a que se condene a los culpables y se absuelva a los inocentes, así como a respetar los derechos fundamentales.

En la actualidad, la historia del proceso penal se ha distinguido por diferentes características, ya sea por su forma o por su desarrollo, dando margen principalmente a tres sistemas procesales.

2.1.1 SISTEMA PENAL INQUISITIVO.

Los antecedentes del sistema inquisitivo datan del derecho Romano y se propagan bajo los auspicios de los emperadores de Oriente en toda Europa hasta alcanzar institucionalidad en el siglo XII. Sus características son:

- Impera la verdad material, frente a ella la participación humana es insustancial;
- La privación de la libertad depende de quién ostente la autoridad;
- La acusación anónima, la incomunicación del detenido, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita forman su base fundamental.

Los actos de acusación, defensa y decisión residen en el juzgador, mismo que toma las medidas necesarias para la investigación y ampliar la información de los hechos. La defensa era casi nula, toda vez que el proceso procedía a espaldas del inculpado, de modo que para resolver el caso dependía de todo aquello que, de manera caprichosa, el juez utilizaba como medio de prueba.

2.1.2 SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

Es considerado como la forma primitiva de los juicios criminales; mientras prevaleció el interés privado, solo se iniciaba el juicio previa acusación del ofendido o de sus familiares y ya después se delegó a la sociedad en general. En la actualidad, ha sido adoptado por países organizados bajo el régimen democrático, y sus características son:

- Los actos esenciales no residen en una sola persona;
- Los actos de acusación residen en un órgano del Estado (Ministerio Público);
- Los actos de defensa, en el defensor (particular o de oficio); y
- Los actos de decisión en los órganos jurisdiccionales, (juez, magistrado).

En este sistema, las garantías están instituidas legalmente para proteger la libertad del hombre y solo admite las excepciones que la exigencia procesal impone. Los principios que prevalecen son:

- Igualdad
- Moralidad
- Publicidad; y
- Concentración de los actos procesales.

En este sistema, la aportación de las pruebas corresponde a las partes y su valoración se realiza por el órgano jurisdiccional.

2.1.3 SISTEMA PENAL MIXTO.

El primer acontecimiento del sistema penal mixto se ubica en la etapa de transición de la República al imperio Romano, después lo volvemos a localizar en Alemania, como consecuencia de la Revolución Francesa, que es en estas dos épocas donde se encuentra la aplicación a dicho sistema. Entre sus características se contemplan algunas del sistema acusatorio y otras del inquisitivo. En ocasiones, el proceso nace de la acusación formulada por un órgano determinado por el Estado; en otras, el juez no puede avocarse al

conocimiento de la conducta o hecho. La instrucción procesal es escrita y en secreto, pero no obstante, el juicio se distingue por las formas de oralidad, publicidad y contradicción, además se le da injerencia al defensor permitiendo que asista al procesado.

2.1.4 SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO.

El proceso penal mexicano se encuentra ubicado en el sistema acusatorio y en el sistema mixto del cual Gonzales Bustamante sostiene que: “es un proceso de partes cuyas funciones están delimitadas por la ley”, pero Franco Sodi señala que el proceso penal mexicano, por mandato constitucional, es acusatorio.

Estas categorías genéricas denominadas sistemas procesales, son marcos analíticos explicativos de las distintas versiones de un proceso penal. Se pueden identificar características similares en los sistemas procesales, pero dichos modelos no representan una descripción fidedigna, toda vez que la diferencia entre un sistema y otro se delimita con una línea muy tenue. Estas distinciones representan grandes ventajas para el estudio sistemático del proceso penal, que permite identificar las características del mismo y asociarlo a un marco analítico más general.

El sistema penal mexicano vigente ha recibido severas críticas dada su poca efectividad, de ahí que se han buscado soluciones al problema. Una propuesta en este sentido es la reforma judicial que introdujo modificaciones contundentes a los procedimientos penales con el fin de darle un mejor apoyo al sistema penal.

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, las iniciativas de la reforma al sistema penal, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁴⁰

La reforma judicial plantea un cambio al actual sistema inquisitivo y escrito, sustituyéndolo por un sistema penal acusatorio y oral, mismo que, ha demostrado mayor protección a los derechos de las víctimas y acusados. El sistema inquisitivo

⁴⁰ Torres López, Mario Alberto, “Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública”, número especial, octubre 2012, p. 79.

se basa en expedientes escritos; esta dinámica crea poca transparencia y se aleja del ciudadano, se caracteriza por la importancia plena de los elementos probatorios que recoge el Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa, en ocasiones con valor probatorio pleno, y sin que se garantice el derecho a una adecuada defensa, generando un cumulo de sentencias condenatorias.

El sistema penal acusatorio, por su parte, sienta sus bases en las audiencias públicas y orales, con presencia del juez, víctima, acusado, sus abogados y el público en general. El juez toma una decisión con base en las pruebas expuestas tanto por la parte acusadora como por la parte de la defensa, ambas de forma equilibrada.

El nuevo sistema penal aborda dos factores característicos: por un lado, un régimen de excepción a fin de combatir la delincuencia organizada y las conductas que afectan bienes jurídicos relevantes; por otro lado, el sistema acusatorio es de corte garantista, partidario de un Derecho Penal mínimo. Este sistema ofrece grandes ventajas en materia de tutela de prerrogativas fundamentales, pues se estructura a partir de principios orientados a salvaguardar la libertad personal, sobre la base del principio de inocencia, la existencia de jueces de control, jueces de proceso y de ejecución de penas, medidas alternativas para la solución de controversias y procedimientos orales regulados por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

2.2 ORIGEN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO ROMANO.

El principio de presunción de inocencia nace en el derecho romano. Ulpiano sostenía que: "nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente".

Posteriormente, la presunción de inocencia figuró en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia en 1789. A partir de ahí, se

contempló como uno de los derechos fundamentales en varios tratados de carácter internacional.

2.3. ANTECEDENTES EXTERNOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En el año de 1764, en un libro publicado por Beccaria, titulado tratado de los delitos y las penas se habla del principio de presunción de inocencia.

Aunque no lo denomina como tal, es cierto que se infiere claramente que existen delitos cuyos elementos estructurales no se encuentran plenamente acreditados; por ende, no puede acudir a la “presunción tiránica”, a las “cuasi pruebas” o a las “semipruebas” para condenar a una persona inocente, ya que el hombre “no puede ser semidigno de castigo y semidigno de absolución”⁴¹

Beccaria condena la presunción como prueba idónea. Refería que: los delitos, o más atroces o más oscuros y quiméricos, esto es, aquellos de que hay probabilidad menor, sean probados por conjeturas, y otros medios flacos y equívocos; como si las leyes y el juez tuviesen interés, no en averiguar la verdad, sino en probar el delito, como si el condenar un inocente no fuera un peligro tanto mayor cuanto la probabilidad de la inocencia supera la probabilidad de reato. Hay algunos delitos que son a un mismo tiempo frecuentes en la sociedad y de prueba difícil; y en estos la dificultad de las prueba tiene lugar de la probabilidad de la inocencia.

Más adelante agrega: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida”.⁴²

⁴¹ Beccaria, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, 18a. ed., México, Ed. Porrúa, 2013, p. 15.

⁴² Beccaria, op cit, nota 41, p. 15.

2.3.1 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO.

Fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente en agosto de 1789 a fin de proporcionar un marco previo a la redacción de una Constitución en los primeros momentos de la Revolución Francesa. La Asamblea nombro una comisión encargada de elaborar un proyecto constitucional el 6 de julio. Un informe de la nueva Constitución incluyo como preámbulo una exposición general de los principios universales que se pretendían consagrar en la misma.

Esta Declaración en su artículo 9 establecía “debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no se lo haya declarado culpable”. El contenido de la presunción de inocencia en aquél entonces se llegó a confundir, puesto que se consideraba que si se abría una causa penal justa era porque se presumía la culpabilidad del imputado; se pensaba que debía considerarse como verdadero el hecho que le era imputado a una persona sin necesidad de prueba.

Era necesario que se estableciera un cambio por que no era el verdadero espíritu de la Declaración, ya que su finalidad era que se respetaran los derechos fundamentales de una persona que enfrentaba un procedimiento de naturaleza penal.

Es de esta Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de donde se deriva toda la base del principio de inocencia.

2.3.2 LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Esta declaración nace en París el 10 de diciembre de 1948 a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En la carta de las Naciones Unidas que se abre para firma y ratificación en 1945, se establece en el capítulo I Propósitos y Principios.

“Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

La Declaración Universal, en su artículo 11, establece: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Es el primer documento internacional en donde se consagra la presunción de inocencia tal y como es conocido en la actualidad y del cual posteriormente será trasladado a otros pactos, convenciones y tratados internacionales que reconocen esta presunción a favor de toda persona que enfrenta un procedimiento penal.

2.3.3 CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y EL CONVENIO (ROMA 1950) PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

La convención Europea surge como un tratado del consejo Europeo. No es más que un preámbulo de la convención de Derechos Humanos europea, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entro en vigor el 3 de septiembre de 1953. Los Estados parte se obligan a adoptar las medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de cierto número de derechos enunciados en la Declaración Universal.

Por lo que respecta al pacto o Convenio de Roma de 1950, se pretende asegurar, el reconocimiento de los derechos fundamentales de todo ser humano y sus libertades principales para tratar de lograr la convivencia humana, pero limitándose, al continente europeo.

En este pacto también se establece la presunción de inocencia en favor de toda persona que enfrente un procedimiento penal; artículo 6.2: “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

2.3.4 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Este pacto fue abierto el 16 de diciembre de 1966. En México, fue publicado el 20 de mayo de 1981.

Nace bajo los auspicios de la ONU como un tratado multinacional y como un instrumento para salvaguardar los valores y derechos humanos y es de aplicación obligatoria para todos los países.

En este pacto también se establece la presunción de inocencia, en el artículo 14.2 que dice: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley,

2.3.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es uno de los documentos que reglamenta los derechos humanos en contexto regional. Esta Convención entro en vigor el 18 de julio de 1978. Se publicó en México el 17 de mayo de 1981.

En el artículo 8, denominado “Garantías Judiciales”, se precisa que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Ahora bien, no es suficiente que exista la presunción de inocencia contemplando en los tratados internacionales, hace falta su aplicación dentro de nuestro país, sobre todo por las autoridades tanto judiciales y administrativas. El Ministerio Público es quien debe velar por esta garantía, ya que estos derechos fundamentales ayudan a cambiar la estructura obsoleta del orden jurídico.

Un país puede contener un sin fin de leyes que puedan reglamentar nuestra vida en sociedad, pero el instrumento jurídico necesita de la voluntad y conciencia del individuo para poder seguir manteniendo esa armonía.

Puede existir todo un conjunto de instrumentos jurídicos bien elaborados legislativamente, pero el problema fundamental estriba en el momento de aplicar dicha normatividad en la vida diaria. Es decir, trasladar la norma de un plano formal a uno material.

Deben asumirse las responsabilidades por parte del estado mismas que se llevan implícitas por la firma de un tratado internacional, ya que bien sabemos, los

tratados internacionales son asumidos por nuestro estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional.

2.3.6 DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

Esta declaración fue firmada en la conferencia de Bogotá el 2 de mayo de 1948.

Su finalidad es la protección de derechos individuales como la vida, la libertad, la seguridad e integridad de las personas, se establecen, deberes sociales familiares, derecho de obediencia, de sufragio, de asistencia y seguridad social.

Esta Declaración establece en su artículo 26 lo siguiente: “se presume que todo acusado es inocente mientras no se demuestre lo contrario”.

Antes de que se plasmara en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ya se establecía la presunción de inocencia, principio que fue recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

De acuerdo con el artículo 133 de nuestra constitución que establece que los tratados internacionales, las leyes emanadas del Congreso de la Unión y la propia Constitución son la ley suprema de toda la unión, resulta claro que si esos tratados internacionales. Contienen el principio de presunción de inocencia, entonces este derecho forma parte de la ley suprema; luego entonces su observancia y aplicación es obligatoria para todas las autoridades, tanto judiciales como administrativas.

2.4 ANTECEDENTES INTERNOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

En nuestro país, los antecedentes del principio de presunción de inocencia son prácticamente escasos, solo han sido ordenamientos legales que establecían dicho principio, de todas las leyes promulgadas durante el Virreinato, (con

excepción del Derecho Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814) y la vida independiente de México, no había ley, decreto o constitución que hiciera referencia al principio de presunción de inocencia; solamente se habla de las posibles garantías que pudiera tener toda persona sujeta a un proceso criminal.

El único ordenamiento legal que establecía categoría y claramente dicho principio era el Derecho Constitucional para la Libertad de la América Mexicana de 1814.

2.4.1 DECRETO CONSTITUCIONAL PARA LA LIBERTAD DE LA AMÉRICA MEXICANA DE 1814.

El único antecedente relativo al principio de presunción de inocencia es el decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionada en Apatzingán, el 22 de octubre de 1814, en cuyo artículo 30 se establecía que: “todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”.

En dicho ordenamiento legal se establecía el principio de presunción de inocencia, mismo que estaba redactado en forma clara y precisa, no necesitando interpretaciones para inferirlo o deducirlo. Estipulaba que toda persona que enfrenta un procedimiento de tipo penal debe disfrutar esta garantía mínima. Sin embargo, dicho principio fue omitido en los subsecuentes ordenamientos legales, los cuales no hacían referencia alguna a la presunción de inocencia.

2.4.2 LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Este principio ya no fue recogido en textos normativos posteriores, de suerte que en la constitución vigente de 1917 no apareció redactado como tal.

Los tribunales colegiados han tratado de inferirla de las diversas disposiciones constitucionales; incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia en el sentido de que dicho principio se encontraba implícitamente contenido en los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 apartado A, de la Constitución Mexicana, puesto que los dos primeros ordenamientos precisan la existencia del debido proceso, mientras que los tres restantes hablan sobre la carga de la prueba que debe tener el órgano acusador.

Este principio no estaba redactado de forma clara y terminantemente en nuestra constitución, de tal forma que no admitiera equivocaciones para poder deducirlo o inferirlo de la interpretación constitucional. Por lo que la claridad, concisión, precisión y buen uso del lenguaje normativo tiene mucho que ver con la parquedad y sobriedad de la codificación constitucional.

Como consecuencia de la reforma del 18 de junio del 2008, en el artículo 20 apartado B, fracción I constitucional, se incluyó el derecho que tiene el imputado de que se presuma su inocencia, mientras que no exista una sentencia firme que lo declare culpable. Dicho principio ya se encuentra contenido en forma expresa en la constitución, lo cual lo hace un derecho fundamental a favor de todo imputado que enfrente un proceso penal.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DEL 10 DE JUNIO DEL 2011 SOBRE DERECHOS HUMANOS.

3.1 ANTECEDENTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Como consecuencia de la enmienda publicada en el DOF el viernes 10 de junio del 2011, se fortalece considerablemente la parte dogmática de la Ley Fundamental, al incorporar, con máximo nivel normativo, los Derechos Humanos contemplados en los Tratados Internacionales, celebrados por México, y se modifica el contenido de otros derechos para ponerlos en relación con este modelo.

A la par de la entrada en vigor de este importante Decreto, también se publicó en el medio de comunicación oficial una serie de modificaciones a los artículos 94, 103, 104 y 107 del Ordenamiento Supremo para fortalecer el juicio de amparo, como el mecanismo de control constitucional mexicano por excelencia. Así, los gobernados en México tenemos un renovado mecanismo de tutela judicial para reivindicar cualquier trasgresión a ellos.

El Decreto publicado el 10 de junio de 2011 alteró el texto de once artículos de la Constitución, así como la denominación del Capítulo I del Título Primero. De manera general, puede señalarse que esta reforma amplía derechos, extiende su protección a grupos de personas y refuerza las obligaciones de las autoridades en este tenor en el Diagnóstico sobre el Estado de los Derechos Humanos en México, elaborado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en la materia en 2003 se estableció como primera recomendación:

*“Reformar la Constitución para incorporar el concepto de Derechos Humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de Derechos Humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y locales. Además, establecer un programa para el retiro de las reservas y declaraciones interpretativas y ratificar los Tratados Internacionales pendientes en materia de Derechos Humanos”.*⁴³

⁴³ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México, Análisis y Comentario a la Reforma Constitucional del 10 de Junio de 2011, Bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2012, p.3.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó en su 11º Período de Sesiones el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (EPU), relativo a México, en el que se incluyen las siguientes recomendaciones:

- Proseguir las reformas emprendidas para que todos sus ciudadanos disfruten plenamente de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, en particular la armonización de la legislación interna con sus compromisos internacionales;
- Completar sus esfuerzos institucionales para que las normas internacionales de Derechos Humanos adoptadas por México tengan rango constitucional y se apliquen como ley suprema en los procesos judiciales;
- Incorporar efectivamente a la legislación nacional las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos;
- Armonizar la legislación federal y estatal con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a fin de garantizar la aplicación efectiva de esos instrumentos, y la igualdad de protección y garantías, a nivel federal y estatal;
- Velar por la aplicación concreta de las normas internacionales de Derechos Humanos a todos los niveles, mediante la adopción de políticas, leyes y otras medidas a nivel federal y estatal y la celebración de consultas periódicas con los principales interesados, en particular los Estados, las organizaciones de la sociedad civil y otros interesados.⁴⁴

Así, la reforma pone a los Derechos Humanos en el centro de la política del Estado Mexicano, genera un profundo enclave ciudadano y privilegia el respeto a la dignidad de las personas, ampliando y modernizando su espectro de protección para ajustarse a los estándares internacionales que surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra Constitución. El desarrollo en la materia se inició aceleradamente con la promulgación de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁴⁴ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.3.

El Decreto tuvo como antecedentes remotos una serie de reivindicaciones de la sociedad civil, de grupos académicos y, como detonante la presión internacional. Debe recordarse que el proceso de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos se inicia en los años ochenta con una oleada de ratificaciones por México de varios instrumentos multilaterales en la materia, continua en 1998 con el reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, se posibilita con la consolidación democrática y la alternancia política y, finalmente, todo se concretiza en una serie de iniciativas presentadas en ambas Cámaras del Congreso de la Unión por distintos legisladores de diversos grupos parlamentarios desde el 25 de marzo de 2004 y este procedimiento en su recta final empezó con el Dictamen formulado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara Baja, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* el 23 de abril de 2009. Una vez aprobada por el Pleno fue remitida a su colegisladora, quien adicionó otro número de artículos que se ha llamado "El paquete de reformas constitucionales en la materia", y fue devuelta a la Cámara de Diputados el 8 de abril del 2010.

A partir de esta reforma, se cambia también una interpretación equivocada de la Constitución que paralizaba los trabajos del Congreso de la Unión. Se decía, que el artículo 72 de la Constitución, en su fracción e) impedía que una Cámara de origen en el reenvío pudiera modificar algún artículo de una minuta, y que entonces se aprobaba todo o se rechazaba todo en la minuta, no privilegiando el acuerdo entre Cámaras.

En sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del 15 de diciembre de 2010, se aprobó con modificaciones el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, con proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I y reforma diversos artículos de la Constitución.

En sesión celebrada el 8 de marzo de 2011, la Cámara Alta aprobó el proyecto de Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reforman diversos artículos de la Constitución.

El 23 de marzo siguiente en la Cámara de Diputados se aprobó el proyecto de resolución de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de esa Legisladora, con el proyecto de acuerdo relativo a la minuta del Senado con proyecto de Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución en materia de Derechos Humanos.

Remitida la Minuta relativa a las legislaturas de los estados para los efectos del artículo 135 constitucional, en la sesión de la Comisión Permanente de 1 de junio de 2011 se realizó la declaratoria respectiva. La Secretaría informó a la Asamblea que se recibieron los votos aprobatorios de los Congresos de los Estados al proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución. Asimismo, se recibió el voto en contra del Congreso del Estado de Guanajuato al mismo proyecto.

Decreto por el que se reforma y adicionan los diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos	
Texto Anterior.	Texto Vigente
<p>TÍTULO I Capítulo I De las Garantías Individuales</p>	<p>TÍTULO I Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías</p>
<p><i>Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</i></p>	<p>Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos <i>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.</i></p>
<p>Sin correlativo</p>	<p><i>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.</i></p>
<p>Sin correlativo</p>	<p><i>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.</i></p>
<p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p>	<p>...</p>

Decreto por el que se reforma y adicionan los diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos	
Texto Anterior.	Texto Vigente
<p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>	<p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias <i>sexuales</i>, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Art. 3º.- (...)</i></p> <p>La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.</p> <p style="text-align: center;"><i>I a VIII. (...)</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Art. 3º.- (...)</i></p> <p>La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, <i>el respeto a los Derechos Humanos</i> y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.</p> <p style="text-align: center;"><i>I a VIII. (...)</i></p>
<p><i>Art. 15.-</i> No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren <u>las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.</u></p>	<p><i>Art. 15.-</i> No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren <i>los Derechos Humanos reconocidos por esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.</i></p>

Decreto por el que se reforma y adicionan los diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos	
Texto Anterior.	Texto Vigente
<p><i>Art. 18.- (...)</i></p> <p>El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.</p>	<p><i>Art. 18.- (...)</i></p> <p>El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los Derechos Humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.</p>

3.1.1 LA POSICIÓN DE MÉXICO ANTE EL RÉGIMEN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (1945-1994).

Para un mejor entendimiento a este tema, es de suma importancia hacer mención a la participación de México en los orígenes del sistema universal e interamericano de derechos humanos, entre 1945 y 1948, ya que es entre esos años donde se considera el inicio de lo que sería la posición de México durante las siguientes cinco décadas.

Durante el primer semestre de 1945 el gobierno de México asumió una actitud internacionalista por lo que hace a la protección de los derechos humanos en el sistema internacional, tanto en el ámbito regional como en las discusiones sobre la creación de Naciones Unidas.

Entre el 21 de febrero y el 8 marzo de 1945 se celebró la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y la Paz, también conocida como "Conferencia de Chapultepec", en la ciudad de México. El propósito fue discutir las propuestas para el orden internacional de posguerra emanadas de la reunión de las grandes potencias vencedoras en Dumbarton Oaks, y generar

posiciones comunes por parte de los países del continente. México apoyo la resolución XL, titulada "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre, predecesora en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Ahí se proclamó "la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguardia de los derechos esenciales del hombre"

La posición inicialmente favorable a la construcción de un régimen internacional de derechos humanos cambió pronto, como resultado del tenor de las discusiones en San Francisco. Hacia noviembre de 1945 México "volvió a su posición tradicional como acérrimo defensor del dominio reservado del Estado" frente a la acción internacional en asuntos de índole interna y, en particular, a la protección de los derechos fundamentales. En las negociaciones paralelas que llevaron tanto a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como a la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptadas en 1948 las delegaciones mexicanas recibieron la instrucción de fijar su posición de acuerdo con los siguientes lineamientos.

Los derechos humanos no deben ser objeto de una convención, sino de una simple declaración. Es inadmisibles la llamada protección internacional de los derechos humanos, por lo que no puede aceptarse nada que tienda a constituir una maquinaria internacional para proteger tales derechos. Debe apoyarse cualquier tendencia en el sentido de fortalecer la protección nacional de los derechos humanos mediante soluciones de derecho interno, tales como la institución mexicana del juicio de amparo.

Durante este periodo el grado de compromiso de México con el sistema internacional de promoción y protección de los derechos humanos fue débil. Los principales instrumentos internacionales en materia de derechos civiles y políticos fueron ratificados tardíamente, con lo cual México no contribuyó a que entraran en vigor. Además en ningún caso se aceptó delegar competencias contenciosas o de supervisión a instancias internacionales cuando el reconocimiento de tales facultades era optativo.

Tratado	Adopción internacional	Ratificación de México
<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	<i>Adoptado por Asamblea General 16 diciembre 1966 Entró en vigor en 1976</i>	<i>24 de marzo de 1981</i>
<i>Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	<i>Adoptado por Asamblea General 16 diciembre 1966 Entró en vigor en 1976</i>	<i>No fue ratificado en este periodo Fecha de ratificación: 15 junio de 2002</i>
<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos Crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se requiere declaración expresa por la que se reconoce competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 62 de la Convención)</i>	<i>Aprobada por OEA el 22 noviembre 1969 Entró en vigor en 1979</i>	<i>24 de marzo de 1981</i>
		<i>No se depositó la declaración en este periodo Fecha en la que se depositó la declaración de reconocimiento: 9 de diciembre de 1998</i>
<i>Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Crea Comité contra la Tortura. Se requiere declaración expresa por la que se reconoce competencia de Comité para recibir y examinar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas (artículo 22 de la Convención)</i>	<i>Adoptada por Asamblea General 10 diciembre 1984 Entró en vigor en 1989.</i>	<i>23 de enero de 1986</i>
		<i>No se depositó la declaración en este periodo Fecha en la que se depositó la declaración de reconocimiento: 14 de diciembre de 2001.</i>

Durante estas décadas y en el marco de su vocación legalista y multilateral, los gobiernos de México tuvieron presencia tanto en las negociaciones de los instrumentos jurídicos internacionales como en algunos organismos importantes, como la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. México no se planteó como país líder en esta materia, tampoco dejó de reaccionar en momentos clave del desarrollo del régimen regional y universal de los derechos humanos.

En 1969 México participó a fondo en las discusiones que condujeron a la redacción final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el afán del gobierno mexicano fue restringir las facultades que el anteproyecto original contemplaba para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cabildeó intensamente en contra del establecimiento de una Corte Interamericana de Derechos Humanos con competencia jurisdiccional obligatoria.

Finalmente, varias objeciones de México fueron tomadas en cuenta, por lo que en el texto final se disminuyeron las facultades de la Comisión y aunque sí se creó la Corte, se estableció que su jurisdicción tendría un carácter *optativo*.

Por lo demás, el Estado mexicano dejó pasar doce años antes de ratificar la Convención en 1981 por razones de índole interno relacionado con la reforma política del presidente López Portillo, hasta pasados los años más álgidos de combate a la guerrilla, México se puso al corriente con algunos de sus compromisos internacionales: se ratificaron los principales tratados internacionales de derechos humanos, es decir, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incluso en ese momento México se negó a reconocer la competencia contenciosa de la Corte y a ratificar el Primer Protocolo del PIDCP, que abrirían respectivamente la ruta del litigio internacional o del mecanismo de petición individual a los ciudadanos mexicanos.

Con la terminación de la guerra fría se planteó la posibilidad de dar un paso más en la expansión del régimen internacional de derechos humanos. En junio de 1993 se celebró la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en el marco de Naciones Unidas, donde se introdujo la propuesta fuertemente respaldada por Estados Unidos y la Unión Europea de crear la Oficina del Alto Comisionado.

El gobierno mexicano se opuso a tal iniciativa y sostuvo que era necesario “conjuguar la soberanía nacional con los consensos globales”. México apoyaba

la cooperación internacional para “fortalecer la protección efectiva y genuina de los derechos humanos, pero siempre teniendo en cuenta la perspectiva nacional”.

3.1.2 LOS AÑOS OCHENTA, LA CONSTRUCCIÓN DE UNA AGENDA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.

A mediados de los años ochenta aparecieron las primeras OSC (Organización Social Civil) interesadas en la promoción de los derechos humanos.

Algunos partidos de oposición, como el PAN, adoptaron esta bandera como una de las estrategias para exigir la apertura democrática del sistema político. El PAN, en particular, recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para denunciar la violación a los derechos políticos de sus militantes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ratificada por México en 1981.

Hacia finales de los años ochenta el tema de los derechos humanos en México había logrado suficiente audiencia pública en el plano nacional, y cobraba visibilidad en el internacional. El gobierno de Carlos Salinas de Gortari en junio de 1990 creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, inspirada en la figura del defensor del pueblo el *ombudsman*. En 1992, la existencia de la CNDH fue elevada a rango constitucional y se ordenó la creación de comisiones locales en todos los estados de la República.

3.2 PRINCIPALES MODIFICACIONES SUSTANTIVAS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

En este apartado abordaremos las principales reformas realizadas a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y con la cual México da un gran paso en materia de Derechos Humanos.

3.2.1 CAMBIO DE LA DENOMINACIÓN DEL CAPÍTULO I, DEL TÍTULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN.

Dentro del procedimiento de enmienda constitucional se destacó la propuesta fundamental de las iniciativas y minuta de incluir en la Constitución el término de "Derechos Humanos", con ello subrayar su carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado, al que le corresponde reconocerlos y protegerlos; se actualiza la terminología utilizada por el texto actual de nuestra Constitución, al hablar de "*Garantías Individuales*" otorgadas por ella, la que en opinión de las comisiones dictaminadoras dista mucho de concordar con este reconocimiento universal de los "Derechos Humanos" que prevalece desde la Declaración Universal de 1948. Se adopta este concepto que es utilizado actualmente por el Derecho Internacional y el Derecho Humanitario, por la doctrina constitucional moderna y por el Derecho Comparado, cabe recordar que fue la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 546, la que determinó cambiar el nombre de la Declaración originalmente aprobada el 10 de diciembre de 1948 de "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" a "Declaración Universal de Derechos Humanos".

Se reitera la idea tradicional en nuestro constitucionalismo de que al Ordenamiento Supremo le corresponde, a través de la redacción de sus distintos artículos, delimitar esos derechos y estructurar formas que efectivamente aseguren su plena vigencia, a través de las garantías que se les deben dar.

El 7 de abril de 2011 se estableció que dentro de nuestra historia constitucional el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales ha sido un propósito siempre presente; destacó que en la Constitución de la República Mexicana de 1857 se reconocía que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales y ordenaba enseguida que todas las leyes y todas las autoridades debían respetar y sostener las garantías otorgadas por ella.

Frecuentemente surge la discusión acerca de la diferencia que hay entre Derechos Humanos y Garantías Individuales. Y esto pareciera una discusión estéril, ya que en la teoría constitucional, todas las *Garantías Individuales* son Derechos Humanos, pero no todos los Derechos Humanos son garantías, es decir, los derechos consagrados en los primeros 29 artículos constitucionales son considerados Garantías Individuales.⁴⁵

Los primeros 29 artículos del Ordenamiento Supremo se estructuran y delimitan los Derechos Humanos. El tratadista italiano Luigi Ferrajoli denomina a estas, garantías primarias, ya que a los mecanismos de defensa, tutela, procesales o adjetivos, las conceptualiza, como garantías secundarias. La doctrina nacional ha criticado, que al derecho sustantivo se le maneje como garantías, reservando esta expresión a los mecanismos de control constitucional; sin embargo, ello obedece a una tradición constitucional aún prevalece.

De esta manera, se contempla una variación o adecuación terminológica para que el contenido del Capítulo I del Título Primero de la Constitución Mexicana, corresponda al concepto utilizado a nivel internacional; sin embargo, se reitera la tradición constitucional, añadiendo "*...y sus Garantías*". Ciertamente, el juicio para la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos y el juicio de revisión constitucional electoral (arts. 41, fracción VI y 99), tienen su base en el Capítulo I "De la Soberanía nacional y de la Forma de Gobierno" del Título Segundo y en el Título Tercero, Capítulo IV, relativo al Poder Judicial; el juicio de amparo (arts. 103 y 107), las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales (art. 105), las comisiones de Derechos Humanos (art. 102-B), también se encuentran en el Título Tercero, Capítulo IV, relativo al Poder Judicial; el juicio político y el régimen respectivo en el Título Cuarto denominado "De las Responsabilidades de los Servidores Públicos"; de tal suerte que la expresión final en la denominación del Capítulo I del Título Primero constitucional no

⁴⁵ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.20.

puede tener la connotación de mecanismos de control, sino sustantiva, acorde con las denominadas con antelación como garantías primarias.

En nuestra tradición constitucional persiste el uso sustantivo del término, a partir de la influencia de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de agosto de 1789 que proclamaba en artículo XVI que la sociedad que no tuviera garantizados los Derechos del Hombre y fijada la separación de poderes no tenía Constitución y la obra de Pierre Claude Francois Daunou (1761-1840), denominada "*Ensayo sobre Las Garantías Individuales que reclama el estado actual de la sociedad*", publicada en París en 1822 y traducida por Lorenzo de Zavala, se convirtió en guía de los políticos de la época, y se recoge en las distintas constituciones y leyes fundamentales de nuestro país.

Lo expuesto se corrobora con el texto de la fracción I del artículo 103 reformado y en vigor a partir del 4 de octubre de 2011, que establece la procedencia genérica del amparo contra normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los Derechos Humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección, así como los Tratados Internacionales en que el Estado Mexicano sea parte.

Jorge Carpizo, sostiene:

Que la nueva denominación del capítulo I del título I, así como la redacción del artículo primero constitucional, continúa en la tradición mexicana que corre desde 1842. La garantía, en esas reglas constitucionales, continúa siendo la medida en que se protege el derecho humano. La reforma constitucional de 2011 no acertó a despojarse de la tradición de más de siglo y medio, y entrar de lleno a la sola denominación de Derechos Humanos, como muchas de las nuevas Constituciones.⁴⁶

⁴⁶ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.22.

3.2.1.1 EL TEXTO PREVIO A LA REFORMA DEL TÍTULO PRIMERO, CAPÍTULO I, DE LA CONSTITUCIÓN.

Se contaba con un texto constitucional con mucha confusión en materia de derechos, algunos actualizados y otros de plano rezagados ante los logros y avances reconocidos mundialmente.

No obstante que los cambios a los primeros 29 artículos han sido constantes, ya desde hace varios años se dejaba sentir la necesidad de una modificación de mayor envergadura, que permitiera poner por completo al día y a tono el texto constitucional, con los estándares internacionales derivados, de los tratados en materia de derechos humanos.

Dicha necesidad se generó a la confluencia de varios factores, entre ellos la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a mediados de 1990, y su labor en la difusión de los derechos humanos. La participación decisiva de las organizaciones no gubernamentales o de la sociedad civil, que comenzaron a proliferar en el tema de derechos humanos a mediados de la década de los noventa; el sometimiento de México a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diciembre de 1998, y a algunos de los comités de Naciones Unidas encargados de supervisar el cumplimiento de tratados internacionales.

A) La nueva denominación del título primero, capítulo I.

La denominación del título primero, capítulo I, de la Constitución federal, “De las garantías individuales”, pasa a ser “Los derechos humanos y sus garantías”.

Al denominarse el capítulo como “Los derechos humanos...”, hay un reconocimiento constitucional pleno a la denominación universal de los derechos básicos de la persona, lo que impedirá sustentar la falsa dicotomía que rezaba que una cosa son los derechos humanos, y otra muy distinta las garantías individuales

Al analizar la frase completa “Los derechos humanos y sus garantías”, encontramos que no evoca dos tipos de derechos, por una parte los derechos humanos y, por la otra, las conocidas garantías individuales, sino que se alude a los derechos humanos, y técnicamente, a los instrumentos que le sirven de garantía; los medios a través de los cuales se busca su eficacia cuando las autoridades los desconozcan o de plano los transgredan; es decir, la facultad de investigación (que la reforma deposita en la CNDH), el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano, el amparo y las controversias y acciones de inconstitucionalidad. En este sentido, la alusión al término “garantías” no tiene ni debe dársele el significado tradicional, sino el moderno, de medios constitucionales para la protección de los derechos humanos, en especial de tipo judicial.

B) Algunos cambios al artículo 1º. Constitucional.

Uno de los temas más relevantes que significarán un parteaguas en el orden jurídico mexicano es el otorgamiento de rango constitucional a las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, con la correspondiente obligación de su acatamiento por parte de los operadores jurídicos. El artículo 1o. deja en claro que el género único son los derechos humanos, los cuales se encuentran, en el texto constitucional y, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Los derechos no sólo adquieren un reconocimiento constitucional expreso, sino que además se les sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano. La jerarquía es primordial a la hora de resolver conflictos de normas, que a partir de ahora, con respecto a todo aquello que no sea la propia Constitución, deberá decidirse a favor de la norma jerárquicamente superior; esto es, del párrafo segundo del artículo 1o. Constitucional que 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”.

El párrafo segundo del artículo 1o. formula los principios de interpretación conforme y de interpretación *pro persona*. El primero de ellos lleva a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el resto del texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos. Lo anterior va más allá, pues impone no sólo la armonización vía interpretación, sino que dispone que de los sentidos posibles que arroje dicho ejercicio se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas; esto es, que la interpretación no sea restrictiva, sino que se maximice dentro de los márgenes posibles a favor de la libertad, lo que constituye la esencia del principio *pro persona*.⁴⁷

C) Cambios al artículo 15 constitucional. El control de constitucionalidad y de convencionalidad de los tratados internacionales.

El artículo 15 constitucional forma parte del reducido grupo de preceptos que hacen alusión al derecho internacional en la Constitución mexicana, o por lo menos a una de sus fuentes principales, que son los tratados internacionales, y forma parte de las disposiciones constitucionales, que son escasas, en las que se prohíbe expresamente la celebración de ciertos tipos de tratados.

La interpretación *pro persona* que se puede dar al artículo 15 constitucional permitiría afirmar la existencia de una orientación constitucional en favor de la libertad y dignidad humanas, que reconoce un mínimo de protección susceptible de ser ampliada. Si la finalidad es beneficiar dicha libertad y dignidad, es igualmente legítimo que esto se lleve a cabo por vía de la celebración de tratados internacionales. La afirmación de que la Constitución sólo establece un número y estándares mínimos de derechos y libertades, que admiten la posibilidad de ser ampliados en su alcance y número en el ámbito constitucional local, es la orientación a la que se ha inclinado la

⁴⁷ Carbonell, Miguel (coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un Nuevo Paradigma*, 2ª ed, México, Porrúa, 2012, p. 46.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya Segunda Sala ha expresado en un criterio reciente:

- 1) Que los derechos fundamentales previstos en la Constitución federal “son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia”, y
- 2) Que los congresos locales, al regular cuestiones ya previstas por la Constitución federal, deben hacerlo bajo el criterio de que ésta otorga “derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados.

La redacción previa a la reforma en curso permitía el control de constitucionalidad de los tratados internacionales que afectan exclusivamente garantías individuales. En cambio, la redacción que trae consigo la reforma en ciernes permitiría, además del control de constitucionalidad de los tratados internacionales, el llamado control de convencionalidad de los mismos instrumentos internacionales frente a normas de derechos humanos.

D) Los cambios al artículo 89 constitucional. Derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

El presidente de la República es el funcionario protagónico en la conducción de las relaciones exteriores de México, incluyendo, la celebración de tratados internacionales. Dicha facultad está establecida en la primera parte de la fracción X del artículo 89 constitucional, que señala dentro de las atribuciones y deberes del presidente: “Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado...”.

La reforma de 2011, en la parte conducente al artículo 89 fracción X, incorpora finalmente el tema de los derechos humanos, como parte de los mencionados principios interpretativos, señalándose a tal efecto, como parte de ellos, “La cooperación internacional para el desarrollo; *el respeto, la*

protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.

E) Cambios del artículo 105, Fracción II. Control abstracto de convencionalidad.

La reforma de 2011 a los artículos 1o. y 15 constitucional, otorga legitimación, no sólo para plantear acciones, sino para que con motivo de ellas sea posible contrastar la norma general de que se trate no sólo con la Constitución federal en materia de derechos básicos, sino también ahora con los tratados de derechos humanos o también con las normas de los otros tratados internacionales que expresen derechos humanos.

Con ello se incorpora a nuestro sistema el control de convencionalidad abstracto, a través del cual se podría expulsar del ordenamiento a las normas generales contrarias a los derechos humanos de fuente internacional, lo que sin duda alguna fortalece la garantía judicial de los mismos.

F) La elevación a rango constitucional de las normas de derechos humanos, previstas en tratados internacionales y en el artículo 133 constitucional.

La elevación a rango constitucional de las normas de derechos humanos, derivada de la reforma de junio de 2011, impacta a la interpretación judicial que se ha dado al artículo 133 constitucional, señala:

Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Antes de la reforma de junio de 2011 en México los tratados internacionales estaban situados dentro de la categoría *infra constitucional* y a la vez *supra legal*; esto es, eran ya superiores a las leyes federales y al derecho local; por lo tanto, en caso de un conflicto entre tratado y Constitución, prevalece esta

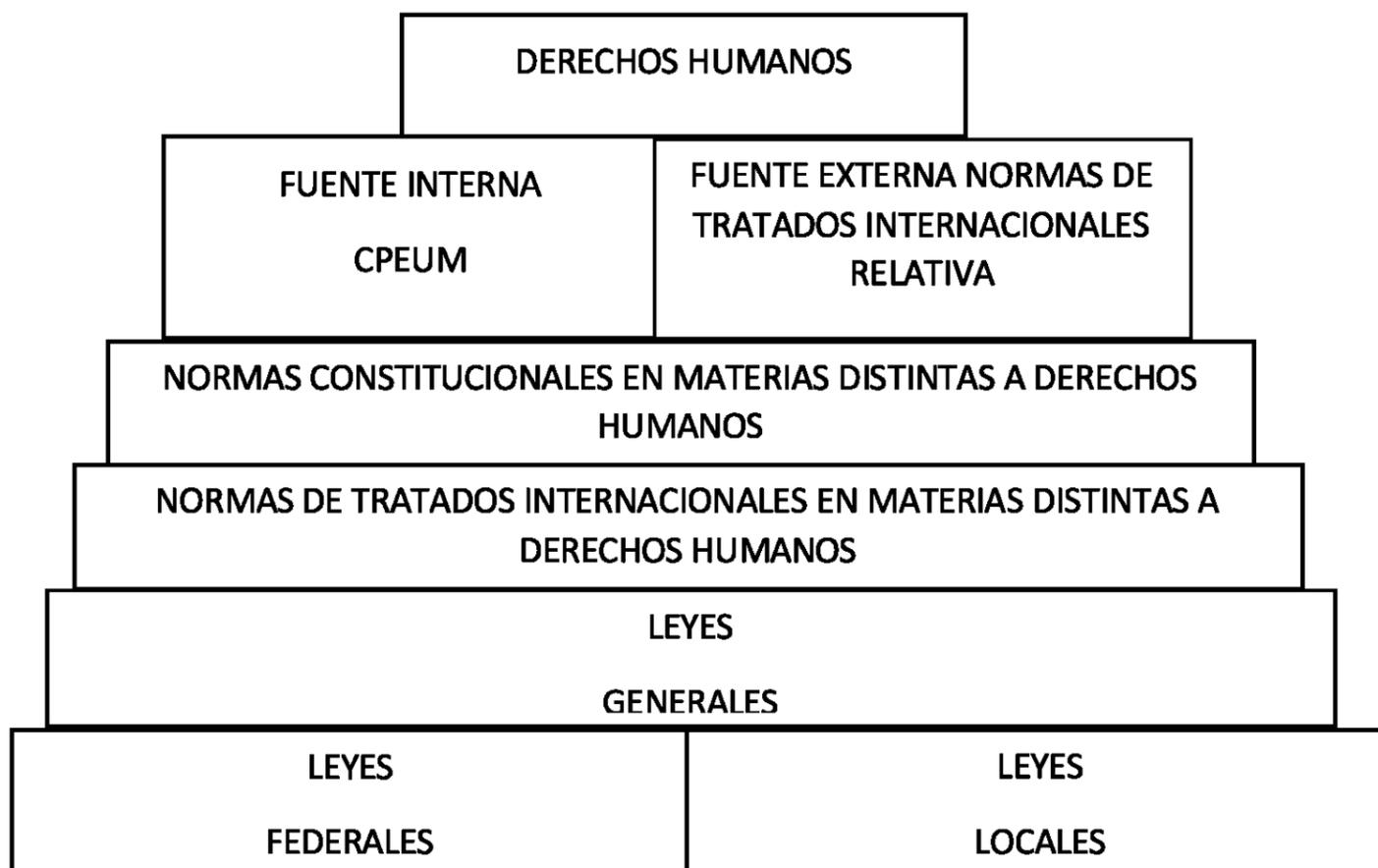
última; entre tratado y leyes federales el primero tiene preeminencia; entre tratado y derecho local prevalece lo dispuesto por el instrumento internacional, y entre la legislación federal y la local habrá que estar al respectivo ámbito de competencia entre ambos.

3.2.2 MODIFICACIÓN AL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO PRIMERO CONSTITUCIONAL.

La variación del nuevo párrafo primero del artículo primero debe considerarse como una transformación de fondo y de la máxima importancia. Dicho párrafo ordena:

Art. 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que él 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.

Dentro de la parte dogmática de la Constitución, se reconoce que todas las personas gozarán no sólo de las prerrogativas contenidas en el texto constitucional, sino también de los recopilados en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Como consecuencia se deriva una ampliación de las prerrogativas fundamentales de los gobernados que, con anterioridad a la modificación en análisis no tenían este máximo nivel normativo y se integra un bloque con los preceptos de la Constitución y los Tratados Internacionales que se refieran a Derechos Humanos. Congruentemente con esta proclamación, se establece que este espectro tutelar también es extensivo a las garantías para su protección.



¿Qué debemos entender por Derechos Humanos? Sobre el particular podrían realizarse innumerables definiciones doctrinales. Sin embargo, por el espíritu y finalidad de la reforma, estimo pertinente invocar la que la propia Organización de las Naciones Unidas presenta:

*Los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.*⁴⁸

Con mayor exactitud en dogmática jurídica, se puede establecer que los Derechos Humanos son derechos subjetivos públicos que, por su propia naturaleza, contienen una facultad o prerrogativa fundamental oponible, en principio al Estado y sus autoridades, cuyo objeto atiende al respeto de la dignidad humana y que han evolucionado para promover también para el ser humano, niveles adecuados de acceso a bienes satisfactorios, indispensables

⁴⁸ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p. 31.

para su pleno desarrollo. Es muy sencillo reconocerlos cuando son recopilados en la propia Constitución o en los Tratados Internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o en la Convención Americana de Derechos Humanos o en el Protocolo de San Salvador.

Finalmente el artículo primero se encuentra relacionado con el artículo 29 y con las limitaciones que a cada derecho establece el propio Ordenamiento Supremo. La restricción del ejercicio de los Derechos Humanos y sus garantías, no sólo puede realizarse a través del procedimiento previsto en el artículo 29 de la Constitución, sino también por medio de las limitaciones que respecto a cada derecho establece la constitución y los tratados.

Las limitaciones a los Derechos Humanos deben tener un fundamento en la Constitución o en los propios Tratados Internacionales, lo anterior se explica por el principio de supremacía constitucional y convencional, esta limitación debe tener como justificación la que se enarbó desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; que las demás personas puedan disfrutar de los mismos derechos. Finalmente, la restricción de los derechos debe tener una justa medida que no impida su ejercicio y que se recogen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5 y en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 29, al establecer:

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Artículo 5:

1.- Ninguna 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.⁴⁹

2.- 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.⁵⁰

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Art. 29.- Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

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;

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.⁵¹

⁴⁹ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.34.

⁵⁰ *Ibíd*em, p.35.

⁵¹ *Ídem*.

3.2.3 DEBER DEL ESTADO DE RESPETAR, GARANTIZAR, PROTEGER Y PROMOVER LOS DERECHOS HUMANOS.

El tercer párrafo del artículo 1º Constitucional, dice:

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.

Debe destacarse que el mandato de promover, respetar, proteger y garantizar tiene como destinatarias a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. Así, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun

cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.⁵²

Esto quiere decir que es procedente la aplicación de un recurso favorable para todos aquellos individuos que fueron afectados mediante una violación a sus derechos humanos, por cualquier autoridad en pleno ejercicio de sus funciones.

Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana establecen:

Art. 1.- Obligación de Respetar las Derechos.

1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté*sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.- Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Art. 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

No estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ariel E. Dulitzky establece que todos los Tratados de Derechos Humanos, imponen para el Estado tres obligaciones básicas:

1.- Respetar los derechos reconocidos en dichos tratados;

2. Garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos protegidos a las personas que se encuentren bajo jurisdicción; y

⁵² Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.68.

3.- Adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos protegidos.⁵³

3.2.3.1 OBLIGACIÓN DE RESPETAR.

Significa no violar por acción o por omisión alguno de los derechos reconocidos en las convenciones de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos recoge el principio que deriva de la tradición constitucional democrática de occidente que se precisa en el artículo 1 del "Pacto de San José", la obligación de respetar los derechos y las libertades" reconocidos en la Convención implica que el ejercicio de la función pública tiene como límites los Derechos Humanos; ya que éstos, como atributos inherentes a la dignidad humana, son superiores al poder del Estado. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

3.2.3.2 OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR.

La Corte Interamericana sostiene:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

La obligación de garantizar, implica organizar todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos.

⁵³ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.69.

3.2.3.3 OBLIGACIÓN DE REPARAR LAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS.

La última parte del tercer párrafo del artículo primero constitucional establece que todas las autoridades tienen el deber de reparar las violaciones a los Derechos Humanos, Según Theo Van Boven, ex relator de tortura de las Naciones Unidas, reparar integralmente el daño por violaciones a los Derechos Humanos es una obligación del Estado que implica lograr soluciones de justicia, eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido, evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas, la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, y asegurar que las medidas de reparación que se establezcan sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido.⁵⁴

De conformidad con los principios generales que derivan internamente del derecho de las obligaciones y externamente del Derecho Internacional, ante la comisión de un hecho ilícito, como es la violación de las normas en materia de Derechos Humanos por parte de un Estado, éste es responsable y, en consecuencia, tiene el deber de reparar. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a las autoridades nacionales, surge de inmediato el deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación, lo que se ha incorporado al Derecho Constitucional Mexicano, también como un deber.

3.2.4 LAS NORMAS Y REFORMAS DE DERECHOS HUMANOS PREVISTOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Una vez reunidos los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Constitución federal, y a manera de culminación formal de dicho procedimiento, el 10 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos.

⁵⁴ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op cit*, nota 43, p.75.

La modificación involucra cambios a la denominación del capítulo I del título primero, así como los artículos lo., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3.2.4.1 CAMBIOS SUSTANTIVOS O AL SECTOR MATERIAL.

Estos derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye:

- a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos;
- b) El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos;
- c) La ampliación de hipótesis de no discriminación;
- d) La educación en materia de derechos humanos;
- e) El derecho de asilo y de refugio;
- f) El respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario, y
- g) Los derechos humanos como principio de la política exterior

mexicana.⁵⁵

Con estos cambios significativos para la reforma en Derechos Humanos implementados por México, se da un avance en la protección de los Derechos Humanos que en nuestro país a pesar de existir la figura eran inaplicables y muy anticuados, toda vez que las autoridades no dedicaban su total aplicación.

3.2.4.2 CAMBIOS OPERATIVOS O AL SECTOR DE GARANTÍA.

Estos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los ejecutantes, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto,

⁵⁵ Carbonell, Miguel (coord.), *op cit*, nota 47, p. 40.

entre las que se encuentran:

- a) La interpretación conforme;
- b) El principio *pro persona*.
- c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos;
- d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados;
- e) La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos;
- f) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros;
- g) La exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa;
- h) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer de asuntos laborales;
- i) El traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- j) La posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de derechos humanos.

La reforma de 11 de junio de 2011 está estrechamente vinculada a aquella publicada en el *Diario Oficial* del 6 de junio de 2011, y que tiene por objeto una modificación a los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales, la cual implica, cambios trascendentes al juicio de amparo.

De esta reforma, por su trascendencia, en el tema, al cambio del artículo 103, fracción I, que prevé la procedencia del amparo; Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

3.3 LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada en junio de 2011 tiene una importante dimensión internacional.

Primero, se fortalece el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos precisando su jerarquía de rango constitucional.

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 la idea de que tales derechos son un componente esencial de la identidad política que México desea proyectar. La reforma es en muchos sentidos un parteaguas, en lo que concierne a la política exterior, reviste dos peculiaridades.

La primera es la protección y promoción de los derechos humanos tiene una matriz doble ya que se finca sobre todo en las luchas democratizadoras correspondientes al ámbito político interno. En segundo lugar, se refiere a las relaciones entre autoridades políticas e individuos y, por obligada consistencia, en la propia jurisdicción nacional.

El propósito de analizar el papel de los derechos humanos en la política exterior de México desde 1945 hasta 2006, permite valorar la reciente reforma constitucional desde una perspectiva de largo aliento.

La posición nacionalista y defensiva que anteponía la protección de la soberanía frente al régimen internacional de derechos humanos fue dando paso lenta y progresivamente a la postura internacionalista y colaborativa que caracteriza a la política exterior de México hoy en día.

3.3.1 MULTILATERALISMO TRADICIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Hasta principios de los años noventa los derechos humanos figuraron en la agenda de la política exterior de México, fundamentalmente mediante la participación del país en los organismos internacionales especializados en la materia.

El multilateralismo y la apuesta por el derecho internacional eran congruentes con una participación decidida de México en el régimen internacional de derechos humanos. Después de todo, tanto el régimen universal como el régimen interamericano de derechos humanos constituían esquemas de asociación multilateral centrados en el desarrollo de normas internacionales.

Durante mucho tiempo los gobernantes mexicanos no tuvieron que preocuparse por esto último, ya que en México el propio discurso de los derechos humanos, así como los instrumentos internacionales para su promoción o defensa, eran desconocidos por la sociedad. En ese sentido, hasta los años ochenta no existieron en el país organizaciones o grupos sociales que intentaran incidir en la política exterior del país en este campo.

3.3.2 LOS AÑOS DE TRANSICIÓN.

Esta etapa está marcada en su inicio por el levantamiento zapatista en Chiapas que puso a México definitivamente en el radar de las OSC (Organizaciones de la Sociedad Civil) internacionales de derechos humanos.

El cambio fue gradual, difícil, y pareció estar orientado por reacciones defensivas más que por un diseño claro e intencional.

La transición democrática se aceleró y generó mayor espacio para la multiplicación de organizaciones civiles que se interesaron por los derechos humanos en México. Asimismo, la nueva infraestructura institucional para la promoción y defensa no jurisdiccional de los derechos humanos cumplió un importante papel educador de la sociedad en esta materia. Poco a poco la sociedad mexicana se familiarizó con el enfoque de los derechos humanos y dicho discurso pasó a ser de uso corriente entre los partidos y los actores políticos nacionales.

Ernesto Zedillo inició su periodo presidencial en circunstancias sumamente difíciles: la crisis financiera de finales de 1994 y principios de 1995 y las consecuencias, internas e internacionales, que tuvieron el levantamiento zapatista el 1 de enero de 1994, y los asesinatos de Luis Donaldo Colosio, candidato del PRI a la presidencia, y de José Francisco Ruiz Massieu, secretario general de ese partido.

Sin embargo, muy pronto el conflicto en Chiapas cobró dimensiones internacionales: el zapatismo y su discurso indigenista despertó simpatías del otro lado de las fronteras y, entre otros factores externos, el movimiento transnacional de derechos humanos dirigió su atención a México.

En 1996 se dio el primer gran cambio: el gobierno de México invitó por primera vez a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a visitar el país para observar la situación de los derechos humanos *in situ* y emitir una opinión al respecto.

Dos decisiones más ilustran la nueva actitud del gobierno mexicano: la firma del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación con la Unión Europea, que incluyó una cláusula democrática, y del Estatuto de Roma, que dio origen a la Corte Penal Internacional (CPI). La aceptación de la cláusula democrática en el Acuerdo Global por parte del gobierno

mexicano no fue fácil; hubo algunos intentos por modificar la redacción de la misma, pero en última instancia se aprobó, recordando en el preámbulo que tanto México como la UE guiaban sus políticas externas e internas “inspirados en los derechos humanos y en los principios democráticos de cada soberanía.

Debe destacarse el hecho de que el gobierno mexicano haya coincidido con la postura de los actores internacionales que promovieron la creación de la CPI en el marco de la ONU, en el sentido de que los individuos, y no sólo los Estados, podrían ser juzgados por una corte internacional por violaciones de derechos humanos. Esta perspectiva reflejó cierta evolución en la manera de concebir la soberanía estatal.

3.3.2.1 LAS RELACIONES CON LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL (OSC) DE DERECHOS HUMANOS.

Las llamadas entonces organizaciones no gubernamentales (ONG) no fueron consideradas en general como interlocutores válidos. Destacan tres ejemplos de esta actitud: el primero fue la propuesta del gobierno mexicano durante la 37a. Asamblea General de la OEA, referente a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos otorgara prioridad a las comisiones nacionales de derechos humanos sobre las OSC, pues se argumentó que éstas no siempre tenían la información correcta y no elaboraban adecuadamente sus quejas. El segundo consistió en la promulgación de una ley restrictiva que reglamentaba la visita al país de los observadores internacionales de derechos humanos. Por último, la negativa del presidente mexicano de entrevistarse con el secretario general de Amnistía Internacional, Piérre Sanf, durante la visita a México.

Estos años el Estado mexicano se enfrascó en controversias públicas con los defensores de derechos humanos extranjeros y se propuso controlar su actividad en el país argumentando la defensa de la soberanía nacional y, en algunas ocasiones, razones de seguridad nacional.

En otras palabras, el gobierno daba la impresión de estar dispuesto a escuchar, quizá incluso aceptar, la crítica, pero no a actuar según lo dictaban actores no estatales

3.3.3 MULTILATERALISMO LIBERAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

A partir de 2000 la cancillería mexicana comenzó a desarrollar una verdadera política exterior de derechos humanos; una política que contó con las cualidades de intención, agenda y sistematicidad.

El otorgar un lugar prioritario a los derechos humanos en las relaciones internacionales de México permitiría poner de manifiesto ambas cosas y enfatizar las diferencias con el pasado frente a la audiencia nacional e internacional.

El gobierno de Fox planteó claramente que uno de los principales objetivos de su sexenio sería la profundización de los lazos con América del Norte. Se buscaría una relación de socios y amigos con Estados Unidos, equilibrada solamente por la participación activa de México en organismos multilaterales, como la ONU. En principio, la política exterior de derechos humanos podría ser complementaria con la meta de generar una comunidad de intereses con el vecino en la arena internacional.

3.3.3.1 LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRIORIDAD DE LA POLÍTICA EXTERNA DE MÉXICO.

La política exterior en general, y la dirigida a la promoción de la democracia y los derechos humanos, en particular, fue sin duda prioridad del gobierno de Vicente Fox. Dos de los cinco “ejes” de política exterior que propuso el presidente fueron: apoyar y promover de forma activa y comprometida el respeto y la defensa de los derechos humanos en el mundo, y defender la democracia como la única forma de gobierno que garantiza el bienestar de los pueblos.

Los esfuerzos diplomáticos de México tendrían dos objetivos simultáneos: el país se comprometería a fondo en la construcción de un sistema internacional que promoviera la democracia y los derechos humanos y, a su vez, utilizaría ese compromiso para fortalecer el cambio interno.

El Poder Ejecutivo Federal planteó una posición por la cual:

- México respaldó y en algunos casos lideró los esfuerzos de codificación internacional en materia de derechos humanos.
- Se aceptó el máximo nivel de delegación previsto en los instrumentos internacionales mediante la ratificación de protocolos facultativos, reconocimiento de competencias, retiro de reservas, etcétera.
- No sólo se aceptó, sino que se alentó el escrutinio internacional de la situación de los derechos humanos mediante invitaciones expresas a relatores especiales y similares.
- México se adhirió a una concepción de multilateralismo liberal en materia de derechos humanos, en la que se reconoció como legítima la participación no sólo de Estados y organizaciones intergubernamentales, sino también de otros actores interesados: OSC, individuos, etcétera.⁵⁶

Cabe mencionar que México fue uno de los países que incursionó en materia de Derechos Humanos manifestando en sus legislaciones internas una gran resolución a la aplicación, a pesar de reusarse a la intervención de organismos internacionales en su propio territorio para la aplicación de Derechos Humanos.

3.3.3.2 ACTORES EXTERNOS, TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.

En referencia a la apertura del gobierno mexicano al escrutinio internacional, destaca en primer lugar la nueva actitud de las autoridades mexicanas hacia las Organizaciones de la Sociedad Civil.

⁵⁶ Carbonell, Miguel (coord.), *op cit*, nota 47, p. 25.

Los vínculos con las organizaciones intergubernamentales también se estrecharon. Un día después de haber tomado posesión, el presidente Fox firmó un acuerdo con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, para que estableciera una oficina en México y elaborara un diagnóstico de la situación de los derechos humanos.

Se propuso desarrollar “una política constructiva de cooperación con el sistema interamericano” de derechos humanos, favoreciendo la investigación de los hechos denunciados ante la CIDH y realizando el mayor esfuerzo posible para implementar las recomendaciones de ésta.

La buena disposición del gobierno mexicano al escrutinio internacional se tradujo en un buen número de visitas de relatores y grupos de trabajo. Hasta 2005 se habían registrado dieciséis visitas a México, y se habían recibido 388 recomendaciones en la materia.

En 2001, se reconoció la competencia del Comité contra la Tortura, para recibir y examinar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de esa práctica, y en 2002 se ratificó el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El reconocimiento del papel positivo que podrían desempeñar las instancias internacionales en materia de defensa de los derechos humanos y la democracia se manifestó también en el sistema interamericano mediante el respaldo del gobierno mexicano a la Declaración de Quebec (2001), que limitaba la participación de cualquier país al área de libre comercio de las Américas sólo a regímenes democráticos, y a la Carta Democrática Interamericana (2001), que contempla la suspensión de cualquier país miembro de la OEA en donde ocurra una interrupción del orden democrático.

En LVII periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, México y Costa Rica promovieron la adopción del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, y presentaron una resolución, que obliga a los Estados a garantizar que cualquier medida que se tome en contra del terrorismo debe apegarse al derecho internacional, en particular en lo

referente a los derechos humanos, el refugio y el derecho internacional humanitario.

La contribución de México para impulsar el principio de jurisdicción universal, por el cual se asume que todos los Estados comparten el interés de llevar ante la justicia a aquellos individuos responsables de crímenes de guerra o de lesa humanidad, independientemente de su nacionalidad o del lugar en donde haya sido cometido el crimen.

En 2005 finalmente se ratificó el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional.

3.4 REPARACIÓN DE FUENTE INTERNACIONAL POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El régimen de reparaciones figura en el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, un precepto de máxima importancia dentro del conjunto de reformas con antecedentes interesantes e impulsadas a lo largo de 2010 y 2011.

México se hallaba obligado a atender esa categoría de reparaciones, en su calidad de Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, y en virtud de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. En este sentido, ha basado el artículo 133 constitucional, por cuando erige en ley suprema de la Unión los tratados internacionales así y en la misma dirección han operado diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana.

Esos pronunciamientos, sentencias emitidas en el curso de pocos años, que examinan temas relevantes de la tutela de los derechos humanos y sus consecuencias en hipótesis de incumplimiento, han condenado al Estado mexicano una vez acreditada su responsabilidad internacional, a proveer ciertas reparaciones de amplio alcance.

3.4.1 REPARACIÓN DE FUENTE INTERNACIONAL EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El dictamen elaborado en la Cámara de Diputados y publicado en la Gaceta Parlamentaria del 23 de abril de 2009 documento que dio impulso a este proceso reformador sólo incluyó los deberes de prevenir, investigar y sancionar violaciones, no así la reparación de las violaciones. Este punto apareció en el dictamen suscrito por comisiones de la Cámara de Senadores el 7 de abril de 2010. También lo incluyó el segundo dictamen de los diputados, del 13 de diciembre de 2010, producto de una Legislatura diferente de la que inició el proceso.

En el aludido dictamen de los senadores, de abril de 2010 se recogió la doctrina sobre reparaciones adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no se citó a este tribunal, al señalar que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad en que hubiera incurrido”. El propio dictamen alude a la relación que existe entre la solución adoptada en materia de derechos humanos y la reforma constitucional concerniente al juicio de amparo.

El contexto de la referencia que hace el tercer párrafo del precepto a la obligación, a cargo del Estado, de atenerse a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y “prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Se trata de un conjunto de deberes estatales en el que se resumen determinadas obligaciones principales y se fijan los principios que presiden la observancia de éstas.

La primera parte del tercer párrafo del artículo 1o. señala que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...” El incumplimiento de esa obligación, donde ocurra, genera la responsabilidad del Estado a la que se refiere la parte final del mismo precepto.

En lo que atañe a la responsabilidad de orden internacional y a sus consecuencias en el régimen de reparaciones, es necesario recordar, una vez más, que la presencia internacional del Estado, con todo lo que ella implica, es unitaria: por lo tanto, la responsabilidad y los deberes consiguientes competen al Estado “nacional”, independientemente de que los autores de la violación, activa u omisiva, sean agentes u órganos de otros ámbitos del Estado.

Esta regla, que ciertamente vale para los Estados unitarios cuya estructura jurídico-política “facilita” el abordaje de la materia, no vale menos para los Estados federales, como México.

En efecto, la obligación estatal de reparar constituye la última expresión en el enunciado de los deberes vinculados a la prevención de violaciones y a la sanción de éstas. Si bien es cierto que las reparaciones implican una sanción. Son, en otros términos, las “consecuencias jurídicas de la violación cometida.”, también lo es que desbordan, con mucho, como señalaré en otro lugar de este artículo, lo que acostumbro denominar el “deber de justicia”.

Esta forma de describir los deberes del Estado derivadas de las obligaciones de todas las autoridades, invita a suponer que la reparación se contrae a la persecución de ilícitos, que regularmente desemboca en sanciones penales. De esta manera, queda en la oscuridad el gran alcance que tienen, conforme a la jurisprudencia interamericana, las reparaciones de fuente internacional.

La última expresión recogida en el tercer párrafo del artículo 1o. reformado. Señala que el Estado deberá reparar las violaciones a los derechos humanos, “en los términos que establezca la ley”. Esta expresión es equívoca e insuficiente, aunque parezca clara y bastante. No reúne estas cualidades, porque hace de lado un dato crucial del nuevo sistema: que la materia se ha reelaborado bajo la doble luz concurrente de la tradición y la normativa nacional y la tradición y la normativa internacional.⁵⁷

⁵⁷ Carbonell, Miguel (coord.), *op cit*, nota 47, p. 172.

Con esto, estamos en el supuesto de decir que le falta especificación a la ley en cuanto se refiere a la reparación de la violación de los Derechos Humanos, por lo que corresponde a las reformas realizadas a nuestra constitución, ya que como se precisa, es entendible la reparación pero no hace referencia al modo en que el Estado va a realizar dicha obligación que está establecida en la constitución.

El “estatuto contemporáneo del ser humano”, conforme a la Constitución mexicana, reside ahora tanto en disposiciones de origen estrictamente nacional como en mandamientos de origen internacional, a los que México ha contribuido. Sobra decir que la atracción del derecho internacional de los derechos humanos al más alto nivel del ordenamiento aplicable en México es un objetivo procurado, acordado y estatuido por la reforma constitucional de 2011.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado de manera uniforme y constante que el régimen de reparaciones se halla enteramente sujeto al derecho internacional, cuando viene al caso la responsabilidad internacional del Estado. Es así porque corresponde al derecho internacional, no al orden jurídico interno, fijar los derechos y libertades cuyo respeto y garantía incumben al Estado, señalar los términos de la responsabilidad internacional de éste, proveer los medios para exigirla, disponer las consecuencias de la declaración de responsabilidad y el contenido de la condena, y supervisar el cumplimiento de la decisión supranacional. Por lo tanto, no es posible sostener que las reparaciones por violaciones a normas internacionales se contraigan a “los términos que establezca la ley”.

Es necesario excluir explícitamente la posibilidad de que el Estado, sujeto a reparaciones previstas en el derecho internacional de los derechos humanos y destinatario de una condena de la jurisdicción supranacional, intente ponerse a salvo de aquél y de ésta, aduciendo para ello razones o motivos derivados de consideraciones internas.

3.4.2 ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

El artículo 63.1 de la Convención de 1969, es interesante la aparición de este precepto en el Pacto de San José, como lo es el cotejo entre la norma de nuestro continente y su correlativa europea, que guían la materia sobre caminos y con destinos diferentes.

Vale la pena mencionar que la Convención Americana ofrece una estructura y un contenido amplios en la materia de su objeto y fin: la tutela de la dignidad humana, a través de la preservación de los derechos fundamentales. Si nos propusiéramos sintetizar ese contenido, en correspondientes apartados, podríamos distinguir:

- a) obligaciones generales de los Estados;
- b) relación de derechos y libertades;
- c) órganos de protección;
- d) medios de prevención específica;
- e) consecuencias jurídicas del hecho ilícito normas de interpretación;
- f) restricciones y suspensiones, y
- g) disposiciones diversas sobre vigencia del tratado.

En primer término hay que tomar en cuenta un proyecto de Convención elaborado en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos. Este documento siguió la huella del modelo europeo de 1950. En tal virtud, previno el carácter subsidiario de las reparaciones y concentró la materia en el rubro de las indemnizaciones, consecuencias patrimoniales de la violación llamada el “conflicto”. En la misma línea transitaron los dos proyectos aportados por Uruguay y Chile, en 1965. Este último contempló la posibilidad de que la Corte supranacional determinara el “monto” de la indemnización debida.⁵⁸

El artículo 52.1 del proyecto sometido finalmente a la Conferencia de San José, en 1969, postuló la competencia de la Corte Interamericana para disponer una

⁵⁸ Carbonell, Miguel (coord.), *op cit*, nota 47, p. 175.

indemnización a favor de la “parte lesionada” por la violación de un derecho o libertad.

Guatemala introdujo los tres conceptos fundamentales sobre los que se redactó la versión definitiva del futuro artículo 63.1: a) reparación de las consecuencias de la decisión o medida que ha vulnerado los derechos o las libertades de la “parte lesionada”; b) garantía al “lesionado” en el goce de su derecho o libertad conculcados, y c) pago de una justa indemnización.⁵⁹

El ordenamiento interamericano carga el acento en la capacidad del tribunal supranacional para proveer garantías de goce del derecho y la libertad conculcados, reparación de consecuencias de la medida o situación que los vulnera y decisiones sobre el pago de las indemnizaciones correspondientes. Pasa a segundo plano la intervención de las normas e instancias internas y asciende al primero la competencia internacional. Es por ello que la Corte Interamericana no está llamada a examinar la posibilidad de que el régimen interno suministre reparaciones suficientes en cada caso, sino que debe ordenar en forma directa y autónoma las que estime adecuadas al amparo del ordenamiento internacional.

Lo anterior no impide la remisión de algunas determinaciones a la jurisdicción interna, que pudiera estar en mejor posición que la Corte Interamericana para analizar y decidir determinados detalles.

Evidentemente, es posible que la normativa y las instancias domésticas otorguen a las víctimas mejores reparaciones cualitativa o cuantitativamente que las provistas por el tribunal interamericano. Si así fuera, habría que atender al principio total *pro homine* para facilitar la solución más benéfica para el individuo. Esta alternativa se desprende también del artículo 29 del Pacto de San José y del segundo párrafo del nuevo texto del artículo 1o. constitucional: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.⁶⁰

⁵⁹ Carbonell, Miguel (coord.), *op cit*, nota 47, p. 176.

⁶⁰ *Ibíd*em, p. 177.

Esto es también referido al beneficio que va recibir la persona a la cual le fueron violados sus derechos, otorgando el estado una protección de los mismo para que no vuelvan a ser violados nuevamente, manifestándose tanto en la constitución como en el pacto de San José, dejando la obligación al estado de hacer valer la defensa de los derechos del individuo afectado.

3.4.3 CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO ILÍCITO EN EL DERECHO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Cabe señalar que en el curso de treinta años la Corte Interamericana ha elaborado una abundante y rica jurisprudencia sobre reparaciones, e constituye uno de los aspectos más relevantes del quehacer jurisprudencial de la Corte.

Los rasgos actuales de la jurisprudencia interamericana en este sector derivan de diversos factores, implícitos en la elaboración del artículo 63.1 o derivados de los términos y del “espíritu” de este precepto interpretado por la Corte. A la cabeza se hallan las circunstancias del medio que suscita y al que se dirige la actuación de la Corte Interamericana. Es decir, operar el cambio estructural que permita un nuevo panorama en materia de derechos humanos es preciso que la jurisprudencia tome en cuenta aquellas circunstancias y actúe con fuerte sentido innovador y bajo una sola bandera: *pro homine* o *pro persona*.

El verdadero signo de las reparaciones o consecuencias jurídicas del hecho ilícito se observa en el giro jurisprudencial que muy pronto emprendió la Corte Interamericana. En las primeras sentencias el tribunal aludió a “indemnización compensatoria”.

El amplio concepto de reparaciones que se localiza, en el comentario general 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que extendió el ámbito de las reparaciones por encima de la compensación pecuniaria. Y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, de 1985, y los Principios y Lineamientos sobre el Derecho a Remedios y Reparaciones para las Víctimas de Graves Violaciones del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, de 2005, bajo el concepto de “completa y efectiva reparación”.

También es necesario observar que existen imprecisiones y fronteras ambiguas entre dichas categorías y especies, y que el régimen íntegro de las reparaciones debe ser analizado tanto bajo el artículo 63.1 como en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana.

Hasta hoy no ha prosperado la idea de acordar compensaciones pecuniarias, sino la provisión de otras medidas para recuperar de alguna manera el terreno perdido: becas para facilitar estudios y restitución en el trabajo y actualización profesional. Todo esto gravitará en el régimen de reparaciones que resulte del nuevo texto del artículo 1o. constitucional. El artículo 63.1, CADH, indica que el tribunal dispondrá que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”.

La jurisprudencia del tribunal interamericano señala que “las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado... La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a (los) crímenes (cometidos) con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro”.

La ley nacional puede y debe salir al paso de condenas internacionales, proveyendo medios para satisfacer esos daños, que pudieran anticiparse a las decisiones judiciales externas.

La naturaleza excepcional, limitada y proporcional de las restricciones de derechos determinó la improcedencia de normas que excluyen el acceso a la libertad de ciertas categorías de detenidos, en función del delito cometido. La Corte ha dispuesto la emisión de disposiciones y el establecimiento de procedimientos para asegurar derechos de integrantes de comunidades indígenas.

Por principio de cuentas, el deber de justicia reclama la práctica de investigaciones serias, imparciales y efectivas, iniciadas de oficio, con toda acuciosidad, actividad

que aparece regulada expresamente o implicada por los instrumentos internacionales sobre tortura y desaparición forzada. De las reparaciones de fuente internacional hay que considerar el criterio adoptado por la Corte Interamericana a propósito de la cosa juzgada en materia penal, sustento del principio *non bis in idem* en casos concretos. Tanto el carácter fraudulento de la cosa juzgada como las violaciones al debido proceso que impiden la configuración de un verdadero enjuiciamiento, fuente y asiento de la sentencia genuina, evitan que la “decisión judicial” aparente revista autoridad de cosa juzgada e impida la apertura de investigaciones y enjuiciamientos (auténticos) sobre los mismos hechos.

En el listado de las reparaciones previstas en el derecho interamericano de los derechos humanos cuentan la sentencia misma; el reconocimiento público de responsabilidad y el desagravio a las víctimas y a la sociedad, directa o indirectamente.

Por parte del Estado, restitución de tierras ancestrales a integrantes de comunidades indígenas; atención médica y psicológica en instituciones públicas o por parte de facultativos y organismos privados; programas específicos de desarrollo comunitario independientemente de las acciones regulares de desarrollo social; facilitación de estudios y atención de la salud de niños, escuela y dispensario; inversiones con valor social a favor de comunidades indígenas, que contiene un dato de paternalismo conveniente; elaboración de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley penal; construcción de un inmueble destinado a habitación, programa específico de vivienda sujeto a cumplimiento en plazo definido; asistencia vocacional y educación especial en beneficio de las víctimas; programas de capacitación de servidores públicos para prevenir violaciones futuras en determinadas áreas del quehacer estatal, y para reordenar funciones y servicios públicos; establecimiento de un registro unificado y coordinado sobre muertes violentas de individuos menores de dieciocho años;

También le corresponde al Estado el mejoramiento radical de condiciones de vida carcelaria; inscripción de los nombres de víctimas en placas, calles, monumentos,

edificios públicos y plazas; consagración de un día para recuperar y exaltar la memoria de niños desaparecidos durante un largo conflicto civil; inscripción de víctimas en el registro civil suministro de dotaciones de emergencia; protección de la vida y la salud de víctimas y familiares de éstas; campaña de sensibilización para proteger a los niños y a los jóvenes; entrega o reposición de archivos electrónicos intervenidos; difusión pública de derechos de personas sujetas a atención médica, medidas de seguridad a favor de desplazados que decidan retornar a sus lugares de origen o residencia.

Con el presente escrito, podremos asumir más detalladamente la importancia del principio de presunción de inocencia ya que se pretende acreditar su participación como derecho fundamental en contra de la prisión preventiva como violatoria de los Derechos Humanos de cualquier hombre que es privado de su libertad sin una sentencia firme o prueba en contrario que manifiesta la total participación o culpabilidad del imputado en la comisión de los hechos.

CAPÍTULO IV.

EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN CONTRA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A PARTIR DE LA REFORMA DEL 2011 EN DERECHOS HUMANOS.

4.1 ASPECTOS GENERALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Para poder entrar de lleno al tema central de la presente tesis, nos debemos de profundizar un poco en lo relevante a las definiciones que se tienen del principio de presunción de inocencia, así como de la prisión preventiva, es por ello que encontramos que:

Alfredo Vélez Mariconde definió la prisión preventiva como “El estado de privación de libertad ambulatoria que un órgano jurisdiccional impone al procesado por un delito reprimido con cierta pena privativa de libertad, durante la sustanciación del proceso y a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal”.⁶¹

Un mérito provisional de carácter incriminador: elementos de juicio afirmativos suficientes sobre el hecho ilícito y la participación del imputado, conforme se le atribuyó en su declaración defensiva, mal llamada indagatoria, para satisfacer el principio de congruencia. Esa fundamentación implica la calificación penal concreta de los hechos incriminados, lo que conduce a obtener otra limitación para la procedencia de la medida: que tenga pena privativa de la libertad superior a uno o dos años.

Para apreciar su procedencia, en las leyes procesales se incluyen pautas objetivas (gravedad de la pena) y subjetivas (relativas a la personalidad del imputado y a la posibilidad de condenación condicional), cuya aplicación no debe ser automática, sino que corresponde evaluarlas siempre en función cautelar, explicando por qué debe ser dictada en el caso.

Esto es que para poder manejar o dictaminar una medida cautelar, se es necesario una evaluación previa a la gravedad de la pena, así como de la personalidad del imputado, para poder aplicarle una pena que no vaya a ser violatoria de los Derechos Humanos.

⁶¹ Chiara Díaz, Carlos Alberto, *Las Medidas de Coerción y la Inconstitucionalidad de la Prisión Preventiva*, 2007, Rosario Santa Fe, Argentina, Jurídica nova (Tesis), p. 19.

4.1.1 CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA.

De acuerdo con Raúl Cárdenas tenemos que la prisión preventiva es: “Una medida cautelar que tiene como función asegurar el normal desarrollo del proceso y, eventualmente, al concluir este, la aplicación de una pena privativa de la libertad, es decir, su finalidad estriba en que el proceso fluya normalmente y si al concluir este se acredita una responsabilidad penal por parte de la autoridad judicial, que se aplique la pena con toda certeza.”⁶²

Por su parte la Enciclopedia Jurídica Mexicana dice que: “La detención preventiva es la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le imputa la comisión de un delito grave y, por ello, existe la presunción de que intentara eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo”.⁶³

La prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica a un imputado que enfrenta un proceso penal, cuya finalidad es evitar entorpecer la investigación judicial para hacerlo comparecer al proceso, que no evada la acción de la justicia, y se le aplique en su oportunidad la pena impuesta.

Un estado de derecho no debe sacrificar los Derechos Humanos por otros bienes jurídicos. Por el contrario, debe fincar la organización política y el funcionamiento de sus instituciones en el respeto de los mismos. No hay bien jurídico que justifique, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la existencia de la prisión preventiva. La privación de la libertad, al ser una medida extrema de ejercicio de la coerción por parte del Estado, no debe ser utilizada de modo general, sino excepcionalmente y bajo principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, la prisión preventiva debe ser la excepción, no la regla.

La prisión preventiva supone el sacrificio del bien jurídico de la libertad en el sentido de asegurar la realización del juicio, cuestión que se ha considerado injusta y contraria a los derechos humanos. Así lo establece el Quinto Congreso

⁶² Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 118.

⁶³ Ídem.

de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, donde se señaló que:

“La mayoría de las personas detenidas en espera de juicio no deberían ser sometidas a esta medida, solo aquellos cuyos delitos fueron de carácter grave o cuya detención preventiva fuera indispensable por razones de seguridad o de protección de la comunidad o para asegurar su comparecencia ante el tribunal. A más de la prisión preventiva, nuestra Constitución establece otra privación de derechos al procesado penal, no condicionada al previo juicio y condena, luego violatoria también de la presunción de inocencia”.⁶⁴

La prisión preventiva es una medida cautelar procesal de carácter personal, no punitiva, formal, excepcional, de ultima ratio, subsidiaria y provisional, consistente en la privación de la libertad, que procede cuando se han motivado sus razones y con el fin de garantizar la comparecencia del procesado al juicio o evitar el peligro de que el procesado ponga en riesgo la averiguación de la verdad, la misma que solo puede ser ordenada por el juez competente.

Según Claus Roxin: "La prisión preventiva en el proceso penal es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena"⁶⁵.

Eduardo Jauchen manifiesta que: "La prisión preventiva o provisional es la medida de coerción personal de más alta lesividad en todo el sistema procesal. Previa al dictado de una sentencia de condena, representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de la libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad".⁶⁶

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que tiene lugar cuando otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y la

⁶⁴ Espinoza, Ricardo, *op cit*, note 7, p. 119.

⁶⁵ López Arévalo, William, *La Prisión Preventiva en el Estado Constitucional. Estudio, Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, Ecuador, Jurídica de Ecuador, p. 54.

⁶⁶ Ídem.

eventual ejecución de la pena, consiste en la privación de libertad de una persona física que ha cometido un hecho delictivo que amerita pena corporal privativa de libertad, por un tiempo definido y breve que no podrá exceder de dos años, ordenada por un Juez competente en proporción a la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; se ejecuta ingresando al imputado en un centro preventivo y de readaptación social.

Una de las finalidades del proceso penal es hacer efectivo el *ius puniendi*, esto es, sancionar a quien ha cometido algún delito, para el logro del aludido fin se requiere conforme a la llamada garantía de audiencia, que primeramente se lleve a cabo el correspondiente proceso legal, antes de sancionar al penalmente demandado; obstante de ello, el natural curso del proceso y su duración, en determinados casos específicos derivados de la naturaleza del delito y su gravedad, harán prácticamente imposible aplicar la sanción, si antes no se aplica una medida que garantice la factibilidad de tal sanción.

Existen diversos tipos de medidas cautelares, encontramos personales y reales; entre de las primeras se encuentran la detención derivada de flagrancia, caso urgente o cumplimiento de una orden de aprehensión, la prisión preventiva, que es la continuación de la primera, así como la libertad provisional bajo palabra o protesta; respecto de las reales se encuentran el embargo, la fianza, el depósito, la hipoteca, el aseguramiento de objetos e interceptación de correspondencia. La libertad bajo caución tiene un carácter mixto, al participar elementos personales y materiales.

Dentro de las particularidades de la medida cautelar relativa a la prisión preventiva, no se olvide que se trata de formas procesales, no penales, de privación de la libertad, a fin de asegurar que el inculcado no se sustraiga a la acción de justicia, ni frustre los fines del proceso o cometa nuevos delitos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su art. 18 establece como garantía individual que en el lugar destinado para quien deben

guardar prisión preventiva, debe encontrarse separado del de aquellos que se encuentran compurgando una pena privativa de libertad.

4.1.2 FINES Y CARÁCTERES.

La prisión preventiva es la medida más lesiva al derecho a la libertad personal, específicamente, a la libertad física o ambulatoria, por eso, el legislador ha establecido los parámetros que ha de observarse para dictar esta medida tan extrema y gravosa; en consecuencia, sólo cuando se cumplen las condiciones impuestas por la ley, la prisión preventiva es procedente y legítima, caso contrario, dicha medida coercitiva atentaría contra las garantías constitucionales.

Cabe aclarar que estas condiciones son concurrentes, es decir, deben cumplirse todas en conjunto, de lo contrario, la prisión preventiva igualmente será violatoria de las garantías constitucionales.

Estas notas características de la prisión preventiva son:

a) Legalidad "nullum crimen, nulla poena sine lege".- El principio de legalidad tiene consagración constitucional, y ha sido recogido por todos los Estados donde impera el derecho y la razón, estableciendo en sus Normas Supremas que "Nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; Cabe resaltar además, que el principio de legalidad lo recogen igualmente los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos, siendo su observancia y cumplimiento obligatorio para los Estados miembros.

b) Jurisdiccionalidad.- Sólo el órgano jurisdiccional competente tiene la potestad jurídica para dictar medidas cautelares. De este modo, nadie puede ser privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

c) Instrumentalidad.- La prisión preventiva es una medida estrictamente cautelar, es decir, no puede ser usada como medida asegurativa, porque sería atentar contra su propia naturaleza jurídica, pues, se la estaría implementando como un anticipo de pena, que conllevaría a una flagrante violación del principio de presunción de inocencia.

d) Excepcionalidad.- la regla general será siempre la libertad, o mejor dicho, el respeto al derecho a la libertad personal, cuya consecuencia lógica, es que la prisión preventiva sea la excepción a esa regla.

e) Subsidiariedad.- Esta característica es consecuencia del carácter excepcional de la prisión preventiva, y se concreta en que esta medida extrema sólo pueda ser impuesta a falta de otras medidas cautelares personales, que son las denominadas medidas alternativas a la prisión preventiva, es decir, las medidas menos gravosas al derecho a la libertad personal.

f) Temporalidad.- Como es lógico, la prisión preventiva no puede ser indefinida, pues, tiene un límite de duración en el tiempo, vencido el cual caduca.

Hay criterios generales para apreciar el plazo razonable, proyectado hacia las diversas hipótesis planteadas y acogido en la intención de distintas expresiones. La Corte, que acoge en este punto desarrollos de la jurisprudencia europea, se ha referido a la complejidad de los temas, la conducta de las autoridades (judiciales o de otro carácter, que intervienen en el enjuiciamiento e influyen, con su comportamiento procesal, en el desarrollo de éste, sus "tiempos y movimientos", el desempeño del inculpado, más todavía, de su asistente legal, que conduce la "estrategia y la táctica" de la defensa.

El principio de "plazo razonable" al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.

g) Provisionalidad o revocabilidad.- El carácter temporal de la prisión preventiva conlleva a que ésta sea provisional o revocable, pues, continuará mientras persistan las circunstancias que motivaron su adopción, pero puede ser revisada o revocada en cualquier tiempo, en atención a los diferentes cambios tácticos que la motivaron.

h) Proporcionalidad.- Hace relación a la coherencia y racionalidad que debe existir entre la gravedad del hecho y su posible sanción con la medida cautelar que se implementa.

i) Motivación.- La motivación no solo constituye una característica, sino un requisito de procedibilidad de la prisión preventiva. Es una garantía del debido proceso que tiene jerarquía constitucional.

La prisión preventiva solo tiene como objetivo resguardar la realización normal del proceso, para reconstruir sin interferencias los sucesos y aplicar el derecho sustantivo en la resolución del conflicto penal y determinar si es factible la pretensión punitiva.

La prisión preventiva solo tiene como objetivo resguardar la realización normal del proceso, para reconstruir sin interferencias los sucesos y aplicar el derecho sustantivo en la resolución del conflicto penal y determinar si es factible la pretensión punitiva.

Únicamente cuando estén en riesgo esos fines podrá restringirse de modo fundado y breve la libertad del imputado.

- I. Instrumentalidad — Es un medio que pretende ser apto para que el proceso sea efectivo y alcance sus objetivos.
- II. Excepcionalidad — Se aplica como excepción a la regla de la libertad, que rige en virtud de la situación de inocencia que ampara al imputado. Se da solo cuando el encierro sea indispensable. Por ejemplo: si no hay riesgo de fuga y se dictó para asegurar la incorporación de pruebas, si éstas han sido producidas y se está en la fase del debate plenario oral, no será como regla justificado mantenerla.
- III. Proporcionalidad — No puede imponerse si los hechos no la requieren, por ejemplo por no contemplar la posibilidad de pena de prisión, o si ésta en ningún caso excederá el tiempo de encarcelamiento cumplido. Es factible apreciarla desde varios ámbitos, a saber:

- Sustancial: Para que no sea arbitrario el encierro cautelar tiene que ser proporcional con la posible pena. Por ejemplo, no hay proporcionalidad si la pena en expectativa no es de prisión sino de multa, o si el monto de la pena en expectativa es de corta duración.
- Procesal: guarda relación estrecha con el mérito de la prueba de cargo sobre los hechos y las características personales de los involucrados, debiendo apreciarse con prudencia por tratarse de un pronóstico a futuro, donde está excluida la certeza.
- Fáctica: hay que verificar aspectos importantes, por ejemplo, si el imputado y la víctima han recompuesto su relación o si el imputado ha tenido conductas reparadoras que hagan factible la solución del conflicto por vías alternativas.
- Temporal: verificación del "plazo razonable", que incide esencialmente sobre su legitimidad constitucional.

Al hablar de los caracteres de la prisión preventiva, nos referimos a las condiciones que se deben reunir para la imposición de dicho medio coercitivo, esto es, los presupuestos mínimos e irreductibles que deben colmarse para su existencia. La presencia de estos elementos establece la conformación de la medida de caución que representa, en la forma que se esbozan sus peculiaridades.

4.1.2.1 PERSONAL.

La medida cautelar debe necesariamente estar dirigida a una persona física en específico, el imputado, quien quedará sujeto a la decisión del órgano jurisdiccional competente en tanto subsiste la misma, para la continuación del proceso.

El imputado es el personaje central de esta medida, en torno a él gira la atención del Estado en cuanto a los intereses de tutela a favor de la sociedad.

4.1.2.2 EXCEPCIONAL.

El encarcelamiento preventivo debe tener un carácter excepcional, deriva la combinación del derecho general a la libertad deambulatoria regulada en la CPEUM y la prohibición de aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria firme.

Se trata de una medida excepcional prevista por la CPEUM y las legislaciones procesales en nuestro país que busca dar cumplimiento al proceso penal a fin de que se logre el fin último: hacer justicia en el caso concreto, en tal sentido, es constitucionalmente admisible el empleo de un medio de coerción jurídica que limite ostensiblemente la libertad locomotiva de los individuos, antes de la sentencia definitiva.

El carácter excepcional de la medida, encuentra apego no sólo al art. 11 de la CPEUM, también a la CADH en su art. 7.3 relativo a que nadie puede ser sometido a la prisión o encarcelamiento arbitrarios. Adquiere relevancia este carácter para que en el Sistema Jurídico Mexicano sea realmente excepcional, en la propuesta de reforma a nuestra Norma Fundamental, pues los diputados iniciantes estimaron indispensable limitar el uso de la prisión preventiva a los casos que sea estrictamente necesario, por lo que plantean hablar de medidas cautelares, a fin de que quede claro el sentido no sólo de la prisión preventiva, sino de toda medida restrictiva de derechos aplicada al inculcado antes de dictarle sentencia, entre ellos el hecho de garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación y proteger a la víctima, a los testigos, a la sociedad; sugieren establecer expresamente el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva y contemplarle como una medida de ultima ratio.⁶⁷

La última ratio, es el principio que identifica el carácter excepcional de la medida de cautela que nos ocupa, pues implica que el Estado se reserva su uso, para

⁶⁷ Embris Vázquez, José Luis, et al. *Arraigo y Prisión Preventiva, Doctrina, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 2010, México, Flores editor y distribuidor, p. 112.

aquellos casos contra los que las medidas coercitivas menos violentas no surten los efectos de aseguramiento de los fines procesales.

La noción del Derecho Penal mínimo, obliga a que la política criminal considere que la intervención punitiva debe estar supeditada sólo a determinados estándares de racionalismo, que tienen como consecuencia una restringida intervención; de tal suerte que la medida de cautela constituye un problema de Política Criminal y por lo mismo, debe analizarse en base a su utilidad, a su aplicación práctica y así poder decidir con conocimiento de causa, si las elaboraciones dogmáticas en torno a ella tienen alguna importancia en relación a su solución o si por el contrario, es preferible prescindir de ellas y tomar decisiones concretas lo mismo políticas que administrativas.

4.1.2.3 TAXATIVA TEMPORALIDAD.

Corresponde al legislador establecer la temporalidad que debe durar la prisión preventiva, la cual, en la medida posible debe ser lo estrictamente imprescindible para alcanzar sus fines, mientras subsistan los motivos que la justificaron. La CPEUM previo a la reforma del mes de junio de 2008, establecía en su art. 20 apartado A fracción X que la duración de la prisión preventiva no podrá ser superior a aquél fijado como máximo de pena señalado por la ley para cada delito. No se pierde de vista que la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, modificó esta temporalidad para hacerla definida y precisa, sin posibilidad alguna de interpretación confusa o incierta, sin lugar a reticencia alguna, al quedar de la siguiente manera: 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.⁶⁸

Consecuentemente, al encontrarse definida la duración de la prisión preventiva y la excepción que marca su prolongación, no tienen cabida los intereses de las partes procesales de obstaculizar la consecución de los fines de un proceso cuyo

⁶⁸ Embris Vázquez, José Luis, op cit, nota 67, p. 114.

resultado final se persigue, esto es, que los efectos estarán limitados en el tiempo, hasta tanto se pronuncia la providencia definitiva.

Los dos aspectos de temporalidad precisados, es decir, el señalado como máximo de la prisión preventiva de dos años, así como el de ser juzgado antes de un año en los delitos cuya sanción privativa de libertad sea superior a dos años, no tienen congruencia alguna entre sí, más bien, se contraponen, porque por una parte el Estado se compromete a juzgar a un imputado en un año, al mismo tiempo que limita la duración de la prisión preventiva a dos años, lo cual evidentemente resulta contradictorio; ya que subsiste un año de prisión preventiva innecesaria; es decir, queda claro que no era posible reformar en perjuicio del imputado el tiempo para ser juzgado de un año, lo cual quedó igual, pero si debió ajustarse la duración de la prisión preventiva a aquel de ser juzgado para darle congruencia a ambos; desde luego que lo anterior no quita el acierto de definir un tiempo cierto de duración al encierro cautelar, aunque bien pudo haberse dado esta reforma de manera armónica y en comunión entre ambos plazos precisados.

4.1.2.4 JUDICIALIDAD.

El medio coercitivo que nos ocupa, requiere de un órgano estatal que la aplique, en quien se deposita toda la responsabilidad y exigencia que ello implica, a fin de evitar la vulnerabilidad de las garantías individuales de los gobernados.

Existe un presupuesto más que debe considerar el juzgador en torno a la aplicación de la medida, su procedencia oficiosa o a petición de parte. Será de oficio, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 19 de la CPEUM. Serán a petición de parte por solicitud justificada del Ministerio Público, 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.

4.1.2.5 PROPORCIONALIDAD.

La proporcionalidad se refiere a la conformidad o correspondencia debida entre la aplicación de la prisión preventiva y el derecho que se pretende proteger, así

como frente al peligro que se trata de evitar y a la pena que en su momento se pueda llegar a imponer.

Este carácter representa un punto fino que responsabiliza al legislador detectarlo y de esa manera poder optar por la prisión preventiva para determinados delitos, tiene que ver directamente con la política criminal, económica y social a que se refiere Quirós Cuarón cuando plantea el costo social en varios delitos en su obra *El Costo Social del Delito en México*.

La necesidad de la medida, en realidad, emerge del fundamento de todo acto de coerción personal, donde nos da su propio límite: si aquél se justifica como medio indispensable para garantizar la actuación de la ley. La prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido estricto obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal, que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva sólo sea posible cuando resulta esperable una pena privativa de libertad.

4.1.2.6 INSTRUMENTALIDAD.

La prisión preventiva, como toda medida cautelar, se caracteriza por su instrumentalidad, es decir, no se trata de una figura finalista en sí misma, sino que constituye un simple instrumento del que se vale el Estado para aplicar el derecho sustantivo penal.

De acuerdo a este carácter, la medida coercitiva se convierte en el resguardo del imputado para continuar con el proceso, de ahí que válidamente se le pueda llamar instrumento procesal, al verse exclusivamente limitada a los fines del proceso, se trata de una autorización de excepción limitada a la absoluta necesidad de la medida, no puede perseguir fines específicos del derecho material como la privación general o especial, propios de la pena.

La pena que se espera como resultado del procedimiento justifica la medida tanto como el peligro de fuga, esto evidentemente debe deducirse para los casos en que la pena prevista para el delito de que se trate sea de tal gravedad que resulte

lógico pensar que el imputado prefiera sustraerse a la acción de la justicia que someterse al proceso y a una posible condena

4.1.3 IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY ADJETIVA PENAL.

El fundamento de la prohibición de irretroactividad se encuentra en la idea de seguridad jurídica, reconocida como derecho fundamental en el artículo 14 de nuestra Constitución, que establece:

ARTÍCULO 14.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Para la filosofía liberal que se desarrolla a finales del siglo XVIII, este principio de irretroactividad es un fundamento básico de todo sistema jurídico, ya que garantiza la seguridad jurídica de los individuos. Las leyes que regulan la prisión preventiva, se han considerado como normas procesales por encontrarse fundamentalmente en los códigos procesales penales.

4.1.4 APLICACIÓN INDEBIDA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Claro está que las Constituciones y las normas de los Convenios y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, garantizan y protegen el derecho a la libertad y seguridad personales. Pero, la libertad personal, como todo derecho, no puede ser absoluto, pues, está limitado por el derecho de los demás.

La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general.

No puede ser tolerable ni posible que el fiscal, se limite simplemente a decir que solicita la prisión preventiva del procesado porque se han cumplido los presupuestos establecidos en determinada norma legal, o que el juez, ordene la prisión preventiva en base a cierta norma y argumentando simplemente que lo hace a pedido del fiscal. La prisión preventiva así ordenada, no solamente viola las normas legales, sino que atenta contra las garantías del debido proceso, como la

seguridad jurídica y la presunción de inocencia, incurriendo además en un vicio de arbitrariedad por su falta de motivación.

Se debe tomar en cuenta, que la aplicación indebida o patológica de la prisión preventiva, no solamente que genera hacinamiento en las cárceles, sino fundamentalmente injusticia y desconfianza en el sistema judicial. Debe entenderse a la prisión preventiva como una medida cautelar de excepción, de aplicación restringida, de última ratio, ya que no puede atentarse contra el derecho a la libertad y seguridad personales sin que exista motivación suficiente, pues, la regla debe ser siempre el respeto a la garantía constitucional a la libertad personal, consecuentemente, debe imperar el principio de presunción de inocencia.

4.1.5 PRISIÓN PREVENTIVA ILEGAL O ARBITRARIA.

En términos generales, podemos afirmar, que la ilegalidad se manifiesta cuando algo es contrario a la ley, mientras que la arbitrariedad implica la falta de justicia. Por eso, cuando la ilegalidad es manifiesta, evidente, irracional, asume la forma de arbitrariedad.

La prisión preventiva es ilegítima cuando no se cumplen los presupuestos materiales establecidos en la Constitución y la ley, y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. La prisión preventiva deviene en arbitrariedad, cuando contraviene los procedimientos establecidos en la ley. La ilegalidad o arbitrariedad de la prisión preventiva, la encontraremos siempre, cuando al dictarse esta medida cautelar se incumplen los presupuestos de procedibilidad.

La restricción al derecho a la libertad personal no es inconstitucional, la restricción injustificada es inconstitucional, pues, si se incumplen los presupuestos de procedibilidad de la prisión preventiva se cae en el campo de la ilegalidad o arbitrariedad; en consecuencia, el juez tiene la obligación de aplicar el juicio de ponderación a efectos de determinar la concurrencia de dichos presupuestos, esto es:

- a) Si la limitación del derecho fundamental tiene una finalidad constitucionalmente legítima;
- b) Si la medida es adecuada e idónea para la consecución de aquella finalidad que le sirve de sustento;
- c) Si la limitación es necesaria, es decir, es la consecuencia de no existir un mecanismo menos gravoso;
- d) Si la restricción es proporcional; y,
- e) La motivación.

4.1.6 LÍMITES Y CESACIÓN.

Los límites y cesación los encontramos de forma explícita dentro de los siguientes tratados:

- a) La Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.
- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.

Es que la libertad ambulatoria es un derecho constitucional del que gozan los individuos aun frente a la posibilidad de ejercerse en su contra el poder punitivo del Estado. Por eso el imputado goza del estado o situación de inocencia hasta que una sentencia firme, lo destruya definitivamente, basada en la certeza adquirida legítimamente, que recién entonces tome operativo el ius puniendi.

La prisión preventiva puede cesar en sus efectos sobre la libertad del imputado, sea por agotamiento o por extinción.

- a) Agotamiento.- Se produce con la conclusión del proceso de conocimiento, sea por condena, absolucón o sobreseimiento firmes, o en razón del archivo consolidado del proceso.
- b) Extinción.- Cuando ocurre sin que el proceso concluya, extinguiéndose solo la prisión preventiva ante la revocación o modificación del procesamiento, o cuando se estime en cualquier momento de su desarrollo que al imputado no se lo privará de la libertad en el supuesto de condena por un tiempo mayor del que ya tiene sufrido en prisión preventiva.

4.1.6.1 DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Tras la incorporación de los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y por imperio del principio de inocencia, el encarcelamiento preventivo no podrá ordenarse sino cuando sea estrictamente indispensable para asegurar que el proceso se pueda desenvolver sin obstáculos hasta su finalización, que la sentencia con que culmine no se vea privada de considerar ninguna prueba por obra del imputado y que se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.

No solo la imposición de la privación de la libertad cuando no sea imprescindible como medio de cautela del proceso, sino también su prolongación más allá del tiempo imprescindible para tramitar y concluir ese proceso con el efectivo resguardo de sus fines desnaturalizarán la medida, transformándola en una verdadera pena anticipada al quitarle la única razón que puede esgrimirse para justificarla frente al principio de inocencia y como su máxima necesidad a los fines de la tutela procesal.

En primer lugar es necesario analizar si existen razones para justificar que la prisión preventiva haya sido adoptada, es necesario examinar si las autoridades han empleado la debida diligencia.

Determina la siguiente lista en cuanto a las justificaciones para la prisión preventiva:

- Presunción de que el acusado ha cometido un delito. Este no es solo un elemento importante sino un requisito "sine qua non" para continuar la medida restrictiva de la libertad.
- Peligro de fuga. La seriedad del delito y la eventual gravedad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse.
- Riesgo de comisión de nuevos delitos. Para justificar la prisión preventiva el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y carácter del acusado para

relacionarlas con su fuga o la posibilidad de enturbiamiento de las investigaciones.

- Necesidad de investigar y posibilidad de colusión. La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva, especialmente cuando se trata de un caso que requiere interrogatorios difíciles de llevar a cabo.
- Riesgo de presión sobre los testigos. Se debe demostrar que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.
- Preservación del orden público. Se ha reconocido equivocadamente que, en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios y perturbación del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar, sin tener ello nada que ver con cautelar los fines del proceso en trámite, por lo cual la misma es ilegítima.

4.1.7 NATURALEZA Y JUSTIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Se han cubierto criterios relacionados con la prisión preventiva, los cuales forman parte de la naturaleza y justificación de la misma, siendo estos explicados en los próximos temas de la presente tesis.

4.1.7.1 CRITERIOS SUSTANTIVISTAS O METAPROCESALES.

Sustitutivo de la pena legal por saturación del sistema de administración de justicia, teniendo en cuenta al efecto:

- 1) Evitar que el común sentido ético sea vulnerado por la situación que crea un infractor de la ley penal en libertad.
- 2) Dar satisfacción al clamor público y la reacción organizada de las víctimas ante hechos que las conmocionaron o escandalizaron.
- 3) Intimidar, prevenir y disuadir de cometer hechos delictivos a los infractores y a los potenciales delincuentes.
- 4) Dar un escarmiento inmediato y contundente a los encausados.

5) Convertirla en una medida de seguridad para evitar la reiteración delictiva.

4.1.7.2 CRITERIOS PROCESALISTAS Y OTROS CRITERIOS.

- a) La tutela del descubrimiento de la verdad.- Los sostenedores de esta postura aseveran que con ella se tiende a evitar que el presunto infractor utilice la libertad para borrar las pruebas de su acción.
- b) La tutela de la realización y continuidad del proceso.- Parte de la necesaria presencia del imputado durante el proceso por la prohibición de los juicios penales con aquél en rebeldía para no afectar su derecho de defensa.
- c) La tutela del cumplimiento efectivo de la pena.- No puede admitirse que el imputado se sustraiga a la condena de pena de prisión, que se convertiría en una decisión abstracta, afectando la capacidad de desempeño del órgano jurisdiccional.
- d) Seguridad del imputado.- La prisión preventiva tendería a preservar al encartado de hipotéticas venganzas o represalias de la víctima, familiares o amigos de ésta.
- e) Medio de instrucción e investigación.- Mediante el encarcelamiento se facilita la investigación y la continuidad del avance normal de la relación procesal atenta al aporte personal del imputado, quien queda a disposición para las diligencias y medidas probatorias que se dispongan.
- f) Sustitución de una pena imposible.- Ante un imputado que terminará siendo sobreseído o absuelto, dado el sistema procesal garantista vigente, por carencia de pruebas suficientes en su contra, redundaría en beneficio de las víctimas, ya que el encierro preventivo obraría como un castigo a quien socialmente se considera culpable.⁶⁹

4.1.8 PROCEDENCIA.

Para hablar de los criterios de procedencia de la prisión preventiva, es necesario referimos a la detención, que es la que marca el presupuesto inicial para la

⁶⁹ Chiara Díaz, Carlos Alberto, *op cit*, nota 61, p. 25

operatividad de aquélla; esto es, no se puede concebir esta medida coercitiva sin un aseguramiento previo del imputado.

Este sustancial antagonismo, exige suma prudencia y científico equilibrio, para hallarle solución equitativa sin daño del individuo ni peligro para la sociedad; la prisión del procesado, señala el procesalista argentino Vélez Mariconde, sólo puede basarse en una sospecha, por vehemente que sea, y que no puede ser una anticipada aplicación de la pena.⁷⁰

Y sin trastocar los términos del problema que se plantea, ha podido pensarse que si el delito vulnera los bienes más sagrados de la colectividad, la prisión provisional es un sacrificio impuesto al individuo.

4.1.9 RECURSOS.

La forma que la ley reconoce para inconformarse contra las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales es mediante los recursos, cuyo vocablo proviene del italiano ricorso que significa “volver al camino andado;” Guillermo Colín Sánchez, refiere como los medios establecidos por la ley para impugnar las resoluciones judiciales que, por alguna fundada, se consideran ilegales o injustas, garantizando, de esa manera, en forma más abundante, el buen ejercicio de la función judicial; en síntesis, son el medio legalmente establecido para impugnar las resoluciones judiciales.⁷¹

En materia penal, legalmente reconocidos existen los siguientes recursos:

- a) Revocación, apelación, denegada apelación y queja en el CNPP.
- b) Es importante señalar que el nuevo CNPP, prescinde de la denegada apelación y la revisión forzosa.

El recurso de apelación es el medio que la ley permite emplear para que el curso normal del proceso se reanude o termine mediante la intervención de un Juez distinto al que efectuó el acto que desvió el curso normal del proceso.

⁷⁰ Embris Vázquez, José Luis, op cit, nota 67, p. 123.

⁷¹ Ibídem, p. 152.

4.1.10 CONSECUENCIAS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Especialmente críticos frente a la prisión provisional son los penitenciaristas, que alegan diversas razones en contra de la institución:

1. La prisión provisional no permite llevar a cabo una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el aun no condenado.
2. La prisión provisional implica un grave peligro de contagio criminal, ya que obliga al preventivo a vivir con los ya condenados.
3. La prisión provisional aumenta la población reclusa con las consecuencias de hacinamiento, más costos de las instituciones penitenciarias.
4. La prisión provisional es tan estigmatizaste como la pena misma.⁷²

Si se observan las consecuencias mencionadas con respecto a la prisión preventiva, se verá que en general las mismas son compartidas con la pena privativa de libertad, la que ha sido fuertemente criticada desde la perspectiva criminológica y penitenciaria como una pena cruel.

4.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SUS ANTECEDENTES.

Sería absurdo e irracional, que el derecho a la libertad personal sea un derecho absoluto, por la simple y sencilla razón de que se estaría atentando contra el propio derecho al dejarse desprotegidos a los demás ciudadanos, de allí, la necesidad de que el Estado a través de los órganos competentes establezca con claridad los límites a este Derecho Humano fundamental, y la única forma de hacerlo es determinando de manera previa y expresa las causas por las cuales se puede privar de la libertad a una persona, consecuentemente, las causas de privación de la libertad son tasadas y deben estar tipificadas en la ley, todo esto igualmente en respeto a las garantías constitucionales de todo ciudadano.

⁷² Llobet Rodríguez, Javier, *La Prisión Preventiva, Límites Constitucionales*, 3ª ed., 2010, San José Costa Rica, Jurídica Continental, p. 31.

Esta exigencia tiene un fundamento evidente: desde el momento en que la libertad individual es asumida por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia social, es solo la propia sociedad la que puede determinar los casos que dan lugar a la quiebra de ese principio básico, y esa expresión de la voluntad general de la sociedad tiene lugar a través de la ley. Constitucionalmente, esta exigencia se plasma en la necesidad de que sean los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que determinen las causas de privación de libertad.

Coinciden los estudiosos de la historia, que en los albores de la humanidad, al hombre primitivo no se le ocurrió siquiera la idea de privar de la libertad a otra persona, pues, basta recordar que en esta etapa de la historia, lo único que existía era la "idea de venganza"; por eso, sería inverosímil pensar que al hombre primitivo se le ocurriera construir cárceles.

Señala Peña Mateos, "los vestigios que nos han dejado las civilizaciones más antiguas (China, Egipto, Israel, Babilonia) nos muestran a la prisión como un lugar de custodia y tormento, siendo aprovechada en determinadas ocasiones para averiguar determinados aspectos del proceso criminal"⁷³

Se conoce que el más antiguo sistema de prisión destinado al cumplimiento de la pena, es la cárcel que mandó a construir en 1166 en Claredón, Enrique II de Inglaterra, donde promulgó sus famosas constituciones. En esta época, la cárcel es entendida como un medio de reclusión temporal, así Alfonso X de Castilla dictaminó en las Siete Partidas: "*Carcer enitne ad contienedos homines non ad puniedos haberit debit*" (la cárcel debe ser para guardar los presos no para otro mal).

Fue en Roma donde tuvo su origen la figura jurídica de la detención preventiva con los rasgos característicos que en mayor o menor grado se conservan hasta la actualidad en los códigos procesales.

⁷³ López Arévalo, William, *op cit*, nota 65, p. 49.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, que comprende el período Monárquico desde los siglos VIII hasta el siglo V a.C., y los inicios de la República, cuando los aspectos religiosos se imponían al derecho, los magistrados romanos podían a su arbitrio imponer la detención preventiva como medio de coerción.

Originalmente la *"coertio"* constituía el único medio de persecución de los delitos, por lo que el magistrado romano tenía un poder ilimitado y muchas veces arbitrario, y fueron justamente estos excesos los que dieron lugar a la evolución del derecho romano en esta materia, expidiéndose importantes disposiciones para limitar el abuso, como son las *"Leges Porciae"* dictadas en el siglo VI, con el fin de limitar el abuso y la arbitrariedad respecto de la detención preventiva.

Pero los avances más significativos, los encontramos en la República, comprendida desde el siglo V hasta el año 134 a.C., con la vigencia de la Ley de las XII Tablas. En esta etapa, por lo general se prescindía del encarcelamiento del inculcado, más bien regía la denominada *"custodia libera"*, es decir, se confiaba la custodia del inculcado a los particulares, quedando en libertad pero a condición de que algunos ciudadanos respondiesen por él como fiadores *"vades publici"*.

Con el nacimiento de las *"Leges lidia de vi publica et privata"*, dictadas en el año 17 a.C., se abolió la *"custodia libera"* para ciertos delitos, pues, para ese entonces imperaba ya el sistema acusatorio, que conforme a la Ley de las XII Tablas, se garantizaba plena igualdad a las partes.

En la época del Imperio, no había cambiado el sistema de la detención preventiva, es decir, no se contemplaba esta medida durante la instrucción del proceso, pero se adoptaron dependiendo del caso algunas modalidades: *"in carcelum"*, para los delitos considerados graves y se cumplía en una cárcel pública romana; *"milite traditio"*, que consistía en entregar al inculcado a los militares para que se responsabilicen por su custodia; y, *"custodia libera"*.

En la Edad Media imperaron dos sistemas penales para el enjuiciamiento de los inculcados: *"la accusatio"*, este sistema acusatorio imperó hasta finales del siglo

XIV y constituyó el "*remedium ordinarium*" del enjuiciamiento, porque en este sistema los derechos del imputado estaban mejor protegidos.

El segundo sistema era "*la inquisitio*" o indagación, que a diferencia del sistema acusatorio, era considerado como un "*remedium extraordinarium*", ya que en este sistema los derechos del imputado eran meras expectativas o simplemente no eran considerados.

Durante el Medievo, el sistema inquisitorio desplaza al sistema acusatorio que en siglo XVI era solo historia, consecuentemente, el derecho sufre un retroceso, así por ejemplo la detención pasa a ser la regla y no la excepción como era en el sistema acusatorio.

En Francia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 7, establecía que la detención procedía solo en los casos determinados por la ley y según las formas por ella prescritas, inclusive se reconocía el derecho a repeler toda detención arbitraria.

El principio de presunción de inocencia se estableció de manera expresa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictada por la Asamblea Nacional Francesa, el 5 de Octubre de 1789, que en el artículo 9 disponía: "Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable".

Pero la verdadera transformación de la figura jurídica de la prisión preventiva se produce en la Época Contemporánea, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, con el surgimiento del denominado Neoconstitucionalismo.

4.2.1 CRITERIO QUE HAN REGULADO LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE 1917, EN MÉXICO.

En México la medida cautelar de imponer prisión provisional a los individuos acusados de cometer un delito, se ha regulado desde la constitución de 1917, la fracción I del artículo 20 Constitucional decía:

“Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo de fianza hasta de diez mil pesos, según sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito no merezca ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión y sin más requisitos que poner la suma de dinero respectiva a disposición de la autoridad u otorga caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla”.⁷⁴

4.2.2 CRITERIOS DE LOS DELITOS GRAVES EN RELACIÓN A LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA REFORMA DE 1993.

El cambio radical se estableció en la reforma de 1993 de 3 de septiembre, cuyo texto es el siguiente:

ARTICULO 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

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, en que su caso puedan imponerse al inculpado y no se trata de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.⁷⁵

4.2.3 INCORPORACIÓN DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

Para comprender los procesos de creación de la prisión preventiva en México, conviene precisar cuáles fueron los motivos de la incorporación del sistema penitenciario en los términos que se hizo, al texto constitucional original.

Art. 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas”.

⁷⁴ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La Prisión Preventiva en México. Condena por Adelantado o Medida de Seguridad Encubierta*, 2004, México, Porrúa, p. 35.

⁷⁵ *Ibíd*em, p. 37.

4.2.3.1 IMPORTANCIA POLÍTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Se ha dicho por la doctrina que la prisión preventiva es una de las instituciones que definen las características de un sistema procesal y está relacionada íntimamente con el régimen político de existente. Esta afirmación es parcialmente cierta, puesto que efectivamente los regímenes autoritarios se caracterizan por una extensión desmedida de la posibilidad del dictado de la prisión preventiva, dándose énfasis a la necesidad de ello en defensa del Pueblo o del Estado.

4.2.4 REQUISITOS FORMALES PARA EL DICTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Conforme al principio acusatorio la solicitud de prisión preventiva debe ser presentada por el Ministerio Público, es lógico que si la investigación preparatoria es a cargo del Ministerio Público, el juez del procedimiento preparatorio no puede disponer la prisión preventiva de oficio. Las prolongaciones de la prisión preventiva más allá del plazo ordinario de la misma, pueden ser dispuestas por el Juez Penal a petición del Ministerio Público. Lo lógico es que también en otras etapas del proceso diferentes del procedimiento preparatorio la prisión preventiva requiera de una petición del Ministerio Público.

Han existido investigaciones que han comprobado la importancia de la realización de una audiencia oral para la discusión de la solicitud de medidas cautelares, ya que cuando se lleva a cabo dicha audiencia el tribunal está más abierto a dictar una medida cautelar diferente de la prisión preventiva, por lo que es recomendable. Quien debe resolver las peticiones sobre la prisión preventiva y sobre otras medidas cautelares, incluso la sustitución de la prisión preventiva por una medida menos gravosa es el Tribunal de Juicio.

Hay que dar las razones por las cuales existe sospecha suficiente de culpabilidad, haciéndose una valoración del material probatorio. Debe llevarse a cabo una breve descripción el hecho atribuido al imputado y con respecto al cual se ordena la prisión preventiva. Por otro lado, debe indicarse cuál es la causal de prisión preventiva por la cual se ordena la misma, dándose las razones por las cuales es

procedente ella por esa causa. Además debe ser conforme la prisión preventiva con el principio de proporcionalidad.

4.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La presunción de inocencia es así el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando las reglas del debido y justo proceso.

El derecho a la presunción de inocencia constituye un estado jurídico de una persona que se encuentra imputada, debiendo orientar la actuación del tribunal competente, independiente e imparcial preestablecido por ley, mientras tal presunción no se pierda o destruya por la formación de la convicción del órgano jurisdiccional a través de la prueba objetiva, sobre la participación culpable del imputado en hechos constitutivos de delito.

Señala Ferrajoli, “el principio de jurisdiccionalidad al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”.

Ferrajoli determina que la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal” y “la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”.

En el pensamiento del siglo XVII, Voltaire será quien más claramente rechazara la práctica de las órdenes de castigar sin oír al inculpado y sin prueba, planteo el juicio y público, la asistencia judicial por abogado y el sistema de íntima convicción del juez en la valoración de la prueba. Sin embargo Francesco Carrara, elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y a presupuesto de todas las demás garantías del proceso. Carrara sostendrá que la metafísica del derecho penal propiamente dicho está destinada a proteger a los culpables contra los excesos de la autoridad pública. El Márquez de Beccaria, a través de su texto *Dei delitti e delle pene*, critica la falta de garantías del proceso inquisitivo en que el acusado era tratado como culpable desde el primer momento, debiendo el imputado probar su inocencia.

La convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8, párrafo 1, determina: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en cuanto no se compruebe legalmente su culpabilidad”.

4.3.1 FUENTE FORMAL DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Por bloque constitucional de derechos fundamentales entendemos el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional o por vía del derecho internacional de los derechos humanos.

4.3.2 SENTIDO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho a “la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías” que no perturba la persecución penal, pero si la racionaliza y encausa. Así la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, constituyendo un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezcan la carga al imputado de probar su inocencia.

La consideración de la presunción de inocencia como un derecho fundamental, implica que solo puede ser regulado por la potestad legislativa, la que tiene como

límite la no afectación de su contenido esencial; como derecho es de aplicación directa e inmediata y obliga a todos los órganos y agentes del estado. Este derecho se encuentra relacionado con el principio *in dubio pro reo* como criterio auxiliar; constituye además un criterio básico que condiciona la interpretación de las normas jurídicas en cuanto ellas deben interpretarse conforme a la constitución y los derechos fundamentales en una interpretación finalista y sistemática.

Los actos procesales y el proceso en su conjunto adquiere un cariz diferente dependiendo si el inculpado se trata como si fuera inocente como ocurre en el sistema acusatorio o si se le trata como si fuere culpable como ocurría en el sistema inquisitivo.

El principio de inocencia busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde a las fuentes del derecho vigentes.

4.3.3 LA PRIMERA FACETA Y EFECTO DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA.

Es que el imputado o acusado no debe probar su inocencia, sino que quien acusa debe probar su culpabilidad por los medios de prueba que contempla el ordenamiento jurídico.

El principio de presunción de inocencia como parte integrante del derecho a una investigación y procedimiento justo y racional o un debido proceso establece la obligación de conformar el sistema jurídico en el sentido de que es el órgano acusador el que debe acreditar los cargos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quien sustenta y ejerce la acción penal pública. Estamos por tanto, frente a un codefensor de la potestad punitiva del Estado, lo cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ellos ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante

la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa.

En el ámbito procesal, el derecho a la presunción de inocencia significa una presunción *iuris tantum*, la que exige ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales a través de la actividad probatoria.

En este sentido se ha estructurado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha determinado que “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme”.

Pueden considerarse como excepciones a la regla antes señalada los supuestos de prueba pre constituida y anticipada, las que solo alcanzan a aquellos actos imposibles o de muy difícil reproducción en el juicio oral, siempre que se garantice el derecho de defensa y contradicción. La prueba anticipada puede estar dada por diligencia relativa a declaraciones de testigos, cuando existen motivos racionales para temer por su muerte o por su incapacidad física o psíquica, los informes periciales cuando estos no pueden ser reproducidos en el juicio oral. La prueba pre constituida constituyen las pericias practicadas en la fase de investigación que por su propia naturaleza no pueden practicarse en el juicio oral.

4.3.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SE APLICA A TODA RESOLUCIÓN JURISDICCIONAL O ADMINISTRATIVA.

El derecho a la presunción de inocencia debe aplicarse no solo al ámbito de las conductas eventuales delictivas, sino también a la adopción de cualquier resolución administrativa o jurisdiccional, que se base en la conducta de las personas y de cuya apreciación derive para ellas una afectación de sus derechos o una sanción ya que ellos son manifestaciones del ámbito punitivo estatal.

4.3.5 EL PRINCIPIO DE INOCENCIA DE LAS NORMAS INTERNACIONALES.

La referencia a los tratados internacionales cobra especial relevancia en nuestro país cada vez es más fuerte la tendencia, en la creación y aplicación de las leyes, de asumir las disposiciones legales de jerarquía mundial.

En 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo numeral 11.1 señala: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, con forme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”⁷⁶.

Dicha Declaración recoge los principios de legalidad, publicidad y de un efectivo acceso a la defensa. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, derivado del Consejo de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de Diciembre de 1966, entro en vigor hasta el 23 de marzo de 1976, en su artículo 14, apartado 2 señala que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley”⁷⁷.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá, Colombia, en 1948, en Latinoamérica la primera norma que expresamente se pronuncia sobre la presunción de inocencia. En su apartado XXVI refiere: “Derecho a Proceso Regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”⁷⁸.

4.3.6 PRINCIPIO DE INOCENCIA Y SITUACIONES EXTRAPROCESALES.

El principio de presunción de inocencia opera también en las situaciones extraprocesales, constituyendo el derecho de las personas a recibir el trato de no participe en hechos delictivos y que no se le puedan aplicar las consecuencias o efectos jurídicos correspondientes a hechos de tal naturaleza, mientras ajuste su

⁷⁶ Martínez Cisneros, German, op cit, nota 14, p. 65

⁷⁷ *Ibidem*, p. 67

⁷⁸ *Ídem*.

conducta al ordenamiento jurídico, todo ello de acuerdo al derecho a la libertad personal y seguridad individual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“La presunción de inocencia puede ser violada no solo por el juez o una corte, sino también por otra autoridad pública”*. El derecho a la presunción de inocencia exige que el estado no condene a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella.

4.4 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO.

Desde su aparición en la Constitución Mexicana a partir de la reforma del 2008, la presunción de inocencia ha sido el dolor de cabeza de varios juristas, ya que a pesar de su incorporación al artículo 20 Constitucional, su aplicación en la práctica no ha sido del todo aceptable, ya que sigue existiendo conflicto con algunas medidas cautelares aplicables en nuestro Derecho Penal.

4.4.1 ASPECTO LOGICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Considerar inocente a cualquier persona, implica un respecto a su dignidad. En esa actitud se sintetiza la voluntad de una sociedad civilizada de creer que los individuos integrantes del grupo humano son buenos. En la vida se busca y se exige que se considere seres desprovistos de maldad o, incapaces de realizar actos que evidentemente perjudiquen a los demás.

Desde una perspectiva *iusnaturalista*, todos tenemos entre otros derechos inherentes a la condición humana de respeto a nuestra dignidad. Y parte esencial de ese respeto es que se presuma nuestra inocencia. Ello impide estimar perversa o antisocial a cualquiera sin bases que lo sustenten, lo cual tienen una importancia de especial trascendencia si se recuerda que la culpa es, en esencia, un estigma que justifica la sanción y la marginación.

Carlos Soria establece: “La presunción de inocencia protege esa peculiar dimensión social de la dignidad humana que es la confianza colectiva”⁷⁹.

Uno de los teóricos de la revolución francesa, Juan Jacobo Rousseau, es su obra “El contrato social”, hace patente esa idea de marginación del culpable: todo malhechor, atacando el Derecho Social, convierte se por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. Los procedimientos, el juicio, son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social, y, por consiguiente, de que no es ya miembro del Estado.

4.4.2 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO.

Antes de las reformas constitucionales en materia penal de junio del 2008, es posible afirmar que la consideración de inocencia de los individuos subyacía en el sistema legal, en la constitución y, en las leyes secundarias. El artículo 1º. Constitucional establece que todo individuo goza de las garantías derivadas de esa ley, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones estipuladas en el texto legal supremo.

El numeral 14 de la constitución contempla la garantía del debido proceso, en el que expresa otras restricciones para privar a cualquiera de sus derechos. El mismo sentido de exigir requisitos ineludibles para privar o molestar a alguien en sus derechos, se advierte en los artículos, 15 al 20, 23 y 102 del ordenamiento constitucional.

Los criterios de jurisprudencia son acordes con las mismas restricciones y exigencias de las normas legales. Las interpretaciones que se hacen de las leyes penales, invariablemente, dan relevancia suprema a los derechos fundamentales de los particulares frente al estado y generalmente reafirman la necesidad de cumplir con determinados requisitos para emitir un acto que pudiera perjudicar de cualquier manera al particular.

⁷⁹ Martínez Cisneros, German, op cit, nota 14, p. 65

Miguel Carbonell, al referirse al principio de inocencia, lo deduce a que: “puede entenderse que está presente a *contrario sensu* a partir de la interpretación de las normas constitucionales que establecen una serie de requisitos para que una persona sea privada de su libertad”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto “presunción de inocencia, el principio relativo se contiene de manera implícita en la constitución federal”. Y “presunción de inocencia, alcances de ese principio constitucional”.

En la primera se hace una interpretación sistemática de los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la constitución, concluyendo que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, al cual al acusado no le corresponde probar su inocencia.

La segunda complementa, al disponer que los alcances de la presunción de inocencia trasciende la órbita del debido proceso; que debe aplicarse en cualquier materia para garantizar al gobernado un trato de no autor o no participe en cualquier hecho que pudiera infringir la norma legal y que con la aplicación de la presunción de inocencia se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrán resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares.

El artículo 20 constitucional reformado empieza diciendo: “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. En el apartado A, de los principios generales, establece: I.- El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, V.- La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad correspondiente a la parte acusadora, VIII.- El juez solo

condenara cuando exista convicción de la culpabilidad del acusado, IX.- Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Para que no haya interpretaciones ambiguas, el principio se inserta de manera expresa en el apartado B, de los derechos de toda persona imputada: I.- que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

4.4.3 LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS JUECES PENALES.

La labor jurisdiccional se encuentra vinculada con las acciones de los cuerpos policiales. La actividad de estos, es la que da origen al procedimiento que luego se encauza a los órganos judiciales. La labor de los jueces penales, consiste, en gran medida, decidir con respecto a la situación de los imputados que en un principio fueron sorprendidos por la acción penal.

Los encargados de juzgar *a priori* respecto de cualquier prueba. En cambio se traduce en la obligación de suprimir todo tipo de formulismo a ultranza, que solo llevan a enjuiciar con banalidad y sin apego a la verdad.

Como juzgador debe exigir el cumplimiento mínimo de requisitos formales, previstos por la ley, a las pruebas generadas por los elementos de las instituciones referidas y también que las mismas se ubiquen dentro de parámetros exiguos de congruencia, lógica y sentido común.

Todavía puede haber juzgadores que piensen que es mejor no tener ninguna clase de consideración con el inculpado, a quien por el simple hecho de haber sido presentado por la autoridad como presunto responsable se le considera enemigo de la sociedad. De algún modo guían su criterio con la sabiduría popular que se contiene en las frases: “si no lo hizo, al menos está relacionado con el delito o con el delincuente, que casualidad que se encontraba en el lugar de los hechos, si hubiera estado trabajando, como Dios manda, seguro no lo detienen, algo hizo”. Obviamente son fórmulas que niegan la técnica jurídica y la lógica más elemental, pero de alguna manera han funcionado para justificar las decisiones internas y alivianar la conciencia de quienes juzgan de esa manera.

Lo señalan Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, tienen “la persistente visión de que la seguridad pública requiere, para ser eficaz en la prevención o la persecución del delito, el sacrificio de los derechos fundamentales”⁸⁰.

4.4.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LAS ETAPAS DEL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO.

El procedimiento penal se estructura en tres grandes etapas:

- 1) Etapa de investigación;
- 2) Etapa intermedia;
- 3) Etapa de juicio oral.

La investigación del delito y del autor que los cometió, se lleva a cabo a través del Ministerio Público, además de la intervención del juez, quien resolverá la situación jurídica del imputado. La investigación puede iniciar por denuncia o querrela y el Ministerio Público se encarga del seguimiento de dicha investigación previa. Posteriormente, según los datos que proporcionen los agentes ministeriales, se puede concluir en:

- a) Ejercer la facultad de no iniciar la investigación;
- b) Archivar temporalmente;
- c) Aplicar el principio de oportunidad;
- d) Iniciar la investigación.

Derivado de la investigación, se pueda concluir que existe un delito y un probable responsable, el fiscal podrá formular la imputación, a partir de las pruebas recabadas en una audiencia pública, en presencia del juez de garantías, el imputado y su defensor. El imputado, con base en dichas pruebas, que se encuentran incluidas en la carpeta de investigación, puede responder el cargo y rendir su declaración. Escuchadas ambas partes, el Ministerio Público solicitará al juez de garantías que se vincule a proceso al imputado, quien, junto con su

⁸⁰ Martínez Cisneros, German, op cit, nota 14, p. 72

defensor, expondrá su conformidad, o pedirán que se emita la vinculación a proceso dentro de los términos establecidos en la Constitución.

En el auto de vinculación a proceso, el juez fija como plazo hasta seis meses al Ministerio Público para que cierre la investigación. Dictado el auto a petición fiscalía, se aplicaran las medidas cautelares al imputado con el objeto de garantizar la reparación del daño a la víctima, o bien, en su persona, para garantizar que no se fugara, obstaculizara la investigación o pondrá en riesgo la seguridad de la víctima. Concluido el plazo el Ministerio Público puede:

- a) Solicitar sobreseimiento,
- b) Suspensión del proceso;
- c) Acusar formalmente al imputado.

Uno de los objetos del sistema penal acusatorio es acortar el proceso y tratar de evitar llegar al juicio oral; se consideran ciertos delitos, como los culposos, patrimoniales o de sanción no mayor de 5 años, para presentar salidas alternas o alternativas, tales como:

- 1) suspensión de proceso a prueba; y
- 2) Acuerdos preparatorios.

Lo que se pretende es procurar la reparación del daño en beneficio del ofendido y la víctima; facilitar la rehabilitación y reinserción en la sociedad para el imputado.

La etapa de investigación no tiene carácter probatorio, es decir, los actos que formen parte de su desarrollo y que contribuyan para el esclarecimiento del caso tendrán solamente un valor informativo para quienes lleven adelante el seguimiento correspondiente, no se constituyen en elementos de prueba susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral en las formas que el juicio oral lo requiere.

4.4.4.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares personales constituyen medidas restrictivas o privativas de libertad personal adoptadas por el tribunal competente en contra del imputado

en el proceso penal, con el objeto o finalidad de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada. De esta norma se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y que no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva una misión cautelar y no una medida de carácter punitivo.

4.4.4.2 PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PROVISIONAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesario para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

La intencionalidad del texto es que el beneficio sea la regla general, salvo los casos excepcionales que especifica, que de acuerdo a elementales principios de interpretación constitucional, son restricciones o limitaciones de derechos que deben entenderse y aplicarse en forma restrictiva.

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento. La prisión preventiva constituye una medida cautelar que tiene las siguientes características:

- a) Instrumentalidad, ya que es un medio para asegurar la presencia del acusado en el proceso y la ejecución de la sentencia.
- b) Provisionalidad, se pone fin a ellas si hay sentencia, sobreseimiento temporal o definitivo.
- c) Obedece a la regla *rebús sic stantibus*, pudiendo variar su subsistencia del cambio de situaciones en base a las cuales la prisión preventiva fue adoptada.

- d) Excepcionalidad, en la medida que solo puede decretarse cuando resulte indispensable y cuando las demás medidas cautelares personales sean insuficientes.
- e) Jurisdiccionalidad, ya que ella puede únicamente ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente.

Se considera como condición previa la formalización de la investigación y siempre que el solicitante acredite que se cumplen los requisitos del “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”.

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho está constituido por el juicio de probabilidad sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la cual se acuerde la medida de prisión preventiva, constituyendo elementos que sirvan de base a un razonamiento en virtud del cual el acusado se le puede considerar eventualmente responsable de un delito.

El *periculum in mora* o peligro de retardo está conformado por la existencia de un peligro de daño jurídico por la eventual sustracción del acusado al procedimiento y la ejecución de la sentencia.

Tales criterios deben ser utilizados atendiendo al criterio de proporcionalidad inherente al estado de derecho. Por tanto la prisión preventiva no puede ser utilizada como medida coercitiva, de seguridad o cumplimiento anticipado de la pena, prisión sanción ya que ellos vulneran el derecho a la presunción de inocencia.

Se entiende que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existan antecedentes calificados. En este ámbito existe la posibilidad de aplicar medidas cautelares personales menos intensas como el de prohibir al imputado acercarse a la víctima y a su domicilio.

La tendencia es a fijar límites objetivos para encuadrar los plazos razonables de prisión preventiva, estableciéndose criterios generales más allá de los cuales la detención o la prisión preventiva podría considerarse ilegítima.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el hecho de que un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible trasgresión del plazo razonable en prisión preventiva conforme a la normativa de la convención.

La Corte Interamericana ha determinado que: “La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla”.

4.5 LAS CONTRADICCIONES ENTRE EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA PARA CON LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.

La presunción de inocencia exige que todo imputado ha de ser considerado y tratado de conformidad con su condición de no condenado. Cuando se impone la privación de la libertad preventiva, se ordena la misma medida que se aplica a los condenados sin certeza alguna. Si se detiene al imputado aún no se ha demostrado que él es responsable por un hecho ya acontecido, y tampoco se puede demostrar que realizara determinado comportamiento en el futuro, tales como la eventual fuga o el entorpecimiento de la investigación.

Por lo tanto no existe diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en un fin cautelar.

En México se impone al inocente la misma medida que al condenado, cuando el principio de inocencia existe para prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva, independientemente de los fines atribuidos a tal medida.

La doctrina moderna y la jurisprudencia internacional han aceptado que, para aplicar la medida cautelar de la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes, se cumplan y se respeten algunos requisitos y principios materiales, como son:

- a) *Principio de excepcionalidad.* Consiste y obliga a aplicar medidas menos represivas y dañinas al imputado que el encarcelamiento provisional aplicado como regla, de suerte que la prisión preventiva sea excepcional.
- b) *Verificación del material incriminatorio.* Presupuesto necesario. Permite analizar con detenimiento y con base en el material probatorio existente el considerar si el imputado puede ser responsable por la comisión de un hecho punible.
- c) *Principio de proporcionalidad.* Exige que los imputados reciban trato de inocentes, pero además, implica una estricta equivalencia entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo, tomando en consideración el daño causado por el delito para determinar si es procedente de la prisión preventiva.
- d) *Principio de provisionalidad.* Exige que la medida cautelar sea temporal, pudiéndose revisar o modificar dependiendo del transcurso del proceso y las condiciones en que fue otorgada.

4.5.1 OTROS PRINCIPIOS, PRINCIPIO DE FAVOR *LIBERTATIS* Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE DERECHOS HUMANOS Y *PRO HOMINE*.

El principio *favor libertatis*, significa que las normas que regulan la prisión preventiva, deben interpretarse en el sentido más favorable al derecho a la libertad. La excepcionalidad de la prisión provisional impone una interpretación restrictiva de las normas reguladoras de esta institución y en el sentido más favorable al derecho a la libertad que las normas restringen.

El fundamento de este principio es derivado del valor superior que representa la libertad, por lo que el disfrute de esta, debe ser la regla general, en tanto que su restricción representa una excepción y en caso de duda, el Juez debe inclinarse.

4.5.2 ARTÍCULO 1, SEGUNDO PARRAFO. INTERPRETACIÓN CONFORME AL PRINCIPIO *PRO PERSONA*.

Debido a la reforma sobre Derechos Humanos es que se aplica dicho principio *pro persona*, en la Constitución mexicana y le da un valor más sólido para que el Estado sea el encargado de darles protección a las personas, mediante la aplicación de medidas protectoras de los Derechos Humanos.

4.5.2.1 RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El capítulo I del Título Primero de la Constitución mexicana fue reformado el 10 de Junio del 2011, con lo que se modificó la denominación de dicho capítulo, quedando como título “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, con lo que se cambió el primer párrafo del artículo primero y se adicionaron dos nuevos párrafos.

De este precepto Constitucional, se puede desprender la igualdad de la titularidad de los Derechos Humanos, la restricción y suspensión, la interpretación conforme en la aplicación de las normas de Derechos Humanos, la garantía estatal para la protección de los mismos, la prohibición de la esclavitud y el principio de la no discriminación.

En la reforma constitucional al artículo 1º, se ingresa el término de los Derechos Humanos, con lo que se sustituye la expresión de garantías individuales, lo que significa un cambio conceptual y la corrección de un término que se estableció originalmente en la Constitución Mexicana en el año de 1917.⁸¹

Se puede identificar los derechos Humanos reconocidos por la Constitución Federal, con lo consignado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que aprobó la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, que constituye un instrumento internacional que reconoce los Derechos esenciales del ser Humano.⁸²

⁸¹ Olivos Campos, José Rene, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 58.

⁸² Ídem.

4.5.2.2 LA IGUALDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS.

Del artículo 1º, párrafos ´primero y segundo, constitucional, se desprende la igualdad de toda persona en tanto es titular de los Derechos Humanos que determina la propia Constitución y los establecidos en los Tratados Internacionales que haya suscrito el Estado mexicano.

Los Derechos Humanos de las personas, además de los previstos por la Constitución Mexicana, se incorporan textualmente el reconocimiento y defensa de los provenientes de cualquier tratado internacional que sea fuente de Derechos Humanos.

La fuente internacional de Derechos Humanos se constituye también en el reconocimiento por igual a toda persona que es sujeto titular de los mismos y los pueda ejercer ante posibles violaciones por parte de las autoridades.⁸³

Ningún tratado internacional puede constituirse en mayor jerarquía que la Constitución Federal, ni contravenir a la misma, debido a que prevalece el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 133 constitucional.

La Constitución Federal reconoce la igualdad de los extranjeros como titulares de los Derechos Humanos y Garantías conforme al artículo 33 constitucional, pero al establecer la distinción de nacionalidad de los extranjeros se establecen ciertas restricciones, que ha saber son:

- i. No pueden hacer uso del Derecho de Petición ante funcionarios y empleados públicos en materia política.
- ii. No puede ejercer el Derecho de Libertad de Tránsito en la República Mexicana, si se considera un extranjero pernicioso residente en el país.
- iii. No pueden servir en las fuerzas armadas ni en la seguridad pública en tiempos de paz.
- iv. No pueden ocupar cargos de capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y del personal que tripule embarcación o aeronave con bandera o insigne mexicana.

⁸³ Olivos Campos, José Rene, op cit, nota 81, p. 59.

v. Tampoco pueden intervenir en asuntos políticos.

4.5.2.3 RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La restricción y suspensión de las Garantías y Derechos Humanos consignados en el primer párrafo del artículo 1º constitucional, se entiende en los casos y circunstancias que la misma establezca. No puede comprenderse de otro modo pues se estaría en contra del principio de supremacía constitucional.

Solo se puede concebir la restricción y la suspensión de los Derechos Humanos de acuerdo con el carácter que atribuya la Constitución Federal.

4.5.2.4 PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE CONFORMIDAD.

Esta disposición constitucional puede ser comprendida como la prevalencia de la interpretación conforme a lo establecido por la propia Constitución Federal y los tratados internacionales que se haga por los órganos jurídicos aplicadores de los Derechos Humanos.

Con dicho precepto constitucional se logra mayor certeza para todo órgano jurisdiccional para interpretar y aplicar los Derechos Humanos.

4.5.2.5 TUTELA ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El tercer párrafo del artículo 1º constitucional, consigna que el Estado mexicano tiene el deber de tutelar los Derechos Humanos.

Esta disposición constitucional ingresa cuatro tipos de obligaciones que las autoridades del Estado mexicano deben observar, tales como: promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

4.5.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRISIÓN PREVENTIVA

El principio de legalidad, de importancia fundamental para el sistema jurídico, resulta lógicamente aplicable a la prisión preventiva al establecer límites a la aplicación de esta figura jurídica y exigir en forma limitativa el catálogo de motivos para imponer esta medida.

La prisión provisional como modalidad específica de restricción a la libertad, es una medida cautelar sometida al principio de legalidad. Solo puede ser impuesta la prisión provisional en la medida en que este prevista expresamente por la ley, hasta el punto de que cabe formular la máxima *nulla custodia sine lege*.

4.5.4 REVISIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Debido a que al realizarse la investigación preliminar por el Ministerio Público el tribunal no estará en contacto directo con el estado de la investigación y por ello con la subsistencia de los requisitos materiales para el dictado de la prisión preventiva. Encontramos que la prisión preventiva en que se hubiese desvanecido la sospecha suficiente de la responsabilidad del imputado sería contraria al principio de proporcionalidad, lo mismo que cuando se hubiese eliminado el peligro de que continúe la actividad delictiva.

4.5.5 RECURSOS CONTRA EL AUTO QUE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA.

El recurso de apelación sin efecto suspensivo en contra de la resolución dictada durante el procedimiento preparatorio o intermedio que decreta por primera vez la prisión preventiva. Así, no cabe recurso de apelación en contra de la resolución que decreta la prisión preventiva durante los actos preparatorios al juicio.

Es discutible si es posible el recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza la solicitud de prisión preventiva o que sustituya ésta por otra medida menos gravosa.

4.5.6 CONTRADICCIÓN ENTRE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Este tema es de suma importancia para nuestra investigación, ya que en la actualidad encontramos el principio de presunción de inocencia en el Código Nacional de Procedimientos Penales y de igual manera en nuestra Constitución en el artículo 20, donde se desprende la importancia de la inocencia, pero llevando el tema a la práctica, encontramos que este principio es violatorio por

una medida cautelar como lo es la prisión provisional, la cual ya figura en la última parte de un listado de medidas cautelares, manejadas en nuestro CNPP.

4.5.6.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Uno de los principios rectores del proceso penal acusatorio, incorporado en la constitución mexicana en el artículo 20 apartado A, es proteger al inocente. Este principio de acuerdo con el artículo 5º. Del código de procedimientos penales de Chihuahua, como Estado de la república en ser pionero en la aplicación del sistema penal acusatorio se concreta en lo que se conoce como presunción de inocencia que dice:

El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este código.

Partiendo de esta base, se entendería que una persona inocente debe ser tratada como tal y, por tanto, gozar de su libertad, la restricción de la libertad solo puede proceder cuando existan pruebas suficientes de que el sujeto cometió un delito. La presunción de inocencia implica una ventaja para el ciudadano que la propia constitución atribuye a la persona que se encuentra como parte acusada o es objeto de persecución penal.

La prisión preventiva es definida por Llobet Rodríguez, como: la privación de la libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme. Por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o para evitar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad.

El juez podrá dictar el auto de vinculación a proceso imponiendo una o varias de las medidas señaladas, pero la prisión preventiva solo procederá cuando se den los presupuestos del art. 165 del CNPP que establece que "Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. La prisión

preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones de este Código”, las cuales las encontramos en el artículo 167 de dicho ordenamiento.

Cuando se priva de la libertad a la persona se suprime la garantía y esta supresión solo se justifica cuando se le declara condenado en una sentencia a ser privado de su libertad, por lo que la prisión preventiva implica una condena sin juicio previo.

La función de la prisión preventiva como medida cautelar, señala Díaz Aranda, únicamente puede tener como objetivo asegurar que la pena a aplicar será cumplida, por lo que no es conveniente la existencia de las presunciones legales sobre la procedencia de dicha medida cautelar por la comisión de ciertos delitos.

En el auto de vinculación a proceso se utilizara una medida cautelar diversa a la prisión preventiva, la cual solo se ordenara excepcionalmente.

Es posible deducir que la orientación de la prisión preventiva solo puede ser materializada, configurándose algún supuesto, ya que, de lo contrario, se pueden dictar medidas cautelares al imputado que le permitan gozar de su libertad.

La prisión preventiva se encuentra plasmada en el artículo 18 constitucional que dispone: solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El artículo 19, fracción II, de la Constitución dispone: la prisión preventiva solo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados. Del artículo 19 se desprenden dos posibilidades de procedencia de la prisión preventiva:

1. A petición del ministerio público.
2. Ordenada de oficio por el juez sin ninguna excepción.

El Ministerio Público puede 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, los testigos o de la comunidad. De acuerdo con el Doctor García Ramírez, la

protección a la comunidad es muy amplia y abre las puertas al uso excesivo de la preventiva.

Zepeda Lecuona, refiere sobre la situación de la prisión preventiva en México: la prisión preventiva en México es indebida, exorbitada, injusta y costosa. Es indebida porque contradice principios constitucionales y del derecho internacional; es exorbitada porque la autoridad la utiliza extensa e indiscriminadamente, es injusta porque no es aplicable conforme a derecho y costosa, porque al Estado le deja anualmente grandes cifras monetarias, por el mantenimiento de los centros penitenciarios.

4.5.7. PRINCIPIOS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO.

Estos principios los encontramos en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a partir del artículo 4º, los cuales tienen suma importancia dentro del proceso penal acusatorio, porque son mediante los cuales se va regir todo el proceso penal, evitando sean violentados al igual que los derechos humanos.

Artículo 4o. Características y principios rectores El proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. Este Código y la legislación aplicable establecerán las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución. En todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado.

Artículo 5o. Principio de publicidad Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código. Los periodistas y los medios de comunicación podrán acceder al lugar en el que se desarrolle la audiencia en los casos y condiciones que determine el Órgano jurisdiccional conforme a lo dispuesto por la Constitución, este Código y los acuerdos generales que emita el Consejo.

Artículo 6o. Principio de contradicción Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código.

Artículo 7o. Principio de continuidad Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código.

Artículo 8o. Principio de concentración Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento. Asimismo, las partes podrán solicitar la acumulación de procesos distintos en aquellos supuestos previstos en este Código.

Artículo 9o. Principio de inmediación Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

4.6 FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Para los sostenedores de la prisión preventiva, esta se justifica por el artículo 165 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

4.6.1 POR EL PELIGRO DE FUGA DEL IMPUTADO.

Dicha causal es poco controvertida para algunos, ya que dicen que es aceptada por su compatibilidad con la presunción de inocencia y, por lo tanto justificada. La doctrina latinoamericana, la estima conforme a dicho principio, puesto que se encuentra en sintonía con los objetivos del proceso; se argumenta que no es posible la aplicación de la ley penal sin la presencia del imputado y que no se

puede condenar a un sujeto en ausencia, visto que es una consecuencia del derecho de audiencia y del derecho de defensa.

Los tratados internacionales también reconocen como fundamento de la prisión preventiva el riesgo de fuga; así lo establece el artículo 9 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que indica podrá estar subordinado a garantías que aseguren la comparecencia, en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución de la sentencia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha sostenido que “La gravedad de los hechos imputados o de la pena que pudiera corresponder al acusado en caso de condena, puede, en principio, ser tenida legítimamente en cuenta como causa para incitarle a la huida”⁸⁴ pero sigue agregando que la gravedad de la pena previsible o la posibilidad de una condena grave, deducida del estado de las pruebas de la culpabilidad, no pueden constituir una presunción de peligro de fuga, lo que no puede justificar el mantenimiento de la prisión provisional, puesto que acabaría por eliminar la presunción de inocencia.

Assis Moura precisa que para resolver sobre la aplicación de esa medida cautelar es necesario que haya prueba de la que se desprenda una fuerte probabilidad de que el inculpado sea responsable de un delito de gravedad elevada, medido esto en función de la punibilidad prevista en la ley, para evitar que por infracciones de bagatela se restrinja un derecho fundamental.

4.6.2 PARA ASEGURAR LA EJECUCIÓN DE LA PENA.

Algunos otros consideran que se le adjudica a la prisión preventiva el aseguramiento del imputado en la ejecución de la pena como un fin de ella.

La falta de recursos para pagar los diversos conceptos exigidos por la norma, tales como la fianza, multa y reparación del daño es una de las principales condicionantes para que las personas que pueden obtener la libertad provisional, estén impedidos para hacerla efectiva. La recuperación de la libertad, no puede

⁸⁴ Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 121.

descansar en la solvencia del procesado, no se puede castigar sin fundamento alguno, con la prisión a quien carece de dinero.

Por lo que en el CNPP se manejan varias medidas cautelares, sustitutivas de la prisión preventiva, con las cuales se podría asegurar que el imputado realice el pago de una pena impuesta por el Juez.

4.6.3 POR LA PELIGROSIDAD DEL IMPUTADO.

Luigi Ferrajoli considera que:

Una vez claro que el uso directamente *defensista* de la prisión provisional en función de prevención de la peligrosidad del reo no puede ser considerado de otro modo que como una ejecución anticipada de la pena, con apoyo en datos bien observables de la experiencia procesal vigente, advierte que el fundamento de la función cautelar final de aquella, esta no tanto en el miedo a la pena misma, hipotética y lejana en el tiempo, como al que suscita el conocido uso habitual de la prisión preventiva. Mientras que lo que confiere racionalidad instrumental a la función más específicamente procesal de la prisión provisional es la exasperante lentitud de los ritmos y tiempos procesales.⁸⁵

Si consideramos que debe aplicarse la prisión preventiva por la peligrosidad que representa el imputado, estaríamos aplicando una pena anticipada por actos que aún no comete dicho imputado y dejaríamos de lado el delito que en ese momento se le imputa y por el cual se le está procesando. Se presentaría un estado constante de sospecha, de que toda persona es mala, que no puede dejársele libre por el bien social y, debe permanecer alejado de la sociedad, aun cuando se violen sus derechos y garantías procesales.

La prisión preventiva siempre debe conservar fines estrictamente procesales y si el peligro de reiteración delictiva no cumple ninguna función de carácter procesal, sino más bien de prevención especial, el fundamento de peligrosidad del imputado, para justificar la permanencia en la prisión preventiva durante el proceso, no resulta valido ni legal.

⁸⁵ Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 123.

Sostiene Fernando Barrita, que:

“La prisión preventiva lejos de ser positiva, ha sido negativa, tanto en economía carcelaria, como en la moralidad de la ciudadanía, pues aquellos imputados que llegan a ser antes de la condena por delitos, terminan por despreciar las leyes, odiar a la sociedad, familiarizarse con la prisión y arruinarse moralmente, pues la vida promiscua que deteriora y corrompe la cárcel; pues en esta última, durante su encierro, el sujeto va cambiando psicológicamente, alterando su costumbre, su modo, lenguaje y aun su fisonomía.”⁸⁶

4.6.4 POR LA OBSTACULIZACIÓN O ALTERACIÓN DE PRUEBAS.

Cabe mencionar que tales pruebas pueden ser alteradas por una persona ajena o cercana al imputado, quienes también producirían intimidación a los testigos, pudiendo incluso alterar o falsificar pruebas con la firme finalidad de ayudar a su familiar detenido en prisión preventiva. Por lo tanto, resulta injustificada que por la razón de evitar la alteración de pruebas permanezca el imputado en prisión preventiva.

4.6.5 ABUSOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Indiscutiblemente la prisión preventiva se ha ido ampliando fundamentalmente por la incapacidad del Estado de garantizar la seguridad de los ciudadanos. La institución de la prisión preventiva tiene definitivamente rasgos de carácter policial y represivo debiendo ser considerada como una pena anticipada que pretende ser de defensa social, ya que como dice acertadamente Ferrajoli, *“primero se castiga y después se procesa, o mejor, se castiga procesando”⁸⁷*

La función de prevención de la prisión provisional hacia la satisfacción de sentimientos colectivos y la prevención de delitos futuros, ha sido el resultado de la crisis de la seguridad ciudadana surgida como consecuencia del aumento de la criminalidad callejera, de la alarma social producida y del temor colectivo que generó el sentimiento de la seguridad ciudadana.

⁸⁶ Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 125.

⁸⁷ Cárdenas Rioseco, Raúl F., *op cit*, nota 74, p. 62.

4.6.6 FINES U OBJETIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Siendo la prisión preventiva una medida estrictamente cautelar, solo puede perseguir los siguientes fines:

- a) Pretende garantizar la presencia del procesado en el proceso penal ("*periculum in mora*"); y,
- b) Pretende impedir que el procesado, estando en libertad, intente frustrar o entorpecer el normal desarrollo del proceso penal, es decir, pretende evitar que el procesado ponga en riesgo dicha investigación e impida que se descubra la verdad objetiva e integral ("*periculum in libertatis*").

ALMEYRA señala que, "las finalidades cautelares de las medidas de coerción, destinadas únicamente a la averiguación de la verdad y el cumplimiento del derecho material mediante la neutralización de los peligros procesales respectivos: entorpecimiento de la investigación y fuga, respectivamente. Por lo tanto, si la medida impuesta no cumple tales destinos, no estará justificada su aplicación, toda vez que, de otro modo, se estaría sustantivando un instituto de derecho adjetivo."

Esto quiere decir que si una medida de coerción no es certera o da seguridad al juzgador, este no tendría fundamento para manifestar su aplicación, por lo que se tendría que estar aplicando una medida de coerción diferente, dependiendo a las establecidas en el CNPP.

4.6.7 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Se trata de una postura que hace flaquear la existencia de la prisión preventiva que la convierte en franco punto de ataque, porque evidentemente es contraria al principio de presunción de inocencia acogida de manera expresa no sólo en algunas constituciones de países latinoamericanos, también en los Tratados Internacionales algunas normas Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el principio 19 del Proyecto de Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de Justicia Penal.

En nuestra constitución dicho fundamento lo encontramos en el:

“ARTICULO 18. Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

4.7 LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.

Mediante resolución emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de marzo de 1996, se precisa que la prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del principio de presunción de inocencia. Y agrega que el artículo 8.2 de la Convención Americana:

*“Obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de establecer su culpabilidad. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o determino. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de la libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra esta, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva”.*⁸⁸

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rindió un informe sobre la situación de los derechos humanos en México, en el cual destaca que:

“Otra de las causas graves del hacinamiento carcelario en México es la aplicación como regla general de la prisión preventiva del procesado, lo cual es contrario a la Convención Americana, pues viola el derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia; la prisión preventiva debe restringirse a los casos particulares donde así lo aconsejen las condiciones individualizadas, con la

⁸⁸ Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 126.

*amenaza fundada contra la sociedad y el orden público. En otro caso debe tenderse a la agilización de los procesos penales”.*⁸⁹

Las Naciones Unidas en su resolución 17 sobre prisión preventiva, aprobada por el Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en La Habana el 27 de agosto de 1990, preciso que:

*“Toda persona que presuntamente haya cometido algún delito y haya sido privado de su libertad deberá ser presentada a la brevedad posible ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales quien, luego de haberla oído, fallara sin demora respecto a la prisión preventiva”.*⁹⁰

En México la prisión preventiva se aplica en forma arbitraria, indebida, exagerada e injusta, además de costosa. Es indebida porque contradice el principio de presunción de inocencia que dicta el derecho internacional. Es exagerada porque la autoridad judicial la utiliza de una manera extensa e indiscriminada, olvidándose por completo de los principios de necesidad, proporcionalidad, excepción, favor libertatis, progresividad de los derechos humanos y el *pro homine*. Es injusta porque la mayor parte de las personas privadas de su libertad y que inicialmente fueron señaladas como responsables de un delito son dejadas en libertad al no comprobarse su responsabilidad.

4.7.1 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

En definitiva se ha venido indicado que la Constitución no prohíbe la aplicación de la prisión preventiva, lo que en realidad restringe es su uso patológico o arbitrario, y es que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad y seguridad personales, se plasma en el blindaje que la Carta Suprema brinda a este derecho fundamental mediante la implementación de una serie de mecanismos que lo protegen, como son: previsiones positivas concretas (legalidad), excepcionalidad,

⁸⁹ Espinoza, Ricardo, *op cit*, nota 7, p. 127.

⁹⁰ Ídem.

temporalidad, garantías de las condiciones de la privación de la libertad y el control judicial de la privación de la libertad.

4.7.1.1 CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

La Constitución proclama que "nadie puede ser penado sin juicio previo". Dicho precepto legal instaura el estado de inocencia durante la tramitación del proceso como garantía también regulada en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La nombrada garantía constitucional es considerada por un sector de la doctrina no como una "presunción de inocencia", sino en calidad de "estado o situación de inocencia", entendiéndose que así se lo considera al sospechado, imputado o procesado, sin presumirlo culpable, ya que hasta sería absurdo someter a proceso a quien se presume inocente.

Alfredo Vélez Mariconde sostiene que, antes del fallo que declare la culpabilidad del imputado, éste es inocente. Tal es su estado jurídico. No se establece una presunción de inocencia; si fuera así, quizás no podría concebirse la coerción personal del imputado, que se basa en una presunción contraria.⁹¹

El estado de inocencia es el presupuesto del sistema de persecución penal liberal en general y de la garantía de judicialidad en particular. Tradicionalmente se ha hablado de presunción de inocencia, lo que ha dado lugar a malentendidos, ya que el término presunción ligado al sistema probatorio indica algo que es tenido por verdad.

Acerca del interrogante planteado, que si es constitucional la prisión preventiva existen muchas posturas, aunque podemos hacerlas confluir en dos principales contradicciones:

- I. La que explica a la prisión preventiva como una medida procesal excepcional a la que solo puede recurrirse con el fin de garantizar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley, o sea, cuando sea

⁹¹ Chiara Díaz, Carlos Alberto, *op cit*, nota 61, p. 28.

necesaria e indispensable para evitar que el acusado obstaculice la investigación judicial o se dé a la fuga.

- II. La otra postura entiende que siempre la prisión preventiva es inconstitucional. En esta posición se enrola Gustavo Vitali, quien así la expone: nadie puede ser penado sin ser declarado culpable en un juicio previo. De ello se desprende que mientras no haya declaración judicial de culpabilidad al imputado no pueden imponerse medidas de contenido punitivo y ello es así, pues en esta etapa debe presumirse su inocencia y brindársele un trato acorde con esa condición".⁹²

4.7.2 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra el principio de presunción de inocencia, es decir, garantiza la libertad personal, en sus diversos artículos.

Artículo 3.- "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Artículo 9.- "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

Artículo 11.-

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

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

⁹² Chiara Díaz, Carlos Alberto, *op cit*, nota 61, p. 32.

4.7.3 LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Este tema es de importancia dentro del presente trabajo, toda vez de que México es uno de los países parte dentro de la Convención Americana y siendo clave importante para tomar en cuenta las reformas a la Constitución Política en materia de Derechos Humanos, es de donde se toma gran impacto para lograr dicha reforma en el 2011.

4.7.3.1 ASPECTOS NORMATIVOS.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) consagra normas y principios importantísimos y de cumplimiento obligatorio para los Estados partes respecto de la prisión preventiva, como lo es en su artículo 7 y 8 inciso 2.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

- 1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- 2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- 3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

- 4.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

4.7.4 DERECHOS QUE PROTEGE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), estableció como precedente jurisprudencial una serie de garantías que blindan el derecho a la libertad personal, como son: el derecho a no ser privado de la libertad de manera ilegal o arbitraria, el derecho a conocer las razones de la privación de la libertad y los

cargos que se le imputan, el derecho al control judicial de la privación de la libertad, el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, el derecho a impugnar el auto de prisión preventiva, el derecho a no ser privado de la libertad por deudas.

4.7.4.1 DETENCIÓN ARBITRARIA E ILEGAL SEGÚN LA CORTE.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció lo siguiente:

1.- Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

2.- Una detención deviene en ilegítima cuando no está contemplada en la legislación interna y no se da conforme a la Convención.

3.- Que la detención deviene en arbitraria cuando contraviene los procedimientos establecidos en la ley "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aún calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad".

4.8 MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como posibles alternativas para evitar la prisión preventiva pueden aplicarse:

a) La despenalización de ciertas conductas. Podemos destacar los delitos cometidos por conductores de vehículos, delito que bien puede ser atendido y resuelto por la ley de tránsito sin que signifique reprimirlo a través del derecho penal, la mal vivencia, no puede privarse de su libertad ambulatoria a una persona por el simple hecho de presumir que trata de cometer un delito, puesto que ello equivaldría a castigar aun gobernado por sospechas. Con la despenalización de

dichas conductas se evitaría una sobresaturación de conductas penales, lo que se traduciría en la reducción de la privación de la libertad provisional.

b) El arraigo domiciliario. Esa institución se encuentra vigente, también lo es que a dicha figura se le ha dado poca relevancia. Considero que a muchas conductas tipificadas como delitos no graves, y algunos considerados como graves, atendiendo a las circunstancias muy especiales de comisión del delito, aspecto que debería ser estudiado por el órgano jurisdiccional, bien puede aplicárseles el arraigo domiciliario como medida cautelar.

c) Medidas económicas. Es menester que las mismas sean accesibles a las posibilidades del imputado, tomando en cuenta sus circunstancias personales. No se debe sujetar toda la institución precautelar a la cárcel como única medida de aseguramiento, tampoco se debe reducir las medidas no privativas de la libertad a la caución económica, pues esto se convierte en una medida discriminatoria, pues por esa razón se terminaría condenando a los pobres a la prisión.

d) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que se determine. Se impondría al imputado la obligación de no abandonar el lugar de su residencia habitual y permanente, mientras dure el proceso penal.

e) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia a la integridad física del imputado. Medida cautelar que se utilizaría por la autoridad judicial empleando para ello, el avance de la tecnología.

f) La agilización de la justicia. Esta medida sería sobre todo para aquellas personas que se encuentran en prisión preventiva y tendría la función de evitar la prolongación innecesaria de su libertad ambulatoria, la cual se aplicaría como excepción y no como regla.

A lo largo de toda la investigación se ha sostenido que la preservación de la libertad personal es la regla general a observarse durante el trámite del proceso penal, esto implica que la prisión preventiva sólo puede ser un instrumento constitucionalmente válido "si se la aplica solamente en los supuestos delimitados

de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de "ultima ratio" del encarcelamiento preventivo exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal".

El juez tiene el imperativo deber de aplicar preferentemente una o más de las medidas alternativas que la ley ha establecido taxativamente, y, sólo cuando dichas medidas sean objetivamente insuficientes a los fines procesales, podrá recurrir a la prisión preventiva como medida excepcional y de "ultima ratio".

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

El fiscal deberá aportar los datos necesario que permitan justificar plenamente los supuestos que autorizan las medidas que solicita, ya que la presunción de inocencia es el estatuto normal del imputado durante el proceso, que garantiza el pleno goce de sus derechos constitucionales. Las medidas cautelares surgen como una excepción de afectar esa situación normal y general, con fines cautelares; es justificable en aras del proceso y se adoptan las medidas de resguardo. En consecuencia, las medidas cautelares, rompen con la lógica de la presunción de inocencia.

El papel del juez es fundamental, así como el del fiscal, quien solicita tales medidas. El juez también se encuentra condicionado por las medidas cautelares que se pidan y su duración, y parece evidente que mientras más graves sean estas medidas y mayor su duración proyectada, mayor será la exigencia del juez en torno a aquilatar la fortaleza del caso que se le plantea.

Las medidas cautelares que pueden ser invocadas en la vinculación a proceso por el Ministerio Público y contra argumentación por la defensa son:

- I. La presentación de una garantía económica suficiente.
- II. La probabilidad de salir del país, de la localización en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez;
- III. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez;
- IV. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que el designe.
- V. La colocación de localizadores electrónicos, sin que medie violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.
- VI. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

4.8.1 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares personales constituyen medidas restrictivas o privativas de libertad personal adoptadas por el tribunal competente en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto o finalidad de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento.

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada. De esta norma se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del imputado o del acusado, más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo adecuado de la investigación criminal y que no eludirá la acción de la justicia, debiendo constituir siempre la prisión preventiva una misión cautelar y no una medida de carácter punitivo.

4.8.2 PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PROVISIONAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesario para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad.

La intencionalidad del texto es que el beneficio sea la regla general, salvo los casos excepcionales que especifica, que de acuerdo a elementales principios de interpretación constitucional, son restricciones o limitaciones de derechos que deben entenderse y aplicarse en forma restrictiva.

La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento. La prisión preventiva constituye una medida cautelar que tiene las siguientes características:

- f) Instrumentalidad, ya que es un medio para asegurar la presencia del acusado en el proceso y la ejecución de la sentencia.
- g) Provisionalidad, se pone fin a ellas si hay sentencia, sobreseimiento temporal o definitivo.
- h) Obedece a la regla *rebús sic stantibus*, pudiendo variar su subsistencia del cambio de situaciones en base a las cuales la prisión preventiva fue adoptada.
- i) Excepcionalidad, en la medida que solo puede decretarse cuando resulte indispensable y cuando las demás medidas cautelares personales sean insuficientes.
- j) Jurisdiccionalidad, ya que ella puede únicamente ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente.

Se considera como condición previa la formalización de la investigación y siempre que el solicitante acredite que se cumplen los requisitos del "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*".

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho está constituido por el juicio de probabilidad sobre la posible responsabilidad penal de la persona contra la cual se acuerde la medida de prisión preventiva, constituyendo elementos que sirvan de base a un razonamiento en virtud del cual el acusado se le puede considerar eventualmente responsable de un delito.

El *periculum in mora* o peligro de retardo está conformado por la existencia de un peligro de daño jurídico por la eventual sustracción del acusado al procedimiento y la ejecución de la sentencia.

Tales criterios deben ser utilizados atendiendo al criterio de proporcionalidad inherente al estado de derecho. Por tanto la prisión preventiva no puede ser utilizada como medida coercitiva, de seguridad o cumplimiento anticipado de la pena, prisión sanción ya que ellos vulneran el derecho a la presunción de inocencia.

Se entiende que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existan antecedentes calificados. En este ámbito existe la posibilidad de aplicar medidas cautelares personales menos intensas como el de prohibir al imputado acercarse a la víctima y a su domicilio.

La tendencia es a fijar límites objetivos para encuadrar los plazos razonables de prisión preventiva, estableciéndose criterios generales más allá de los cuales la detención o la prisión preventiva podría considerarse ilegítima.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el hecho de que un individuo sea posteriormente condenado o excarcelado no excluye la posible trasgresión del plazo razonable en prisión preventiva conforme a la normativa de la convención.

La Corte Interamericana ha determinado que: “la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla.

4.8.3 PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Estos presupuestos o condiciones establecidas por la ley son concurrentes, es decir, deben cumplirse en su conjunto, lo contrario, implicaría que esta medida extrema vulnera los derechos y garantías establecidos en la Constitución y la ley.

De allí la procedibilidad del auto de prisión provisional está sujeta al cumplimiento procesal de los presupuestos objetivos y supeditada a la valoración que el juez haga sobre la necesidad de tal medida cautelar, teniendo como fin la sustanciación del proceso penal sin interrupciones ni perturbaciones, tanto en el aspecto de fondo, como en el formal, esto es, tanto en la búsqueda de la verdad histórica como en la protección de los medios de prueba. El juez, para ordenar la prisión preventiva, debe fundar su decisión en la presencia de inequívocos indicadores de naturaleza objetiva, no quedando por tanto esta medida coercitiva a su libre discrecionalidad o a simples subjetividades.

Estos presupuestos de procedibilidad de la prisión preventiva son:

a) *Fotnus boni iuris*.- Esto es, que del proceso se desprenda la existencia de indicios claros, concordantes y suficientes de que se ha cometido un hecho que reviste los caracteres de un delito de acción pública sancionado con una pena superior a un año de prisión; y, que igualmente consten indicios suficientes, sólidos, racionales y fundados de que el procesado es autor o cómplice del mismo.

b) *Persecución de fines constitucionalmente legítimos*.- Garantizar la presencia del procesado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba; evitar que el procesado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima; y, evitar el riesgo o peligro de reiteración delictiva.

c) *Necesidad*.- La prisión preventiva solo puede adoptarse cuando objetivamente sea necesaria. Esta condición se relaciona directamente con el carácter subsidiario que tiene la prisión preventiva, esto implica, que sólo se dictará cuando otras medidas menos gravosas sean insuficientes para cumplir sus fines.

d) Proporcionalidad en sentido estricto.- Este principio tiene como finalidad la determinación mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de los bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, de si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Debe tenerse en cuenta lo que podemos denominar "la ecuación de la proporcionalidad en sentido estricto": cuanto mayor sea la limitación del derecho fundamental afectado, mayor ha de ser el interés tenido en cuenta para justificar la intervención estatal en el caso concreto.

e) Motivación.- La motivación de las resoluciones de los poderes públicos es una exigencia constitucional, por lo tanto, garantía del debido proceso, por eso, su cumplimiento resulta imperativo para que dichas resoluciones tengan validez y eficacia jurídica.

La falta de motivación de la resolución judicial afecta primordialmente a la propia existencia del presupuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al derecho a la misma.

4.8.4 PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR PERSONAL.

La prisión preventiva es la medida de mayor lesividad contra el derecho a la libertad personal, por eso, tal medida extrema, sólo tendría justificación cuando se cumplen estrictamente los presupuestos materiales y formales que la ley establece para su aplicación.

No se puede confundir la prisión preventiva con pena privativa de la libertad, ambas tienen una justificación fáctica y jurídica distinta, ya que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva no es la de una sanción, sino la de una medida cautelar estrictamente; entender lo contrario, significaría un anticipo de pena que solo puede ser impuesta mediante sentencia condenatoria, con lo cual se vulneraría el principio de presunción de inocencia y consecuentemente las garantías constitucionales.

La prisión preventiva es la injerencia más grave del poder público a la libertad individual. Entonces el Estado debe buscar siempre un equilibrio entre su potestad sancionadora y los medios para evitar su ejercicio arbitrario.

Las normas que rigen la prisión preventiva deben ser interpretadas de manera restrictiva, ya que esta medida tan extrema y lesiva al derecho a la libertad personal es de carácter excepcional, provisional y de última ratio.

La idea de instaurar un mecanismo del bien jurídico a través del encarcelamiento preventivo recuerda a aquel Estado que considera que la libertad no pertenece al individuo. Es que no resulta legítimo aplicar cautelas procesales para neutralizar la posibilidad de reiteración delictiva; de otro modo, la prisión provisional mutaría en medida de seguridad, como por ejemplo, ocurre con la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

El Derecho Penal no se estructura sobre la idea de fines, ya que se limita a ser sólo una reacción ante el hecho; por tanto no puede ser un instrumento al servicio de cambios sociales. Sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la libertad de las personas.

La prisión preventiva es exclusivamente una medida cautelar, no punitiva, que bajo ninguna circunstancia puede constituir la regla general, pues de lo contrario, se estaría violando el principio de presunción de inocencia al privar de la libertad a personas cuya responsabilidad no ha sido establecida mediante sentencia condenatoria legalmente ejecutoriada. Por eso, la prisión preventiva sólo puede ser aplicada excepcionalmente cuando se cumplen los presupuestos materiales y formales que la ley exige.

4.8.5 LIBERTAD CAUSIONAL.

Para que proceda una medida sustitutiva se requiere que se den los presupuestos de la prisión preventiva. Las causales de prisión preventiva, hacen mención a peligros concretos de fuga, obstaculización o reiteración delictiva. Ello no ocurre en las causales, que regulan peligros presuntos.

No se especifica cuáles son las medidas sustitutivas de cada uno de los peligros que dan lugar al dictado de la prisión preventiva, pero es claro que las diferentes medidas sustitutivas no tienen relación con todas las causales de prisión preventiva, sino unas están relacionadas con el peligro de fuga, otras con el peligro de obstaculización y otras con el peligro de reiteración delictiva.

En lo relativo al peligro de obstaculización tiene relevancia por ejemplo:

- a) El arresto domiciliario;
- b) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; c) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; y
- c) Tratándose de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la orden de que éste haga abandono inmediato del domicilio.

En lo atinente al peligro de que el imputado continúe su actividad delictiva tiene importancia:

- a) El arresto domiciliario;
- b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la que informará periódicamente al Tribunal;
- c) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;
- d) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas;
- e) Tratándose de agresiones a mujeres o niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la orden al imputado de que haga abandono inmediato del domicilio;
- f) La suspensión en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito funcional;
- g) La imposición preventiva de que se abstenga de realizar la conducta o la actividad por las que podría ser inhabilitado.

En lo relativo a la caución es de relevancia que la fijación de su monto debe hacerse tomándose en cuenta la naturaleza del delito y la condición económica, personalidad y antecedentes del imputado, debiendo en definitiva ser fijada en una suma, que constituya un motivo eficaz para que el imputado, se abstenga de infringir sus obligaciones.

4.8.5.1 REPARACIÓN DEL DAÑO.

Existe acuerdo doctrinal en que la prisión preventiva debe ser la última ratio. Ello encuentra reconocimiento también a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que la prisión preventiva no debe ser la regla general. Igualmente el marco de disposiciones de la ONU sobre medidas no privativas de libertad expresamente dispuso que la prisión preventiva debe ser utilizada como última medida

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos ha enfatizado el carácter excepcional que tiene la prisión preventiva, pero ha desarrollado poco la temática de la preferencia de las alternativas a la prisión preventiva. A esas alternativas se refirió en particular en el caso Instituto de Reeducción del Menor, en el que simplemente enfatizó la rigurosidad con que debe aplicarse la prisión preventiva, de modo que la preferencia la deben tener las medidas coercitivas alternativas.

Con respecto a esta discusión debe decirse que la búsqueda de alternativas menos gravosas a la prisión preventiva, no es realmente una consecuencia de la presunción de inocencia, sino de uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad, cual es el de necesidad de la medida. Si se parte de que la presunción de inocencia no se quebranta cuando la prisión preventiva cumple una función de aseguramiento procesal, entonces las alternativas a la prisión preventiva no pueden deducirse de la presunción de inocencia. Se trata realmente de un problema de intensidad de la medida y por ello relacionado con el principio de proporcionalidad y no con el de inocencia. La concepción de que la presunción de inocencia exige la aplicación de alternativas a la prisión preventiva, es una

consecuencia del criterio de que la prisión preventiva representa siempre una violación a la presunción de inocencia.

4.8.6 SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Se mencionó que la prisión preventiva es una medida cautelar o de coerción procesal, destinada a garantizar el curso normal del proceso penal y el cumplimiento efectivo de la sentencia y está estructurada sobre presupuestos materiales que necesariamente deben acreditarse, en virtud de que son requisitos *sine qua non*.

Para poder detener a una persona se requiere de un mandamiento escrito de la autoridad competente, por regla general la autoridad competente es la autoridad judicial y solo por excepción, en casos de delitos flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado o en casos urgentes, el Ministerio Público podrá ordenar su detención.

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado se ha puesto a disposición de la autoridad judicial, por lo que dentro del término referido, es el Ministerio Público el encargado de efectuar la investigación y recabar las pruebas necesarias para demostrar la presunta participación del imputado, a lo que en la realidad, esto no se aplica y es la propia defensa del imputado quien se dedica a probar la inocencia del mismo.

CONCLUSIÓN.

En la tesis, se llevó a cabo la explicación del principio de presunción de inocencia, el cual se abordó con relación a la aplicación de los Derechos Humanos, dentro de esta figura jurídica, así también la controversia existente entre dicho principio con la prisión preventiva, que es una medida cautelar implementada por el juzgador, a un imputado, por solicitud del Ministerio Público.

Con el presente estudio se logró dar un entendimiento amplio a la presunción de inocencia, ya que se utilizó información, como los Tratados Internacionales del cual México ha sido parte y que ha ratificado, con lo que ha fortalecido su legislación interna y con ello se logró alcanzar una reforma histórica en relación de los Derechos Humanos, consagrados en nuestra Constitución y con ellos poder tener un sustento a dicho principio y tema en análisis.

También se comentó la necesidad de mejoras en las regularidades del debido proceso ya con la estipulación del principio de presunción de inocencia que en la Constitución se marca, con ello se pretende que los procesos o procedimientos judiciales, sean más favorables y que no se castigue erróneamente al presunto culpable ya que para estipular prisión preventiva se necesita antes que nada agotar otras medidas cautelares, para así no incurrir en una violación en perjuicio del imputado en sus derechos fundamentales.

Se analizó que tiene derecho a una defensa justa y que el imputado puede guardar silencio hasta estar en presencia de su abogado defensor, con el cual podrá establecer comunicación privada sin que nadie se los impida, ya que, es parte de las garantías que conlleva la defensa de los intereses de su defendido.

Con la implementación del sistema acusatorio se pretende ejercer una función más adecuada y favorable tanto para el Estado, ya que éste va ahorrar gastos exagerados que efectuaban con la aplicación del sistema penal anterior, ya que

genera más gastos y para las partes en controversia, genera una mayor conformidad ya que no se es posible que se puedan quedar de cierto modo impune acusaciones que quizá sean erróneas y con lo cual se juzgue a personas inocentes y seguir contribuyendo así con la violación al principio de la presunción de inocencia.

El Congreso Mexicano adoptó modelos de países latinoamericanos para efectuar dicha reforma en el 2011 y con la que se pretende hacer más competitivo el sistema de justicia penal mexicano. Principalmente se basó en las reformas que realizó el gobierno de Chile con respecto a la justicia penal, y a la implementación el sistema penal acusatorio, trayendo consigo grandes ventajas en la disminución de condenas que violentan el derecho fundamental de los ciudadanos.

La aplicación de la presunción de inocencia no es más que el fortalecimiento a las garantías constitucionales, con las que cuentan todos los individuos y se evita la acusación sin fundamentos, y las constantes violaciones a los Derechos Humanos, según sea el caso.

REFERENCIAS.

Alfonso Rodríguez, Orlando, *“La presunción de inocencia”*, Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia 1995.

Carbonell, Miguel (coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un Nuevo Paradigma*, 2ª ed, México, Porrúa, 2012.

Cárdenas Rioseco, Raúl F., *La prisión preventiva en México. Condena por adelantado o medida de seguridad encubierta*, México, Porrúa, 2004.

Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general*, 51 Ed, México, Ed. Porrúa, 2012.

Chiara Díaz, Carlos Alberto, *Las medidas de coerción y la inconstitucionalidad de la prisión preventiva*, Rosario Santa Fe, Argentina, Jurídica nova (Tesis), 2007.

Ellero, Prieto, *De La Certidumbre en los Juicios Criminales*, 2005, Colombia, Ed. Leyer.

Embris Vázquez, José Luis, et al. *Arraigo y prisión preventiva, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, México, Flores editor y distribuidor, 2010.

Escobar López, Edgar, *“la presunción o estado de inocencia en el proceso penal”* Editorial Leyer, Colombia.

Espinoza, Ricardo, *La presunción de inocencia en el sistema acusatorio mexicano*, México, Novum, 2012.

Fernández López, Mercedes. *“Prueba y presunción de inocencia”*, Editorial Iustel, Madrid 2005.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 63a. ed., México, Ed. Porrúa, 2011.

Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva, límites constitucionales*, 3ª ed., San José Costa Rica, Jurídica Continental, 2010.

López Arévalo, William, *La prisión preventiva en el estado constitucional. Estudio, doctrina y jurisprudencia*, Ecuador, Jurídica de Ecuador, 2014.

Martínez Cisneros, German, "Iter Criminis", *Revista de ciencias penales*, número tres, quinta época, agosto 2011.

Marqués de Beccaria, César Bonesano, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Porrúa, 18ª. Ed., México 2013.

Olivos Campos, José Rene, *Los Derechos Humanos y sus Garantías*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011.

Rocha Alvira, Antonio, *De La Prueba en Derecho*, 2013, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez.

Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los Derechos Humanos en México, Análisis y Comentario a la Reforma Constitucional del 10 de Junio de 2011, Bases del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2012.

Torres López, Mario Alberto, "Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública", número especial, octubre 2012.

https://poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/ifsp_conceptosjuridicosfundamentales-1.pdf